

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
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler
Notariatsdirektor, Lörrach

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

3/2014

Juni

Seiten 69-108

Inhalt

Abhandlungen

Fröhler

Leitfaden Nachlasspflegschaften

..... 70

Adam

Nachweis im Grundbuchverfahren nach neuem Wassergesetz

..... 98

Rechtsprechung 102

Aktuelles aus dem IPR (Beller/Wahl) 104

NOTARE

Weinmann + Lindenmaier

Zur Verstärkung unseres Teams suchen wir ab Oktober 2014

eine/n württ. Notariatsassessor/in

für eine unbefristete Vollzeit- oder Teilzeittätigkeit.

Ihr Aufgabengebiet umfasst die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit. Da Sie neben der Vorbereitung von Urkunden auch Beratungsgespräche, Beurkundungen und Notarvertretungen übernehmen, setzen wir neben entsprechenden Fachkenntnissen auch selbstständiges Arbeiten, Verhandlungsgeschick, Kommunikationsfähigkeit und sicheres Auftreten voraus.

Wir bieten Ihnen ein gutes und familiäres Betriebsklima, leistungsgerechte Bezahlung und einen modernen Arbeitsplatz. Unsere im Herzen von Stuttgart-Bad Cannstatt gelegene Kanzlei ist mit öffentlichen Verkehrsmitteln bestens erreichbar.

Bitte senden Sie Ihre Bewerbungsunterlagen an

NOTARE Weinmann + Lindenmaier
Notar Mark Lindenmaier persönlich
König-Karl-Straße 50, 70372 Stuttgart
Tel. 0711/955926-0
E-Mail: notar-lindenmaier@notare-w-l.de

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des
Württembergischen Notarverein e.V. am

Samstag, den 11. Oktober 2014, 10.00 Uhr

in das Stadthaus in Ulm (Stadthausaal) • Münsterplatz 50 • 89073 Ulm

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. Fachvortrag von Notar Daniel Schaal zum Thema
EU-Erbrechtsverordnung für die Praxis der Notare**
- 3. Bericht des Vorstandes**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Verschiedenes**

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Mücke, Neubert, Weeger

Notare Ekkernkamp & Sigwarth

Wir suchen für unsere Sozietät
in Freiburg baldmöglichst eine/n
qualifizierte/n

Rechtsassessorin/Rechtsassessor
oder eine/n

**Württ. Notariatsassessorin/
Württ. Notariatsassessor**

mit ausgeprägter Neigung zur Ver-
tragsgestaltung.

Wir erwarten eine selbstständige und
eigenverantwortliche juristische Sach-
bearbeitung einschließlich Urlaubsver-
tretungen.

Wir betreuen Mandate im gesamten
Bereich der notariellen Tätigkeit,
insbesondere Grundstücksrecht,
Gesellschaftsrecht, Familienrecht und
Erbrecht.

Wir bieten eine leistungsgerechte
Bezahlung, ein modernes zentral ge-
legenes Büro und eine abwechslungs-
reiche, verantwortungsvolle Tätigkeit
in einem angenehmen Arbeitsumfeld.
Für Fragen steht Ihnen Notar Dieter
Ekkernkamp zu Verfügung.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterla-
gen senden Sie bitte an:

Persönlich/vertraulich

Notar Dieter Ekkernkamp

Notare Ekkernkamp & Sigwarth

Fahnenbergplatz 1, 79098 Freiburg

Tel: 0761/380988-22

E-Mail: kanzlei@notare-e-s.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 Maß-
nahmen gem. §1906 BGB.

Fon: 07381-4370

E-Mail: praxis-holzapfel@gmx.de

www.praxis-holzapfel.de

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 1. Dr. Oliver Fröhler, Notariatsdirektor, Lörrach** **70**
Leitfaden Nachlasspflegschaften
- 2. Simon Adam, Notarvertreter, Bühl** **98**
Nachweis im Grundbuchverfahren nach neuem Wassergesetz

Rechtsprechung

- Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, 15.05.2014 – 1 VB 24/14 **102**
Zu Unklarheiten der Norm des § 29 Abs. 6 WasserG

Aktuelles aus dem IPR

- 104**
von Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart und Notarin im Landesdienst Michaela Wahl, Kirchheim/Teck

Leitfaden Nachlasspflegschaften

Unverbindliche Entscheidungs- und Überprüfungshilfe bei der nachlassgerichtlichen Anordnung und Überwachung von Nachlasspflegschaften

für Notare im Landesdienst, Rechtspfleger,
Geschäftsstellenbeamten und Notariatsangestellte¹

von Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten - Notariatsdirektor beim Notariat Lörrach

Inhaltsübersicht

I. Gesetzliche Rahmenbedingungen

1. Begriff und Arten der Nachlasspflegschaft

- a) Terminologie im Allgemeinen
- b) Sicherungspflegschaften
 - aa) Einordnung
 - bb) Gesetzesgrundlage
 - cc) Voraussetzungen
 - dd) Verfahrensart
 - ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen
 - ff) Wirkungskreis und Zweck
 - gg) Rechtsstellung des Sicherungsnachlasspflegers
 - hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit
 - ii) Verhältnis zu § 1913 BGB
 - kk) Verhältnis zu § 1911 BGB
 - ll) Verpflichtungserfordernis
 - mm) Feststellung berufsmäßiger Amtsführung
 - nn) Musterübersicht

- c) Prozesspflegschaften
 - aa) Einordnung
 - bb) Gesetzesgrundlage
 - cc) Voraussetzungen
 - dd) Verfahrensart
 - ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen
 - ff) Wirkungskreis und Zweck
 - gg) Rechtsstellung des Prozesspflegers
 - hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit
 - ii) Verpflichtungserfordernis
 - kk) Feststellung berufsmäßiger Amtsführung
 - ll) Musterübersicht

- d) Nachlassverwaltungen
 - aa) Einordnung
 - bb) Gesetzesgrundlage
 - cc) Voraussetzungen

- dd) Verfahrensart
- ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen
- ff) Zweck
- gg) Rechtsstellung des Nachlassverwalters
- hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit
- ii) Verfügungsbeschränkung der Erben
- kk) Nachlassverwaltungsvermerk im Grundbuch
- ll) Öffentliche Bekanntmachung
- mm) Keine Reduzierung auf einzelne Erbteile
- nn) Verpflichtungserfordernis
- oo) Erwähnung berufsmäßiger Amtsführung
- pp) Musterübersicht

