BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung
Notarvertreter im Landesdienst
Daniel Buhl, Leinfelden-Echterdingen

Notar Dr. Oliver Fröhler
Notariatsdirektor, Lörrach

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

1/2015

Februar

Seiten 1 - 32

Inhalt

Abhandlungen

Dr. Schäuble
Internationales Schuldvertragsrecht 2

Dr. Gleumes/Lauk
Vergütung des berufsmäßigen Nachlasspflegers 12

Rechtsprechung 16

Buchbesprechungen 25

Aktuelles aus dem IPR (Beller/Wahl) 29

NOTAR | KÜBLER & BIERMEIER
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Wir sind eine stark expandierende Notarkanzlei in Stuttgart-Mitte. Unser Ziel ist erstklassiger Service in allen Belangen.

Zur Verstärkung unseres Teams suchen wir zum baldmöglichen Eintritt ein/e

(Württ.) Notariatsassessor/in
Notarassessor/in

die/der sich mit Freude, Engagement sowie Umsicht in unserer Kanzlei einsetzt. Wir erwarten von Ihnen eine überdurchschnittliche Qualifikation, Teamgeist, Verantwortungsbewusstsein, sowie zielstrebiges und selbstständigen Arbeiten, auch als Notarvertreter. Wir bieten Ihnen eine verlässliche berufliche Perspektive mit einer attraktiven Vergütung, einen bestens ausgestatteten Arbeitsplatz in neuen Büroräumen in zentraler Lage der Stuttgarter Innenstadt mit angeschlossener Kantine, sowie ein partnerschaftliches Betriebsklima.

Wenn Sie sich angesprochen fühlen, freuen wir uns auf Ihre Bewerbung und heißen Sie herzlich willkommen. Ihre von uns streng vertraulich behandelte Bewerbung richten Sie bitte persönlich / vertraulich an Herrn Dr. Felix Kübler unter folgenden Kontaktdaten:

RA u. NOTAR DR. FELIX KÜBLER
Fangelsbachstraße 1, 70178 Stuttgart Tel.: 0711/620785-15
vertrauliche E-Mail: orga@kuebler-notarkanzlei.de Fax: 0711/620785-10
www.kuebler-notarkanzlei.de

Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel in Münsingen

Ansprechpartner für psychologische Sachverständigengutachten u.a. zu Fragestellungen der gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB der Auslandsadoption sowie freiheitsentziehender Maßnahmen gem. §1906 BGB.

Fon: 07381-4370
E-Mail: praxis-holzapfel@gmx.de
www.praxis-holzapfel.de

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

1. Dr. Daniel Schäuble, Richter als Notarvertreter, Villingen-Schwenningen **2**
Internationales Schuldvertragsrecht in der notariellen Praxis

2. Dr. Thomas Gleumes, Kempen und Dipl.-Rpfl. (FH) Thomas Lauk, Heilbronn **12**
Aktuelle Entwicklungen bei der Vergütung des berufsmäßigen Nachlasspflegers

Rechtsprechung **16**

1. Familienrecht
BGH, 12.02.2014, XII ZB 592/12
Zur Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers bei Genehmigung einer Erbausschlagung

2. Erbrecht
OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 31 Wx 379/14
Zur Auslegung einer gegenseitigen Alleinerbeinsetzung

3. Erbrecht
OLG München, Beschluss vom 19.01.2015, 31 Wx 370/14
Zur Pfändung des Rechts auf Annahme der Erbschaft

Buchbesprechungen **25**

1. Timme – Wohnungseigentumsgesetz 2. Auflage (Prof. Böhringer)

2. Karl Schnitzler - Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht (Mensch)

3. Faßbender u.a. – Notariatskunde (Prof. Böhringer)

4. Karsten Schmidt – Handelsrecht, Unternehmensrecht I (Prof. Böhringer)

5. Werner Korintenberg – Gerichts- und Notarkostengesetz (Prof. Böhringer)

6. Holger Schmidt, Markus Sikora und Werner Tiedtke – Praxis des Handels- und Kostenrechts I (Prof. Böhringer)

Aktuelles aus dem IPR (Beller / Wahl) **29**

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Buhl, Bernhäuser-Straße 16, 70771 Leinfelden-Echterdingen, (Tel. 0711/7973377), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (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.

Gesamtherstellung: Druckerei Djurcic, Eisenbahnstraße 16.
73630 Remshalden, Tel. 07151/75031-53, Fax 07151/75031-59.

Zeitschrift für das Notariat in Baden Württemberg BWNotZ

Februar 81. Band Nr. 1/2015

Internationales Schuldvertragsrecht in der notariellen Praxis

*Von Dr. Daniel Schäuble**

Dem Internationalen Vertragsrecht kommt in der Praxis der Notare scheinbar nicht diejenige Bedeutung zu, die etwa dem Internationalen Güter- oder Erbrecht zugesprochen werden muss. Allerdings finden sich in der täglichen notariellen Arbeit zahlreichere Konstellationen, in denen die Anwendbarkeit ausländischen Schuldvertragsrechts zumindest in Betracht zu ziehen ist. Dies soll anhand zweier kleiner Beispiele gezeigt werden, deren Lösung sich in dem nachfolgenden Beitrag integriert findet. Dabei skizziert der Beitrag, der lediglich den Anspruch einer Grundlagendarstellung erhebt, zunächst, welche Rechtsordnung kraft objektiver Anknüpfung das Vertragsstatut beherrscht, auch wenn aus dogmatischer Perspektive ein originäres an sich geltendes Schuldvertragsstatut nicht besteht, sondern vielmehr der Parteiwille das primäre Anknüpfungsmoment darstellt. Denn wenn schon kraft objektiver Anknüpfung deutsches Recht anwendbar ist, besteht – wenn die Anwendung deutschen Rechts dem Willen der Parteien entspricht – auch vor dem Hintergrund der Kostenfolge des § 104 Abs. 3 GNotKG kein weiterer Handlungsbedarf. Anschließend werden die Zulässigkeit und Durchführung einer Rechtswahl behandelt, wobei sich der Artikel wiederum hauptsächlich auf die Wahl deutschen Rechts beschränkt.

Beispiel 1:

Das französische Ehepaar Mueller mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich verkauft seine im Schwarzwald liegende Ferienwohnung zu einem Kaufpreis von 80.000,00 Euro an das Ehepaar Detlef aus Düsseldorf. Mitveräußert ist das gesamte Wohnungsinventar einschließlich einer Einbauküche. Hierauf entfällt ein Kaufpreisanteil von 12.000,00 Euro.

Beispiel 2:

Die A-GmbH mit Sitz in Villingen-Schwenningen hat fünf Gesellschafter. Der Gesellschafter X (deutscher Staatsangehöriger) hat seit Jahrzehnten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in New York, USA. X möchte seine Geschäftsanteile an dem oben genannten Unternehmen im Wege der Schenkung auf seine zwei einzigen Kinder X1 und X2 übertragen. X1 und X2 haben seit jeher ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den USA. Übergeber und Erwerber haben hierzu im Vorfeld dem in Villingen-Schwenningen lebenden Bruder des Übergebers (Y), unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, umfassende Vollmacht erteilt, die Geschäftsanteile von X auf X1 und X2 zu übertragen.

I. Vorbemerkung

Zwar ist der Notar gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 BeurkG zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen nicht verpflichtet, er muss aber das deutsche Internationale Privatrecht kennen und dieses anwenden können.[1] Dementsprechend hat der Notar im Falle einer Auslandsberührung zu prüfen, welchem Recht die in seiner Urkunde niederzulegenden Rechtsbeziehungen unterliegen oder zumindest unterliegen könnten und auf entsprechende Tatsachenangaben der Beteiligten hinzuwirken, die ihm diese Prüfung ermöglichen.[2] Im Internationalen Schuldvertragsrecht ist der Notar prinzipiell in der komfortablen Situation, Ungewissheit über die anwendbare Rechtsordnung durch eine Rechtswahl beseitigen zu können. Eine wiederum andere Frage ist die kostenmäßige Behandlung einer Rechtswahl (§ 104 Abs. 3 GNotKG).

II. Rechtsquellen des Internationalen Vertragsrechts

1. Rom I-VO

Primäre Rechtsquelle des Internationalen Schuldvertragskollisionsrechts ist für Deutschland, wie auch für die übrigen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks, seit dem 17.12.2009 die Rom I-VO[3], als unmittelbar anwendbare Regelung des sekundären Unionsrechts. Die auf dem Römischen EWG-Übereinkommen vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts (EVÜ) beruhenden nationalen Kollisionsregeln der Art. 27 – 37 EGBGB a.F. wurden vom deutschen Gesetzgeber mit Wirkung zu diesem Datum aufgehoben.[4]

2. UN-Kaufrecht (CISG)

Materiellem Einheitsrecht, wie dem CISG, kommt innerhalb seines sachlichen Anwendungsbereichs, der für das CISG in dessen Art. 1 f. definiert wird, Vorrang vor dem durch die Kollisionsnormen der Rom I-VO berufenen materiellen Recht zu.[5] Art. 1 CISG verlangt zunächst das Vorliegen eines Warenkaufs zwischen Parteien mit Niederlassung in verschiedenen Staaten. Der Warenbegriff umfasst – vorbehaltlich von Art. 2

**Der Autor ist Richter als Notarvertreter beim Notariat II Villingen, Villingen-Schwenningen. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen der Notarfortbildung Süd des Badischen Notarvereins am 10.10.2014 in Hinterzarten.*

1 *Schotten DNotZ 1994, 670, 679; Schütze BWNotZ 1992, 123.*

2 *Böhringer BWNotZ 1988, 54.*

3 *VO (EG) Nr. 593/2008 v. 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl.EU Nr. L 177/6.*

4 *Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des IPR an die VO (EG) Nr. 593/2008, BGBl. 2009 I, S. 1574.*

5 *Ob dies auf Art. 25 Rom I-VO gestützt wird oder diese Übereinkommen auch ohne besonderen Anwendungsbefehl, sprich unabhängig von den Vorschriften der Rom I-VO zur Anwendung gelangen, wird zwar unterschiedlich beurteilt, ist aber für die aktuelle Rechtsanwendung ohne Belang.*

CISG – körperliche, bewegliche Gegenstände.[6] Für den Notar bedeutet dies, dass Kaufverträge über Grundstücke nicht dem CISG unterfallen.[7] Auf einen einheitlichen Kaufvertrag von beweglichen und unbeweglichen Sachen ist das CISG jedenfalls in solchen Fällen nicht anwendbar, in denen – wie im Beispielsfall 1 – der Immobilienanteil (wirtschaftlich) überwiegt.[8] Rechte unterfallen nicht dem Warenbegriff des CISG, so dass insbesondere Kaufverträge über Gesellschaftsanteile nicht dem CISG unterliegen.[9] Schließlich ist die Anwendung des CISG für Verbraucherverträge ausgeschlossen (siehe näher Art. 2 lit. a CISG). Schließlich können die Parteien in Zweifelsfällen durch die opt-out Klausel des Art. 6 CISG das UN-Kaufrecht ausschließen.

III. Anwendungsbereich der Rom I-VO

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Kollisionsregeln der Rom I-VO erfassen gemäß Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO alle vertraglichen Schuldverhältnisse, die eine Zivil- oder Handelssache mit Auslandsbezug betreffen. Dabei kann das Erfordernis eines Auslandsbezugs für die praktische Rechtsanwendung vernachlässigt werden. Denn ein Auslandsbezug besteht bereits dann, wenn die Anknüpfungspunkte der Rom I-VO auf ausländisches Recht verweisen.[10] Nur insoweit besteht aus inländischer Perspektive Handlungsbedarf. Umgekehrt kann sich ein Auslandsbezug schon aus der Wahl ausländischen Rechts ergeben.[11] Der Auslandsbezug muss nicht schon im Zeitpunkt der Rechtswahl vorliegen.

a) Vertragliche Schuldverhältnisse

Mit dem Erfordernis eines vertraglichen Schuldverhältnisses wird der Anwendungsbereich der Rom I-VO von der auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rom II-VO abgegrenzt, ohne diesen zentralen Begriff zu definieren. Er ist im Wege autonomer Auslegung zu ermitteln.[12] In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zur Zuständigkeitsvorschrift des Art. 5 Abs. 1 Brüssel I-VO beruht ein vertragliches Schuldverhältnis auf der freiwilligen Verpflichtung einer Partei gegenüber einer anderen, die eine rechtsgeschäftliche Sonderverbindung zwischen diesen Parteien entstehen lässt.[13]

b) Kein vertragliches Schuldverhältnis: Sachenrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtsfragen

Kein vertragliches Schuldverhältnis bilden sachenrechtlich oder verfahrensrechtlich zu qualifizierende Rechtsfragen. Die Abgrenzung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechtsgeschäften, die viele Rechte nicht oder nicht in der aus dem deutschen Recht bekannten Trennschärfe kennen, ist autonom vorzunehmen.[14] Als Schuldverträge sind solche Verträge zu qualifizieren, die nicht zwingend eine unmittelbare Rechtsänderung herbeiführen, die zu Lasten von jedermann wirkt, sondern nur die am Schuldverhältnis Beteiligten verpflichten und nur ihnen gegenüber wirken.[15] Dass einem Vertrag neben seinen schuldrechtlichen Wirkungen nach dem Sachenrechtsstatut, insbesondere wenn dieses vom Konsensualprinzip beherrscht wird, auch eine verfügende Wirkung zukommt, ist im Rahmen des Schuldvertragsstatuts unerheblich.[16] Sachenrechtliche Rechtsfragen unterliegen dem Belegenheitsrecht der jeweiligen Sache (Art. 43 ff. EGBGB). Verfahrensrechtlich zu qualifizierende Rechtsfragen unterliegen gemäß einer international allgemein anerkannten Regel grds. der lex fori des befassten Gerichts.[17]

Die Aussage, dass sachen- oder verfahrensrechtliche Rechtsfragen nicht dem Anwendungsbereich der Rom I-VO, bzw. dem Schuldstatut unterliegen, erscheint zunächst wenig bemerkenswert. Allerdings sollte bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung einer Urkunde, die etwa mit Kaufvertrag über Grundbesitz überschrieben ist, beachtet werden, dass diese neben dem eigentlichen Kaufvertrag auch sachenrechtliche Elemente, wie etwa die Auflassung (ggf. mit Einreichungssperre beim Grundbuchamt) oder auch verfahrensrechtlich zu qualifizierende Aspekte, wie etwa eine Bewilligung nach § 19 GBO, bzw. eine Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich der Kaufpreiszahlung, enthalten kann.

c) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse

Kein vertragliches Schuldverhältnis i.S.d. Rom I-VO stellen weiter Rechtsverhältnisse im Bereich des öffentlichen Rechts dar. Die insoweit erforderliche Abgrenzung und die Einordnung eines Schuldverhältnisses als Zivil- und Handelssache erfolgt im Wege autonomer Qualifikation.[18] Aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeschlossen sind insoweit Rechtsverhältnisse, als diese im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und der Ausübung hoheitlicher Befugnisse eingegangen werden, was wiederum autonom zu ermitteln ist.[19] Hoheitliche Befugnisse werden ausgeübt, falls Rechte oder Befugnisse in Anspruch genommen werden, die Privatpersonen nicht zustehen.[20] Der Ausschluss solcher öffentlicher Rechtsverhältnisse wird in Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO für Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten besonders hervorgehoben.

6 Magnus, in Staudinger, Neubearbeitung 2013, Art. 1 CISG Rn. 42.
7 Saenger, in Bamberger/Roth, Edition 33, 01.11.2014, Art. 1 CISG Rn. 6.
8 Schweitzer Botschaft betreffend das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf - 211.31 Waren (BBl. 1989 I, 745-840 - Bundesblatt (Internet-Präsenz)).
9 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 CISG Rn. 56.
10 Spickhoff, in Bamberger/Roth, Edition 33, 01.02.2013, Art. 1 Rom I-VO Rn. 24.
11 Palandt/Thorn, 73. Aufl. 2014, Art. 1 Rom I-VO Rn. 5.
12 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 1 Rom I-VO Rn. 21.
13 Martiny, in MüKo-BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 1 Rom I-VO Rn. 7; Palandt/Thorn (o. Fn. 11) Art. 1 Rom I-VO Rn. 3.
14 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2011, Art. 4 Rn. 36; Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 94; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6) Art. 4 Rom I-VO Rn. 44.
15 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rom I-VO Rn. 45.
16 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 4 Rom I-VO Rn. 35.
17 Von Bar/Mankowski, IPR I, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 75.
18 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 1 Rom I-VO Rn. 22.
19 Kieninger, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 1 Rom I-VO Rn. 3; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 18 f.
20 EuGHE 1993, I-1963 – Sonntag.

Vom Anwendungsbereich ausgeschlossene öffentlich-rechtliche Vereinbarungen werden nach deutschem Verständnis überwiegend dem Recht des Staates des beteiligten Hoheitsträgers unterstellt.[21]

d) Ausgeschlossene Materien

Die Rom I-VO nimmt schließlich in Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO einige das Schuldvertragsrecht berührende Rechtsverhältnisse explizit aus ihrem Anwendungsbereich aus. Hinsichtlich der ausgeschlossenen Materie verbleibt es bei der Geltung des nationalen Kollisionsrechts der lex fori, sprich im Ausgangspunkt den Vorschriften des EGBGB. Diese können jedoch wiederum durch vorrangig geltende Staatsverträge oder vorrangig anzuwendende Verordnungen verdrängt werden. Für die notarielle Praxis bedeutsame Ausschlusstatbestände finden sich nachfolgend erläutert:

aa) Personenstand und Geschäftsfähigkeit (Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom I-VO)

Vom sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht erfasst wird der Personenstand sowie – unbeschadet des Art. 13 Rom I-VO –, die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen. Personenstand meint den familienrechtlichen Status einer Person. Hierunter fällt insbesondere die Eheschließung, Eheaufhebung und Ehescheidung.[22] Die beiden erstgenannten Rechtsverhältnisse sind – vorbehaltlich staatsvertraglicher Regelungen – nach Art. 13 EGBGB anzuknüpfen, während die Ehescheidung den Kollisionsnormen der Rom III-VO unterfällt. Auf Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit natürlicher Personen ist gemäß Art. 7 EGBGB das jeweilige Heimatrecht der Vertragsschließenden anzuwenden.[23] Damit kann ein ausländischer Beteiligter mit Vollendung des 18. Lebensjahrs noch nicht voll geschäftsfähig sein.[24] Aus dem Ausschluss dieser Materie vom Anwendungsbereich der Rom I-VO folgt insoweit, dass eine Person sich nicht durch Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO eine nach ihrem Heimatrecht fehlende Geschäftsfähigkeit verleihen kann.[25] Für juristische Personen sieht Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO einen entsprechenden Ausschluss vor.

bb) Schuldverpflichtungen aus Familienverhältnissen, Ehegüterrecht und Erbrecht (Art. 1 Abs. 2 lit. b und c Rom I-VO)

Der Ausschluss familien- und erbrechtlicher Rechtsverhältnisse wird von der Rom I-VO auf Art. 1 Abs. 2 lit. b und c Rom I-VO aufgeteilt. Der Ausschluss von Schuldverhältnissen aus einem Familienverhältnis bezieht sich nicht generell auf vertragliche Schuldverhältnisse zwischen Familienangehörigen.[26] Vertragsverhältnisse, die gleichermaßen zwischen fremden Personen eingegangen werden könnten, unterfallen nicht schon deshalb dem Ausschlusstatbestand, weil die Vertragsbeziehung zwischen Familienangehörigen besteht. Damit erfasst die Rom I-VO – wie im Beispielsfall 2 – auch Schenkungen innerhalb der Familie.[27] Der Ausschluss gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. c Rom I-VO erfasst alle vertraglichen Schuldverhältnisse, die die generelle Güterzuordnung zwischen Ehegatten festlegen.[28] Diese Rechtsverhältnisse unterliegen dem Güterrechtsstatut (grds. Art. 15 EGBGB).

Vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind weiter erbrechtliche Vertragsverhältnisse. Ausdrücklich genannt werden in Art. 1 Abs. 2 lit. c Rom I-VO Schuldverhältnisse aus Testamenten und Erbrecht. Soweit eine Schenkungsurkunde erbrechtliche Regelungen enthält, etwa Ausgleichungs-, Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen, oder etwa einen (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzicht, unterliegen derartige Rechtsgeschäfte nicht dem Schuldvertragsstatut, sondern vielmehr dem Erbstatut. Dieses richtet sich für Erbfälle, die sich vor dem 17.08 2015 ereignen, gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB grds. nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers im Todeszeitpunkt. Besonderheiten können sich aus staatsvertraglichen Regelungen, einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB, einer Rück- oder Weiterverweisung nach Art. 4 EGBGB und aus der Vorschrift des Art. 3a Abs. 2 EGBGB ergeben. Für Erbfälle, die sich nach dem 17.08.2015 ereignen, richtet sich das Erbstatut – vorbehaltlich fortgeltender staatsvertraglicher Regelungen oder einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO – nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers.

cc) Gesellschaftsrecht (Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO)

Auch alle gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Rechtsfragen sind aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeklammert. Das Gesellschaftsstatut erfasst alle Regeln, die bestimmen, wie eine Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht".[29] Nicht gesellschaftsrechtlicher Natur, sondern vertragsrechtlich einzuordnen (und daher unter die Rom I-VO fallend) ist allerdings insbesondere das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen.[30] Ausgeschlossen und gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind dagegen insbesondere die sich im Beispiel 2 stellenden Fragen der Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Teilung des GmbH-Geschäftsanteils, der Zulässigkeit und der Voraussetzungen der dinglichen Übertragung des Geschäftsanteils. Das Gesellschaftsstatut richtet sich im Ausgangspunkt gemäß der sog. Sitztheorie nach dem Recht des Staates, in

21 OLG Koblenz IPRspr 1974 Nr. 1a, OLG Frankfurt IPRspr. 1979 Nr. 10b, LG Bonn NJOZ 2002, 222, 246; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 26 aA – Behandlung nach den allgemeinen Anknüpfungsregeln für Verträge – etwa KG IPRax 1998, 280, 283; Martiny, in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 147.

22 Spickhoff, Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 1 Rom I-VO Rn. 26 Palandt/Thorn (o. Fn. 11), Art. 1 Rom I-VO Rn. 7.

23 von Hein, in Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 3 Rom I-VO Rn. 46; Staudinger, in Schulze, BGB, 8. Aufl. 2014, Art. 3 Rom I-VO Rn. 10.

24 Siehe Länderübersicht bei Mäsch, in Bamberger/Roth, Edition 33, Stand 01.05.2013, Art. 7 EGBGB Rn. 57.

25 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 47.

26 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 1 Rom I-VO Rn. 22; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 50 f.

27 Martiny, in Reithmann/Martiny (o. Fn. 21), Rn. 52.

28 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 60.

29 BGHZ 25, 134, 144 = NJW 1957, 1433.

30 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 1 Rom I-VO Rn. 31.

dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz der zu beurteilenden Gesellschaft befindet. Für Gesellschaften aus der EU, sowie im Verhältnis zu den USA gilt die Gründungstheorie. Danach ist das Recht maßgebend, unter dem die Gesellschaft gegründet wurde. Im Beispiel 2 findet danach deutsches Gesellschaftsrecht Anwendung.

dd) Stellvertretung (Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO)

Vom sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgenommen, ist schließlich auch die organschaftliche wie die rechtsgeschäftliche Vertretung. Vom Ausschlusstatbestand erfasst werden alle Formen der Vollmacht, insbesondere auch solche kraft Rechtsscheins.[31] Der Ausschluss des Art. 1 Abs. 1 lit. g Rom I-VO bezieht sich allerdings nur auf die Frage, ob der Vertreter den Vertretenen rechtsverbindlich gegenüber Dritten verpflichten kann. Alle anderen vertraglichen Beziehungen zwischen Vertreter, Vertretenem und Drittem unterstehen dagegen den Kollisionsnormen der Rom I-VO. Das gilt insbesondere für den Vertrag, der zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zustande kommt.[32] Auch die Zulässigkeit einer Stellvertretung richtet sich nach dem Wirkungsstatut, d.h. im Rahmen des Schuldvertrags nach dem von der Rom I-VO berufenen Recht, im Rahmen eines erbrechtlichen Rechtsgeschäfts nach dem Erbstatut. Für den Beispielsfall 2 bedeutet dies, dass nach deutschem Recht als dem derzeitigen Erbstatut, der Erblasser etwa einen Pflichtteilsverzicht gem. § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB nur persönlich abschließen kann.[33] Im Rahmen des Schenkungsvertrags ist die Stellvertretung hingegen zulässig.