2. Rechtliche Einordnung der Nachlasspflegschaft

3. Zuständigkeiten

- a) Sachliche Zuständigkeit
- b) Örtliche Zuständigkeit
 - aa) Allgemein
 - bb) Besonders

- c) Funktionelle Zuständigkeit
 - aa) Grundsatz
 - bb) Ausnahme
 - cc) Zusatzzuständigkeit

d) Internationale Zuständigkeit

4. Beteiligte

- a) Beteiligteneigenschaft
 - aa) Übersicht
 - bb) Sicherungspflegschaften
 - cc) Prozesspflegschaften bzw. Nachlassverwaltungen
 - dd) Abweichungen bei Genehmigungsverfahren

b) Hinzuziehung

5. Maßgebende Rechtsnormen

- a) Verfahrensregelungen
- b) Materielles Recht

6. Keine nachlassgerichtliche Zahlungsfreigabe ohne Nachlasspflegschaft

¹ Neukonzeption in Form eines Leitfadens für Nachlasspflegschaften unter Berücksichtigung der im Oktober 2009 durch Herrn RiLG Filthuth erstellten „Handreichung für die Bearbeitung von Nachlasspflegschaften in den Notariaten“ in Anlehnung an Fröhler, BWNotZ 2011, 2 ff. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Ansicht des Verfassers wieder. Dieser ist Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg im Breisgau.

II. Maßgeblichkeit ausländischen Sachrechts

III. Die Nachlasspflegerbestellung

1. Auswahl der Person
2. Wirkungskreis
3. Allgemeine Ermächtigung
4. Verpflichtungserfordernis
5. Feststellung berufsmäßiger Amtsführung
6. Fristsetzung
7. Kontensperrvermerk
8. Bestallungsurkunde
9. Aktenbeziehung

IV. Überwachung der Vermögensverwaltung

1. Rechtsverhältnis zwischen Nachlassgericht und Nachlasspfleger
2. Erhebung des Erstverzeichnisses
3. Nachlassgerichtliche Kontrolle des Erstverzeichnisses
4. Folgeverzeichnisse
5. Folgen der Missachtung von Amtspflichten durch Nachlasspfleger

V. Kontoinhaberschaft

VI. Überwachung der Erbenermittlung

1. Fristsetzung
2. Berichtsinhalt
3. Ermittlungsgestaltung

VII. Aktenführung

1. Liste der Nachlasspflegschaften
2. Aktenführung
3. Aktenvermerke
4. Sonderheft für Verwaltungsvorgänge

VIII. Verhältnis zur Dienstaufsicht

1. Unabhängigkeit des Nachlassrichters
2. Regressrisiko
3. Dienstaufsichtsrechtliche Vorlagepflichten

IX. Besonderheiten bei Testamentsvollstreckung

1. Gesamtproblematik
2. Unbekannter Testamentsvollstrecker
3. Erbrechtsstreit: Erbprätendent entweder als Alleinerbe oder als Testamentsvollstrecker

X. Besonderheiten bei trans- bzw. postmortaler Vollmacht

XI. Pflicht zur Beschränkung auf Erbteile unbekannter Erben

XII. Besonderheiten der Nachlasspflegschaft iSd. § 344 Abs. 4 FamFG

XIII. Befriedigung von Nachlassgläubigern

XIV. Erbauseinandersetzung

XV. Genehmigungsverfahren

XVI. Vergütung des Nachlasspflegers

XVII. Besonderheiten bei Mietverhältnis des Erblassers

XVIII. Öffentliche Aufforderung zwecks schnellst möglicher Beendigung einer Nachlasspflegschaft

1. Gesamtsystematik
2. Zur Feststellung des Fiskalerbrechts
3. Zur Nichtberücksichtigung nicht ermittelter Erbrechte

XIX. Aufhebung

1. Systematik
2. Beendigung und Schlussbericht
3. Rückgabe der Bestallungsurkunde und Entwertung
4. Abschlussprüfung

XX. Übergangsrecht

XXI. Muster (Anlage)

Anlage 1 Anordnungsbeschluss für eine Sicherungspflegschaft

Anlage 2 Verpflichtungsprotokoll für eine Sicherungspflegschaft

Anlage 3 Anordnungsbeschluss für eine Prozesspflegschaft (Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung)

Anlage 4 Verpflichtungsprotokoll für eine Prozesspflegschaft (Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung)

Anlage 5 Anordnungsbeschluss für eine Nachlassverwaltung

Anlage 6 Verpflichtungsprotokoll für eine Nachlassverwaltung

Anlage 7 Öffentliche Aufforderung nach § 2358 Abs. 2 BGB

I. Gesetzliche Rahmenbedingungen²

1. Begriff und Arten der Nachlasspflegschaft

a) Terminologie im Allgemeinen

Nachlasspflegschaften sind keine Vermögens-, sondern Personenpflegschaften mit vermögensverwaltendem Charakter.³ Der Terminus „Nachlasspflegschaft“ fasst als Oberbegriff verschiedene gleichnamige Unterarten zusammen, die sich in Wesen, Funktion und Handhabung erheblich voneinander unterscheiden (vgl. dazu unten Ziff. 4 a). Dabei ist insbesondere zwischen Sicherungspflegschaften (vgl. dazu unten Buchst. b), Prozesspflegschaften (vgl. dazu unten Buchst. c) und Nachlassverwaltungen (vgl. dazu unten Buchst. d) zu differenzieren.

b) Sicherungspflegschaften

aa) Einordnung

Die sogenannte Sicherungspflegschaft ist als faktisch deutlich am häufigsten auftretende Unterart der Nachlasspflegschaft deren praktischer Regelfall.

bb) Gesetzesgrundlage

Sie ist gesetzlich geregelt in § 1960 Abs. 2 BGB.

cc) Voraussetzungen

Voraussetzungen sind

- ein Fürsorgebedürfnis, das anzunehmen ist, wenn ohne nachlassgerichtliche Maßnahmen der Nachlassbestand gefährdet wäre,⁴ und
- das Unbekanntsein von Erben aufgrund
 - * noch fehlender tatsächlicher oder (bspw. nach § 1943 bzw. § 1957 Abs. 1 BGB) gesetzlich fingierter Annahme,⁵
 - * ungewisser Annahme (bspw. bei Zweifeln an der Fristberechnung oder Wirksamkeit einer Ausschlagung),⁶
 - * noch ausstehender Vorgänge in der Person des Erben, bspw. der Geburt eines bereits gezeugten Erben iSd. § 1923 Abs. 2 BGB bzw. der noch vorzunehmenden Errichtung einer Stiftung als Erbe.⁷
 - * Erben sind auch dann unbekannt, wenn alle der Person nach bekannten Erbprätendenten (zB gesetzliche und davon verschiedene testamentarische Erben) dar-

über streiten, wer tatsächlich Erbe geworden ist (zB bei Unklarheit der Wirksamkeit eines Testaments).⁸

* Sind nicht alle Erben unbekannt, darf die Sicherungspflegschaft (im Gegensatz zur Nachlassverwaltung) ausschließlich hinsichtlich der die unbekannt Erben betreffenden Erbteile angeordnet werden (vgl. dazu unten Ziff. IX).