Das Vollmachtstatut bestimmt sich für Vorsorgevollmachten nach den Vorschriften des Erwachsenenschutzübereinkommens v. 15.01.2000 (ESÜ),[34] im Übrigen wird von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre – vorbehaltlich einer nur begrenzt möglichen Rechtswahl[35] – an das Recht des sog. Wirkungslandes, in der von einer Vollmacht Gebrauch gemacht wird, angeknüpft. So ist insbesondere die in einem Kaufvertrag oftmals enthaltene Belastungsvollmacht zur Bestellung von Finanzierungsrechten kollisionsrechtlich eigenständig anzuknüpfen. Die Vollmacht unterliegt zumindest dann deutschem Recht, wenn von ihr nur vor einem deutschen Notar Gebrauch gemacht werden darf.[36] Die von der materiell-rechtlichen Vollmacht zu unterscheidende Vollmacht zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung hinsichtlich Grundschuld nach § 19 GBO unterliegt als verfahrensrechtliche Vollmacht der deutschen lex fori.

2. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich der Rom I-VO erstreckt sich auf alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks. Aus deutscher Sicht ist in Sachverhalten mit Bezug zu Dänemark in ihrem Anwendungsbereich die Rom I-VO uneingeschränkt anwendbar.[37] Hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs enthält die Rom I-VO keine einschränkenden Bestimmungen.

IV. Objektive Anknüpfung der Rom I-VO

Die Rom I-VO enthält in den Art. 4 ff. Rom I-VO Regeln objektiver Anknüpfung für die einzelnen in Betracht kommenden Vertragsverhältnisse. Aus notarieller Sicht sind insoweit allerdings hauptsächlich Art. 4 Rom I-VO (allgemeine Anknüpfung) und Art. 6 Rom I-VO, Art. 46 b EGBGB (Sonderanknüpfung für Verbraucherverträge) von Relevanz.

1. Allgemeine Anknüpfung des Art. 4 Rom I-VO

Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO benennt für wichtige oder häufige Vertragsverhältnisse konkrete Anknüpfungen. Für Verträge, die in der Liste des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO fehlen oder mehr als einer der dort genannten Varianten unterfallen, bestimmt Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO die kollisionsrechtliche Anknüpfung. Sofern sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Rom I-VO bestimmten Recht aufweist, so ist dieses Recht gemäß der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO von Amts wegen[38] anzuwenden. Die Anknüpfungen des Art. 4 Abs. 1 stellen insoweit keine starren Regeln dar. Verträge, die nicht Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO unterfallen und keine charakteristische Leistung aufweisen, unterstehen gemäß Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO dem Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist.

a) Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO

Für die notarielle Praxis ist besonders die Anknüpfung des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO von Bedeutung, nach welcher Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder (vorbehaltlich von Art. 4 Abs. 1 lit. d Rom I-VO) die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, im Wege einer Sachnormverweisung dem Belegenheitsrecht der unbeweglichen Sache unterliegen.

aa) Unbewegliche Sachen

Der Begriff der unbeweglichen Sache ist für den Anwendungsbereich des Schuldstatuts in autonomer Auslegung zu

31 Kieninger, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 1 Rom I-VO Rn. 23.
32 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 1 Rom I-VO Rn. 89.
33 Sollte nach Art. 21 EuErbVO, Art. 36 Abs. 2 EuErbVO (Rechtsspaltung) das Recht von New York das Erbstatut bilden, erübrigen sich insoweit pflichtteilsrechtliche Regelungen, da das Recht des US-Bundesstaates New York kein Pflichtteilsrecht kennt. Ausgleichungsregelungen sind vor dem Hintergrund, dass beide Abkömmlinge zu gleichen Teilen bedacht wurden, vernachlässigbar.
34 BGBl. 2007 II, 325.
35 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Anhang II zu Art 1 Rom I-VO Rn. 12.
36 Fetsch RNotZ 2007, 456, 470.
37 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Rom I-VO Einleitung zur Rom I-VO, Rn. 51.
38 Ferari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 12.

ermitteln.[39] Ihm unterfallen Grundstücke, aber auch grundstücksgleiche Rechte wie Wohnungs- und Teileigentum und Erbbaurechte, die aber auch gleichzeitig dingliche Grundstücksrechte sein können. Auch wenn eine Rechtsordnung etwa Schiffe oder Flugzeuge grundstücksgleich behandelt, sind diese für das Schuldstatut in autonomer Auslegung als bewegliche Sache zu qualifizieren.[40]

bb) Vertragsgegenstand: dingliches Recht

Der Vertrag muss ein dingliches Recht an dieser unbeweglichen Sache zum Gegenstand haben, d.h. er muss sich als Obligationsgeschäft hierauf zentral beziehen.[41] Dingliche Grundstücksrechte sind Rechte die gegen jedermann wirken, wie etwa das Eigentumsrecht.[42] Zentral auf ein dingliches Recht bezieht sich der Vertrag etwa dann, wenn er die Verpflichtung zur Übertragung des dinglichen Rechts, etwa des Eigentums, zum Gegenstand hat, sei es durch Kauf, Tausch oder etwa Schenkung. Unter Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO fällt damit auch die Verpflichtung zur Einräumung oder Aufhebung von Wohnungs- oder Teileigentum oder eines Erbbaurechts, auch wenn letzteres materiell-rechtlich als Rechtskauf eingeordnet werden kann.[43] Als dingliches Recht an Grundstücken sind weiter Grundpfandrechte, Reallasten, Dienstbarkeiten (insbesondere auch deren Untervarianten Nießbrauchrecht und Dauerwohnrecht nach § 31 WEG)[44] zu verstehen. Daher unterfallen etwa auch Verträge über die Verpflichtung zur Bestellung von dinglichen Grundstückssicherheiten, wie etwa Grundpfandrechten oder Reallasten, Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO;[45] ebenso insbesondere Time-Sharing-Verträge über Grundstücke, soweit sie eine dingliche Berechtigung schaffen sollen.[46] Im Falle einer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Time-Sharing wird Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO überwiegend für nicht anwendbar erachtet. In diesem Fall handelt es sich um einen über Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO anzuknüpfenden Rechtskauf.[47]

In der notariellen Praxis kommen Grundstücksverträge i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO – wie etwa im Beispielsfall 1 – oftmals nicht in Reinform vor. Häufig enthält ein Vertrag Elemente einer weiteren in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO genannten Anknüpfung. So sind im Beispielsfall 1 bewegliche Gegenstände mitverkauft. Der Kauf beweglicher Sachen unterfällt wiederum isoliert gesehen der Anknüpfung des Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO. Bei wörtlicher Interpretation von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO sind die Bestandteile des Vertrags im Beispielsfall 1 von mehr als einer Variante des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO erfasst, womit gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO im Beispiel 1 der Vertrag französischem Recht unterliegen würde. Weiter enthalten Grundstücksverträge oftmals Dienstleistungselemente, die isoliert betrachtet Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO unterfallen. Als Beispiel findet sich in der Literatur der Fall, dass sich der Verkäufer eines Grundstücks zur Beseitigung von sich auf dem Grundbesitz befindlichem Unrat verpflichtet.[48] Weiteres Beispiel ist der Bauträgervertrag, indem sich der Bauträger neben der Verschaffung von Eigentum an Grundbesitz zur Erstellung eines Gebäudes verpflichtet.

In solchen Fällen ist zunächst nach dem Parteiwillen zu prüfen, ob ein einheitlicher Vertrag vorliegt. Sind nach dem Parteiwillen zwei isolierte, parallele Vertragsverhältnisse gegeben, so kann jedes dieser Vertragsverhältnisse nach den für dieses Verhältnis geltenden einschlägigen Vorschriften kollisionsrechtlich beurteilt werden. Im Beispielsfall 1 würde für den Immobilienkauf deutsches Recht, für den Kauf der beweglichen Gegenstände französisches Recht als dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Verkäufers (Art. 19 Rom I-VO) Anwendung finden. Liegt aber, wie im Regelfall, ein nach dem Parteiwillen einheitlicher Vertrag vor, so kommt eine Aufspaltung des Vertragsstatuts auf Grundlage von Art. 4 Rom I-VO in Abweichung zu der unter dem EVÜ geltenden Rechtslage nicht in Betracht.[49]

Allerdings ist in Konstellationen, in denen das Vertragsverhältnis von mehreren Anknüpfungsvarianten des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO erfasst wird, in Einschränkung des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO, nicht in allen Fällen auf die Anknüpfung des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO zurückzugreifen. Nach in der inländischen Lehre einhelliger Meinung ist - mit je nach Autor unterschiedlicher Akzentuierung und Formulierung – eine Art Schwerpunktbetrachtung durchzuführen. So stellt etwa Ringe für die kollisionsrechtliche Zuordnung darauf ab, ob eine Anknüpfungsvariante deutlich überwiegt.[50] Nach Thorn können einzelne Pflichten von geringer wirtschaftlicher Bedeutung unberücksichtigt bleiben,[51] nach Magnus soll sich das weitere Element für eine Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO nicht als ganz unwesentlich erweisen dürfen,[52] und nach Staudinger muss dem weiteren Element ein bestimmtes Gewicht zugesprochen werden können.[53] Für den Bauträgervertrag wird überwiegend eine Anknüpfung an Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO befürwortet,[54] auch wenn hier – wie dies etwa in § 3 Abs. 2 MaBV in anderem Zusammenhang

39 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 4 Rom I-VO Rn. 35; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 36; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 2 aA Limmer, in Reithmann/Martiny (o. Fn. 21), Rn. 1502.

40 Magnus, Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rom I-VO Rn. 46.

41 Magnus, Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rom I-VO Rn. 46.

42 Ferrari in, Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 37; Ringe, in jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2013, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27; Thorn, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 63.

43 Siehe zur Rechtsnatur des der Begründung eines Erbbaurechts zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts etwa von Oefele/Heinemann, in Müko-BGB, 6. Aufl. 2013, § 11 ErbbauRG Rn. 7.

44 Thorn, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 4Rom I-VO Rn. 63; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 40 (Gleichstellung zu dinglichen Rechten).

45 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 4 Rom I-VO Rn. 36 aA Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 39.

46 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rn. 47; Martiny, in Müko-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 110; Thorn, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn 63.

47 Leible, in NK-BGB, 1. Aufl. 2013, Art. 4 Rom I-VO Rn. 41.

48 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rom I-VO Rn. 31.

49 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 4 Rom I-VO Rn. 8; Palandt/Thorn (o. Fn. 11), Art. 4 Rom I-VO Rn. 1; Brödermann/Wegen, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl. 2014, Art. 4 Rom I-VO Rn. 6.

50 Ringe, in jurisPK-BGB (o. Fn. 42), Art. 4 Rom I-VO Rn. 50.

51 Thorn, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 22.

52 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 4 Rom I-VO Rn. 31 ff.

53 Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.

54 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 100, Brödermann/Wegen, in Prütting/Wegen/Weinreich (o. Fn. 49), Anhang zu Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.

zum Ausdruck kommt (30% Abschlagszahlung für Grund und Boden) – zumindest bei noch nicht errichtetem Gebäude das Grundstückselement gegenüber dem Dienstleistungselement (Werkvertragselement) zurücktritt. Für das Verhältnis der Anknüpfungsvarianten des Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO und lit. c Rom I-VO ist weiter denkbar, dass – entsprechend dem § 311c BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken – Zubehör für das Schuldvertragsstatut, genauer für Zwecke des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO, unter den autonom auszulegenden Begriff des unbeweglichen Vermögens subsumiert wird. Bis zu klärenden Worten des EuGH bleibt für die Praxis abzuwarten, ob und in welcher Gestalt die von der herrschenden Lehre befürwortete Reduktion von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO in Betracht kommt. In Zweifelsfällen kann und sollte durch eine Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO Rechtssicherheit geschaffen werden.

b) Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO

Für Verträge, die in der Liste von Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO fehlen oder auch unter Berücksichtigung vorstehender Reduktion von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO unter mehr als eine der dort genannten Varianten fallen, ist die maßgebende Rechtsordnung subsidiär über Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO anhand der charakteristischen Leistung zu ermitteln. Anzuwenden ist das Sachrecht jenen Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 19 Rom I-VO) hat.

Die Rom I-VO definiert den Begriff der charakteristischen Leistung nicht. Gemeint ist in autonomer Auslegung diejenige Verpflichtung, die für einen Vertrag typisch ist und ihn von anderen Verträgen unterscheidet.[55] Dies ist im Regelfall nicht die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts.[56] Stehen sich insoweit in einem Vertrag die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts und die Verpflichtung zur Erbringung einer Natural-(Nichtgeld-)Leistung gegenüber, bildet im Regelfall letztgenannte Verpflichtung die den Vertrag charakterisierende Leistung.[57] Dies gilt auch für den Fall, dass eine Vertragspartei mehrere verschiedene Natural-(Nichtgeld-)Leistungspflichten gegen Zahlung eines Entgelts zu erbringen hat (Typenkombinations- oder Typenverschmelzungsvertrag).[58] Im Falle eines unentgeltlichen Vertrages erbringt i.d.R. nur eine Seite eine (Haupt-)Leistung. Für die Schenkung beweglicher Sachen oder wie im Beispielsfall 2 von Rechten, ist die Zuwendung des Schenkenden kennzeichnend. Die Schenkung derartiger Gegenstände unterliegt demgemäß dem Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Schenkenden (Art. 19 Rom I-VO).[59] Im Beispielsfall 2 wird damit gemäß Art. 4 Abs. 2, 19 Abs. 1, 22 Abs. 1 Rom I-VO potentiell auf das Recht von New York verwiesen. Auch im Falle einer gemischten Schenkung erbringt der Schenker die vertragscharakteristische Leistung, sofern das Schenkungselement überwiegt.[60] Überwiegt das entgeltliche Element (etwa Kauf zum Freundschaftspreis), so finden i.d.R. die Grundsätze der Anknüpfung eines Kaufvertrages Anwendung. Da der Veräußernde aber auch hier i.d.R. die vertragscharakteristische Leistung erbringt wird damit ebenfalls auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Veräußernden verwiesen.[61] Lässt sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen, so kann eine Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO nicht stattfinden. Es gilt dann die Generalklausel des Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO. Die engste Verbindung ist dabei im Wege einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu ermitteln.[62]

c) Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO

Sofern sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Rom I-VO bestimmten Recht aufweist, so ist dieses Recht gemäß der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO anzuwenden. Denn angesichts der Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen, tatsächlichen Umstände und Bedingungen können die Anknüpfungen nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO nicht immer zum richtigen Ergebnis der engsten Verbindung führen. Von Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO ist, wie sich aus der Formulierung „offensichtlich“ ergibt, nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.[63] Die Kriterien, die zu einer offensichtlich engeren Verbindung führen können (aber nicht müssen), werden von der Rom I-VO nicht genannt. Solche können beispielsweise ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt oder eine gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien oder die Mitwirkung einer staatlichen Stelle (Notar) sein.[64] Im Beispielsfall 2 stellt zwar der Umstand, dass es sich um eine „deutsche“ Gesellschaft handelt und dass der Vertrag vor einem deutschen Notariat geschlossen wurde, jeweils auf deutsches Recht hindeutende Merkmale dar. Eine offensichtlich engere Verbindung zum deutschen Recht liegt jedoch gerade angesichts der Tatsache, dass alle Vertragsparteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den USA haben, nicht vor.

1. Anknüpfung für Verbraucherverträge (Art. 6 Rom I-VO)

Durch Art. 6 Rom I-VO soll der Schutz der vermeintlich intellektuell und wirtschaftlich unterlegenen Partei kollisionsrechtlich sichergestellt werden. Insoweit ordnet die Vorschrift in Anlehnung an die Formulierung der Zuständigkeitsvorschrift des Art. 15 Abs. 1 Brüssel I-VO für bestimmte grenzüberschreitende Fallgestaltungen zugunsten des Verbrauchers

55 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 148; Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 63.
56 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 63; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.
57 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 148; Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 63.
58 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 64.
59 Brödermann/Wegen, Prütting/Wegen/Weinreich (o. Fn. 49), Art. 4 Rom I-VO Rn.52.
60 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 4 Rom I-VO Rn. 166; Leible, in NK-BGB (o. fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 20 u. 100.
61 Leible, in Prütting/Wegen/Weinreich (o. Fn. 47), Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.
62 Nordmeier, in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 37 Rn. 50.
63 Ringe, in jurisPK-BGB (o. Fn. 42), Art. 4 Rom I-VO Rn. 58; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 11.
64 Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 4 Rom I-VO Rn. 11; im einzelnen str.

die Anwendbarkeit von dessen Domizilrecht an. Die Vorschrift verdrängt, soweit sie Sonderbestimmungen enthält, die allgemeine Regelung des Art. 4 Rom I-VO. Der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz des Art. 6 Rom I-VO setzt voraus, dass eine natürliche Person einen Vertrag zu einem Zweck schließt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher) und andererseits die andere Person in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (Unternehmer). In diesem Fall unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer entweder seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder er alternativ eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat (oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates) ausrichtet und der Vertrag für beide Varianten in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Zur Auslegung dieser von Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO aufgestellten Voraussetzungen kann zum Teil auf die Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 Brüssel I-VO zurückgegriffen werden.

Für die notarielle Praxis ist die Sonderanknüpfung des Art. 6 Rom I-VO aufgrund der in Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO angeordneten Ausnahmetatbestände wiederum von scheinbar untergeordneter Bedeutung. So unterliegen gemäß Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, den allgemeinen Regeln der Rom I-VO. Die genannten Begriffe sind grds. wie im Rahmen des von Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO zu verstehen.[65] Ob damit wiederum ein wie im Beispielsfall 1 nach dem Parteiwillen einheitlicher Vertrag, der den Verkauf einer unbeweglichen und von beweglichen Sachen zum Gegenstand hat, insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Art. 6 Rom I-VO ausgenommen wäre oder, ob der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz des Art. 6 in einem solchen Fall insgesamt oder zumindest für den aus beweglichen Sachen bestehenden Vertragsteil Geltung beansprucht, wurde noch keiner höchstrichterlichen Klärung zugeführt. Auch insoweit wird zum Teil für gemischte Verträge, parallel zu der im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO vorgenommen kollisionsrechtlichen Einordnung dafür plädiert, auf den – wirtschaftlichen – Schwerpunkt des Vertrages abzustellen.[66] Diese Sichtweise führt dazu, dass dann, wenn der Schwerpunkt eines gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO unter den besonderen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz fallenden Vertrages bei dem gemäß Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO ausgeschlossenen Element liegt, wie dies im Beispielsfall 1 der Fall wäre, der Vertrag insgesamt nicht der Sonderanknüpfung des Art. 6 Rom I-VO unterfällt. Denkbar ist allerdings auch, dass der Ausschlusstatbestand des Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO als Ausnahmeregelung einer restriktiven Auslegung unterworfen und aus Gründen des Verbraucherschutzes im Falle eines einheitlichen Vertrages immer jenem nicht von Abs. 4 erfassten Element der Vorrang gegeben wird, so dass es für das Eingreifen der Sonderanknüpfung des Art. 6 genügen würde, wenn ein Element des Vertrages nicht unter Art. 6 Abs. 4 fällt.[67] Zum Teil wird angedacht, den Vertrag kollisionsrechtlich zu spalten.[68] Ein solche dépeçage ist jedoch von der Rom I-VO bewusst nicht mehr vorgesehen. Weiter unterliegen – was für einen Bauträgervertrag Bedeutung gewinnen kann – gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen dann nicht dem besonderen Verbraucherschutz des Art. 6, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Begriff des Dienstleistungsvertrags ist grds. in demselben Sinne wie in Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO zu verstehen.[69]

V. Rechtswahl

1. Grundsatz der Parteiautonomie

Art. 3 erlaubt, wie schon die Vorgängervorschrift des Art. 3 EVÜ (Art. 27 EGBGB a.F.), den Parteien durch Rechtswahl die auf ein vertragliches Schuldverhältnis anzuwendende Rechtsordnung zu bestimmen. Auch die subjektive Anknüpfung des Art. 3 Rom I-VO wird für einzelne Vertragstypen durch vorrangige Spezialvorschriften ergänzt, etwa wiederum für Verbraucherverträge (Art. 6 Rom I-VO, Art. 46 b EGBGB).

Die Wirkungen einer Rechtswahl sind allerdings grds. durch die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf die gewählte Rechtsordnung regeln (Art. 9 Rom I-VO), sowie durch den ordre public-Vorbehalt (Art. 21 Rom I-VO) beschränkt. Daneben wird zum Teil auch der Gedanke der Gesetzesumgehung (fraus legis) als eine ungeschriebene Schranke der Rechtswahl genannt. Allerdings kann wegen der grundsätzlichen Gestattung einer freien Rechtswahl und der in der Verordnung selbst vorgesehenen Begrenzungen der Wirkungen einer Rechtswahl eine Gesetzesumgehung nur in extremen Ausnahmekonstellationen angenommen werden. Allein der Wille der Parteien, zwingende Vorschriften einer Rechtsordnung auszuschalten, genügt nicht. Diesen Gesichtspunkt hat die Rom I-VO bereits durch ihre Kollisionsvorschriften berücksichtigt. Im Fall der vorliegend hauptsächlich behandelten Wahl deutschen Rechts sind genannte Einschränkungen der Wirkung einer Rechtswahl von untergeordneter Relevanz.