* Keine Anwendbarkeit jedoch bei lediglich unbekanntem Aufenthalt eines der Person nach bekannten Erben (dann Abwesenheitspfleger vgl. dazu unten Buchst. kk).

dd) Verfahrensart

Die Anordnung erfolgt im Gegensatz zur Prozesspflegschaft (vgl. dazu unten Buchst. c) und zur Nachlassverwaltung (vgl. dazu unten Buchst. d) von Amts wegen. Daher richtet sich die Beteiligteigenschaft nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG und nicht nach der ausschließlich für Antragsverfahren geltenden Regelung des § 345 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bzw. Satz 2 und 3 FamFG (vgl. dazu unten Ziff. 4 a).

ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen

Bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen entscheidet das allgemein zur Sicherung des Nachlasses verpflichtete Nachlassgericht im Rahmen der Auswahl des Sicherungsmittels über das Instrument einer Sicherungspflegschaft (im Gegensatz zur Prozesspflegschaft – vgl. dazu unten Buchst. c – und zur Nachlassverwaltung – vgl. dazu unten Buchst. d –) nach pflichtgemäßem Ermessen⁹ – soweit keine Ermessensreduzierung auf Null anzunehmen ist – ohne zwingende Verpflichtung zu dieser konkreten Anordnung.

ff) Wirkungskreis und Zweck

Das Nachlassgericht bestimmt den Wirkungskreis des Sicherungsnachlasspflegers einzelfallbezogen. Hauptzweck ist zu meist die Sicherung des Nachlasses zugunsten unbekannter Erben, daneben, wenn Erben nicht ausschließlich wegen eines Rechtsstreits unter den der Person nach bekannten Erbprätendenten unbekannt sind (vgl. dazu oben Buchst. cc), die Erbenermittlung, die in Ausnahmefällen sogar Hauptaufgabe des Nachlasspflegers sein kann¹⁰.

gg) Rechtsstellung des Sicherungsnachlasspflegers

Der Nachlasspfleger ist im Rahmen einer Sicherungspflegschaft gesetzlicher Vertreter¹¹ der unbekannt Erben¹², soweit sein diesbezüglicher Wirkungskreis reicht. Im Gegensatz zu einem Nachlassverwalter (vgl. dazu unten Buchst. d) ist er jedoch nicht Partei kraft Amtes, und bewirkt seine Bestellung keine Verfügungsbeschränkung der Erben. Höchst-

2 Fröhler, BWNNotZ 2011, 2 (2).

3 KG OLGZ 1971, 210 (214); Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 9.

4 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 4 iVm. Rz. 1.

5 Staudinger/Marotzke, 2008, § 1960 BGB Rz. 6.

6 Staudinger/Marotzke, 2008, § 1960 BGB Rz. 7.

7 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 6, Staudinger/Marotzke, 2008, § 1960 BGB Rz. 8.

8 BayObLG FamRZ 1996, 308; Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 6.

9 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 1.

10 KG OLGZ 1971, 210 (214); KG OLGZ 8, 269.

11 Fröhler, BWNNotZ 2011, 2 (3); Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 11.

12 Nach OLG Dresden ZEV 2000, 402 darüber hinaus auch der unbekannt Erbeilerwerber, aA MünchKomm/Leipold, 6. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 31; nur Herausgabepflicht des Nachlasspflegers an den Erbeilerwerber.

persönliche Rechte der unbekanten Erben wie bspw. Erbauschlagung oder -annahme sind von seiner Vertretungsmacht nicht erfasst.¹³ Nach § 2012 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Nachlasspfleger nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten. Da auf den Sicherungsnachlasspfleger § 181 BGB anwendbar ist und selbst das Nachlassgericht Rechtsgeschäfte im Anwendungsbereich des § 181 BGB nicht wirksam genehmigen kann,¹⁴ ist durch den Nachlasspfleger jegliches Selbstkontrahieren bzw. Mehrfachvertreten, einschließlich Nachgenehmigung nach entsprechender Vertretung ohne Vertretungsmacht unbedingt zu vermeiden.

hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit

Im Falle einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses ist der Nachlasspfleger ggf. im Interesse der Erben,¹⁵ nicht jedoch, wie der Umkehrschluss aus der Regelung zur Nachlassverwaltung nach §§ 1985 Abs. 2, 1990 BGB zeigt (vgl. dazu unten Buchst. d), zum Schutz der Nachlassgläubiger zur Beantragung der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens verpflichtet.

ii) Verhältnis zu § 1913 BGB

Die Regelung des § 1960 BGB ist dabei *lex specialis* gegenüber der Pflegschaft für unbekante Beteiligte iSd. § 1913 BGB. Aus § 1913 Satz 2 BGB folgt, dass für die Zeit vor dem Nacherbfall für die erst dann feststehenden Nacherben ein Pfleger iSd. § 1913 BGB, ab Eintritt des Nacherbfalls für dann anderweitig nicht bekannte Nacherben jedoch ein Nachlasspfleger nach § 1960 BGB in Betracht kommt.

kk) Verhältnis zu § 1911 BGB

Wenn lediglich der Aufenthalt einer Person nach bekannten Erben unbekannt ist, muss hingegen an Stelle einer Nachlasspflegschaft eine nicht in die Zuständigkeit des Nachlassgerichts, sondern gemäß § 340 FamFG des Betreuungsgerichts fallende Abwesenheitspflegschaft iSd. § 1911 BGB angeordnet werden.¹⁶