2. Verweisungsvertrag

Die Rechtswahl erfolgt durch einen ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Verweisungsvertrag dessen Zustandekommen Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO regelt. Der Verweisungs-

65 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 6 Rom I-VO Rn. 43.
66 So Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 6 Rom I-VO Rn. 71; siehe auch BGH NJW 1997, 1697, 1698 zu Art. 29 EGBGB a.F.
67 Dies andenkend aber dann ablehnend: Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 6 Rom I-VO Rn. 71.
68 So Limbach, in jurisPK-BGB (o. Fn. 42), Art. 6 Rom I-VO Rn. 26.
69 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 6 Rom I-VO Rn. 36; Heiderhoff, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 6 Rom I-VO Rn. 41; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 6 Rom I-VO Rn. 67.
70 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 3 Rom I-VO Rn. 69.
71 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7.

vertrag ist – auch bei gleichzeitigem Abschluss – ein vom Hauptvertrag zu unterscheidender eigenständiger Vertrag,[70] was eine grds. Eigenständigkeit des Verweisungsvertrags bedeutet.[71] Daher kann eine Rechtswahl selbst dann wirksam sein, wenn der Hauptvertrag kraft des gewählten Rechts unwirksam ist.[72] Umgekehrt kann der Hauptvertrag auch bei unwirksamer Rechtswahlvereinbarung wirksam sein.[73]

3. Weitgehende Parteiautonomie

Den Parteien kommt, anders als etwa im Internationalen Güter-, Erb-, Unterhalts- oder Scheidungsrecht, hinsichtlich der wählbaren Rechtsordnung, der Reichweite und Art der Verweisung, weitgehende Autonomie zu.[74] Das von den Parteien gewählte Recht muss keine (objektive) Beziehung zum Vertragsverhältnis aufweisen, noch bedarf es eines irgendwie gearteten anzuerkennenden Interesses an der Wahl gerade dieser Rechtsordnung.[75]

a) Wählbare Rechtsordnungen

Gewählt werden kann jedes staatliche Recht. Eine kollisionsrechtliche Verweisung auf nichtstaatliche Vorschriften oder allgemeine Rechtsgrundsätze scheidet mithin nach hM aus. Jedenfalls vor staatlichen Gerichten führen derartige Klauseln lediglich zu einer subsidiären sog. materiell-rechtlichen Verweisung mit der Folge, dass ihr Aussagegehalt zum Vertragsinhalt wird. Auch die Verweisung auf ein objektiv auf den Sachverhalt nicht anwendbares internationales Übereinkommen (etwa CISG auf Kauf eines Grundstücks) wird nach überwiegender Sichtweise nicht mit kollisionsrechtlicher, sondern lediglich mit materiell-rechtlicher Verweisungswirkung, für zulässig erachtet.[76] Die Rechtswahl kann nach überwiegender Meinung nicht das Kollisionsrecht der gewählten Rechtsordnung erfassen, denn Rück- und Weiterverweisungen sind im Hinblick auf Art. 20 Rom I-VO stets unbeachtlich.[77]

b) Bedingte Rechtswahl

Die Parteien können die Rechtswahlvereinbarung unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung stellen. Dies lässt sich bereits aus der Zulässigkeit einer nachträglichen Rechtswahl, sogar mit ex tunc-Wirkung (Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO) entnehmen.[78] Auch kann die Bestimmung des anwendbaren Rechts einem Dritten überlassen werden.[79] Daher ist auch eine zur Option einer Partei gestellte Rechtswahlvereinbarung (floating choice of law clause) zulässig.[80]

4. Rechtswahlvereinbarung

a) Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der Rechtswahlvereinbarung bestimmt sich für die an die Rom I-VO gebundenen Gerichte nach den Vorschriften Rom I-VO, insbesondere Art. 3 Rom I-VO und Art. 6 Rom I-VO, deren Voraussetzungen autonom auszulegen sind.[81]

b) Zustandekommen und Wirksamkeit

Die Rechtswahlvereinbarung (kollisionsrechtlicher Verweisungsvertrag) stellt zwar eine vom materiell-rechtlichen Hauptvertrag zu unterscheidende Vereinbarung dar. Dessen ungeachtet unterstehen – quasi im Vorgriff – gemäß Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10 Rom I-VO – das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht, bei der Wahl deutschen Rechts damit den Vorschriften des BGB.

c) Form

Die Rom I-VO enthält keine Vorschriften zur Rechtswahlvereinbarung. Die Form der Rechtswahlvereinbarung beurteilt sich gemäß Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO nach den von Art. 11 Rom I-VO genannten Rechtsordnungen.[82] Soweit danach deutsches Recht Anwendung findet ist die Rechtswahlvereinbarung formfrei möglich.[83] Dies gilt auch dann, wenn der schuldrechtliche Hauptvertrag, wie etwa der Grundstückskauf nach deutschem Recht, seinerseits formgebunden ist.[84] § 311b BGB unterfällt nicht Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO.[85] Nach verbreiteter Ansicht soll darüber hinaus Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO vor dem Hintergrund, dass dieser eine konkludente Rechtswahl ermöglicht, eine die Formfreiheit anordnende Sachvorschrift entnommen werden können.[86] Für Verbraucherverträge i.S.v. Art. 6 Rom I-VO bestimmt zwar die Sonderregel des Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO, dass sich die Form von Rechtswahlvereinbarungen allein nach dem Recht des Staates richtet, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.[87] Jedenfalls bei gewöhnlichem Aufenthalt des Verbrauchers in Deutschland bestehen für eine Rechtswahlvereinbarung keine besonderen Formerfordernisse.[88]

72 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7; Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 14.
73 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 3 Rom I-VO Rn. 69.
74 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 17.
75 von Hein, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 47; Palandt/Thorn (o. Fn. 11), Art. 3 Rom I-VO Rn. 4.
76 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 3 Rom I-VO Rn. 19; Palandt/Thorn (o. Fn. 11), Art. 4 Rom-I-VO Rn. 5; Mankowski RIW 2003, 2, 10f.
77 Spickhoff, Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 9; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 3 Rom I-VO Rn. 16; von Hein, in Rauscher (o. Fn. 23), Art 3 Rom I-VO Rn. 65; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 11; Palandt/Thorn (o. Fn. 11), Art. 3 Rom I-VO Rn. 3 aA Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6) Art. 3 Rom I-VO Rn. 19, 43; Ringe, in jurisPK-BGB (o. Fn. 42), Art. 20 Rom I-VO Rn. 7.
78 Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski (o. Fn. 14), Art. 3 Rom I-VO Rn. 6; Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 17; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 2.
79 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 17.
80 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 18.
81 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 3 Rom I-VO Rn. 166.
82 Leible, in NK-BGB (o. Fn. 47), Art. 3 Rom I-VO Rn. 76; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 10.
83 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn 112; siehe etwa schon BGH DtZ 1997, 288, 290.
84 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 15; Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 10), Art 3 Rom I-VO Rn 109.
85 Mörsdorf-Schulte, in Prütting/Wegen/Weinreich (o. Fn. 49), Art. 11 Rom I-VO Rn. 12.
86 von Hein, in Rauscher (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 44; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 3 Rom I-VO Rn. 180.
87 Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 3 Rom I-VO Rn. 181.
88 von Hein, in Rauscher (o. Fn. 23) Art. 3 Rom I-VO Rn. 45.

d) Geschäfts- oder Handlungsfähigkeit

Die Geschäfts- oder Handlungsfähigkeit der Parteien ist nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom I-VO bzw. bei juristischen Personen nach Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgenommen (s.o. unter III.1.d)aa) bzw. cc)). Sie ist insoweit nicht als ein Aspekt der materiellen Wirksamkeit der Rechtswahl i.S.v. Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO anzusehen. Es verbleibt bei der Geltung des nationalen Kollisionsrechts der lex fori, vor deutschen Gerichten findet demgemäß hinsichtlich natürlicher Personen Art. 7 EGBGB, hinsichtlich juristischer Personen das Gesellschaftsstatut Anwendung.[89] Allerdings gilt gemäß der Verweisung des Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO der in Art. 13 Rom I-VO angeordnete Verkehrsschutz auch für den Abschluss einer Rechtswahlvereinbarung.

e) Stellvertretung

Schließlich werden auch die Voraussetzungen und Wirkungen einer Stellvertretung beim Abschluss der Rechtswahlvereinbarung selbstständig nach dem IPR der lex fori angeknüpft (s. o. unter III.1.d)dd)).

5. Ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl

Die Rechtswahlvereinbarung kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen. Die an eine stillschweigende Rechtswahl zu stellenden Anforderungen legt Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO fest.[90] Dieser fordert, dass sich die stillschweigende Vereinbarung eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergibt, vage Anhaltspunkte für eine Rechtswahl sind demgemäß nicht ausreichend. Durch diese restriktive Formulierung soll einer extensiven Annahme stillschweigender Vereinbarungen entgegengewirkt werden.[91] Entscheidend für Abgrenzung zwischen stillschweigender Rechtswahl (Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO) und objektiver Anknüpfung (Art. 4 Rom I-VO) ist, ob – aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Falles (einschließlich des Parteiverhaltens) – ein tatsächlicher (realer) Rechtswahlwille der Parteien feststellbar ist.[92] Sowohl im Beispielsfall 1 wie auch im Beispielsfall 2 lassen sich Argumente für eine konkludente Rechtswahl finden. Allerdings ist es Aufgabe des Notars Rechtsklarheit zu schaffen. Dies bedeutet, einen Rechtswahlwillen der Beteiligten zu erforschen und diesen in der Urkunde niederzulegen.

6. Zwingendes Inlandsrecht im Falle eines Binnensachverhalts (Art. 3 Abs. 3, Abs. 4 Rom I-VO)

Nach Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bleibt die Anwendung von nicht dispositiven Vorschriften des Staates in dem alle Elemente des Sachverhalts belegen sind von der Rechtswahl unberührt. Die Beschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist sowohl bei der Wahl ausländischen Rechts, aber auch bei der im Rahmen dieses Beitrags primär dargestellten Wahl deutschen Rechts zu beachten. Im Falle der Wahl deutschen Rechts ist Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO von Bedeutung, sofern der Sachverhalt (von der Rechtswahlklausel abgesehen) objektiv in einer einzigen anderen ausländischen Rechtsordnung lokalisiert ist, bei der Wahl ausländischen Rechts, sofern der Sachverhalt (von der Rechtswahlklausel abgesehen) keine Auslandsbeziehungen aufweist. Beide Fallgestaltungen dürften jedoch in der notariellen Praxis von geringer Bedeutung sein. Wird beispielsweise bei einem Sachverhalt, der lediglich Bezüge zu Frankreich aufweist, deutsches Recht gewählt, so ist im Rahmen der Rechtswahl darauf zu achten, dass nach französischem Recht zwingende französische Vorschriften hierdurch nicht abbedungen werden können; sie sind demgemäß auch bei deutschem Vertragsstatut zu beachten.[93] Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des fehlenden Auslandsbezugs ist der Zeitpunkt der Rechtswahl.

Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO trifft keine Aussage darüber, welche Umstände eine relevante Auslandsbeziehung i.S.d. Vorschrift begründen können. Beachtlich sind jedenfalls solche Anknüpfungsmerkmale, die im Rahmen der objektiven Anknüpfung gemäß Art. 4 Rom I-VO maßgebend wären.[94] Aber auch weitere Umstände können einen relevanten Auslandssachverhalt begründen. Als relevante Umstände kommen etwa der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung einer Partei im Ausland (wobei Ausland im Falle der Wahl deutschen Rechts auch Deutschland sein kann),[95] die Grundstücksbelegenheit im Ausland (bei der Wahl deutschen Rechts etwa Belegenheit in Deutschland),[96] oder der Erfüllungsort einer Verpflichtung im Ausland, in Betracht.[97] Ob der Abschlussort im Bereich des gewählten Rechts – jedenfalls soweit er nicht ganz flüchtig und zufällig erscheint – einen hinreichenden Auslandsbezug vermitteln kann, ist bis zu einem klärenden Judikat des EuGH für die praktische Rechtsanwendung nicht geklärt, wird jedoch zumindest von der inländischen Lehre überwiegend bejaht.[98] Wird der Vertrag von einem deutschen Notar beurkundet und erscheint die Wahl der Beurkundung durch den deutschen Notar nicht ganz zufällig, so begründet dies nach überwiegender Sichtweise einen hinreichenden Auslandsbezug i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Die Drittstaatklausel des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO hat bei der Wahl deutschen Rechts keine Bedeutung.

89 von Hein, in Rauscher (o. Fn. 23) Art. 3 Rom I-VO Rn. 46; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 10.
90 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 45.
91 Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 532; Staudinger in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 3.
92 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 46.
93 Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rn. 91.
94 Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7.
95 Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7.
96 Limmer, in Reithmann/Martiny (o. Fn. 21), Rn. 1551.
97 Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7; Magnus, in Staudinger (o. Fn. 6), Art. 3 Rom I-VO Rn. 138.
98 Spickhoff, in Bamberger/Roth (o. Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 36; Martiny, in MüKo-BGB (o. Fn. 10), Art. 3 Rom I-VO Rn. 93; Staudinger, in Schulze (o. Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 7.

VI. Bedeutung des ausländischen Rechts

Das in der Sache anwendbare Recht folgt der internationalen Zuständigkeit, was bedeutet, dass deutsche Gerichte das aus deutscher Sicht heranzuziehende Kollisionsrecht anwenden und ausländische, etwa für den Beispielsfall 2, US-amerikanische Gerichte, das aus ihrer Perspektive maßgebliche Kollisionsrecht. D.h. würde der Schenkungsvertrag des Beispielfalles 2 im Falle späterer Streitigkeiten zwischen dem Schenker und den Beschenkten von einem deutschen Gericht geprüft werden, würde dieses das anwendbare Recht nach den Vorschriften der Rom I-VO ermitteln, würde der Schenkungsvertrag von einem US-amerikanischen (Einzelstaat- oder Bundes-) Gericht geprüft werden, so würde das US-amerikanische Gericht das für das betreffende Gericht maßgebliche Kollisionsrecht heranziehen. Danach ist es zwar zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Rechtswahl Berücksichtigung findet, gesichert ist dies allerdings nicht.[99] Den Beteiligten und dem Notar muss dementsprechend bewusst sein, dass durch eine Rechtswahl des Schuldstatuts, Rechtssicherheit nur innerhalb des durch die Rom I-VO vereinheitlichten Rechtsraums geschaffen werden kann, dementsprechend für den Beispielsfall 1 im Verhältnis zu Frankreich, aber nicht im Beispielsfalls 2 im Verhältnis zu den USA.

Es ist zwar denkbar, die Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte durch eine Gerichtstandsvereinbarung (Art. 23 Brüssel I-VO) zu derogieren und gleichzeitig die Zuständigkeit der an die Rom I-VO gebundenen deutschen Gerichte zu vereinbaren. Ob die Derogation von einem US-amerikanischen Gericht anerkannt wird, beurteilt dieses wiederum nach seinem eigenen Prozessrecht. Seit der Entscheidung des Supreme Court in der Rechtssache MS Bremen & Unterweser GmbH v. Zapata Off-Shore Co, in der dieser von der Non-Ouster-Regel zu einer Angemessenheitsprüfung (Reasonableness-Doktrin) überging, ist dies zumindest (für Bundesgerichte) nicht mehr prinzipiell ausgeschlossen.[100] Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob den Parteien mit der Derogation amerikanischer Gerichte ein Gefallen getan wird.

VII. Zusammenfassung

Auch im Internationalen Schuldvertragsrecht kann der deutsche Notar, selbst wenn der Vertrag inländisches Vermögen bzw. inländische Gesellschaften betrifft, mit der potentiellen Anwendbarkeit ausländischen Rechts konfrontiert werden. Hier kann durch eine Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO Rechtssicherheit geschaffen werden. Es ist dabei aber stets zu beachten, dass auch in einer einheitlichen Urkunde verschiedene Teilaspekte einer unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Behandlung unterzogen sein können, je nachdem ob es sich um einen schuld-, sachen-, verfahrens- oder etwa erbrechtlich zu qualifizierenden Aspekt handelt.

99 Siehe zum Kollisionsrecht Ganssauge, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, 2004, S. 254 ff.

100 Siehe hierzu Bläsi, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, 2010, S. 274 ff.

Aktuelle Entwicklungen bei der Vergütung des berufsmäßigen Nachlasspflegers[1]

von Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Gleumes, Kempen und Dipl.-Rpfl. (FH) Thomas Lauk, Heilbronn.[2]

Die Tätigkeit eines berufsmäßig bestellten Nachlasspflegers gerät zunehmend in den Blickwinkel der Obergerichte, was sich an einer vermehrten Zahl von veröffentlichten Entscheidungen, insbesondere zur Frage der Vergütung des Nachlasspflegers, ersehen lässt.

Die Vergütung des Nachlasspflegers richtet sich gemäß § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nach den für die Vormundschaft geltenden Vorschriften.[3] Während ehrenamtliche Pfleger grundsätzlich nur Aufwendungsersatz und Aufwandsentschädigung gemäß den §§ 1835, 1835a BGB bekommen, erhält der Nachlasspfleger eine Vergütung, wenn es sich um eine Berufspflegschaft handelt.

I. Berufsmäßigkeit des Nachlasspflegers

Nach § 1 Abs. 1 S. 2 VBVG liegt Berufsmäßigkeit im Regelfall vor, wenn der Vormund mehr als zehn Vormundschaften führt oder die für die Führung der Vormundschaft erforderliche Zeit von voraussichtlich 20 Wochenstunden nicht unterschreitet. Diese Voraussetzungen können auf die Nachlasspflegschaft übertragen werden.[4]

Gemäß § 1836 Abs. 1 BGB, § 1 VBVG ist die Feststellung der Berufsmäßigkeit zur Führung der Nachlasspflegschaft bei der Bestellung des Pflegers zu treffen. Diese Feststellung hat in Beschlussform zu ergehen, § 38 FamFG. Die Nachlassgerichte treffen diese Feststellung grundsätzlich bei Anordnung der Nachlasspflegschaft durch Aufnahme in den Bestellungsbeschluss: „Der Nachlasspfleger führt die Pflegschaft berufsmäßig“.

Unterblieb diese Feststellung versehentlich oder zu Unrecht, ging die bisher herrschende Meinung davon aus, dass eine rückwirkende Nachholung selbst im Vergütungsfestsetzungsverfahren noch möglich sei.[5]

Mit Beschluss vom 08.01.2014 hat der BGH jedoch entschieden, dass eine nachträgliche rückwirkende Feststellung der Berufsmäßigkeit – von den Fällen einer Beschlussberichtigung gemäß § 42 FamFG abgesehen – unzulässig ist.[6] Nach Ansicht des BGH besteht für eine rückwirkende Feststellung der Berufsmäßigkeit kein rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis. Der Betreuer, der sich gegen das Unterbleiben der konstitutiven Feststellung einer berufsmäßigen Führung der Betreuung wenden will, könne insoweit die befristete Beschwerde gemäß §§ 58 ff. FamFG gegen die Entscheidung einlegen. Dieser Rechtsbehelf steht auch dem Nachlasspfleger zur Verfügung, so dass die Entscheidung des BGH auf das Nachlasspflegschaftsrecht entsprechend anzuwenden ist.

Folglich sollte der Nachlasspfleger bei seiner Verpflichtung den Bestellungsbeschluss dahingehend kontrollieren, dass die Feststellung der Berufsmäßigkeit erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, hat er auf eine Beschlussberichtigung gemäß § 42 FamFG hinzuwirken oder Beschwerde gemäß § 58 FamFG gegen den Bestellungsbeschluss einzulegen. Anderenfalls greift die ehrenamtliche Ausübung des Pflegeramtes, bei der kein Anspruch auf Vergütung besteht. Lediglich beim vermögenden Nachlass kann das Nachlassgericht gemäß § 1836 Abs. 2 BGB eine angemessene Vergütung bewilligen, soweit der Umfang oder die Schwierigkeit der Geschäfte dies rechtfertigen. Die in das Ermessen des Nachlassgerichts gestellte Vergütung kann der Höhe nach derjenigen des Berufsnachlasspflegers entsprechen.[7]

II. Stundensatz des berufsmäßigen Nachlasspflegers

Sofern die Berufsmäßigkeit durch das Nachlassgericht festgestellt worden ist, kommt es für die Bemessung der Vergütungshöhe als weiteren wesentlichen Punkt darauf an, ob der Nachlass mittellos oder vermögend ist.[8]

Als nicht mittellos ist ein Nachlass anzusehen, der – unter Außerbetrachtlassung bestehender Nachlassverbindlichkeiten – über hinreichende Mittel zur Bezahlung einer Vergütung für den Nachlasspfleger verfügt. Maßgeblich für die Beurteilung ist dabei der Zeitpunkt der Entscheidung der letzten Tatsacheninstanz, wobei die Befriedigung von Nachlassverbindlichkeiten während der Nachlasspflegschaft nicht zur Mittellosigkeit im Rechtssinne führt.[9]

Bei der Prüfung der Mittellosigkeit ist hinsichtlich des einzusetzenden Vermögens nur das verfügbare Aktivvermögen zu berücksichtigen. Gehört zum Aktivvermögen beispielsweise ein Grundstück mit wertübersteigenden dinglich gesicherten Belastungen, dann steht das Grundstück als nicht verfügba-

1 *Erstveröffentlichung: Gleumes/Lauk, ErbR 2014, 316*
2 *Die Autoren sind langjährig tätige Berufsnachlasspfleger und Präsidiumsmitglieder des Bund Deutscher Nachlasspfleger (BDN).*
3 *Überblick bei Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6, Rn. 2.*
4 *Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6, Rn. 6 m.w.N.*
5 *Vgl. zuletzt OLG Köln vom 30.1.2013, 2 Wx 265/12, FamRZ 2013, 1837 m.w.N.; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn 829 m.w.N.; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 747.*
6 *BGH vom 8.1.2014, XII ZB 354/13, NJW 2014, 863.*
7 *Vgl. dazu OLG Düsseldorf vom 19.2.2014, I-3 Wx 292/11, ZErb 2014, 136; Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6, Rn. 2; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 3. Aufl., Rn. 831; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 803.*
8 *Vgl. OLG Schleswig v. 7.5.2012, 3 Wx 113/11, ZErb 2012, 187.*
9 *OLG Düsseldorf vom 25.9.2012, I-3 Wx 308/11, FamRZ 2013, 815.*

rer Aktivposten der Feststellung der Mittellosigkeit nicht entgegen.[10]

Weiterhin ist unbeachtlich, ob die vom Nachlasspfleger beanspruchte Vergütung den Nachlass in einer Höhe belastet, die die Erbmasse am Ende beinahe oder gänzlich aufzehrt.[11] In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass einem Nachlassgläubiger eine Beschwerdebefugnis gegen die Festsetzung der Vergütung des Nachlasspflegers nicht zusteht.[12]

Bei einem mittellosen Nachlass sind über die §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 3 BGB die Stundensätze des § 3 Abs. 1 VBVG maßgeblich. Danach erhält der Nachlasspfleger bei mittellosem Nachlass eine Vergütung aus der Staatskasse, die maximal 33,50 EUR pro Stunde beträgt, § 3 Abs. 3 S. 2 VBVG.

Ist der Nachlass vermögend gilt nach den §§ 1960, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB, dass sich abweichend von § 3 VBVG die Höhe der Vergütung nach den für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflegers, sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte bestimmt. Demgemäß hat das Nachlassgericht – im Beschwerdeverfahren das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht – nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Stundensätze anzusetzen sind. Dem Tatsachengericht steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu.[13]

Für anwaltliche Berufsnachlasspfleger und vergleichbare Berufsgruppen hat die Rechtsprechung zuletzt folgende Stundensätze anerkannt:

- OLG Brandenburg vom 27.09.2010[14]: Nettostundensatz von 130,00 EUR für anwaltlichen Nachlasspfleger bei besonderer Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte;
- OLG Stuttgart vom 10.01.2013[15]: Netto-Stundensatz in Höhe von 100,00 EUR für einen Nachlasspfleger mit der Qualifikation eines Dipl.-Rechtspflegers (FH) bei durchschnittlicher Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte;
- OLG Köln vom 30.01.2013[16]: Netto-Stundensatz in Höhe von 130,00 EUR für einen anwaltlichen Nachlasspfleger bei besonderer Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte;
- OLG Jena vom 14.06.2013[17]: Staffelung des Stundensatzes von 33,50 bis 65,00 EUR bei einfacher Abwicklung, über 70,00 bis 90,00 EUR bei mittelschweren Pflegschaften, bis zu 115,00 EUR bei schwieriger Abwicklung;
- OLG Düsseldorf vom 17.01.2014[18]: Netto-Stundensatz in Höhe von 110,00 EUR als mittlerer Satz für einen anwaltlichen berufsmäßigen Nachlasspfleger.

III. Personal des Nachlasspflegers

Delegiert der Nachlasspfleger im Rahmen von § 1793 BGB Aufgaben an kanzleifremde Personen (z. B. Erstellung von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen durch einen Steuerberater, Räumung der Erblasserwohnung durch ein Unternehmen, Erstellung eines Wertgutachtens durch einen Sachverständigen, Einschaltung eines Erbenermittlers, etc.) ist die diesen bezahlte Vergütung als Aufwendung erstattungsfähig.[19] Solche Beträge können ohne vorherige nachlassgerichtliche Festsetzung aus dem Nachlass gezahlt werden. Eine gerichtliche Genehmigung kommt allenfalls über §§ 1812 ff. in Betracht. Die Kontrolle durch das Nachlassgericht ist im Rahmen der Rechnungslegung gewährleistet.

Die Stunden des eigenen Personals können dagegen nicht als Aufwendung angesetzt werden. Damit stellt sich die Frage der Erstattungsfähigkeit bzw. Abrechnung von durch Personal erbrachter Leistung. Hier ist zu differenzieren:

Soweit es sich um **üblichen Büroaufwand** handelt, fließen die Personalkosten in die Höhe des Stundensatzes ein.[20] Zu solchen Allgemeinkosten zählen beispielsweise das Öffnen der Post, das Heraussuchen des Aktenvorgangs, das Einordnen von Schriftstücken in die Akte, die Herstellung der Versandbereitschaft von Schriftstücken, die Verpackung von zurückzusendenden Akten, der Gang zur Post, etc. Deshalb ist es erforderlich, den Stundensatz für die reine Tätigkeit des Nachlasspflegers so hoch anzusetzen, dass der übliche Büroaufwand in diesem Stundensatz mit abgedeckt ist. Erledigt der Nachlasspfleger solche Tätigkeiten in Person, weil er kein Personal beschäftigt, führt dies konsequenterweise zu einem verminderten Stundensatz im Verhältnis zu Nachlasspflegern die ein Büro mit üblichem Personal und entsprechender räumlicher und sächlicher Ausstattung unterhalten.[21]

Soweit jedoch durch das Personal **Leistungen im Rahmen der Pflegschaftsbearbeitung** erbracht werden, ist der entstandene Zeitaufwand zu vergüten.[22] Dazu gehören beispielsweise die Erstellung von Schriftstücken, die Vorbereitung von Nachlassverzeichnissen, Abrechnungen und Berichten, die Erbenermittlung etc.