II) Verpflichtungserfordernis

Auch unter Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG ist für eine wirksame Bestellung eines Berufsnachspflegers nicht nur dessen Beauftragung nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB, sondern wegen ihres Rechtscharakters als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt der Freiwilligen Gerichtsbarkeit¹⁷ zusätzlich auch dessen Verpflichtung durch das Nachlassgericht iSd. §§ 1915 Abs. 1, 1789 BGB samt Versprechen des Nachlasspflegers erforderlich, obwohl

diese nach § 289 Abs. 1 Satz 2 FamFG für Berufsbetreuer nicht mehr vorausgesetzt wird.¹⁸

mm) Feststellung berufsmäßiger Amtsführung

Nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB wird die Sicherungspflegschaft im Gegensatz zur Nachlassverwaltung (vgl. dazu unten Buchst. d) nur dann von Anfang an entgeltlich geführt, wenn das Nachlassgericht bei der Bestellung des Nachlasspflegers feststellt, dass dieser die Sicherungspflegschaft berufsmäßig führt. Unter dem dabei maßgebenden Zeitpunkt der Bestellung ist nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1789 BGB die Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Amtsführung zu verstehen. Wird die Feststellung berufsmäßiger Amtsführung – was praktisch jedoch häufig geschieht – ausschließlich in einem von der Bestellung getrennten Beschluss der Anordnung iSd. § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB getroffen, dürfte dies nicht ausreichen. Eine nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit ist rückwirkend erst ab der diesbezüglichen Antragstellung, somit nicht bereits ab der ursprünglichen Bestellung möglich, wobei im Falle einer derartigen Umwandlung von einer ehrenamtlichen in eine berufsmäßige Amtsführung eine neue Auswahlentscheidung zur Person des Bestellten getroffen werden muss.¹⁹

nn) Musterübersicht

- Muster Anordnungsbeschluss für eine Sicherungspflegschaft (vgl. unten **Anlage 1**).
- Muster Verpflichtungsprotokoll für eine Sicherungspflegschaft (vgl. unten **Anlage 2**).

c) Prozesspflegschaften

aa) Einordnung

Die sogenannte Prozesspflegschaft ist im Gegensatz zur Sicherungspflegschaft eine weniger häufige weitere Unterart der Nachlasspflegschaft. Praktische Bedeutung hat sie jedoch insbesondere zur Beendigung von Mietverhältnissen des Erblassers samt Räumungsvollzug auf Antrag des Vermieters (vgl. dazu unten Ziff. XVII).

bb) Gesetzesgrundlage

Sie ist gesetzlich geregelt in § 1961 BGB.

cc) Voraussetzungen

Voraussetzungen sind

- Antrag eines Nachlassgläubigers,
- Rechtsschutzinteresse des betroffenen Nachlassgläubigers,²⁰ das regelmäßig bereits aus dessen behaupteter Absicht resultiert, einen Anspruch notfalls gerichtlich geltend machen zu wollen²¹ – wegen § 779 ZPO nicht

13 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 11.

14 BGH BGHZ 21, 229 (234); RG RGZ 71, 162 (164); Fröhler, BWNNotZ 2006, 97 (104).

15 BGH NJW 2005, 756 (758); KG Rpfleger 1975, 175 (176); Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 12; aA Groll/Zimmermann, Erbrechtsberatung, 3. Aufl. 2010, C III Rz. 98.

16 Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 344 FamFG Rz. 53.

17 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1789 BGB Rz. 1.

18 OLG Stuttgart, Beschl. vom 25.11.2010, 8 W 460/10 n.v.

19 BGH FamRB 2014, 100 f. (zur Betreuung).

20 KG OLGZ 81, 151.

21 OLG Hamm ZErB 2010, 269; LG Köln NJW-RR 2009, 375.

ausreichend ist jedoch die beabsichtigte Fortsetzung der zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Zwangsvollstreckung in das Nachlassvermögen²² – und dabei – dies fehlt bspw., wenn die Maßnahme stattdessen im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung mehrheitlich mit Wirkung auch im Außenverhältnis getroffen werden kann²³ – auf die Bestellung eines Nachlasspflegers angewiesen zu sein (an Stelle des bei einer o.g. Sicherungspflegschaft erforderlichen Fürsorgebedürfnisses) und

- Unbekanntsein von Erben (vgl. dazu oben Buchst. b),
 - * anders als bei der Sicherungspflegschaft jedoch aus der Perspektive des antragstellenden Gläubigers und nicht aus derjenigen des Nachlassgerichts,²⁴
 - * wobei Erben jedoch dann nicht als unbekannt gelten, wenn der Nachlassgläubiger die zur sachgemäßen Rechtsverfolgung notwendigen Tatsachen kennen muss,²⁵ ohne dass ihm bei unübersichtlichen Konstellationen umfangreiche Recherchen etc. abverlangt werden können;²⁶
 - * ist zwar der Erbe desjenigen Nachlasses, gegen den sich der geltend zu machende Anspruch richtet, bekannt, jedoch verstorben, gilt bei Unbekanntsein dessen Erben § 1961 BGB analog.²⁷

dd) Verfahrensart

Die Anordnung erfolgt ausschließlich auf Antrag und kann nicht von Amts wegen erlassen werden. Daher richtet sich die Beteiligteigenschaft im Gegensatz zur o.g. Sicherungspflegschaft (dort § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) nach § 345 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bzw. Satz 2 und 3 FamFG (vgl. dazu unten Ziff. 4 a).

ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen

Bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen *muss* die Prozesspflegschaft (im Gegensatz zur Sicherungspflegschaft – vgl. dazu oben Buchst. b) mangels gerichtlichen Ermessensspielraums zwingend angeordnet werden.

ff) Wirkungskreis und Zweck

Das Nachlassgericht bestimmt den Wirkungskreis des Prozessnachlasspflegers einzelfallbezogen und wird die Pflegschaft häufig, aber nicht zwingend auf den betroffenen Prozess beschränken.²⁸ Zulässig ist bspw. auch die Bestimmung eines Wirkungskreises ohne Beschränkung auf die Vertretung in Gerichtsverfahren.²⁹ Hauptzweck ist idR die Ermöglichung der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen

zugunsten von Nachlassgläubigern. Nebenzweck kann die Erbenermittlung sein. Die Nachlasssicherung ist daneben nur dann relevant, wenn ein Fürsorgebedürfnis iSd. § 1960 Abs. 2 BGB besteht. Dieses dürfte in den hier vergleichsweise häufigen Mieträumungsfällen (vgl. dazu unten Ziff. XVII) bei offensichtlicher Überschuldung des Nachlasses regelmäßig fehlen, so dass das Nachlassgericht den Wirkungskreis dann zumeist auf die Beendigung des Mietverhältnisses samt Räumung der gemieteten Räume beschränkt und lediglich bei Auffinden gefährdeter werthaltiger Gegenstände ggfs. später ergänzend eine Sicherung anordnet. Dem Prozesspfleger iSd § 1961 BGB entspricht der auf Antrag des Finanzamtes bestellte Pfleger iSd § 81 AO.³⁰

gg) Rechtsstellung des Prozesspflegers

Der Nachlasspfleger ist im Rahmen einer Prozesspflegschaft gesetzlicher Vertreter³¹ der unbekannt Erben³², soweit sein diesbezüglicher Wirkungskreis reicht (vgl. dazu oben Buchst. ff). Im Gegensatz zu einem Nachlassverwalter (vgl. dazu unten Buchst. d) ist er jedoch nicht Partei kraft Amtes, und bewirkt seine Bestellung keine Verfügungsbeschränkung der Erben. Höchstpersönliche Rechte der unbekannt Erben wie bspw. Erbausschlagung oder -annahme sind von seiner Vertretungsmacht nicht erfasst.³³ Nach § 2012 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Nachlasspfleger nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten. Da auf den Prozessnachlasspfleger § 181 BGB anwendbar ist und selbst das Nachlassgericht Rechtsgeschäfte im Anwendungsbereich des § 181 BGB nicht wirksam genehmigen kann,³⁴ ist durch den Nachlasspfleger jegliches Selbstkontrahieren bzw. Mehrfachvertreten, einschließlich Nachgenehmigung nach entsprechender Vertretung ohne Vertretungsmacht unbedingt zu vermeiden.

hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit

Im Falle einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses ist der Nachlasspfleger ggf. im Interesse der Erben,³⁵ nicht jedoch, wie der Umkehrschluss aus der Regelung zur Nachlassverwaltung nach §§ 1985 Abs. 2, 1990 BGB zeigt (vgl. dazu unten Buchst. d), zum Schutz der Nachlassgläubiger zur Beantragung der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens verpflichtet.

ii) Verpflichtungserfordernis

Auch unter Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG ist für eine wirksame Bestellung eines Berufsnachlasspflegers nicht nur dessen Beauftragung nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB, sondern wegen ihres Rechtscharak-

22 OLG München BWNotZ 2013, 180 f.

23 OLG Hamm FGPrax 2013, 71 (72): bei Anteil an anderer Erbengemeinschaft anlässlich der Auseinandersetzung der anderen Erbengemeinschaft.

24 KG JFG 17, 106; BayObLG Rpfleger 1984, 102; Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 1961 BGB Rz. 2.

25 LG Oldenburg Rpfleger 1982, 105.

26 OLG Hamm FamRZ 2008, 1636; BayObLG Rpfleger 1984, 102.

27 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1961 BGB Rz. 2.

28 Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 1961 BGB Rz. 4.

29 OLG München Beschl. v. 18.12.2013 – 31 Wx 490/13, n.v.

30 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1961 BGB Rz. 4.

31 Fröhler, BWNotZ 2011, 2 (3).

32 Nach OLG Dresden ZEV 2000, 402 darüber hinaus auch der unbekannt Ernteilerwerber, aA MünchKomm/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1960 BGB Rz. 31: nur Herausgabepflicht des Nachlasspflegers an den Ernteilerwerber.

33 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 11.

34 BGH BGHZ 21, 229 (234); RG RGZ 71, 162 (164); Fröhler, BWNotZ 2006, 97 (104).

35 BGH NJW 2005, 756 (758); KG Rpfleger 1975, 175 (176); Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 12; aA Groll/Zimmermann, C III Rz. 98.

ters als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt der Freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁶ zusätzlich auch dessen Verpflichtung durch das Nachlassgericht iSd. §§ 1915 Abs. 1, 1789 BGB samt Versprechen des Nachlasspflegers erforderlich, obwohl diese nach § 289 Abs. 1 Satz 2 FamFG für *Berufsbetreuer* nicht mehr vorausgesetzt wird.³⁷

kk) Feststellung berufsmäßiger Amtsführung

Nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB wird die Prozesspflegschaft im Gegensatz zur Nachlassverwaltung (vgl. dazu unten Buchst. d) nur dann entgeltlich geführt, wenn das Nachlassgericht bei der Bestellung des Nachlasspflegers feststellt, dass dieser die Sicherungspflegschaft berufsmäßig führt. Unter dem dabei maßgebenden Zeitpunkt der Bestellung ist nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1789 BGB die Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Amtsführung zu verstehen. Wird die Feststellung berufsmäßiger Amtsführung – was praktisch jedoch häufig geschieht – ausschließlich in einem von der Bestellung getrennten Beschluss der Anordnung iSd. § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB getroffen, dürfte dies nicht ausreichen. Eine nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit ist rückwirkend erst ab der diesbezüglichen Antragstellung, somit nicht bereits ab der ursprünglichen Bestellung möglich, wobei im Falle einer derartigen Umwandlung von einer ehrenamtlichen in eine berufsmäßige Amtsführung eine neue Auswahlentscheidung zur Person des Bestellten getroffen werden muss.³⁸

II) Musterübersicht

- Muster Anordnungsbeschluss für eine Prozesspflegschaft (Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung) (vgl. unten **Anlage 3**)
- Muster Verpflichtungsprotokoll für eine Prozesspflegschaft (Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung) (vgl. unten **Anlage 4**)

d) Nachlassverwaltungen

aa) Einordnung

Die sogenannte Nachlassverwaltung gilt trotz ihrer Terminologie, wie insbesondere der Wortlaut der zwischenzeitlich durch das GNotKG ersetzten früheren Regelung des § 106 KostO und die Legaldefinition nach § 1975 BGB als „Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger“ zeigen, als vergleichsweise seltene weitere Unterart einer Nachlasspflegschaft.

bb) Gesetzesgrundlage

Gesetzlich geregelt in §§ 1975, 1981 ff. BGB.