10 OLG Naumburg v. 10.7.2013, 2 Wx 44/13, NJW-RR 2013, 1422.
11 OLG Bamberg v. 18.12.2013, 3 Wx 137/13.
12 OLG Hamm v. 11.3.2014, I-15 W 316/13, I-15 W 328/13, I-15 W 329/13, BeckRS 2014, 08202.
13 OLG Schleswig vom 27.6.2013, 3 Wx 5/13, RPfleger 2014, 22 m.w.N; OLG Jena vom 14.6.2013, 6 W 430/12, RPfleger 2013, 683; OLG Düsseldorf vom 25.9.2012, I-3 Wx 308/11, FamRZ 2013, 815; OLG Brandenburg vom 27.9.2010, 6 Wx 2/10, ZEV 2010, 637.
14 OLG Brandenburg v. 27.9.2010, 6 Wx 2/10, ZEV 2010, 637.
15 OLG Stuttgart v. 10.1.2013, 8 W 13/13, BWNotZ mit Anmerkung Lauk.
16 OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, FamRZ 2013, 1837.
17 OLG Jena v. 14.6.2013, 6 W 430/12, RPfleger 2013, 683 wobei in Ballungsräumen auch höhere Stundensätze zugesprochen werden können.
18 OLG Düsseldorf v. 17.1.2014, I-3 Wx 130/13, BeckRS 2014, 10139; so auch schon mit Beschluss vom 25.09.2012, I-3 Wx 308/11, FamRZ 2013, 815.
19 LG Oldenburg v. 28.1.2002, 17 I 1228/01; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 803.
20 OLG Schleswig v. 27.6.2013, 3 Wx 5/13, RPfleger 2014, 22 für die „üblichen büromäßigen Hilfsdienste" seines Büropersonals"; OLG Brandenburg v. 27.9.2010, 6 Wx 2/10, ZEV 2010, 637 „Büroaufwand"; KG v. 25.10.2011, 1 W 488/10, FamRZ 2012, 818 „Büroaufwand"; Palandt/Weidlich, BGB, 73. A., § 1960, Rn. 23 „Büroaufwand"; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn. 910 „Büroarbeiten".
21 OLG Schleswig v. 27.6.2013, 3 Wx 5/13, RPfleger 2014, 22.
22 OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn. 910; a. A. Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 794.

Richtigerweise sind solche zulässigerweise delegierten fallbezogenen Tätigkeiten, wie die vom Nachlasspfleger persönlich geleisteten Arbeiten, mit dem nach den oben dargestellten Grundsätzen ermittelten **pauschalen Stundensatz** zu vergüten.

Wenn das OLG Köln mit Beschluss vom 30.01.2013[23] ohne Begründung den in Ansatz gebrachten Zeitaufwand für durch Personal ausgeführte Pflegschaftsbearbeitung mit einem hälftigen Stundensatz vergütet, ist dem nicht zuzustimmen.

§ 1915 Abs. 1 S. 2 BGB stellt auf die für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnisse des Pflegers und den Umfang und die Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte ab. Es wird gerade nicht verlangt, dass der Nachlasspfleger sämtliche Tätigkeiten in seiner Person erbringt. Soweit die Pflegschaftsgeschäfte Fachkenntnisse des Nachlasspflegers erfordern, können diese sowohl dadurch nutzbar gemacht werden, dass der Nachlasspfleger Dienstleistungen selbst erbringt, aber auch dadurch, dass der Nachlasspfleger sein Personal ausbildet, anweist und überwacht.[24] Dem Nachlasspfleger steht es gerade frei, wie er Umfang und Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte bewältigt, insbesondere bis zu welchem Grade sein Büro arbeitsteilig organisiert ist.[25]

Gerade von einem berufsmäßigen Nachlasspfleger wird erwartet, dass dieser Pflegschaften professionell und zielorientiert bearbeitet. Insoweit erscheint es angezeigt, qualifiziertes Personal einzusetzen, welches bestimmte Teilaspekte einer Nachlasspflegschaft bearbeitet. Vor allem durch eine solche Büroorganisation erreicht der berufsmäßige Nachlasspfleger eine Qualität und Zügigkeit der Bearbeitung, die den gestellten Anforderungen gerecht wird.

Bei der Ermittlung des tatsächlichen Zeitaufwandes ist folglich sowohl die vom Nachlasspfleger selbst aufgewendete Zeit als auch die von seinen Mitarbeitern im Rahmen der speziellen Pflegschaftsbearbeitung aufgewendete Zeit zu erfassen.[26] Dieser Zeitaufwand ist mit dem unter Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze ermittelten pauschalen Stundensatz zu vergüten. Die Anwendung des ermittelten Stundensatzes auch auf den das Personal betreffenden Zeitaufwand rechtfertigt sich letztendlich dadurch, dass der Nachlasspfleger das Personal ausbildet, fortbildet, instruiert und kontrolliert.

Des Weiteren gilt, dass eine individuelle Vergütung von pflegschaftsspezifischen Mitarbeitertätigkeiten in der praktischen Abwicklung zu erheblichen Problemen führen würde. Insoweit wäre es wohl nicht ausreichend, einen getrennten zeitlichen Tätigkeitsnachweis für den Nachlasspfleger und für die Mitarbeiter in der Gesamtheit zu ermitteln. Entsprechend der Behandlung beim Nachlasspfleger müsste man auf die nutzbaren Fachkenntnisse des einzelnen Mitarbeiters abstellen und dessen erbrachten Zeitaufwand separat ermitteln. Dabei wäre dann wiederum zu untersuchen, welche Schwierigkeit die erbrachten Tätigkeiten hatten. Letztendlich kann es keinen Unterschied machen, ob beispielsweise ein Schreiben durch den bestellten Nachlasspfleger persönlich oder durch einen qualifizierten Mitarbeiter erstellt wird. Schließlich wird der Nachlasspfleger dieses Schreiben vor dem Postausgang noch kontrollieren und freigeben. Der Zeitaufwand des Nachlasspflegers für die Ausbildung, Anweisung und Kontrolle seines Personals ist nicht als zusätzlicher Zeitaufwand zu erfassen.[27]

Schließlich ist eine einheitliche Vergütung von eigener Arbeitsleistung und Mitarbeitertätigkeit auch nicht unüblich. Sofern der Zwangsverwalter eine Vergütung nach Zeitaufwand erhält, wird gemäß § 19 Abs. 1 ZwVwV jede Stunde, die der Zwangsverwalter oder einer seiner Mitarbeiter aufgewendet hat, mit einem einheitlichen Stundesatz vergütet.

IV. Berufsspezifische Dienste

Gemäß § 1835 Abs. 3 BGB gelten als Aufwendungen auch solche Dienste des Nachlasspflegers, die zu seinem Gewerbe oder seinem Beruf gehören. Wird die Nachlasspflegschaft beispielsweise durch einen Rechtsanwalt geführt, können nach Wahl[28] des Nachlasspflegers berufsspezifische Tätigkeiten nach dem RVG abgerechnet werden.[29] Dies gilt jedoch nur dann, wenn es sich um **Tätigkeiten** handelt, **für die ein Laie in gleicher Lage vernünftigerweise einen Rechtsanwalt hinzuziehen würde.**[30] Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 7.6.2000[31] darauf hingewiesen, dass es in diesem Kontext in der Praxis zu schwierigen Abgrenzungsfragen kommen könne. Deshalb könne es für die Gerichte im Sinne der Rechtsklarheit geboten sein, bereits bei der Bestellung eines Rechtsanwalts als Verfahrenspfleger einen Hinweis darauf zu geben, ob im konkreten Fall davon auszugehen sei, dass rechtsanwaltsspezifische Tätigkeiten anfallen werden.

Der Nachlasspfleger sollte demnach bereits vor Ausübung der berufsspezifischen Tätigkeit eine **gerichtliche Feststellung** dahingehend beantragen, dass eine solche erforderlich ist. Wird dem Nachlasspfleger lediglich eine bestimmte Einzelaufgabe zugewiesen,[32] die auf die Erbringung berufsspezifischer Dienste zielt, ist es angezeigt, die Erforderlichkeit der berufsspezifischen Tätigkeit bereits im Bestellungsbeschluss feststellen zu lassen. Eine solche Feststellung ist für die Kostenfestsetzung bindend. Ein etwaiger Begründungsmangel darf nicht zu Lasten des Nachlasspflegers gehen.[33]

23 OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365.
24 Vgl. Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn. 854.
25 Vgl. Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn. 854.
26 Vgl. Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. A., Rn. 856.
27 Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 803 hält den Zeitaufwand für die Instruktion einer Vertretungsperson für vergütungsfähig.
28 Vgl. BayObLG v. 21.2.1996 – 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185 m.w.N.
29 Steuerberater können dementsprechend nach der StBVV abrechnen.
30 BGH v. 27.6.2012, XII ZB 685/11, NJW 2012, 3307; v. 17.11.2010, XII ZB 244/10, NJW 2011, 453 jeweils zum anwaltlichen Verfahrenspfleger; OLG Schleswig v. 27.5.2013, ZEV 2013, 443.
31 BVerfG v. 7.6.2000, 1 BvR 23/00, FamRZ 2000, 1280.
32 Vgl. Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 154.
33 BGH v. 17.11.2010, XII ZB 244/10, NJW 2011, 453 m.w.N.

Ohne vorherige Feststellung hat unter Umständen eine Entscheidung im Vergütungsfestsetzungsverfahren zu erfolgen. Für den anwaltlichen Nachlasspfleger hat das OLG Schleswig mit Beschluss vom 27.5.2013[34] entschieden, dass im Einzelfall abzugrenzen ist, ob die Aufgabe – wenn sie nicht aufgrund der Gesetzeslage zwingend von einem Rechtsanwalt erledigt werden muss – bereits eine derartige rechtliche Schwierigkeit aufweist, dass ein Laie dafür einen Rechtsanwalt heranziehen würde. Das sei bei dem **Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens** noch nicht der Fall, wenn es um einen **einfachen Fall deutlicher Überschuldung des Nachlasses** geht.

Auch unter Zugrundelegung der Entscheidung des BVerfG vom 7.6.2000[35] ist für die Beantwortung der Frage, ob ein Laie in gleicher Lage vernünftigerweise einen Rechtsanwalt zuziehen würde, zu klären, ob es sich um einen einfachen Fall handelt. Bejahendenfalls findet § 1835 Abs. 3 BGB keine Anwendung; die Tätigkeit ist über den Zeitaufwand zu vergüten.

Gebühren für die Erbringung berufsspezifischer Dienste nach § 1835 Abs. 3 BGB stellen **Aufwendungen** dar, die der Nachlasspfleger grundsätzlich dem von ihm verwalteten (leistungsfähigen) Nachlassvermögen unmittelbar entnehmen kann;[36] eine Genehmigungspflicht für die Entnahme kann nur nach §§ 1812 ff. in Betracht kommen. Eine Festsetzung der Aufwendungen durch das Nachlassgericht kommt nur bei Zahlungspflicht der Staatskasse in Betracht oder wenn ihm nicht die Vermögenssorge übertragen wurde, § 168 Abs. 1 Nr. 1 FamFG.

Eine Doppelvergütung ist nicht zulässig, so dass die nach RVG bzw. StBVV abgerechnete Tätigkeit aus dem Vergütungsstundenaufwand herauszurechnen ist.[37]

V. Entstehen und Erlöschen von Vergütungsanspruch und Aufwendungsersatz

Der Vergütungsanspruch des Nachlasspflegers entsteht dem Grunde nach kraft Gesetzes unmittelbar mit der Ausübung jeder einzelnen vergütungspflichtigen Tätigkeit, die im Vertrauen auf die **erfolgte Bestellung** entfaltet wurde (§§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 2 BGB, VBVG 3 Abs. 1), also quasi tageweise.[38] Nach §§ 1960, 1915, 1789 BGB wird die Bestellung erst mit der Verpflichtung wirksam.[39] Vor der förmlichen Amtsverpflichtung ausgeführte Tätigkeiten des Nachlasspflegers sind dementsprechend nicht vergütungsfähig.[40]

Nach §§ 1960 Abs. 1, 1915 Abs.1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 2 S. 1 VBVG erlischt der Vergütungsanspruch, wenn er nicht binnen **fünfzehn** Monaten ab der Entstehung beim Nachlassgericht geltend gemacht wird. Diese **Ausschlussfrist** findet nach einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung in der Literatur auch Anwendung auf die Nachlasspflegervergütung.[41] Gewahrt wird die Ausschlussfrist nur durch Einreichung eines Vergütungsantrages, der es dem Nachlassgericht ermöglicht, die zutreffende Vergütungshöhe zu prüfen und festzustellen.[42] Der Lauf der Ausschlussfrist ist unabhängig davon, ob es sich um einen vermögenden oder um einen mittellosen Nachlass handelt.[43] Die Frist ist von Amts wegen zu beachten und im Falle ihrer Versäumung einer Wiedereinsetzung nicht zugänglich.[44] Im Einzelfall kann einer Verfristung jedoch § 242 BGB entgegengehalten werden.[45]

Das Nachlassgericht kann auf Antrag des Nachlasspflegers die Ausschlussfrist verlängern, § 2 S. 2 VBVG, § 1835 Abs. 1a BGB. Der Fristverlängerungsantrag, der keinen Formvorschriften unterliegt,[46] muss vor Fristablauf beim Nachlassgericht eingehen. Ob das Nachlassgericht Fristverlängerung auch ohne jeweiligen konkreten Antrag sondern pauschal für alle zukünftigen Pflegschaften eines Nachlasspflegers bei dem Gericht gewähren kann, ist umstritten.[47]

Wie bereits erläutert hat der nichtberufsmäßige Nachlasspfleger grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergütung. Nur bei einem vermögenden Nachlass kann das Nachlassgericht dem Pfleger gemäß § 1836 Abs. 2 BGB auf Antrag eine angemessene Vergütung bewilligen. Die Ausschlussfrist des § 2 VBVG gilt in diesem Falle nicht.[48] Wenn entsprechend der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH eine rückwirkende Feststellung der Berufsmäßigkeit nicht zulässig ist, findet für den Zeitraum bis zu einer solchen Feststellung die Ausschlussfrist keine Anwendung.[49]

34 OLG Schleswig v. 27.5.2013, 3 Wx 11/13, ZEV 2013, 443 (m. Anm. Zimmermann).
35 BVerfG v. 7.6.2000, 1 BvR 23/00, FamRZ 2000, 1280.
36 Palandt/Weidlich, BGB, 73. A., § 1960, Rn. 28; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 802, 814 f.
37 BayObLG v. 21.2.1996, 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185; Palandt/Weidlich, BGB, 73. A., § 1960, Rn. 23 m.w.N.; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 802.
38 OLG Düsseldorf v. 19.02.2014, I-3 Wx 292/11, ZErb 2014, 136 m.w.N.; OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365; Palandt/Weidlich, BGB, 73. A., § 1960, Rn. 22 m.w.N; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A., Rn. 756.
39 Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6 Rn 17.
40 OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365 m.w.N.; OLG Stuttgart v. 25.11.2010, 8 W 460/10, FamRZ 2011, 846. Zum Erfordernis der förmlichen Pflegerverpflichtung und zur Unzulässigkeit einer „Vorratsverpflichtung" für künftige Verfahren vgl. ausführlich Bestelmeyer, FamRZ 2011, 950.
41 OLG Köln v. 30.01.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365 m.w.N.; Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6 Rn 18 m.w.N.
42 BGH v. 24.10 2012, IV ZB 13/12, ZEV 2013, 84 m.w.N.; OLG Düsseldorf v. 19.02.2014, I-3 Wx 292/11, ZErb 2014, 136 m.w.N.
43 OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365.
44 OLG Düsseldorf v. 19.2.2014, I-3 Wx 292/11, ZErb 2014, 136.
45 Vgl. BGH v. 24.10.2012, IV ZB 13/12, ZEV 2013, 84; ausführlich dazu OLG Düsseldorf v. 19.2.2014, I-3 Wx 292/11, ZErb 2014, 136.
46 Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6 Rn. 21 m.w.N.
47 Dafür: OLG Bremen v. 15.3.2012, 5 W 19/11, FamRZ 2012, 1826, wonach eine mündliche Abrede zwischen Nachlassgericht und Pfleger dahingehend möglich ist, dass Fristverlängerung im Voraus für sämtliche übernommenen Angelegenheiten beantragt wird; krit. Zimmermann, FamRZ 2014, 165.
48 Gleumes, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 6 Rn. 73 m.w.N.
49 Überholt ist damit die Entscheidung des OLG Köln v. 30.1.2013, 2 Wx 265/12, BeckRS 2013, 09365, soweit zunächst die Feststellung der Berufsmäßigkeit mit Rückwirkung angenommen und sodann die Verfristung von Vergütungsansprüchen festgestellt wird.

Rechtsprechung

FamFG §§ 9 Abs. 2, 41 Abs. 3;
BGB §§ 1796, 1822 Nr. 2

Anlässlich eines Verfahrens auf Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind ist diesem zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses im Sinne von § 41 Abs. 3 FamFG nur dann ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Voraussetzungen für eine Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB festgestellt sind.

BGH 12.2.2014 – XII ZB 592/12

Gründe:

A.

Das für das betroffene minderjährige Kind zum Vormund bestellte Jugendamt der Stadt H. (Beteiligte zu 1, im Folgenden: Vormund) begehrt die gerichtliche Genehmigung einer für das Kind erklärten Erbausschlagung in einer Nachlassangelegenheit.
Das Amtsgericht hat für das minderjährige Kind eine Ergänzungspflegschaft zur Entgegennahme des noch zu erlassenden Beschlusses und für die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts bzw. die Einlegung eines Rechtsmittels gegen diesen Beschluss für den Minderjährigen angeordnet. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Vormunds zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Vormund mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der instanzgerichtlichen Entscheidungen.

I.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2013, 651 veröffentlicht ist, hat unter Bezugnahme auf die Begründung einer eigenen vorangegangenen Entscheidung (OLG Celle RPfleger 2011, 436) folgendes ausgeführt: Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhalte, wer unter elterlicher Sorge stehe, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern verhindert seien, einen Pfleger. Eine Verhinderung der Eltern oder – wie hier – eines alleinsorgeberechtigten Elternteils sei gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB i.V.m. § 1796 Abs. 2 BGB insbesondere gegeben, wenn das Interesse des betroffenen Kindes zu dem Interesse der Kindesmutter in erheblichem Gegensatz stehe. Zwar fehle es vorliegend an einem solchen Interessengegensatz. Die alleinsorgeberechtigte Kindesmutter sei aber an der Entgegennahme des Beschlusses, mit dem die Erbausschlagung vom Familiengericht genehmigt werde, gehindert. Nach § 41 Abs. 3 FamFG sei ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand habe, auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt werde. Die Vorschrift trage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, wonach dem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betreffe, zu Wort zu kommen (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 197). Anders als in anderen Verfahren könne die Gewährung rechtlichen Gehörs bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht durch den Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden. Die Bekanntgabe der familiengerichtlichen Genehmigung der Erbausschlagung an die sorgeberechtigten Elternteile genüge daher nicht den Anforderungen des § 41 Abs. 3 FamFG.
Die Bestellung eines Verfahrensbeistands komme als milderes Mittel statt einer Anordnung der Ergänzungspflegschaft nicht in Betracht, zumal er nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes sei.
An dieser grundsätzlichen Beurteilung sei auch im vorliegenden Fall festzuhalten. Aus der Tatsache, dass im Streitfall das betroffene Kind nicht – wie im seinerzeitigen Verfahren – durch einen Elternteil vertreten worden und es infolgedessen um die Überprüfung eines Antrages dieses Elternteils gegangen sei, sondern nunmehr eine Vertretung durch das Jugendamt vorliege und eine Genehmigung dessen Antrags in Rede stehe, ergäben sich keine rechtlich erheblichen Abweichungen.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Gemäß § 1822 Nr. 2 BGB bedarf der Vormund zur Ausschlagung einer Erbschaft der Genehmigung des Familiengerichts. Nach § 41 Abs. 3 FamFG ist ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Gemäß § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 9 Abs. 2 FamFG wird bei einer angeordneten Vormundschaft der Geschäftsunfähige vom Vormund vertreten. Nach § 1796 BGB kann das Familiengericht dem Vormund die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse namentlich des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht.

2. Nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen fehlt es an den Voraussetzungen für die Entzie-

hung der Vertretungsmacht gemäß § 1796 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses bzw. der aus der Bekanntgabe folgenden Konsequenzen (Einlegung eines Rechtsmittels oder Erklärung eines Rechtsmittelverzichts).

Die Frage, ob es in Fällen der vorliegenden Art, in denen es um die Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind geht, zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses im Sinne von § 41 Abs. 3 FamFG, zur Rechtsmitteleinlegung oder zur Erklärung eines Rechtsmittelverzichts der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf, ist allerdings umstritten.

a) Zum einen wird vertreten, dass dem Minderjährigen in solchen Fällen grundsätzlich ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist (KG FamRZ 2010, 1171; OLG Köln DNotZ 2012, 219; Musielak/Borth FamFG 4. Aufl. § 41 Rn. 11; Zorn Rpfleger 2009, 421, 431; differenzierend: Büte FuR 2011, 361, 362 [etwa bei Genehmigung eines vom gesetzlichen Vertreters zuvor abgeschlossenen Kaufvertrags]; Kölmel MittBayNot 2012, 108, 109 f. [kein Vertretungsausschluss über § 1796 BGB, sondern über Verfahrensrecht]; Perlwitz/Weber FamRZ 2011, 1350, 1354 f. [Bestellung eines Verfahrensbeistands]).

b) Nach der Gegenauffassung ist ein Ergänzungspfleger nur dann zu bestellen, wenn im Einzelfall festgestellt ist, dass das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht (OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 240; Keidel/Meyer-Holz FamFG 18. Aufl. § 41 Rn. 4 a; MünchKommFamFG/Ulrici 2. Aufl. § 41 Rn. 14 ff.).

c) Der Senat folgt der zuletzt genannten Auffassung. Aus § 41 Abs. 3 FamFG, wonach ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekanntzugeben ist, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, folgt nicht, dass das Vertretungsrecht des Vormunds gemäß § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB über die in § 1796 BGB bezeichneten Fälle hinaus zu entziehen ist. Nach § 1796 Abs. 2 BGB soll die eine Ergänzungspflegschaft auslösende Entziehung des Vertretungsrechts nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht. Eine solche Entscheidung setzt mithin voraus, dass der Tatrichter entsprechende Feststellungen getroffen hat. Ein Ausschluss des Vertretungsrechts aus verfahrensrechtlichen Gründen jenseits des hier nicht einschlägigen § 1795 BGB oder des § 1796 BGB (so aber Kölmel MittBayNot 2012, 108, 109 f.) kommt nicht in Betracht.

aa) Für eine generelle Entziehung des Vertretungsrechts ohne Betrachtung der Umstände des Einzelfalls fehlt es daher bereits an einer gesetzlichen Grundlage. Im Übrigen besteht hierfür auch kein Bedürfnis. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens hat das Amtsgericht von Amts wegen die Umstände des Einzelfalls zu prüfen, insbesondere ob die Voraussetzungen für eine Genehmigung der Erbausschlagung zum Wohle des Kindes vorliegen. Erhält das Gericht im Rahmen dieser Ermittlungen Kenntnis von einem möglichen Interessenwiderstreit, ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1796 Abs. 2 BGB immer noch möglich.

Daraus wird zudem ersichtlich, dass der gesetzliche Vertreter in Fällen der vorliegenden Art bereits durch das Gericht kontrolliert wird. Die Erbausschlagung steht unter dem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt. Ein Bedürfnis dafür, das der Kontrolle dienende Verfahren sowie das kontrollierende Gericht seinerseits einer generellen weiteren Kontrolle durch einen anderen Vertreter des Rechtsinhabers zu unterstellen, besteht – jedenfalls soweit kein Interessenwiderstreit festgestellt wird – nicht (s. auch MünchKommFamFG/Ulrici 2. Aufl. § 41 Rn. 15).

bb) Dem steht auch die vom Beschwerdegericht zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731) nicht entgegen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens gebotene Anhörung nicht deshalb entbehrlich gewesen sei, weil der als gesetzlicher Vertreter der Erben handelnde Nachlasspfleger am Genehmigungsverfahren beteiligt gewesen sei und das rechtliche Gehör im Regelfall nicht durch denjenigen vermittelt werden könne, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden solle (BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731, 733). Zutreffend ist auch, dass der Gesetzgeber in der Begründung zu § 41 Abs. 3 FamFG auf die vorgenannten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen hat (BT-Drucks. 16/6308 S. 197).