cc) Voraussetzungen

Voraussetzungen sind

- Antrag (anders als die Sicherungspflegschaft – vgl. dazu oben Buchst. b –, aber ebenso wie die Prozesspflegschaft – vgl. dazu oben Buchst. c –,) der jedoch * nach § 1981 Abs. 1 BGB im Gegensatz zur Prozesspflegschaft primär durch die Erben, die insoweit nur alle gemeinsam, durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen ausgewiesen,³⁹ nach § 2062 BGB ausschließlich bis zur Teilung des Nachlasses⁴⁰ und nach § 2013 Abs. 1 BGB nur vor deren unbeschränkbarer Haftung mit dem Nachlass und dem Eigenvermögen allen Nachlassgläubigern gegenüber⁴¹ berechtigt sind, und * nur unter den Voraussetzungen des § 1981 Abs. 2 BGB⁴² durch einen Nachlassgläubiger gestellt werden kann. Bei Tod des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzverwalter des übergeleiteten Nachlassinsolvenzverfahrens keinen Antrag auf Nachlassverwaltung hinsichtlich des zu Lebzeiten des Schuldners insolvenzfreien Vermögens stellen.⁴³ * Ist ein Miterbe zugleich Nachlassgläubiger und liegen die Voraussetzungen nach § 1981 Abs. 2 BGB vor, ist dieser ausnahmsweise auch ohne die anderen Miterben alleine antragsberechtigt.⁴⁴
- Vorhandensein einer den Kosten entsprechenden Masse oder analog § 207 Abs. 1 Satz 2 InsO eines die Verfahrenskosten deckenden Vorschusses,⁴⁵ wobei ein entsprechendes Fehlen nach § 1982 BGB kein zwingender, sondern lediglich ein fakultativer, wenn auch praktisch häufiger Zurückweisungsgrund ist.

dd) Verfahrensart

Anordnung erfolgt ausschließlich auf Antrag. Daher richtet sich die Beteiligteigenschaft im Gegensatz zur o.g. Sicherungspflegschaft (dort § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) nach § 345 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 bzw. Satz 2 und 3 FamFG (vgl. dazu unten Ziff. 4 a).

ee) Rechtsfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen

Bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen *muss* die Nachlassverwaltung (im Gegensatz zur Sicherungspflegschaft – vgl. dazu oben Buchst. b) mangels gerichtlichen Ermessensspielraums zwingend angeordnet werden.

39 Erman/*Schlüter*, 13. Aufl. 2011, § 1981 BGB Rz. 2.

40 Wurm/*Wagner/Zartmann/Fröhler*, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 19.

41 Erman/*Schlüter*, 13. Aufl. 2011, § 2013 BGB Rz. 2.

42 Es muss Grund zu der Annahme bestehen, dass die Befriedigung aus dem Nachlass durch Verhalten oder Vermögenslage mindestens eines von mehreren – somit nicht notwendig von allen, BayObLGZ 1966, 75 – Erben gefährdet wird, und darf seit der letzten Erbschaftsannahme nur ein kürzerer Zeitraum als zwei Jahre verstrichen sein.

43 OLG München, Beschl. vom 28.4.2014, 31 Wx 5/14 n.v.

44 BayObLG BayObLGZ 1966, 75.

45 Erman/*Schlüter*, 13. Aufl. 2011, § 1982 BGB Rz. 2.

36 Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1789 BGB Rz. 1.

37 OLG Stuttgart, Beschl. vom 25.11.2010, 8 W 460/10 n.v.

38 BGH FamRB 2014, 100 f. (zur Betreuung).

ff) Zweck

Die Nachlassverwaltung bezweckt nach § 1975 BGB die Beschränkung der Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass und nach § 1985 BGB die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlass sowie die Verwaltung des Nachlasses. Zur Überwindung fehlender Mitwirkungsbereitschaft bzw. Passivität einzelner Miterben bei Nachlassauseinandersetzung ist sie jedoch nicht gedacht.⁴⁶

gg) Rechtsstellung des Nachlassverwalters

Der Nachlassverwalter ist amtlich bestelltes Organ mit eigenständigen Parteirechten,⁴⁷ (somit anders als ein Nachlasspfleger bei Sicherungs- oder Prozesspflegschaft nicht lediglich gesetzlicher Vertreter der unbekanntenen Erben, vgl. dazu oben Buchst. b bzw. c).

hh) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit

Wenn sich herausstellt, dass der Nachlass überschuldet ist, hat der Nachlassverwalter gemäß §§ 1985 Abs. 2, 1980 BGB zum Schutz der Nachlassgläubiger – somit im Gegensatz zum Sicherungs- bzw. Prozessnachlasspfleger (vgl. dazu oben Buchst. b bzw. c) nicht im Interesse der Erben – unverzüglich die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens⁴⁸ zu beantragen.

ii) Verfügungsbeschränkung der Erben

Die Nachlassverwaltung bewirkt nach § 1984 Abs. 1 BGB unmittelbar mit ihrer Anordnung⁴⁹ abweichend von einer Sicherungs- bzw. Prozesspflegschaft (vgl. dazu oben Buchst. b u. c) eine Verfügungsbeschränkung der Erben hinsichtlich der einzelnen Nachlassbestandteile samt Erlöschen trans- oder postmortaler Vollmachten des Erblassers.⁵⁰ Umgekehrt bleiben die Erben jedoch hinsichtlich ihres jeweiligen Erbteils verfassungsbefugt.⁵¹

kk) Nachlassverwaltungsvermerk im Grundbuch

Zum Ausschluss eines ggf. analog §§ 892, 893 BGB, 81 Abs. 1 Satz 2 InsO drohenden gutgläubigen Erwerbs muss für zum Nachlass gehörenden Grundbesitz, Rechten an Grundbesitz oder eingetragenen Rechten unverzüglich in Abt. II des betroffenen Grundbuchs ein Nachlassverwaltervermerk eingetragen werden. Das Nachlassgericht hat dies zu überwachen, ggf. den Nachlassverwalter nach §§ 1915, 1837 BGB entsprechend zur Bewirkung der Eintragung anzuweisen und notfalls selbst analog §§ 38 GBO, 32 Abs. 2 Satz 1 InsO das Grundbuchamt um Eintragung zu ersuchen.⁵²

46 OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 288 ff.

47 Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 18; Fröhler, BWNotZ 2011, 2 (3).

48 Vgl. dazu Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 35 ff.

49 RG RGZ 130, 193.

50 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1984 BGB Rz. 1.

51 Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 22.