Die Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung unterscheidet sich von der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fallgestaltung indes darin, dass dort der – zugleich als Vertreter tätige – Nachlasspfleger an dem später zu genehmigenden Erbauseinandersetzungsvertrag aktiv beteiligt war (vgl. BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731, 732; s. auch Büte FuR 2011, 361, 362). Dagegen begehrt der Vormund vorliegend allein die Genehmigung der Erbausschlagung für das minderjährige Kind; es geht also nicht um die Genehmigung einer vertraglichen Gestaltung, an der der gesetzliche Vertreter aktiv mitgewirkt hat, sondern lediglich um die Genehmigung einer einseitigen, gegenüber dem Nachlassgericht vorzunehmenden Erklärung (vgl. § 1945 Abs. 1 BGB).

cc) Im Übrigen wird das vom Beschwerdegericht gefundene Ergebnis auch den Belangen der Praxis nicht gerecht, wie das Kammergericht zu Recht im Einzelnen ausgeführt hat (KG FamRZ 2010, 1171, 1173).

3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG. Das Beschwerdegericht hat das Bestehen eines erheblichen Interessengegensatzes i.S.v. § 1796 Abs. 2 BGB verneint. Im Übrigen ist auch sonst nicht ersichtlich, worin ein Interessenwiderstreit bei einem als Vormund tätigen Jugendamt zu sehen sein könnte, das für den Mündel die Erbschaft ausschlägt.

Anmerkung:

I. In seiner vorstehend abgedruckten Entscheidung hatte der BGH Gelegenheit zur Klärung einer im Rahmen des § 41 Absatz 3 i.V.m. § 9 Absatz 2 FamFG viel diskutierten **Rechtsfrage:**

Kann die Bekanntgabe des Beschlusses zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts bzw. zur Verweigerung der Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft[1], welches der gesetzliche Vertreter für den eigentlichen Rechtsinhaber vorgenommen hat – etwa im Fall der genehmigungsbedürftigen Erbschaftsausschlagung nach §§ 1643 Absatz 2 Fall 1; 1822 Nr. 2 Fall 1; 1822 Nr. 2 Fall 1 i.V.m. 1908i Absatz 1 Satz 1 bzw. 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB – bei einem nicht verfahrensfähigen Rechtsinhaber (z.B. einem Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat[2]) durch Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter gemäß § 9 Absatz 2 FamFG erfolgen oder ist dieser bereits aufgrund eines (generell-abstrakten) Interessengegensatzes von der Vertretung ausgeschlossen?

II. Bislang wurden hierzu in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche **Rechtsauffassungen** vertreten.[3] Überwiegend wurde mit der Gesetzesbegründung zu § 41 Absatz 3 FamFG[4] argumentiert. Dort wird mit Blick auf eine Entscheidung des BVerfG vom 18.01.2000[5] ausgeführt, dass es Normzweck des § 41 Absatz 3 FamFG sei den eigentlichen Rechtsträger zu Wort kommen zu lassen und damit die frühzeitige Kenntnisnahme der Entscheidung sicherzustellen.[6] Soll aber gerade das Handeln des gesetzlichen Vertreters überprüft werden, wurde bislang häufig vertreten, dass diese Zielsetzung wegen eines erheblichen (generell-abstrakten) Interessengegensatzes grds. nicht durch die Bekanntgabe an diesen selbst erreicht werden kann.[7]

Dabei wurde der Vertretungsausschluss unterschiedlich begründet. Soweit § 1795 BGB (ggfs. i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 1 bzw. 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB) nicht einschlägig war, wurde nach **e.A.** § 1796 BGB (ggfs. i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB) in general-abstrakter Auslegung zur Anwendung gebracht (sog. „materiellrechtliche Lösung“).[8] Nach **a.A.** begründete dagegen bereits § 41 Absatz 3 FamFG selbst ein allgemeines verfahrensrechtliches Vertretungsverbot (sog. „verfahrensrechtliche Lösung“).[9] Auf einen Entziehungsbeschluss kam es nach dieser Auffassung dagegen nicht an. Nur nach einer **dr.A.** war dem gesetzlichen Vertreter dagegen nur im Einzelfall (d.h. individuell-konkret)[10] nach Maßgabe des § 1796 BGB (ggfs. i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB) die Vertretungsmacht zu entziehen.

III. Der **BGH** hat sich nunmehr der letztgenannten Auffassung angeschlossen. Dabei spricht sich der BGH zunächst gegen die v.a. von *Kölmel* vertretene, oben angeführte, sog. „verfahrensrechtliche Lösung“ aus. Für diese fehle es in Anbetracht der §§ 1795 und 1796 BGB (ggfs. i.V.m. 1629 Absatz 2 Satz 1 bzw. Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB) bereits an einer **gesetzlichen Grundlage.**[11] Eine solche fehle auch für eine generell-abstrakte Entziehung der Vertretungsmacht (arg. e § 1796 Absatz 2 BGB). Nach dem BGH besteht hierfür – im Anschluss an Ulrici[12] – auch **kein (praktisches) Bedürfnis,** da das Amtsgericht von Amts wegen im Genehmigungsverfahren die Umstände des Einzelfalls bei der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen zu berücksichtigen habe. Tritt hier ein möglicher Interessenwiderstreit zu Tage, ist dem Gericht die Bestellung eines Ergänzungspflegers[13] im Einzelfall nach § 1796 BGB möglich. Die generelle Bestellung eines anderen Vertreters zur Kontrolle des Verfahrens und des Gerichts selbst sei – außerhalb des § 1796 BGB – nicht erforderlich. Schließlich sei eine andere Einschätzung auch aus **verfassungsrechtlichen Gründen** nicht geboten.[14] Hierzu betont der BGH die Unterschiede zu dem der Entscheidung des BVerfG vom 18.01.2000 zugrunde liegenden Sachverhalt. Vorliegend gehe es nicht um die Genehmigung einer vertraglichen Gestaltung unter Beteiligung des gesetzlichen Vertreters (dort: Mitwirkung des Nachlasspflegers an einem Erbauseinandersetzungsvertrag ohne Anhörung der bereits ermittelten (bekannten und verfahrensfähigen) Erben einer Untererbengemeinschaft), sondern um die Genehmigung einer einseitigen amtsempfangsbedürftigen Erklärung (hier: Erbschaftsausschlagungserklärung durch den Vormund) im Namen des (verfahrensunfähigen) Mündels.[15]

IV. Die im Ergebnis zu begrüßende Entscheidung des BGH gibt Anlass über deren **Auswirkungen** auf die (amts-)gerichtliche Genehmigungspraxis im **1)** Recht der elterlichen Sorge, Vormundschaft und rechtlichen Betreuung im Falle **2)** einsei-

1 *§ 41 Absatz 3 FamFG wird insoweit – wie § 40 Absatz 2 FamFG – über seinen Wortlaut hinaus, der nur von der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts spricht, angewendet. Das sog. „Negativtest“ ist dagegen nicht erfasst. Dazu z.B. MüKo/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 13 m.w.N.*

2 *Ein guter Überblick zur Bekanntgabeproblematik und der notwendigen Differenzierung nach dem Lebensalter des Minderjährigen (vgl. §§ 164 Satz 1, 60 Sätze 2 und 3, 159 Absatz 1 Satz 1 FamFG) und dessen Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit findet sich BeckOK GBO/Reetz, Sonderbereiche, Vertretungsmacht, I., Rn. 215 f. und Musielak/Borth/Grandel, FamFG § 41 FamFG, Rn. 10 ff. Die neue BGH-Rechtsprechung ist dort noch nicht berücksichtigt.*

3 *Der BGH selbst gibt in der vorstehend abgedruckten Entscheidung einen kurzen Überblick zum Meinungsstand.*

4 *Zum Verhältnis von § 41 Absatz 1 zu § 41 Absatz 3 FamFG s. MüKo FamFG/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 14 m.w.N.*

5 *BVerfGE 101, 397 = NJW 2000, 1709 = FamRZ 2000, 731 zu Artt. 2 Absatz 1 i.V.m. 20 Absatz 3; 103 Absatz 1, 19 Absatz 4 GG.*

6 *BT-Drs. 16/6308, 197.*

7 *Das BVerfG führte hierzu in seiner hier in Fußnote 5 zitierten Entscheidung unter Rz. 32 aus:*
„… Im Regelfall kann das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln, wie hier, im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll (BVerfGE 83, 24, 36). …“

8 *So z.B. KG FamRZ 2010, 1171 = RPfleger 2010, 422; OLG Celle RPfleger 2011, 436 = FamRZ 2011, 1304 (L) = BeckRS 2011, 10185; dass. FamRZ 2013, 651 = Rpfleger 2013, 88; OLG Köln, DNotZ 2012, 219 = FamRZ 2012, 579 = BeckRS 2011, 23933.*

9 *So z.B. Kölmel, MittBayNot 2011, 190, 193 m.w.N. in Fn. 24; ders., MittBayNot 2012, 108, 109 f.; Zorn, RPfleger 2010, 424 f.*

10 *So z.B. OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 240 = FamRZ 2011, 1305 (L); MüKo/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 14 ff.*

11 *Oberhalb der Eingriffsschwelle des Interessengegensatzes ist an Maßnahmen nach § 1837 Absatz 2, 1837 Absatz 4 i.V.m. 1666 f. BGB zu denken. Weitere „Eingriffsnormen“ führt z.B. Soergel/Zimmermann, § 1796 BGB, Rn. 1 an.*

12 *MüKo FamFG/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 15.*

13 *Bzw. im Rahmen der rechtlichen Betreuer eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Absatz 4 BGB.*

14 *So bereits zuvor MüKo FamFG/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 15.*

15 *MüKo FamFG/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 15 ergänzt insoweit, dass das BVerfG nicht die Vertretung des eigentlichen Rechtsinhabers durch den gesetzlichen Vertreter, sondern die Nichtbeteiligung eines verfahrensfähigen Rechtsinhabers bemängelt habe.*

tiger, zwei- wie mehrseitiger Rechtsgeschäfte nachzudenken. Hierbei kann m.E. auch mit einem Rückgang der Zahl der beantragten und angeordneten Ergänzungspflegschaften bzw. -betreuungen gerechnet werden.[16] Argumentativ kann die Entscheidung des BGH im Hinblick auf die gesetzliche Vertretung von minderjährigen Kindern durch ihre Eltern[17] durch Verweis auf Art. 6 Absatz 2 GG ergänzt werden.[18] Hieraus folgt auch, dass gerade bei einer persönlichen Verbundenheit zwischen eigentlichen Rechtsträger und gesetzlichen Vertreter, wie im Eltern-Kind-Verhältnis, die Vermittlung rechtlichen Gehörs auch durch diesen möglich sein muss, soweit nicht gerade das Wohl des Kindes die Bestellung eines weiteren Vertreters verlangt[19]. Insoweit konkretisieren die §§ 1629 Absatz 2 Satz 1 und Satz 3 i.V.m. 1795, 1796 BGB als „konkretisierendes Verfassungsrecht" Art. 6 Absatz 2 GG im Verhältnis der Eltern zum Kind. Im Übrigen kann daran erinnert werden, dass die §§ 1795 und 1796 (ggfs. i.V.m. 1629 Absatz 2 Satz 1 bzw. Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB) ein einander ergänzendes Schutzsystem aus abstrakter und konkreter Betrachtung der Interessenlagen im Verhältnis zwischen gesetzlichen Vertreter und Vertretenen bilden. Während § 1795 BGB grds.[20] unabhängig vom Einzelfall, d.h. vom Vorliegen eines wirklichen Interessengegensatzes zur Anwendung gelangt, gilt § 1796 BGB nur bei einem konkreten Interessengegensatz im Einzelfall[21]. Hierauf wird unter **2)** zurück zu kommen sein.

Ein (allgemeines) verfahrensrechtliches Vertretungsverbot lässt sich aus § 41 Absatz 3 FamFG – wie der BGH zu Recht ausführt – nicht entnehmen.

1) Anwendbarkeit der BGH-Rechtsprechung im Recht der elterlichen Sorge, Vormundschaft und rechtlichen Betreuung

M.E. ist die zum Recht der Vormundschaft und hier zum (Sonder-)Fall der Vormundschaft durch das Jugendamt ergangene Entscheidung auch auf andere gesetzliche Vertreter übertragbar, insbesondere die Eltern, aber auch den rechtlichen Betreuer. Dies folgt schon daraus, dass der Gesetzgeber – wie sich aus den §§ 1643, 1908i, 1915 BGB schließen lässt – die Vormundschaft als zentrales familienrechtliches Institut angesehen hat. Abweichungen rechtfertige – z.B. im Recht der elterlichen Sorge – das „natürliche Verhältnis" zwischen Eltern und Kind.[22] Diese Abweichungen führen im Bereich elterlicher Sorge, wie sich etwa in § 1643 Absatz 2 Satz 2 BGB zeigt, aber zu einer Verringerung der Kontrollstandards, nicht zu einer Erhöhung. Im Übrigen handelt es sich um keine Sonderfrage des Vormundschaftsrecht bzw. des Rechts der Amtsvormundschaft durch das Jugendamt (§§ 1791 b und c BGB). Der Anwendungsbereich der vorstehend abgedruckten BGH-Entscheidung ist daher nicht auf das Recht der Vormundschaft und insbesondere die Vormundschaft durch das Jugendamt (mit ihren Besonderheiten[23]) beschränkt.

2) Anwendung bei einseitigen, zwei- wie mehrseitigen Rechtsgeschäften

Sachlich ist zwischen (genehmigungsbedürftigen) ein-, zwei- und mehrseitigen Rechtsgeschäften zu unterscheiden.

Ein abstrakter Ausschluss – d.h. unabhängig vom Vorliegen eines Interessengegensatzes im Einzelfall – nach § 1795 i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 1 bzw. 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB wird regelmäßig nur bei zwei- und mehrseitigen Rechtsgeschäften in Betracht kommen, obwohl § 1795 BGB auch einseitige Rechtsgeschäfte erfasst.[24] Im Falle **einseitiger Rechtsgeschäfte** hat dagegen – wie vom BGH entschieden – eine Prüfung nach § 1796 i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB im konkreten Einzelfall zu erfolgen. Greift weder § 1795 i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 1 bzw. 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB, noch § 1796 i.V.m. §§ 1629 Absatz 2 Satz 3, 1908i Absatz 1 Satz 1, 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB ein, so bleibt für **zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte** unter Beteiligung des gesetzlichen Vertreters weiter fraglich, ob die Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG[25] aus dem Jahre 2000 zu einem Vertretungsausschluss im Wege verfassungskonformer Auslegung (d.h. Recht auf ein faires Verfahren gemäß Artt. 2 Absatz 1, 20 Absatz 3 GG[26]) der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1795, 1796 BGB; 41 Absatz 3, 9 Absatz 2 FamFG führen können oder nicht. Hier ist Vorsicht vor vorschnellen Verallgemeinerungen[27] geboten. Die Entscheidung des BVerfG betraf insoweit einen Sonderfall der Nachlasspflegschaft, in dem verfahrensfähige und bekannte Erben, am Verfahren nicht beteiligt wurden und deren (Einzel-)Interessen damit gar nicht, sondern allenfalls ein (nicht-identisches) Gruppeninteresse der Untererbengemeinschaft gehört und beachtet worden sind. Dies ist mit Fällen der gesetzlichen Vertretung durch Eltern, Vormund oder rechtlichem Betreuer aber nicht vergleichbar[28]. Mangels gesetzlicher Grundlage, praktischem Bedürfnis und verfassungsrechtlicher Vorgabe kann daher die Lehre vom abstrakt-generellen Vertretungsausschluss im Rahmen der §§ 41 Absatz 3, 9 Absatz 2 FamFG auch für zwei- wie mehrseitige Rechtsgeschäfte aufgegeben werden. Die §§ 1795 f. BGB bilden in Zusammenschau mit den (familien- bzw. betreuungs-)gerichtlichen Genehmigungserfordernissen und Prüfungsaufgaben/-pflichten ein ausreichendes

16 Hachenberg, NZFam 2014, 370 prognostiziert dagegen keinen Rückgang der Zahl der Ergänzungspflegschaften, da diese seines Erachtens weiterhin zur Haftungsvermeidung beantragt und angeordnet werden werden.

17 Zum persönlichen Schutzbereich des Grundrechts s. z.B. Jarass/Pieroth, 8. Auflage, Art. 6 GG, Rn. 34. Vormund und Pfleger sind danach grds. keine Grundrechtsträger. Vgl. BVerfGE 10, 302, 328; anders für Großeltern als Vormünder BVerfGE 34, 165, 200.

18 So MüKo FamFG/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 15.

19 BVerfGE 99, 145, 157.

20 Zu den Ausnahmen: Soergel/Zimmermann, § 1795 BGB, Rn. 6 ff., 10 ff., 27 ff., 30 ff., 40 ff.

21 BeckOK BGB/Bettin, § 1795 BGB, Rn. 1; Soergel/Zimmermann, § 1795 BGB, Rn. 21; Staudinger/Veit, BGB-Neubearbeitung 2014, § 1795 BGB, Rn. 2; MüKo/Wagenitz, § 1795 BGB, Rn. 1 jeweils m.w.N.

22 Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. IV, Familienrecht, 2. Auflage, 1896, § 1511 (heute: § 1643 BGB), S. 766.

23 Hierzu: BeckOK BGB/Bettin, § 1791b BGB, Rn. 4, § 1791c BGB, Rn. 6; MüKo/Wagenitz, § 1791b BGB, Rn. 12; § 1791c BGB, Rn. 13.

24 BeckOK BGB/Bettin, § 1795 BGB, Rn. 2; MüKo/Wagenitz, § 1795 BGB, Rn. 23; Staudinger/Veit, BGB-Neubearbeitung 2014, § 1795 BGB, Rn. 34 m.w.N.

25 Fußnoten 5 und 7.

26 Die Genehmigungsentscheidungen sind nach Maßgabe der §§ 3 Nr. 2a, b und c i.V.m. 14 bis 16 RpflG dem Rechtspfleger übertragen. Art. 103 Absatz 1 GG als lex specialis gilt daher nicht. BVerfGE 101, 397, 404 f. A.A.: z.B. Mielke, BayVBl. 2004, 520 ff. Überblickshaft zum Recht auf ein faires Verfahren: Jarass/Pieroth, 8. Auflage, Art. 20 GG, Rn. 31a.

27 So aber Zorn, FamRZ 2014, 641 f.

28 Auch wenn die Nachlasspflegschaft nicht allein als Nachlasssache, sondern auch als „betreuungsgerichtliche Zuweisungssache" aufzufassen ist (vgl. § 340 Nr. 1 FamFG).

Schutzsystem zugunsten des wahren Rechtsinhabers. § 41 Absatz 3 FamFG fügt sich in dieses Rechtsverständnis problemlos ein, wenn man die Norm nicht als verfahrensrechtliches Vertretungsverbot[29] (s.o.) verstehen will.

V) Nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH auch die Frage, wie zu verfahren ist, wenn z.B. im Einzelfall die Voraussetzungen für die Entziehung der Vertretungsmacht gemäß § 1796 vorliegen. Zur Lösung der Bekanntgabeproblematik stehen folgende Wege zur Verfügung. Es ließe sich einerseits – im Recht der elterlichen Sorge und Vormundschaft – an die Bestellung eines **Ergänzungspflegers** (§ 1909 Absatz 1 Satz 1 BGB)[30] bzw. – im Recht der rechtlichen Betreuung – an die Bestellung eines **Ergänzungsbetreuers** (§ 1899 Absatz 4 BGB)[31] denken, andererseits an die Bestellung eines **Verfahrensbeistandes**[32] gemäß §§ 151 Nr. 1, 4 i.V.m. 158 FamFG analog[33] bzw. die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** gemäß §§ 271 Nr. 3 i.V.m. 276 FamFG (analog). Gegen die Bestellung eines Verfahrensbeistandes bzw. Verfahrenspflegers spricht u.a.[34], dass diese nach dem Gesetz gerade keine gesetzlichen Vertreter sind (für den Verfahrensbeistand s. §§ 9 Absatz 2, 158 Absatz 4 Satz 6 FamFG)[35] und eine analoge Anwendung des § 158 FamFG in Anbetracht des gesetzlichen Instituts der Ergänzungspflegschaft (wohl) nicht zweifelsfrei begründbar ist. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist ebenso wie das Meinungsbild in der Literatur gespalten. Der BGH tendiert in seiner vorstehend abgedruckten Entscheidung zur Vormundschaft (wohl) zur Ergänzungspflegerlösung.

Dr. Peter Becker, Mediator (CVM)[36]

29 So auch nach der Entscheidung des BGH noch z.B. Zorn, FamRZ 2014, 641 f.

30 So OLG Celle ZErb 2011, 198; OLG Celle FamRB 2012, 336; OLG Oldenburg NJW 2010, 1888; KG FamRZ 2010, 1171 = MittBayNot 2010, 482; OLG Köln FamRZ 2011, 231; BeckOK GBO/Reetz, Sonderbereiche, Vertretungsmacht, I., Rn. 211; Sonnenfeld, Ausgewählte Fragen zum neuen FamFG, NotBZ 2009, 295, 298 f.; Fröhler, Erbausschlagungen von Eltern für ihr minderjähriges Kind, BWNotZ 2013, 88, 90; Abicht, Zustimmungen zu notariellen Urkunden, RNotZ 2010, 493, 500; Bestelmeyer, Die Entwicklung des Erbrechts seit 2008, Rpfleger 2010, 635, 647; Heggen, Ein Jahr FamFG in der Praxis: Einige verbleibende Fragen aus notarieller Sicht, NotBZ 2010, 393, 396 f.; Schürmann, Stellung der Kinder im familiengerichtlichen Verfahren, FamFR 2009, 153 ff.

31 Z.B. LG Braunschweig, BeckRS 2011, 09053 = FamRZ 2011, 675 (L).

32 OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 222; Bolkart, Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MittBayNot 2009, 268, 272; Litzenburger, Die Genehmigung von Rechtsgeschäften nach dem FamFG – eine Zwischenbilanz aus der Sicht der notariellen Praxis, RNotZ 2010, 32, 33; Kölmel, Die familiengerichtliche Genehmigung in der notariellen Praxis nach der Reform durch das FamFG, NotBZ 2010, 2, 5 f.; ders., Anm., RNotZ 2010, 466, 468 f.; ders, Die Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses, 190, 194 ff.; Heinemann, Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FAmFG und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, DNotZ 2009, 6, 17 f.; MüKo/Ulrici, § 41 FamFG, Rn. 14 ff. m.w.N.

33 Eine direkte Anwendung des § 158 FamFG scheidet aus, da es vorliegend nicht um die „Person" (§ 158 Absatz 1 FamFG), sondern das „Vermögen" des Kindes geht. Vgl. BeckOK BGB/Veit, Rn. 13.1.

34 Eine Gegenüberstellung der weiteren Argumente findet sich etwa bei Kölmel, Die Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses, MittBayNot 2011, 190, 194 m.w.N.

35 Für den Verfahrenspfleger (§ 276 FamFG): LG Braunschweig, BeckRS 2011, 09053 = FamRZ 2011, 675 (L); MüKo FamFG/Schmidt-Recla, § 276 FamFG, Rn. 3 mittig; Müther, FPR 2012, 1, 2; Prütting/Helms/Fröschle, § 276 FamFG, Rn. 3 bis 5.

36 Der Autor ist Notar in Tauberbischofsheim. Er kommentiert die §§ 1643-1665 BGB im neuen BeckOGK.

BGB §§ 2084, 133

1. **Zur Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens, wenn die als Alleinerbin eingesetzte Ehefrau vorverstorben ist.**

2. **Allein aus dem Umstand, dass der Erblasser gute verwandtschaftliche Beziehungen zur Familie seiner Ehefrau, insbesondere den Geschwistern und deren Familien, unterhalten hat, kann kein Wille zur Ersatzberufung der Geschwister der Ehefrau festgestellt werden.**

OLG München, Beschluss vom 11.12.2014 – 31 Wx 379/14, rechtskräftig

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin strebt aufgrund ergänzender Testamentsauslegung die Erteilung eines Miterbscheins zu 1/2 nach dem Ehemann ihrer vorverstorbenen Schwester an.

Der Erblasser ist im Oktober 2013 im Alter von 71 Jahren verstorben. Im Oktober 2010 hatte er einen Schlaganfall erlitten, danach war er beidseitig gelähmt und konnte nicht mehr sprechen oder schreiben. Die Ehefrau des Erblassers ist im März 2012 vorverstorben. Sie ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge vom Erblasser und ihren beiden Schwestern beerbt worden. Sie hatte mit Testament vom 15.7.2005 ihren Mann zum Alleinerben bestimmt, dieses jedoch nicht unterschrieben. In ihrem Testament vom 5.10.2010 hatte sie ihre Schwestern für den – nicht eingetretenen – Fall zu Erbinnen eingesetzt, dass ihr Mann vor ihr oder gleichzeitig mit ihr versterben würde. Die Ehegatten waren seit 1972 verheiratet, sie hatten keine Kinder. Die Eltern des Erblassers sind 1943 bzw. 1972 vorverstorben; er hatte keine Geschwister. Gesetzliche Erben sind bisher nicht bekannt.

Es liegt ein handschriftliches Testament des Erblassers vom 16.04.1988 ein, das lautet:

„Testament
Als Alleinerbin setze ich meine Ehefrau, G. K., geb. St. ein.
(Ort, Datum, Unterschrift)"

Die Beschwerdeführerin, eine der beiden Schwestern der Ehefrau des Erblassers, hat die Erteilung eines Erbscheins aufgrund des Testaments vom 16.04.1988 beantragt, der sie und ihre Schwester als Erben zu je 1/2 ausweist. Die gebotene ergänzende Auslegung des Testaments ergebe, dass der Erblasser die Geschwister seiner Ehefrau eingesetzt hätte, wenn er vorausschauend bedacht hätte, dass seine Ehefrau vor ihm versterben könnte. Sie hat zur Begründung insbesondere dargelegt, der Erblasser habe keine ihm nahestehenden Verwandten gehabt und sei vollkommen in die Familie der Ehefrau integriert gewesen.

Er habe nach dem Tod der Schwiegermutter 1987 im Regelfall alle zwei Wochen den Schwiegervater besucht, der ihm eine handschriftliche Generalvollmacht über sein nicht unbeträchtliches Vermögen erteilt habe. Er sei regelmäßig zu Familienfesten gekommen, so 1976 zur Kommunion eines Neffen, 1986 zur Geburt der Nichte, 1987 zur Taufe der Nichte, 1990 zum 80. Geburtstag des Schwiegervaters, 1991 zum 50. Geburtstag der Schwägerin. Weihnachtsfeiertage, Jahreswechsel und Ostern habe er zusammen mit der Beschwerdeführerin, deren Ehemann und Tochter bei Schwiegereltern bzw. Schwiegervater verbracht, wobei teilweise auch die Schwester der Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann anwesend gewesen sei. Ab 1988 seien die Geburtstage der Nichte gemeinsam mit deren Familie und dem Schwiegervater begangen worden. Es habe ein enger Kontakt zu den Familien der beiden Schwestern bestanden, 1986 und 1987 habe der Erblasser mit seiner Ehefrau gemeinsame Skiurlaube mit der Schwester der Beschwerdeführerin und deren Ehemann verbracht. Die Ehefrau des Erblassers habe täglich länger mit ihren Schwestern telefoniert, in diese Gespräche sei oft auch der Erblasser einbezogen worden. Er habe häufig mit den Schwestern der Ehefrau und deren Kindern telefoniert. Gegenüber Dritten habe er geäußert, es sei gut, dass wenigstens seine Ehefrau Geschwister habe. Anlässlich seines 50. Geburtstages habe er die Familie der Beschwerdeführerin als seine richtige Familie bezeichnet. Eine Beerbung durch den Staat sei für den Erblasser nicht in Frage gekommen. Er habe sein Vermögen nicht den gesetzlichen Erben zukommen lassen wollen, zu denen er keinerlei Kontakt gehabt habe. Aufgrund der engen Beziehungen des Erblassers zu den Schwestern seiner Ehe-frau sei davon auszugehen, dass er seine Ehefrau nicht ausschließlich als Ehefrau und nahestehende Person, sondern gerade auch als erste Vertreterin ihres Stammes bedacht habe. Die erforderliche Andeutung im Testament liege bereits in der Berufung der Ehefrau.

Der Pfleger für die unbekannten gesetzlichen Erben ist dem Antrag entgegengetreten. Gerade weil der Erblasser Volljurist gewesen sei, hätte er das Problem ohne weiteres erkennen müssen und – falls gewünscht – entsprechend reagieren können. Das habe er jedoch nicht getan. Im Testament finde sich keinerlei Andeutung auf eine entsprechend gewünschte Ersatzerbenstellung. Das vorgebrachte Näheverhältnis sei nicht ausreichend, um eine solche Auslegung zu unterstützen. Hinzu komme, dass sich offensichtlich sowohl die vorverstorbene Ehefrau als auch der Erblasser mit der Frage nach dem Schicksal ihres Vermögens nicht weiter beschäftigt hätten.

Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beschwerdeführerin mit der Begründung zurückgewiesen, dass nicht zu ermitteln sei, ob der Erblasser den eingetretenen Fall des Vorversterbens seiner Ehefrau bedacht habe. Der Inhalt des Testaments, das sich in der Erbeinsetzung der Ehefrau erschöpfe, lasse nicht auf einen mutmaßlichen Willen des Erblassers schließen, seine Schwägerinnen als Ersatzerbinnen einzusetzen. Es sei bereits fraglich, ob eine unbewusste Regelungslücke vorliege. Der Erblasser sei Volljurist gewesen. Es erscheine gut möglich, dass er den eingetretenen Fall sehr wohl bedacht habe und davon ausgegangen sei, gegebenenfalls erneut testieren zu können. Allein die Tatsache, dass gesetzliche Erben des Erblassers derzeit unbekannt und möglicherweise dem Erblasser nicht bekannt gewesen seien, begründe eine Ersatzerbenstellung der Geschwister der eingesetzten testamentarischen Erbin nicht. Das Nachlassgericht sei nicht befugt, anstelle des Erblassers eine sinnvolle Erbfolge zu bestimmen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und hervorhebt, dass der Erblasser aufgrund seines Schlaganfalls bereits vor dem Tod seiner Ehefrau nicht mehr habe kommunizieren können. Außerdem habe er den Zeugen W… und Dr. R… gegenüber erwähnt, es sei für ihn selbstverständlich, dass sein Vermögen nach seinem Tod seiner Frau und ihren Geschwistern zufalle.

II.

Die zulässige Beschwerde ist im Ergebnis nicht begründet. Auch der Senat kann nach Durchführung der Beweisaufnahme keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür feststellen, dass der Erblasser die Schwestern seiner Ehefrau als (Ersatz-)Erbinnen eingesetzt hätte, wenn er das Vorversterben seiner Ehefrau bedacht hätte.

1. Das Testament vom 16.04.1988 beschränkt sich auf die Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin. Es enthält keine Regelung für den Fall, dass die eingesetzte Erbin vor dem Erblasser verstirbt und damit nicht Erbin sein kann (§ 1923 Abs.1 BGB).

   Die ergänzende Auslegung setzt voraus, dass das Testament eine planwidrige Regelungslücke aufweist, die durch den festzustellenden Willen des Erblassers zu schließen ist. Dabei muss aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar sein, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht. Durch sie darf kein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht andeutungsweise ausgedrückt ist (Palandt/Weidlich, BGB, 74. Auflage 2015, § 2084, Rn. 9 m. w. n.). Durch ergänzende Testamentsauslegung kann also die durch die Wegfall des Bedachten entstandene Lücke nur dann geschlossen werden, wenn die für die Zeit der Testamentserrichtung anhand des Testaments oder unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellende Willensrichtung des Erblassers dafür eine genügende Grundlage bietet (BGHZ 22, 357/360). Es muss anzunehmen sein, dass der Erblasser die Ersatzerbeneinsetzung gewollt hätte, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte (Bay-ObLGZ 1988, 165/167 = NJW 1988, 2744; vgl. auch die von der Beschwerdeführerin zuletzt im Schriftsatz vom 9.12.2014 zitierte Entscheidung des Senats vom 13.6.2013 FGPrax 2013, 177).

2. Der Senat geht davon aus, dass der Erblasser bei Testamentserrichtung nicht damit gerechnet hat, dass seine

etwas jüngere Ehefrau vor ihm versterben würde. Selbst wenn er – wie das Amtsgericht für möglich gehalten hat – erwogen haben sollte, dass er in diesem Fall neu testieren müsse, ändert das nichts an der planwidrigen Lücke, denn zum Zeitpunkt des Todes der Ehefrau war er nicht mehr in der Lage, eine letztwillige Verfügung zu treffen.

3. Es fehlt allerdings an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass der Erblasser, hätte er das Vorversterben seiner Ehefrau bedacht, deren Schwestern als Erbinnen eingesetzt hätte. Die von der Beschwerdeführerin vorgetragenen persönlichen Beziehungen des Erblassers zu seinen Schwägerinnen, deren Ehemännern und deren Kindern lassen keinen hinreichend verlässlichen Schluss darauf zu, dass er seine Schwägerinnen nach dem Tod seiner Frau zu Erbinnen eingesetzt hätte.

   Dass verwandtschaftliche Beziehungen zur Familie der Ehefrau gepflegt werden – wie mit den geschilderten Besuche zu Familienfesten, den Zusammentreffen bei den Schwiegereltern zu Weihnachten und Ostern und den gemeinsamen Skiurlauben – belegt keinen Willen zur Erbeinsetzung der Schwägerinnen. Dasselbe gilt für die Äußerungen des Erblassers, es sei gut, dass wenigstens seine Ehefrau Geschwister habe, die Familie der Beschwerdeführerin sei seine richtige Familie.

   Dass der Erblasser selbst keine Geschwister und – soweit ersichtlich – keine ihm näher bekannten Verwandten hatte, trägt ebenfalls nicht den Schluss, dass er auf jeden Fall die gesetzliche Erbfolge ausschließen und anstelle der ihm persönlich verbundenen Ehefrau deren Schwestern als Erben berufen wollte. Nach der Lebenserfahrung ist Motiv für die Einsetzung des Ehepartners als Alleinerbe regelmäßig die enge persönliche Beziehung und der Wunsch, ihm das beiderseitige Vermögen ungeschmälert zu belassen.

   Dass ein Ehegatte den anderen als Repräsentant von dessen Herkunftsfamilie betrachtet, erscheint eher fernliegend. Für die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin fehlt es an hinreichenden konkreten, tatsächlichen Anhaltspunkten. Hinzu kommt, dass nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin in der Familie der Ehefrau bereits umfangreiches Vermögen vorhanden war. Anderes hat sich auch nicht aus der Beweisaufnahme ergeben. Der Senat geht davon aus, dass die Frage der Regelung eines Erbfalls Gegenstand der Gespräche innerhalb der Familie anlässlich des Spaziergangs am Morgen nach der Feier des 60.Geburtstags des Zeugen Dr. R… am 3.7.2010 war. Es lässt sich aber nicht sicher feststellen, dass der Erblasser tatsächlich geäußert hat, das Erbe ginge nach seinem Tod an seine Frau und ihre Schwestern. Der Zeuge Dr. R… konnte nur erinnern, dass der im Gegensatz zu ihm selbst damals verheiratete Erblasser auf seine Ehefrau als Erbin verwiesen habe (Sitzungsniederschrift 9.12.2014, S.7). Die Zeugin M… W… konnte nicht ausschließen, dass sie in dem Punkt, dass das Erbe neben der Ehefrau des Erblassers nach dessen Aussagen auch an ihre beiden anderen Cousinen hätte gehen sollen, Schlussfolgerungen zog (SN, S. 3). Sicher war sie nur, dass die Frage des Erbens Thema gewesen ist und dass für den Erblasser klar war, dass ihn seine Frau beerben würde (SN S. 4). Dass er selbst sich in die Richtung geäußert hätte, dass neben der Ehefrau auch deren Geschwister erben sollten, konnte sie dagegen nicht sicher angeben (aaO). Die Zeugin A… W… hatte ebenso keine sichere Erinnerung daran, dass sich der Erblasser konkret in die Richtung geäußert hätte, dass sein Erbe in jedem Fall an die Familie seiner Ehefrau gehen sollte. Auch sie konnte insoweit nur schlussfolgern (SN S.5/6).

4. Aus den zitierten obergerichtlichen Entscheidungen lässt sich für den konkreten Fall nichts herleiten. Insbesondere ist der hier zu entscheidende Sachverhalt ist nicht mit der Fallgestaltung vergleichbar, die der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 16.5.1988 (BayObLGZ 1988, 165/167 = NJW 1988, 2744) zugrunde gelegen hat. Dort hatte es konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Erblasser, der seine – später vorverstorbene – Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt hatte, deren Neffen als Ersatzerben bestimmt hätte. So hatte er gegenüber Dritten wiederholt erklärt, der Neffe seiner Ehefrau sei sein Erbe. Darüber hinaus war der Erblasser lediglich Vorerbe seiner Ehefrau gewesen und hatte gewusst, dass deren Neffe ihm als Nacherbe folgen werde.

5. Nachdem kein Wille zur Ersatzberufung der Beschwerdeführerin und ihrer Schwester festgestellt werden kann, kommt es auf die Andeutung im Testament – die bereits in der Einsetzung einer nahestehenden Person liegen kann – nicht an.

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 61 GNotKG. Er entspricht der Hälfte des Nachlasswertes, da die Beschwerdeführerin die Stellung als Miterbin zu 1/2 anstrebt.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG). Die Frage, ob ein (hypothetischer) Wille des Erblassers zur Berufung seiner Schwägerinnen als Ersatzerbinnen festgestellt werden kann, geht nicht über tatsächliche Fragen des konkreten Einzelfalles hinaus. Im Übrigen liegt die vom Beschwerdeführer ins Feld geführte Divergenz zur Entscheidung BayObLGZ 1988, 165/167 = NJW 1988, 2744 nicht vor. Denn auch nach dieser ist „zu ermitteln, was nach der Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung als von ihm gewollt anzusehen wäre, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte“. Das war nach den Umständen des hier gegebenen Einzelfalls entgegen den Wünschen der Beschwerdeführerin nicht möglich.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

BGB § 1943
ZPO §§ 829, 835, 857

Das „Recht" auf Annahme der Erbschaft unterliegt nicht der Pfändung.

OLG München, Beschluss vom 19.01.2015 – 31 Wx 370/14, rechtskräftig

Gründe:

1. Die von dem Beteiligten zu 1) eingelegte „Erinnerung" richtet sich gegen den Beschluss des Nachlassgerichts, mit dem es seinen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, der bezeugt, dass die Erblasserin von den Beteiligten zu 1) und 2) zu je ½ beerbt wurde, zurückgewiesen wurde. Insofern ist die „Erinnerung" als Beschwerde im Sinne der §§ 58 ff. FamFG gegen die Ablehnung des beantragten Erbscheins auszulegen.

2. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis erlangt, dass der beantragte Erbschein nicht die Erbfolge nach der Erblasserin aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 30.9.1984 wiedergibt.

   a) Die Beteiligte zu 2) hat ihr Erbe mit Erklärung vom 25.8.2014 formgerecht im Sinne des § 344 Abs. 7 FamFG i. V. m. §§ 1944, 1945 BGB zur Niederschrift des für ihren Wohnsitz örtlich zuständigen Nachlassgerichts beim Amtsgericht Burgwedel ausgeschlagen. Die Ausschlagung erfolgte fristgemäß im Sinne des § 1944 Abs. 1 BGB. Die Beteiligte zu 2) wurde durch das Schreiben des Nachlassgerichts vom 10.7.2014 vom Anfall der Erbschaft in Kenntnis gesetzt. Das Schreiben wurde am 11.7.2014 (Freitag) expediert, sodass es die Beteiligte zu 2) frühestens am 12.7.2014 (Samstag) erhalten haben konnte. Auch in diesem Fall wäre die sechswöchige Ausschlagungsfrist im Sinne des § 1944 Abs. 1 BGB gemäß § 1944 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188, 193 BGB durch die Erklärung am 25.8.2014 (Montag) gewahrt.

   b) Die Beteiligte zu 2) hatte nicht deswegen ihr Ausschlagungsrecht gemäß § 1943 BGB verloren, weil die Bevollmächtigten des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 22.7.2014 gegenüber dem Nachlassgericht für die Beteiligte zu 2) die Annahme des Erbes nach der Erblasserin erklärt haben. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ergibt sich deren Berechtigung nicht aufgrund des gegen die Beteiligte zu 2) erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses des Amtsgerichts Burgwedel – Vollstreckungsgericht –, in dem u.a. die Rechte der Beteiligten zu 2) auf Annahme und Ausschlagung der Erbschaft betreffend die Erblasserin gepfändet und zur Einziehung überwiesen wurden.

   Die Pfändung des Rechts auf Annahme der Erbschaft geht in die Leere und ist daher nichtig, da dieses „Recht" weder eine Forderung im Sinne der §§ 829 ff. ZPO noch ein Vermögensrecht im Sinne des § 857 Abs. 1 ZPO ist. Eine Überweisung des Rechts auf Annahme der Erbschaft ist insofern schlechthin ausgeschlossen, so dass einem gleichwohl erlassenen Überweisungsbeschluss keinerlei Wirkung zukommt (vgl. auch BGH NJW 2014, 2732, 2733).

   aa) Materielle Voraussetzung der Pfändung nach § 857 ZPO ist, dass es sich bei dem zu pfändenden Recht um ein Vermögensrecht handelt. Darunter fallen Rechte aller Art, die einen Vermögenswert derart verkörpern, dass die Pfandverwertung zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen kann (BGH NJW 2005, 3353). Darunter fallen jedoch nicht aus konkreten Rechtsverhältnissen sich ergebene Gestaltungsrechte sowie höchstpersönliche Rechte, die an die Person des Schuldners gebunden sind (allg. Meinung: vgl. MüKoZPO/Smid 4. Auflage <2012> § 857 Rn. 7; Wieczorek/Schütze ZPO 3. Auflage <1999> § 857 Rn. 10, 18; Stein/Jonas/Brehm ZPO 22. Auflage <2004> § 857 Rn. 3). Demgemäß ist anerkannt, dass sich die Pfändung nicht auf das Rechtsverhältnis als solches erstreckt und daher der Schuldner die sich aus diesem ergebenden Gestaltungsrechte wie Kündigung und Ausschlagung der Erbschaft erklären kann (vgl. Zöller/Stöber ZPO <30. Auflage> § 829 Rn. 18; § 857 Rn. 17).

   bb) Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers stellt auch das „Recht" zur Annahme der Erbschaft ein solches von vornherein unpfändbares Recht dar. Dieses korrespondiert mit dem „Recht" zur Ausschlagung der Erbschaft (vgl. § 1943 BGB). Hierzu hat der BGH bereits entschieden, dass es höchstpersönlicher Natur ist (BGH NJW 2011, 2291 Tz.6). Es ist in der alleinigen persönlichen Entscheidungsmacht des Schuldners, ob er eine Erbschaft annimmt oder ausschlägt (vgl. BGH NJW-RR 2010, 121 Tz. 11). Insofern verleiht auch § 83 Abs. 1 InsO dem Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahren die entsprechende Befugnis in Bezug auf die Annahme der Erbschaft. Nichts anderes kann daher für eine Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahme in Form eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses betreffend eine Geldforderung gelten. Es entspricht daher allgemeiner Auffassung, dass die Annahme der Erbschaft nur durch den Erben selbst und nicht durch Dritte erfolgen kann (MüKoBGB/Leipold 6. Auflage <2013> § 1943 Rn. 7) und somit ein Pfandgläubiger ebenso wenig die Annahme wie die Ausschlagung erklären kann (Staudinger/Otte BGB <2007> § 1943 Rn. 12). Demgemäß ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers für eine Anwendung des § 857 Abs. 3 ZPO kein Raum, zumal Rechte, deren Ausübung erst zur Schaffung pfändbarer Vermögensrechte führt, von vornherein weder isoliert pfändbar, noch von einer Pfändung umfasst sind (Stein/Jonas/Brehm a. a. O. § 857 Rn. 3 a. E.).

3. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 61 i. V. m. § 40 Abs. 1 GNotKG. Der Beschwerdeführer erstrebt die Erteilung eines Erbscheins über den Gesamtnachlass, so dass der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls für den Geschäftswert zugrunde zu legen ist,

von dem nur die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten abzogen werden (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GNotKG). Anders als nach der früheren Regelung in der KostO können mithin Bestattungskosten nicht mehr abgezogen werden. Insofern setzt der Senat den Geschäftswert auf 1.105.752,78 € fest.

4. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 72 FamFG) liegen nicht vor. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist die hier entscheidungserhebliche Frage (Pfändbarkeit des „Rechts“ auf Annahme der Erbschaft) nicht klärungsbedürftig. Insofern liegen keine divergierenden Entscheidungen und unterschiedlichen Literaturmeinungen vor. Außerdem betrifft die hier entscheidungserhebliche Frage einen Einzelfall. Allein der Umstand, dass der BGH zu der Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat und der Senat die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilt, führt nicht dazu, dass diese Frage das Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

Buchbesprechungen

Timme (Hrsg.) Wohnungseigentumsgesetz. Kommentar. 2. Auflage, 2014, 1395 Seiten. Verlag C.H. Beck, München, 119 €.

Alle für den Praktiker des Wohnungseigentumsrechts wichtigen Themen sind unter der den Normen des Wohnungseigentumsgesetzes eingehend kommentiert. Zudem wurden die praktischen Konsequenzen einiger gesetzlicher Änderungen berücksichtigt (z.B. das GNotKG). Der für WEG-Angelegenheiten zuständige 5. Zivilsenat des BGH hatte in den letzten Jahren wegen des novellierten Wohnungseigentumsgesetzes viele Fragen des Wohnungseigentumsrechts zu beantworten. Ein Erwerber von Wohnungseigentum, der den Erwerbsvertrag vor Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft abschließt und zu dessen Gunsten eine Eigentumsvormerkung eingetragen wurde, ist nach BGH (DNotZ 2012, 763) auch dann als werden der Wohnungseigentümer anzusehen, wenn er den Besitz an der Wohnung erst nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft erlangt (ebenso § 8 Rn. 42). Der Kommentar spricht sich – allen Bedenken zum Trotz – dafür aus, den werdenden (rechtsfähigen) Verband als rechtsfähig anzuerkennen (§ 10 Rn. 67). Zu Recht abgelehnt wird die Aufhebung von Sondereigentum durch einseitigen Verzicht entsprechend § 928 BGB (§ 11 Rn. 45; BGH DNotZ 2007, 845; zu misslichen Situationen Buhl, BWNotZ 2013, 130) und ein Mitsondereigentum (§ 3 Rn. 24), dagegen bejaht der Kommentar das sog. Nachbareigentum als dritte Eigentumsform neben dem Gemeinschafts- und dem Sondereigentum (§ 3 Rn. 26). Sondernutzungsrechte sind nach dem Bestimmtheitsgrundsatz so dazustellen, wie dies für Grunddienstbarkeiten verlangt wird (§ 15 Rn. 256 ff., 335; BGH DNotZ 2012, 684). Die Beschlusskompetenz zum Erwerb eines Grundstücks durch den WEG-Personenverband wird allgemein bejaht (§ 10 Rn. 456). Das Grundbuchamt hat nicht zu prüfen, ob der Erwerb von Sondereigentum durch den Personenverband ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (§ 10 Rn. 459). Der Verwalter muss gegenüber dem Grundbuchamt zusätzlich zum Nachweis seiner Verwaltereigenschaft auch den Beschluss nachweisen, wobei kein Vertrauensschutz Dritter auf die Gültigkeit des Ermächtigungsbeschlusses besteht (§ 27 Rn. 462). Für die Löschung von Zwangshypotheken zugunsten des Wohnungseigentümerverbandes ist fraglich, ob der Verwalter nach § 27 Abs. 3 WEG eine Löschungsbewilligung oder zumindest eine löschungsfähige Quittung abgeben kann (dazu § 10 Rn. 469; OLG München NJW-RR 2011, 590).

Die Löschung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 12 WEG kann von jedem Wohnungseigentümer, soweit das Zustimmungserfordernis seine Wohnungs- oder Teileigentumseinheit betrifft, beim Grundbuchamt beantragt werden, nicht jedoch von der Wohnungseigentümergemeinschaft (§ 13 Rn. 90), für den Nachweis gilt § 26 Abs. 3 WEG entsprechend (§ 13 Rn. 89). Strittig ist, ob eine GbR zum Verwalter bestellt werden kann (bejahend OLG Frankfurt DNotI-Report 2005, 190), verneinend der Kommentar (§ 26 Rn. 23; ebenso BGH DNotZ 2006, 523). Unterzeichnen können das Protokoll nur Personen, die auch auf der Versammlung anwesend waren (§ 24 Rn. 146; OLG München DNotZ 2008, 291).

Die Kommentierung bewegt sich auf hohem Niveau und hat stets Bezug zu allen Belangen der Praxis.

Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

Karl Schnitzler (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht, Verlag C.H. Beck, 4te überarbeitete und erweiterte Auflage 2014, 1.833 Seiten, In Leinen, 159,- €, ISBN 978-3-406-64958-5.

Das Münchener Anwaltshandbuch, herausgegeben von Rechtsanwalt Karl Schnitzler, Fachanwalt für Familienrecht, stellt innerhalb der Fachliteratur für familienrechtliche Mandantschaft ein sehr gut eingeführtes und renommiertes Standardwerk dar. Ein Gesamturteil vorweggenommen, kann festgehalten werden, dass dies mit der 4. überarbeiteten und erweiterten Auflage nur bestätigt wird.
Dem Namen folgend, richtet sich das vorliegende Werk in erster Linie an Rechtsanwälte, in zweiter Linie an Bearbeiter der Judikatur und erst anschließend an alle anderen Rechtsanwender mit Bezug zum Familienrecht. Zur letzteren Gruppe gehören unzweifelhaft auch Notare. Dies spiegelt sich sowohl in der bearbeitenden Autorenschaft als auch in den inhaltlichen Schwerpunkten wieder.

Zu den Autoren gehören vor allem erfahrene Rechtsanwälte und Richter, die sich durch zahlreiche Publikationen als Familienrechtsexperten ausgewiesen haben. Daneben sind indes auch die Herren Kollegen Notar a.D. Prof. Dr. Brambring und Notar Prof. Dr. Dr. Grziwotz unter den Autoren zu finden. Für sich genommen stehen sämtliche Autoren für höchste Ansprüche an den Inhalt des Werks.

Thematisch gliedert sich das Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht wie folgt in 15 Kapitel nebst Gesamtanhang (Düsseldorfer Tabelle, Unterhaltsleitlinien der Familiensenate Süddeutschlands und Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts): A. Das familienrechtliche Mandatsverhältnis; B. Unterhaltsrecht; C. Elterliche Sorge und Umgangsrecht; D. Gewaltschutz; E. Ehewohnung und Haushalt; F. Zugewinnausgleich; G. Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts; H. Versorgungsausgleich; I. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen; J. Nichteheliche Lebensgemeinschaft und eingetragene Lebenspartnerschaft; K. Abstammungsrecht; L. Versicherungsrecht und Steuerrecht; M. Verfahrensrecht; N. Kosten- und Vergütungsrecht und O. Internationales Familienrecht.

Die einzelnen Kapitel untergliedern sich sachgerecht in verschiedene Untergruppen. Dabei wird beachtet, dass drei Gliederungsebenen nicht überschritten werden. Dies gewährt ein

hohes Maß an Orientierung innerhalb des Inhaltsverzeichnisses. Das Inhaltsverzeichnis wird ergänzt durch ein über 100 Seiten starkes Sachverzeichnis. Der Rechts- und Ratsuchende findet unproblematisch für sein Anliegen die richtige Bezugnahme im vorliegenden Werk. Daneben werden durchgehend Fußnoten verwendet. Angenehm ist, dass dies trotz der Vielzahl von Autoren einheitlich gehalten wird. Diese Fußnoten ermöglichen es, über den umfassenden Inhalt des vorliegenden Werkes hinaus, weitere Recherchen zu tätigen. Besonders hervorzuheben ist der nutzerfreundliche Einsatz von Checklisten, Formulierungsvorschlägen, Mustern und Praxistipps. So findet sich beispielhaft auf Seite 425 unter Rn. 309 eine sehr umfassende tabellarische Übersicht über die seit dem 13.09.2001 ergangenen Entscheidungen zur Unterhaltsbegrenzung.

Aus der Inhaltsübersicht kann entnommen werden, dass es sich um eine umfassende Darstellung der anwaltlichen Tätigkeit im Familienrecht handelt. Daneben enthalten die Kapitel I. (Brambring) und J. (u.a. Grziwotz) wertvolle Hinweise für die notarielle Familienrechtspraxis, explicit für die Beratung und die anschließende Gestaltung von familienrechtlichen Vereinbarungen. Die einzelnen Abschnitte sind prägnant geschrieben und mit Checklisten und treffenden Formulierungsvorschlägen ergänzt. Auf Seite 1253 unter Rn. 176 ist eine Präambel für einen Ehevertrag enthalten, die von Brambring, vor dem Hintergrund der Inhaltskontrolle, als unverzichtbar bezeichnet wird. Diese schließt Angaben zur unterhaltssichernden Einkommenshöhe und den Beiträgen zur Rentenvorsorge mit ein. Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese Angaben ergänzend jeweils bei den Passagen zum Unterhalt, zum Versorgungsausgleich und ggf. zu kompensierenden Vereinbarungen zu wiederholen.

Zusammenfassend kann dieses Werk zur Anschaffung empfohlen werden. Dies gilt für Rechtsanwälte, Richter, Notare und sonstige Rechtsanwender der familienrechtlichen Praxis. Eine Aussparung der Notare innerhalb der vorstehenden Personengruppe ist allein schon deshalb nicht geboten, da das Werk mit den Kapiteln I. und J. auch dem Notar ein Handbuch der familienrechtlichen Vertragsgestaltung kompetent ergänzt. Die weiter gehenden 13 Kapitel entsprechen möglicherweise nicht dem Bedarf der täglichen notariellen Praxis, haben sich indes in der hiesigen Rechtsanwendung durchaus als nützlich und informativ erwiesen.

Notarvertreter Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart

Faßbender/Grauel/Ohmen/Peter/Roemer/Wittkowski/Führ/Otto. Notariatskunde. 18. Aufl. 2014. Deutscher Notarverlag Bonn. 944 S., 59 €.

Die „Notariatskunde“ erscheint in der 18. Auflage erstmals in der Reihe „NotarPraxis“ des Deutschen Notarverlags und wendet sich an Notare und deren Notariatsfachangestellte. Das äußere Erscheinungsbild dieses Standardwerkes hat sich nur leicht verändert, um dem Ruf dieses Titels als „Blauem Buch“ Rechnung zu tragen. Das Werk bietet umfassende Informationen über den Notar, seine Tätigkeitsbereiche und die rechtlichen Hintergründe sowie zahlreiche Musterformulierungen, Beispiele und grafische Darstellungen und deckt so „Fachkunde“ und „Rechtskunde“ ideal ab. Die Nummerierung der Kapitel sowie die Zählung der Randziffern sind neu gestaltet, Zitate und Hinweisstellen wurden zu Fußnoten – all das trägt zur mehr Klarheit und besserer Lesbarkeit bei. Die einzelnen Kapitel befassen sich mit der Stellung des Notars und seiner Mitarbeiter, mit dem Büro des Notars und seiner Amtsgeschäfte. Durch die fundamentale und strukturelle Änderung der Notargebühren wurde das Notariatskostenrecht völlig neu bearbeitet (§ 5). Im Erbrecht wird auf die Mitteilungs- und Ablieferungspflichten an das neue Zentrale Testamentsregister eingegangen und ein Ausblick auf die neue Erbrechtsverordnung der EU gegeben sowie erste praktische Anwendungsfälle dargestellt. Berücksichtigt ist auch die Neuregelung der gesetzlichen Vertretung minderjähriger nichtehelicher Kinder. Das Buch geht auf die gesamte Problematik rund um das elektronische Dokument, die Textform, die qualifizierte elektronische Signatur und die elektronische notarielle Urkunde an verschiedenen Stellen ein. Das Werk verdient das Prädikat „ Klassiker“. Es bietet allen im Notariat eine stets praktisch orientierte Hilfe für die tägliche Arbeit ebenso wie für die Bewältigung ausgefallener Probleme.

Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Karsten Schmidt. Handelsrecht. Unternehmensrecht I, 6. Aufl. 2014, 1276 S., Carl Heymanns Verlag, 119 €.

Das überarbeitete, veränderte und aktualisierte Standardwerk zum Außenprivatrecht der Unternehmen ist in seiner Konzeption sowie durch vielfache Querverweisungen mit dem „Gesellschaftsrecht“ zu einem Gesamtwerk verschmolzen („Handelsrecht – Unternehmensrecht I“ und „Gesellschaftsrecht – Unternehmensrecht II“). Das Werk ist ein Forum für Fragen der Dogmatik, Praxis und Rechtspolitik. Es ist mehr als eine bloße Interpretation des Handelsgesetzbuchs, erfüllt seine wissenschaftliche Aufgabe hervorragend und leistet einen großen Beitrag zur Rechtsfortbildung. Das Buch ist ein wahrer Impulsgeber.

Der Schwerpunkt der Neuauflage liegt auf der unternehmerischen Vertrags- und Haftungswirklichkeit. Im ersten Teil des Werks werden das Handelsrecht, der Kaufmannsbegriff und das Unternehmen im Handelsrecht dargestellt in allen Facetten dargestellt. Der zweite Teil befasst sich mit den verschiedenen Handelsgeschäften. Neu konzipiert wurden insbesondere die Bereiche Unternehmensträger und Kontinuität der Rechtsverhältnisse. Wieder ist es dem Autor in eindrucksvoller Weise gelungen, lehrbuchhaft die Interessen zwischen Wissenschaft und Praxis, zwischen Studierendem und Kautelarjurist zusammenzufassen. Die nicht immer leicht überschaubare Materie des Handelsrechts wird durch 800, größtenteils der Rechtsprechung entnommenen Beispiele transparent gemacht.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Gerichts- und Notarkostengesetz. Kommentar. Begründet von Werner Korintenberg und herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Bengel, Klaus Otto, Prof. Dr. Wolfgang Reimann und Werner Tiedtke. Verlag Franz Vahlen, München, 19. Aufl. 2015, 1679 S., 149 €.

Das GNotKG beschreitet an vielen Stellen Neuland. So erhalten die Gerichtskosten in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und auch die Notarkosten eine völlig neue Struktur und Systematik. Der Aufbau des Gesetzes wurde an denjenigen der anderen Justizkostengesetze angeglichen. Der „Klassiker des Kostenrechts" kommentiert sämtliche Vorschriften des GNotKG und das komplette Kostenverzeichnis. In der Einleitung zum GNotKG werden die Grundlagen des Kostenrechts, die Wertgebühr und die Gesetzesstruktur erläutert. In der Anlage 1 wird das Kostenverzeichnis erläutert, die Anlage 2 enthält die Geschäftswert-Gebührentabelle. Mit großer Genugtuung nimmt der Praktiker den Anhang mit den Gerichtskostenbefreiungen nach FG-Nebengesetzen zur Kenntnis.

Erste Erfahrungen berücksichtigt das Werk bereits. Aus dem imponierenden Umfang des Werkes seien nur einige Lösungsansätze bei Kosten in Grundstücksangelegenheiten herausgegriffen. Liegt zwischen Kauf und Grundbuchvollzug der Eigentumsumschreibung ein längerer Zeitraum und hat sich die Kaufsache bis zur Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch in ihrem Wert gesteigert/verschlechtert, so ist fraglich, ob diese Veränderungen bei der Eigentumsumschreibung zu berücksichtigen sind (primär verneinend, § 47 Rn. 5; nach OLG München ZfIR 2014, 823 ist mindestens der Verkehrswert im Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung anzusetzen). Werden Immobilien zugleich mit beweglichen Sachen wie Zubehör und Einrichtungsgegenständen verkauft, so ist bei den dem Kauf nachfolgenden dinglichen Geschäften wie Auflassung und Eigentumsumschreibung nur der Wert der Immobilie anzusetzen (§ 47 Rn. 8). Sehr gut dargestellt (§ 43, § 47 Rn. 53 und § 49 Rn. 12 GNotKG) ist die veränderte und vereinfachte Rechtslage zur Bewertung eines Erbbaurechts. Durch § 39 Abs. 2 GNotKG wird erstmalig eine bundesrechtlich geregelte Mitteilungspflicht der Gerichte gegenüber den Notaren eingeführt; damit soll der Gleichlauf zwischen der gerichtlichen und der notariellen Geschäftswertbestimmung erreicht werden (§ 39 Rn. 9 ff.). Ebenfalls gesetzlich geregelt wurde der Wert der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks für den Fall, dass ein nachrangiges Recht gegenüber einer vorrangigen Vormerkung den Vorrang hat, wobei § 45 Abs. 2 S. 2 GNotKG nur den Notar trifft, weil die Eintragung einer Veränderung einer Vormerkung beim Grundbuchamt keine Gebühren auslöst (§ 45 Rn. 17; KV 14130 Rn. 5). Für den Praktiker besonders hilfreich ist die alphabetische Auflistung von Fällen zur Frage der Zugehörigkeit zu einer vermögenrechtlichen bzw. nichtvermögensrechtlichen Angelegenheit i.S. von § 36 GNotKG (§ 36 Rn. 25 ff.). Die Sonderregelung in § 44 Abs. 1 S. 2 GNotKG findet auch Anwendung auf vormalige Globalgrundschulden, bei denen bereits so viele Haftentlassungen erfolgt sind, dass das Grundpfandrecht nur noch an einem Grundstück/Sondereigentum lastet (§ 44 Rn. 9). Die komplizierte gesetzliche Regelung des § 52 GNotKG über die Bewertung von Nutzungs- und Leitungsrechten ist praxisnah kommentiert, neuere Entwicklungen z.B. bei Windenergie- und Photovoltaikanlagen sind berücksichtigt (§ 52 Rn. 12 ff.). Bei der eng auszulegenden Kostenprivilegierung landwirtschaftlicher Betriebe in § 48 GNotKG sieht das Gesetz keine pauschale betragsmäßige Abgrenzung nach Flächengröße oder Ertragswert wegen der Vielgestaltigkeit land- und fortwirtschaftlicher Tätigkeit vor, gleichwohl verlangt der Gesetzeszweck eine gewisse Mindestgröße, die im jeweiligen Einzelfall gesondert zu beurteilen ist und den Übergang der Hofstelle (§ 48 Rn. 20; OLG München MittBayNot 2014, 380). § 11 Satz 2 GNotKG stellt klar, dass die Einreichungspflicht des § 53 BeurkG gegenüber einem Zurückbehaltungsrecht vorrangig ist; der Notar kann die Vollzugstätigkeit nicht mit dem Hinweis auf noch nicht bezahlte Beurkundungskosten „zurückhalten" (§ 11 Rn. 29), was das Zurückbehaltungsrecht für Notare praktisch entwertet.

Wird ein Erbe eines GbR-Gesellschafters bei Vorliegen einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel eingetragen, so besteht das Kostenprivileg von KV 14110 GNotKG; dies gilt nicht für den Vollzug einer Eintrittsklausel (KV 14110 Rn. 43). Bei einer Erbauseinandersetzung bleibt die Eintragung von Erben innerhalb von 2 Jahren seit dem Erbfall nur dann gebührenfrei, wenn die Eintragung eines Erben des eingetragenen Eigentümers vorgenommen wird (KV 14110 Rn. 12), also nicht, wenn die Erbengemeinschaft bereits eingetragen war. Zu Recht weist der Kommentar darauf hin, dass eine Grundbuchberichtigung künftig möglicherweise eher zögernd veranlasst wird, zumindest beim Vorhandensein von Miterben (KV 14110 Rn. 47 ff). Abgelehnt wird die Gebührenbegünstigung bei Verminderung der Anzahl der Miterben zum Zwecke teilweiser Erbauseinandersetzung (Erbteilsübertragung, Abschichtung), vgl. KV 14110 Rn. 14, 47. Beim Erwerb eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung bemisst sich der Geschäftswert nach dem Meistgebot, wenn dieses höher ist als der nach § 74a Abs. 5 ZVG vom Gericht festgesetzte Geschäftswerts, andernfalls nach dem festgesetzten Wert (KV 14110 Rn. 24). Bei der Aufhebung von Wohnungs- oder Teileigentum insgesamt oder an einzelnen Einheiten fällt die Festgebühr nach KV 14160 Nr. 5 an (KV 14120 Rn. 21; KV 14160 Rn. 28). Unklar ist bei Inhaltsänderungen von Sondereigentum, welches Sondereigentum betroffen ist i.S. von KV 14160 Nr. 5 (dazu KV 14160 Rn. 29; Müller MittBayNot 2015, 18).

Weil eine Erhöhungsbestimmung entsprechend KV 14122 und 14141 bei Veränderungen eines Gesamtrechts nicht besteht, ist fraglich, ob bei jedem Grundbuchamt der Geschäftswert aus dem vollen Nennwert des Grundpfandrechts genommen wird oder eine Einmalgebühr mit gesteigertem Gebührensatz wie bei KV 14122 und 14141, was das Werk zu Recht favorisiert (KV 14130 Rn. 83; ebenso OLG Dresden NotBZ 2014, 359 = ZfIR 2014, 756; OLG Stuttgart BWNotZ 2014, 150 m. Anm. Mattes; Böhringer BWNotZ 2014, 17, 24; a.A. KG Berlin ZfIR 2014, 203 m. krit. Anm. Wilsch). Zweifel bestehen, ob für die Löschung einer Vormerkung, die einen einheitlichen Anspruch auf Verschaffung mehrerer Grundstück sichert, nur eine oder entsprechend der Anzahl der Gegenstände mehrere Festgebühren anfallen, was der Kommentar verneint (KV 14152 Rn. 16).

Welche Eintragungen künftig gebührenfrei erfolgen, ist in KV 14130 Rn. 2 bis 5 und KV 14160 Rn. 7 ff. dargestellt. Darunter zählen die gleichzeitige oder nachträgliche Eintragung bzw. Löschung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei einem Grundpfandrecht sowie der Löschungser-leichterungsvermerk nach § 23 GBO, ein Wirksamkeitsvermerk, der Nacherben- und Testamentsvollstreckervermerk, sonstige Verfügungsbeschränkungen mit Ausnahme der Miteigentümervereinbarung gemäß § 1010 BGB und Veräußerungsbeschränkungen des §§ 12, 35 WEG und § 5 ErbbauRG. KV 14160 Nr. 5 setzt voraus, dass mehrere Änderungen gleichzeitigt beantragt werden, auf den gleichzeitigen Antragsvollzug kommt es nicht an (KV 14160 Rn. 30; OLG München Rpfleger 2015, 50). Werden von Urkunden, auf die das Grundbuch Bezug nimmt, von nicht erledigten Eintragungsanträgen sowie aus den Grundakten Ablichtungen erteilt und beglaubigt, so werden diese Falllagen nicht von KV 17000 – 17003 erfasst, vielmehr ist nur die Dokumentenpauschale nach KV 31000 anzusetzen, ein Beglaubigungsgebühr für das Grundbuchamt kennt das GNotKG nicht (KV 17000 – 17003 Rn. 29). Eine Beschränkung des Geschäftswertes im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins, der nur für Zwecke der Grundbuchberichtigung benötigt wird, ist unter Geltung des § 40 GNotKG ausgeschlossen (§ 40 Rn. 7; OLG Hamm Rpfleger 2015, 50).

Das praxisorientierte Werk gibt Antworten auf viele Zweifelsfragen des neuen Rechts. Der „Klassiker“ ist wieder voll auf der Höhe der Zeit.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Praxis des Handels- und Kostenrechts. Von Notar a.D. Dr. Holger Schmidt, Notar Dr. Markus Sikora und Notariatsoberrat Werner Tiedtke. Carl Heymanns Verlag, 7. Aufl. 2014, 1012 S., 98 €.

Das gut gelungene Werk gibt eine praxisorientierte Übersicht über alle denkbaren Fällen von Handelsregisteranmeldungen und Anträgen, auf Grund derer der Praktiker schnell und zuverlässig ermitteln kann, was alles bei der Bearbeitung seines Registerfalles erforderlich ist. Es werden Muster von Registeranmeldungen vorgestellt einschließlich der Hinweise, die für die weitere Bearbeitung und Einreichung zum Registergericht von Bedeutung sind. Anschließend werden zu jedem Muster Hinweise zur Erfassung von Daten in XNotar gegeben, um die Anmeldung und die Anlagen dem Registergericht elektronisch übermitteln zu können. Zu jedem Muster werden sodann Hinweise zu den Notar- und Gerichtskosten erteilt. Neu berücksichtigt und erläutert wird das durch das GNotKG vollständig reformierte Gesellschafts- und Registerrecht.

Aus der Fülle der Erläuterungen sollen einige wenige herausgegriffen werden: Die Beteiligung einer GbR bei Gründung anderer Gesellschaften wird ebenso dargestellt (Rn. 682) wie die Teilnahme eines Minderjährigen im Anmeldeverfahren (Rn. 683 und 765). Selbstverständlich nimmt das Buch auch zu allen Streitfragen Stellung, so z.B. zum Wirksamkeitszeitpunkt für die Anmeldung (Rn. 74), zur (Vor-) Einzahlung von Geldern bei GmbH-Gründung (Rn. 1231), zum „Mantelerwerb“ (Rn. 1374 ff.), zur Offenlegung beim Hin- und Herzahlen bei der Kapitalerbringung (Rn. 1585), zur Versicherung des Geschäftsführers, dass er noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden ist (Rn. 1226; BGH DNotZ 2010, 930), zur Eintragung von beschränkten dinglichen Rechten wie Nießbrauch in die Gesellschafterliste (Rn. 361), zur Änderung des Gesellschaftsvertrags bei einer mit Musterprotokoll errichteten GmbH (Rn. 1437). Selbst das Europäische Nachlasszeugnis wird als Nachweis über Rechtsnachfolgen angesprochen (RN. 49, 198). Auch ausgefallene Sachverhalte werden dargestellt, auf Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, grenzüberschreitende Verschmelzung, Rn. 2406 ff) eingegangen und auch die supranationalen Gesellschaften wie die Europäische Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV, Rn. 1056 ff.) und Europäische Aktiengesellschaft (SE, Rn. 2236 ff.) behandelt. Da immer mehr ausländische Gesellschaften an einem Rechtsvorgang beteiligt sind, gibt das Werk einen Überblick über ausländische Gesellschaften, insbesondere über Rechtsfähigkeit und Vertretung einer Gesellschaft und zwar mit einer Darstellung der Rechtslage von 42 Ländern (Rn. 3453 ff.). Den Abschluss bildet eine Gesamtübersicht über die aufwandsbezogenen Eintragungsgebühren nach der HRegGebV. Wohltuend ist das sehr ausführliche Stichwortverzeichnis zum Auffinden der einzelnen Falllagen.

Bei der Satzungsbescheinigung nach GmbH- und Aktienrecht darf nur derjenige Notar, der den satzungsändernden Beschluss nicht beurkundet hat, die Gebühr nach KV 25104 aus 30 – 50% des Stamm- bzw. Grundkapitals zu erheben (Rn. 1491). Bei einer Kapitalerhöhung wurde vor dem Inkrafttreten des MoMiG die aktualisierte Gesellschafterliste üblicherweise mit der Anmeldung eingereicht; nach dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG ist die neue Gesellschafterliste demgegenüber erst nach dem Wirksamwerden der Veränderung einzureichen (Rn. 373 ff.). Für die Bescheinigung der Gesellschafterliste fällt die Betreuungsgebühr nach KV 22200 Nr. 6 an, weil der Notar die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Register vor der Ausstellung der Bescheinigung zu prüfen hat (Rn. 1572). Die Auflösung der GmbH und die ersten Liquidatoren samt ihres Vertretungsrechts sind als zwei Tatbestände anzumelden (Rn. 1815; § 111 Nr. 3 GNotKG,), wobei auch ein früherer Geschäftsführer die Versicherung seiner Amtsfähigkeit als geborener oder bestellter Liquidator neu abgeben muss (Rn. 1802). Erlöschen und neue Prokura sind verschiedene Beurkundungsgegens-tände, deren Werte zu addieren und daraus die Notargebühr nach KV 24102 i.V.m. KV 21201 Nr. 5, § 93 Abs. 2 GNotKG zu erheben (Rn. 2394).

Das vorzügliche Werk ist ein unverzichtbarer Klassiker des Handelsregister- und Kostenrechts. Es vermittelt umfassend alles Wissenswerte zu Registeranmeldungen.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

von Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart und Notarin im Landesdienst Michaela Wahl, Kirchheim/Teck

Belgien

Entwicklungen im Familien- und Erbrecht

Haager Kinderschutzübereinkommen:
Am 01.09.2014 ist in Belgien das Haager Kinderschutzübereinkommen in Kraft getreten.

Konsulargesetz

Infolge der Änderung des belgischen Konsulargesetzes haben die Konsuln die Befugnis Ehen zu schließen verloren.

Namensrecht

Bislang konnten in Belgien die Eltern den Nachnamen ihres Kindes nicht wählen; das in der Ehe geborene Kind bekam den Vatersnamen, das außerhalb der Ehe geborene Kind ebenfalls, sofern die mütterliche und die väterliche Abstammung zu gleicher Zeit feststanden. Die Eltern haben durch die Neufassung des Art. 335 § 1 ZGB nun die Wahl zwischen Vatersnamen, Muttersnamen oder einem aus beiden Namen zusammengestellten Namen. Eine Namenswahl gilt für alle nachfolgenden gemeinsamen Kinder.

Abstammung und elterliche Sorge der Mitmutter

Das Gesetz vom 05.05.2014 über die Feststellung der Abstammung der Mitmutter trat am 01.01.2015 in Kraft. Sind zwei Frauen verheiratet und bringt eine ein Kind zur Welt, so gilt für die andere Frau die Vermutung der Mitmutterschaft und es finden die Abstammungsregeln für verschiedengeschlechtliche Paare Anwendung. Hierdurch wird vermieden, dass die Mitmutter das Kind adoptieren muss. Sind die Frauen nicht verheiratet, kann die Mitmutter das Kind anerkennen und die elterliche Sorge ausüben. Das Gesetz ist auf Frauen beschränkt.

Frankreich

Cour de Cassation: Verbot des gemeinschaftlichen Testaments stellt ein formelles Verbot dar

Der *Cour de Cassation*[1] hat durch Urteil vom 21.11.2012 erstmals höchstrichterlich die Frage entschieden, ob das im französischen Recht bestehende Verbot gemeinschaftlicher Testamente ein materielles Verbot oder lediglich ein formelles Verbot darstellt. Er hat sich dabei der herrschenden, aber umstrittenen Meinung angeschlossen, dass es sich um ein formelles Verbot handelt.

Dies hat zur Folge, dass ein gemeinschaftliches Testament, das gemäß den Bestimmungen des Haager Testamentsformübereinkommens[2] wirksam errichtet wurde, auch in Frankeich als formwirksam anerkannt wird. Ein gemeinschaftliches Testament, welches in Deutschland entsprechend § 2267 BGB errichtet wurde, muss also auch in Frankreich als formwirksam anerkannt werden. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob die Verfügungen auch bindend sind. Eine Bindungswirkung lässt das französische Erbrecht nämlich weiterhin nicht zu, auch wenn das gemeinschaftliche Testament an sich wirksam ist.

Griechenland

Entwicklungen im Familien- und Erbrecht

Betreuungsrecht

Für die Anordnung einer Betreuung wurde die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichter-Gerichts erster Instanz begründet.

Erbrecht

Im griechischen Recht ist der Staat nach Art. 1824 ZGB der letzte gesetzliche Erbe. Durch das Gesetz Nr. 4182/2013 wurde klargestellt, dass er Zwangserbe ist und somit die gesetzliche Erbschaft nicht ausschlagen kann. Die beschränkte Haftung des Fiskus für Nachlassschulden nur mit dem Nachlass wurde bestätigt, von der Errichtung eines Inventars ist er befreit. Wird der Staat als testamentarischer Erbe berufen, wird er bei der Annahme der Erbschaft durch den Finanzminister vertreten.

Sofern ein herrenloser Nachlass vorhanden und das Erbrecht des Staates sehr wahrscheinlich ist, wird vom Gericht kein Pfleger bestellt, sondern die zuständige Verwaltungsbehörde reicht beim Nachlassgericht einen Antrag auf Feststellung des Erbrechts des Staates ein. Ist der Erbe unbekannt oder die Annahme ungewiss, ist die Verwaltungsbehörde unter gleichzeitiger Benachrichtigung des Nachlassgerichts berechtigt, einen Erbschaftspfleger zu bestellen mit der Aufgabe, die vorläufige Verwaltung der Erbschaft zu übernehmen und die Feststellung des Erbrechts des Staates gerichtlich geltend zu machen.

Montenegro

Neukodifikation des IPR

In Montenegro wurde am 23.12.2013 das *Gesetz über das internationale Privatrecht*[3] verabschiedet, welches das noch aus jugoslawischer Zeit stammende bisherige IPR-Gesetz ablöst. Dabei wurde in vielen Bereichen der Anknüpfungspunkt geändert oder überhaupt erstmals geregelt, z.B. im Unterhaltsrecht.

1 Kassationshof; höchstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Frankreich.
2 Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 05.10.1961.
3 Vollständiger Wortlaut abgedruckt in IPRax 2014, 556 ff.

Für die notarielle Praxis ist insbesondere das **Erbrecht** von Bedeutung. Gemäß Art. 71 IPRG wird nunmehr primär auf den **gewöhnlichen Aufenthalt** des Erblassers abgestellt. Es besteht jedoch eine umfassende Rechtswahlmöglichkeit. Der Erblasser hat gemäß Art. 72 IPRG die Wahl zwischen dem Recht des Staates, dem er angehört, oder in dem er zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Außerdem kann für unbewegliches Vermögen das Recht des Staates gewählt werden in welchem dieses belegen ist. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolge oder sich eindeutig aus den Umständen des Falles ergeben. Zudem muss sie in der Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen. Damit sind ausdrücklich auch gemeinschaftliche Testamente oder Erbverträge gemeint. Für diese gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen wurde außerdem in Art. 74 Abs. 4 IPRG eine eigene Rechtswahlmöglichkeit geschaffen. Die Parteien eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments können demnach vereinbaren, dass für das Bestehen, die materielle Gültigkeit, die Wirkungen und die Auslegung ihrer Verfügung das Recht maßgeblich sein soll, das einer von ihnen gemäß Art. 72 IPRG hätte wählen können.

Auch das **Güterrecht** wurde im Zuge der Neukodifikation des IPRG umfassend reformiert. Gemäß Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 IPRG knüpft das Güterrechtsstatut **wandelbar** an die **gemeinsame Staatsangehörigkeit** der Ehegatten an. Mangels gemeinsamer Staatsangehörigkeit wird an das Recht des Staates angeknüpft, in welchem die Ehegatten den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben, hilfsweise in welchem sie den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Sofern auch diese Anknüpfung nicht einschlägig ist, gilt das montenegrinische Recht. Art. 82 IPRG eröffnet den Ehegatten nunmehr eine umfassende **Rechtswahlmöglichkeit** für ihr Güterrecht. Gewählt werden kann das Heimatrecht eines der Ehegatten, das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts eines der Ehegatten, das Recht des Staates, in dem sie ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt begründen wollen, oder für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageortes. Die Rechtswahl bedarf der Schriftform. Sie kann vor oder nach der Eheschließung getroffen werden. Die für das Güterrechtsstatut enthaltenen Regelungen gelten gemäß Art. 84 IPRG genauso für die Vermögensverhältnisse von Personen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben.

Portugal

Vollmachten und Erwachsenenschutz

Patientenverfügung

Seit dem 16.08.2012 ist in Portugal die Errichtung einer Patientenverfügung möglich. Mit diesem „Testamento Vital“, welches einseitig und frei widerruflich ist, kann der Errichtende in noch nicht unmittelbar bevorstehende konkrete ärztliche Maßnahmen für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit einwilligen oder diesen widersprechen. Der behandelnde Arzt ist hieran grundsätzlich gebunden, sofern nicht gegen das Gesetz, die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen wird (beispielsweise bei Tötung auf Verlangen oder bei Hilfe zur Selbsttötung), oder ein (zwischenzeitlich) anderer Wille des Patienten nachgewiesen werden kann oder der Arzt die Durchführung aus Gewissensgründen begründet verweigert. In Portugal wird derzeit an einer zentralen Datenbank zur Registrierung der Patientenverfügung gearbeitet, dem sogenannten „Registo Nacional do Testamento Vital“.

Die Patientenverfügung, ihre Änderung und ihr Widerruf unterliegen der Schriftform und müssen vom Verfügenden persönlich unterzeichnet und notariell beglaubigt werden. Die Verfügung kann ausnahmsweise mündlich widerrufen oder geändert werden, wenn die Erklärung gegenüber dem behandelnden Arzt erfolgt.

Die Patientenverfügung ist fünf Jahre lang gültig, die Frist kann nach Ablauf in derselben Form verlängert werden. Tritt der Verlust der Einwilligungsvorbehalt während der Gültigkeitsdauer ein, so bleibt die Patientenverfügung in Kraft. Bei einer Änderung verlängert sich die Gültigkeitsdauer automatisch um weitere fünf Jahre.

Vorsorgevollmacht

Die Erteilung von Vorsorgevollmachten ist in Portugal möglich. Der in der Vorsorgevollmacht genannte Bevollmächtigte ist aber nur ein Vertreter in medizinischen Angelegenheiten. Es kann eine beliebige Person eingesetzt werden. Im Gegensatz zur Patientenverfügung kann sie zeitlich unbefristet erteilt werden.

Generalvollmacht

In Portugal wird die Generalvollmacht in der Regel einer Vertrauensperson für den Fall des Eintritts einer psychischen Erkrankung erteilt. Die Formerfordernisse für das jeweils vorzunehmende Rechtsgeschäft gelten auch für die Form der Vollmachtserteilung. Die Vollmacht für ein Grundstücksgeschäft muss daher entweder notariell oder anwaltlich beurkundet werden. Die Vollmacht erlischt immer mit dem Tod des Vollmachtgebers oder Vollmachtnehmers.

Vormundschaft

Nach den Art. 138-151 Código Civil kann ein Volljähriger bei einer psychischen Krankheit, Taubstummheit oder Blindheit durch eine gerichtliche Anordnung entmündigt werden. In diesem Fall stellt das Gericht durch Urteil den vollständigen Verlust der Geschäftsfähigkeit fest, dies führt auch zum Verlust der Ehe- und Testierfähigkeit.

Liegen die Voraussetzungen nicht vor, kommt gem. Art. 152-156 C.C. die Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers in Betracht. Der Gebrechlichkeitspfleger unterstützt den Betroffenen. Die im Gerichtsurteil aufgeführten Geschäfte unterliegen seinem Einwilligungs- bzw. Genehmigungsvorbehalt.

Die Auswahl der Person des Gebrechlichkeitspflegers ist gesetzlich geregelt. Die Benennung der Person durch den Betroffenen zu einem Zeitpunkt, in dem die Betreuungssituation noch nicht eingetreten ist, ist im portugiesischen Recht nicht möglich.

Spanien

Tribunal Supremo: Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten bestimmt sich nach dem Güterrechtsstatut.

Der Oberste Gerichtshof Spaniens hatte durch Urteil vom 28.04.2014 über die Auslegung von Art. 9.8.3 CC zu entscheiden. Dieser lautet wie folgt: *„Die Rechte, die kraft Gesetzes dem überlebenden Ehegatten zustehen, richten sich nach dem gleichen Recht, das die Ehewirkungen regelt, jedoch in jedem Falle unbeschadet des Noterbenrechts der Abkömmlinge."*

Grundsätzlich knüpft das spanische IPR für das Erbrecht an die Staatsangehörigkeit des Erblassers an (Nachlasseinheit). Ob Art. 9.8.3 CC hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten hiervon eine Ausnahme darstellt, war in der Vergangenheit von den spanischen Instanzgerichten bezweifelt worden. Der *Tribunal Supremo* hat den Ausnahmestatus des Art. 9.8.3 CC in der nun vorliegenden Entscheidung jedoch bestätigt. Um einen Gleichlauf von erbrechtlichen und güterrechtlichen Ansprüchen des Ehegatten herzustellen, werde hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten auf das für das Güterrecht anwendbare Recht abgestellt, wobei die Noterbrechte der Abkömmlinge aber nicht beeinträchtigt werden dürfen. Der *Tribunal Supremo* hat also bestätigt, dass es hinsichtlich des Erbrechts des Ehegatten zu einer Nachlassspaltung kommt.

Beispiel:

Ein spanischer Erblasser hinterlässt Ehefrau und zwei Kinder. Der Erblasser gehörte keinem besonderen Foralrecht an. Es gilt (aus spanischer Sicht) deutsches Güterrecht. Ein Ehevertrag oder eine Verfügungen von Todes wegen liegen nicht vor.
Die Erbfolge stellt sich wie folgt dar: Grundsätzlich gilt aufgrund der spanischen Staatsangehörigkeit des Erblassers das (gemein-)spanische Erbrecht. Da jedoch deutsches Güterrecht anwendbar ist, kommt es hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts der Ehefrau zu einer Rückverweisung auf das deutsche Erbrecht. Nach deutschem Erbrecht hätte die Ehefrau eine Erbquote von 1/2,[4] die Kinder dementsprechend von je 1/4. Allerdings darf die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts nicht dazu führen, dass die Noterbrechte der Abkömmlinge beeinträchtigt werden. Nach (gemein-)spanischem Erbrecht haben die Abkömmlinge eine Noterbquote von insgesamt 2/3. Daher muss die Erbquote der Ehefrau auf 1/3 reduziert werden.

Im Ergebnis hat also die Ehefrau eine Erbquote von 1/3 nach deutschem Erbrecht und die Kinder Erbquoten von je 1/3 nach (gemein-)spanischem Erbrecht.

BGH

Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung betreffend Elternschaft für ein durch eine Leihmutter ausgetragenes Kind

Am 10.12.2014 erging eine BGH-Entscheidung[5], welche auch in der nicht-juristischen Presse große Beachtung fand. Dem lag folgender Fall zugrunde:

Eingetragene Lebenspartner mit deutscher Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in Deutschland hatten in Kalifornien/USA mit einer Frau einen Leihmutterschaftsvertrag geschlossen. Danach trug die Leihmutter ein Kind aus, dass durch die Samenspende eines der Lebenspartner und eine anonyme Eizellenspende gezeugt wurde. Der biologische Vater anerkannte zudem die Vaterschaft vor dem deutschen Generalkonsulat. Ein Gericht in Kalifornien stellte auf der Grundlage des Leihmutterschaftsvertrages fest, dass die eingetragenen Lebenspartner die Eltern des Kindes seien. Nachdem die Lebenspartner mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt waren, beantragen sie beim Standesamt die Nachbeurkundung der Geburt des Kindes. Das Standesamt lehnte dies ab, da die Leihmutterschaft in Deutschland verboten sei.

Der BGH entschied, dass die amerikanische Entscheidung, wonach die eingetragenen Lebenspartner die rechtlichen Eltern des Kindes sind, auch in Deutschland anzuerkennen ist.

Der BGH stellte dabei zunächst fest, dass die Entscheidung des US-Gerichts ihrer Natur nach einer verfahrensrechtlichen Anerkennung zugänglich ist. Unerheblich ist dabei, ob die Entscheidung rechtsbegründende oder lediglich feststellende Wirkung hat. Im Gegensatz zu einer bloßen Registrierung oder Beurkundung des Verwandtschaftsverhältnisses beruhe die Entscheidung auf einer Sachprüfung. Das US-Gerichte hatte nicht nur die Wirksamkeit der Leihmutterschaftsvereinbarung geprüft, sondern auch die darauf beruhende Statusfolge. Es handelt sich bei dem US-Urteil deswegen um eine Entscheidung im Sinne des § 108 FamFG, welche grundsätzlich ohne besonderes Verfahren in Deutschland anerkannt wird.

Lediglich wenn ein Anerkennungshindernis gemäß § 109 FamFG vorläge, wäre die Anerkennung der Entscheidung zu versagen. In Betracht kam hier ein Anerkennungshindernis gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG wegen eines ordre-public-Verstoßes. Zutreffend stellte der BGH fest, dass hier nicht der kollisionsrechtliche ordre public nach Art. 6 EGBGB heranzuziehen ist, sondern der großzügigere anerkennungsrechtliche ordre public international. Mit diesem ist ein ausländisches Urteil nicht schon dann unver-

4 Die Frage der Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB spielt in dieser Konstellation keine Rolle, da aufgrund der teilweisen Rückverweisung für die Ansprüche der Ehefrau deutsches Güterrecht und deutsches Erbrecht gilt. § 1371 Abs. 1 BGB ist daher in jedem Fall anwendbar.

5 BGH Beschl. v. 10.12.2014 - XII ZB 463/13

einbar, wenn der deutsche Richter – hätte er den Prozess entschieden – aufgrund zwingenden deutschen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (sog. Verbot der révision au fond). Maßgeblich ist vielmehr, ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach deutschen Vorstellungen untragbar erscheint.[6] Im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs und zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse ist ein solche ordre-public-Verstoß nur auf Ausnahmefälle beschränkt. Ein solcher Ausnahmefall ist im vorliegenden Sachverhalt jedoch nicht gegeben.

Hinsichtlich des Lebenspartners, welcher der biologische Vater ist und diese Vaterschaft auch anerkannt hat, kann schon deswegen kein Anerkennungshindernis vorliegen, weil die Anwendung des deutschen Rechts ebenfalls dazu führt, dass dieser als rechtlicher Vater anzusehen ist. Die Vaterschaftsanerkennung war auch nach deutschem Recht wirksam, weil die Leihmutter nicht verheiratet war – also keine rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes bestand – und die Leihmutter der Anerkennung zugestimmt hatte.

Auch hinsichtlich des Lebenspartners, der nicht mit dem Kind biologisch verwandt ist, sieht der BGH keinen Verstoß gegen den anerkennungsrechtlichen ordre public. Dabei beschränkt er seine Entscheidung aber ausdrücklich auf die vorliegende Konstellation, bei der einer der Lebenspartner mit dem Kind genetisch verwandt ist, während die Leihmutter das Kind nur ausgetragen hat und selbst nicht mit ihm genetisch verwandt ist. Zur weiteren Begründung stellt der BGH darauf ab, dass die Leihmutter das Kind freiwillig an die Wunscheltern übergeben hat, also selbst keine Elternverantwortung übernehmen wollte. Die Situation der Leihmutter ähnelt daher einer Adoption. Eine (Stiefkind-) Adoption wäre auch nach deutschem Recht möglich gewesen und hätte ebenfalls zu dem Ergebnis geführt, dass die Lebenspartner als rechtliche Eltern des Kindes anzusehen sind.

Außerdem zieht der BGH die durch die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleisteten Menschenrechte heran. Diese seien bei der Prüfung, ob eine Entscheidung gegen den ordre public verstoße, zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist bei der Begründung des Elternstatus das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen.wDieses schließt das Recht ein, eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zu begründen. Die Versagung der Anerkennung einer solchen rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung würde die Identität des Kindes untergraben und daher gegen dessen Menschenrechte verstoßen.

Daher müsse die US-Entscheidung auch in Deutschland anerkannt, und beide Lebenspartner als Eltern des Kindes in das Geburtenregister eingetragen werden.

OLG Hamm

Rechtsnachfolge hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens einer im Gründungsstaat erloschenen Limited

Mit Urteil vom 11.04.2014 entschied das OLG Hamm[8], dass eine im Gründungsstaat erloschene Limited in Deutschland als Rest- oder Spaltgesellschaft fortbesteht, solange sie noch Vermögen besitzt, das ansonsten keinem Rechtsträger zugeordnet werden kann. Die Rest- oder Spaltgesellschaft unterliegt grundsätzlich deutschem Gesellschaftsrecht. Sie wird regelmäßig in der Rechtsform einer oHG oder GbR geführt. Verfügt die Gesellschaft nur über einen einzigen Gesellschafter, wird sie als Einzelunternehmen des früheren Gesellschafters fortgeführt. Dieser wird Rechtsnachfolger und Inhaber ihrer inländischen Forderungen.

Im entschiedenen Fall war die Limited nach englischem Recht gegründet worden, in Deutschland befand sich eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung. Das Gesellschaftsrecht einer juristischer Personen, die nach dem Recht eines anderen EG-Mitgliedsstaates gegründet wurde, bestimmt sich nach allgemein anerkannter Meinung nach dem Rechts des Gründungsstaates. Durch die Löschung im englischen Handelsregister ist die Limited daher mit konstitutiver Wirkung erloschen. Rechtsfolge nach englischem Recht ist, dass das (noch) vorhandene Vermögen der Gesellschaft auf die englische Krone übergeht. Hiervon wird nach dem Territorialprinzip nur das in England belegene Vermögen der Gesellschaft umfasst und kein Auslandsvermögen.

Im Rechtsstreit ging es um Werklohnansprüche der Gesellschaft aus in Deutschland geschlossenen Werkverträgen mit der in Deutschland ansässigen Beklagten, somit um Auslandsvermögen der Gesellschaft. Die Rest- oder Spaltgesellschaft unterliegt nach überwiegender Auffassung deutschem Gesellschaftsrecht, da nach der Löschung im Gründungsstaat keine Verweisung auf das Gründungsrecht mehr stattfindet und das deutsche Recht autonom entscheidet, ob die Sitztheorie oder die Gründungstheorie anzuwenden ist. Der Senat entschied sich für den Fall der Löschung einer weiterhin in Deutschland werbenden Limited im Gründungsstaat für die Anwendung der Sitztheorie. Dies hat zur Folge, dass die Gesellschaft bis zur Liquidation ihres in Deutschland belegenen Vermögens grundsätzlich in der Rechtsform einer oHG oder einer GbR fortbesteht. Im entschiedenen Fall verfügte die Gesellschaft jedoch nur über einen einzigen Gesellschafter. Da das deutsche Gesellschaftsrecht eine Ein-Mann-Personengesellschaft nicht kennt, verblieb nur eine Einordnung als Einzelunternehmen des Gesellschafters. Daher ist der Kläger als Einzelkaufmann Rechtsnachfolger und Inhaber der inländischen Forderungen der Gesellschaft geworden.

6 vgl. Rn 28 der zitierten Entscheidung
7 EGMR Urt. v. 26.06.2014 - Beschwerden Nr. 65192/11 [Mennesson] und Nr. 65941/11 [Labassee], zusammengefasst in FamRZ 2014, 1527 ff. m. Anm. Frank.
8 OLG Hamm Urt. vom 11.04.2014 – 12 U 142/13.

Wir suchen

Württembergische/r Notarassessor/in
Notariatsfachwirt/in
für Notariat in Augsburg

Bewerbungsunterlagen - gerne auch per Email - erbitten wir an:
Notar Tobias Feist & Thomas Kristic
Bahnhofstraße 16/III, 86150 Augsburg,
Tel. 0821/345890 kindler@notare-feist-kristic.de
www.notare-feist-kristic.de

FRIEDRICH REISSER
NOTAR

Für meine Notarkanzlei in Reutlingen suche ich

eine(n) Württ. Notariatsassessor(in)

und

eine(n) qualifizierte(n) Notarfachangestellte(n)

jeweils in Voll- oder Teilzeit.

Sie sollten über gute Kenntnisse im gesamten Spektrum der notariellen Tätigkeiten verfügen.
Sie werden in schön ausgestatteten Räumen mit herrlichem Blick über Reutlingen tätig sein. Eine kollegiale Arbeitsatmosphäre, moderne technische Ausstattung und eine leistungsgerechte, sehr angemessene Bezahlung sind für mich selbstverständlich. Ich strebe eine längerfristige Zusammenarbeit mit Ihnen an.

Falls Sie Interesse haben, richten Sie Ihre Bewerbung, die natürlich streng vertraulich behandelt wird, bitte an:

Friedrich Reisser
Notar und Rechtsanwalt
Eberhardstraße 1
72764 Reutlingen

Telefon: 07121 93939-0
Telefax: 07121 93939-99
f.reisser@notar-reisser.de
www.notar-reisser.de

Langenfelds Vermächtnis.

NEU

Langenfeld/Fröhler, **Testamentsgestaltung.** *Begründet von Dr. Gerrit Langenfeld †, Notar a.D. und Notariatsdirektor in Karlsruhe, Honorarprofessor der Universität Heidelberg, ab der 5. Auflage fortgeführt und neu bearbeitet von Dr. Oliver Fröhler, Notar und Notariatsdirektor in Lörrach, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i.Brsg. 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2015, rd. 600 Seiten, Lexikonformat, gbd. inkl. CD 89,80 €. Erscheint im März. ISBN 978-3-504-45674-0*

Gute Nachrichten für alle Testamentsgestalter: Das Standardwerk zum Thema wird unter Beibehaltung seines erfolgreichen Grundkonzepts fortgeführt von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Lehrbeauftragter für Erbrecht und erbrechtliche Gestaltung an der Universität Freiburg sowie an der Notarakademie Stuttgart und Nachlassrichter. Kurzum, von einem ebenfalls sehr erfahrenen Praktiker, der die Darstellung erweitert, vertieft und rundum auf den neuesten Stand gebracht hat.

Aufgebaut nach Fallgruppen und Gestaltungstypen werden die Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung letztwilliger Verfügungen dargestellt. Aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht. Mit vielen anschaulichen Anwendungsbeispielen. Anhand von über 200 anerkannten, detailliert erläuterten Mustern.

Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung. Jetzt Probe lesen und bestellen bei **www.otto-schmidt.de/let5**

ottoschmidt