52 Demharter, 27. Aufl. 2010, § 38 GBO Rz. 12; Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1983 BGB Rz. 2.

II) Öffentliche Bekanntmachung

Nach § 1983 BGB ist die Anordnung der Nachlassverwaltung durch das Nachlassgericht mittels des für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt, somit nicht zwingend durch den Bundesanzeiger, öffentlich bekannt zu machen. Diese öffentliche Bekanntmachung ist im Gegensatz zur Zustellung des Anordnungsbeschlusses keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Nachlassverwaltung, wohl aber für den Verlust der Vertretungsmacht der Erben bzw. Testamentsvollstrecker nach § 1984 BGB bzw. analog §§ 81, 82 InsO.⁵³

mm) Keine Reduzierung auf einzelne Erbteile

Die Nachlassverwaltung ist für den gesamten Nachlass anzuordnen, eine Beschränkung auf einen Erbteil ist unzulässig.

nn) Verpflichtungserfordernis

Auch unter Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG ist für eine wirksame Bestellung eines Berufsnachlassverwalters nicht nur dessen Beauftragung nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB, sondern wegen ihres Rechtscharakters als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt der Freiwilligen Gerichtsbarkeit⁵⁴ zusätzlich auch dessen Verpflichtung durch das Nachlassgericht iSd. §§ 1915 Abs. 1, 1789 BGB samt Versprechen des Nachlassverwalters erforderlich, obwohl diese nach § 289 Abs. 1 Satz 2 FamFG für *Berufsbetreuer* nicht mehr vorausgesetzt wird.

oo) Erwähnung berufsmäßiger Amtsführung

Dem Nachlassverwalter steht nach § 1987 BGB ein gesetzlicher Anspruch auf Vergütung zu. Im Gegensatz zur Sicherungs- bzw. Prozesspflegschaft (vgl. dazu oben Buchst. b und c) setzt der Vergütungsanspruch des Nachlassverwalters daher keine ausdrückliche Erwähnung einer berufsmäßigen Amtsführung voraus,⁵⁶ gleichwohl kann diese deklaratorisch vermerkt werden.

pp) Musterübersicht

- Muster Anordnungsbeschluss für eine Nachlassverwaltung (vgl. unten Anlage 5).
- Muster Verpflichtungsprotokoll für eine Nachlassverwaltung (vgl. unten Anlage 6)

2. Rechtliche Einordnung der Nachlasspflegschaft

Eine Nachlasspflegschaft ist gemäß § 342 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (Sicherungs- oder Prozesspflegschaft) bzw. § 342 Abs. 1 Nr. 8 FamFG (Nachlassverwaltung) Nachlasssache und zugleich nach § 340 Nr. 1 FamFG betreuungsgerichtliche Zuweisungssache.⁵⁷ Es finden daher sowohl nachlass-

53 MünchKomm/Küpper, 6. Aufl. 2013, § 1983 BGB Rz. 1; Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 1983 BGB Rz. 3

54 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1789 BGB Rz. 1.

55 OLG Stuttgart, Beschl. vom 25.11.2010, 8 W 460/10 n.v.

56 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1987 BGB Rz. 1.

57 Zimmermann, Rpfleger 2009, 437 (439).

als auch betreuungsrechtliche Regelungen Anwendung (vgl. dazu unten Ziff. 5).

3. Zuständigkeiten

a) Sachliche Zuständigkeit

Das Amtsgericht ist nach § 1962 BGB iVm § 23a Abs. 1 Nr. 2 iVm Abs. 2 Nr. 1 bzw. 2 GVG als Nachlassgericht sachlich für die Führung einer Nachlasspflegschaft zuständig. In Baden-Württemberg tritt dabei nach Art. 147 EGBGB iVm §§ 1 Abs. 1 und 2, 38 LFGG BW bis zum 21.12.2017 das staatliche Notariat an die Stelle des Amtsgerichts.

b) Örtliche Zuständigkeit

aa) Allgemein

Die allgemeine örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 343 FamFG. Danach wird zunächst unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Erblassers gemäß § 343 Abs. 1 FamFG primär an den Wohnsitz des Erblassers iSd. §§ 7 ff. BGB zum Zeitpunkt des Erbfalls, mangels eines derartigen inländischen Wohnsitzes an den Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls angeknüpft. Wiederum ersatzweise ist bei einem deutschen Erblasser nach § 343 Abs. 2 FamFG das Amtsgericht Schöneberg in Berlin (dieses kann aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht verweisen) bzw. bei einem ausländischen Erblasser nach § 343 Abs. 3 FamFG jedes Nachlassgericht, in dessen Bezirk sich mindestens ein Nachlassgegenstand befindet, für den gesamten Nachlass allgemein örtlich zuständig.⁵⁸

bb) Besonders

Darüber hinaus sieht § 344 Abs. 4 FamFG eine besondere örtliche Zuständigkeit desjenigen Gerichts vor, an dessen von § 343 FamFG abweichendem Ort das Sicherungsbedürfnis eintritt (vgl. unten Ziff. XII). Dabei ist jegliche Verweisungsmöglichkeit an das allgemein zuständige Nachlassgericht ausgeschlossen.

c) Funktionelle Zuständigkeit

aa) Grundsatz

Funktionell ist nach § 3 Nr. 2 Buchst. c RPfG für Nachlasspflegschaften grundsätzlich der Rechtspfleger zuständig, soweit nicht ausnahmsweise ein Richtervorbehalt besteht.

bb) Ausnahme

Aufgrund Richtervorbehalts ist nach

- § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 14 Abs. 1 Nr. 5 RPfG bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer in gemeinsamer Mitpflegschaft bestellter Nachlasspfleger⁵⁹ bzw. nach

- § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 14 Abs. 1 Nr. 10 RPfG wegen ausländischer Staatsangehörigkeit des Erblassers⁶⁰

ausnahmsweise der Richter funktionell zuständig.

cc) Zusatzzuständigkeit

Soweit nach § 3 Nr. 2 Buchst. c RPfG eine funktionelle Rechtspflegerzuständigkeit besteht, bleibt im badischen Rechtsgebiet Baden-Württembergs im Falle der Zuweisung eines Rechtspflegers an die nachlassgerichtliche Abteilung des staatlichen Notariats nach § 35 Abs. 3 RPfG daneben gleichwohl der (Richter-) Notar zuständig. In diesem Fall sollte eine spezifische Zuständigkeitsregelung durch Geschäftsverteilungsplan erfolgen.

d) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit folgt gemäß § 105 FamFG für den Nachlass bis einschließlich 16.8.2015 verstorbener Erblasser der örtlichen Zuständigkeit. Damit ist der frühere, kraft Richterrechts praktizierte, ungeschriebene Gleichlaufgrundsatz nicht mehr maßgebend, nach dem deutsche Gerichte für Nachlasssachen nur bei Anwendung deutschen Erbrechts (Sachrecht) zuständig waren⁶¹ und der zuvor lediglich durch auf inländischen Nachlass beschränkte Fremdrechtszeugnisse nach §§ 2369 Abs. 1 aF, 2368 Abs. 3 Halbs. 1 BGB durchbrochen wurde (zum Übergangsrecht nach Art. 111 FGG-RG vgl. unten Ziff. XX). Für ab einschließlich 17.8.2015 verstorbene Erblasser sind hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit die Regelungen der Artt. 4 ff. iVm. Art. 19 und Art. 29 EuErbVO als unmittelbar geltendes Recht nach Art. 3 Nr. 1 EGBGB gegenüber nationalen Regelungen und damit auch gegenüber §§ 105, 343 FamFG vorrangig⁶² zu beachten.

4. Beteiligte

a) Beteiligteneigenschaft

aa) Übersicht

Hinsichtlich des Beteiligtenbegriffs ist zwingend zwischen Antragsverfahren einerseits, die sich nach § 345 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bzw. Satz 2 und 3 FamFG richten, und von Amts wegen zu führenden Verfahren, für die § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG maßgebend ist, zu differenzieren.

bb) Sicherungspflegschaften

Da Sicherungspflegschaften iSd § 1960 Abs. 2 BGB - selbst nach Anregung durch einen Beteiligten - als praktischer Re-

⁵⁸ Vgl. insgesamt zur örtlichen Zuständigkeit in Nachlass- und Teilungssachen Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 142 bis 147.

⁵⁹ Vgl. dazu Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, Rz. 147.

⁶⁰ OLG Hamm Rpfleger 1976, 94; Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 1960 BGB Rz. 20; Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1961 BGB Rz. 3; Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 145; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 9. Aufl. 2008, Rz. 4.616; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, Rz. 109; aA MünchKomm/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1960 BGB Rz. 7; Meyer-Stolte, Rpfleger 1976, 94: kein Richtervorbehalt, sondern funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers.

⁶¹ BayObLG NJW 1987, 1148 (1149).

⁶² Bachmayer, BWNtZ 2010, 146 (157); Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 155.

gelfall einer Nachlasspflegschaft von Amts wegen angeordnet werden, ist für die diesbezügliche Beteiligteneigenschaft alleine auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG abzustellen. Insoweit ist eine unmittelbare Betroffenheit in eigenen Rechten erforderlich und dann eine Hinzuziehung zwingend.

cc) Prozesspflegschaften bzw. Nachlassverwaltungen

§ 345 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 FamFG, wonach der Prozesspfleger bzw. Nachlassverwalter kraft zwingend zu veranlassender Hinzuziehung Beteiligter wird, bzw. § 345 Abs. 4 Satz 2 und 3 FamFG, wonach insbesondere ein bekannter Miterbe bzw. Testamentsvollstrecker⁶³ im Falle einer von Amts wegen durch Ermessensentscheidung des Nachlassgerichts bzw. auf Antrag zwingend zu veranlassender Hinzuziehung Beteiligter wird, ist daher trotz seines scheinbar eindeutigen Wortlauts lediglich für die praktisch selteneren Fälle der Prozesspflegschaft nach § 1961 BGB und der Nachlassverwaltung gemäß § 1975 iVm § 1981 BGB einschlägig.⁶⁴

dd) Abweichungen bei Genehmigungsverfahren

Von Verfahren auf Anordnung einer Nachlasspflegschaft sind auch (zu weiteren Besonderheiten beim Übergangsrecht nach Art. 111 FGG-RG vgl. unten Ziff. XX) im Hinblick auf die Beteiligteneigenschaft Verfahren über die Genehmigung von Maßnahmen des Nachlasspflegers (dazu vgl. unten Ziff. XV) wie bspw. Auflösung von Konten streng zu unterscheiden. Dabei werden Genehmigungsverfahren unabhängig davon, ob die zugrunde liegende Nachlasspflegschaft von Amts wegen oder auf Antrag angeordnet wurde, stets von Amts wegen geführt, obschon die Genehmigung ohne entsprechendes Ersuchen des Nachlasspflegers bzw. Nachlassverwalters nicht erteilt werden darf.⁶⁵

b) Hinzuziehung

Aus dem Umkehrschluss zu § 7 Abs. 5 Satz 1 FamFG ergibt sich, dass die Hinzuziehung keinen förmlichen Beschluss voraussetzt, sondern auch konkludent durch Übersendung von Schriftstücken bzw. Terminladungen erfolgen kann.⁶⁶ Gleichwohl kann ein ausdrücklicher Hinzuziehungsbeschluss sinnvoll sein.

5. Maßgebende Rechtsnormen

a) Verfahrensregelungen

Neben den allgemeinen Regelungen der §§ 1 bis 110 FamFG gelten über § 340 Nr. 1 FamFG, soweit nicht vorrangig die nachlassverfahrensrechtlichen Normen der §§ 343 bis 345 FamFG für die örtliche Zuständigkeit und Beteiligteneigenschaft anwendbar sind, die betreuungsverfahrensrechtlichen Regelungen der §§ 275 ff. FamFG.

63 Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1961 BGB Rz. 3; Prütting/*Helms/Fröhler*, 3. Aufl. 2014, § 345 FamFG Rz. 65.

64 Prütting/*Helms/Fröhler*, 3. Aufl. 2014, § 345 FamFG Rz. 54.

65 BGH DNotZ 1967, 320 (321 ff.); Palandt/*Götz*, 73. Aufl. 2014, § 1828 BGB Rz. 17; *Jochum/Pohl*, Nachlasspflegschaft, 4. Aufl. 2009, Rz. 562.

66 Begr. zum GesetzE der BReg. zur damaligen Fassung des § 7 Abs. 3 Satz 2, BT-Drs. 16/6308, S. 179.

b) Materielles Recht

Neben den spezifischen Regelungen zur Nachlasspflegschaft nach den §§ 1960 ff. BGB bzw. zur Nachlassverwaltung nach den §§ 1975, 1981 ff. BGB ist insbesondere die Gelenknorm des § 1915 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen, die auf materielles Vormundschaftsrecht (§§ 1773 bis 1895 BGB) und dabei vor allem auf die gerichtlichen Genehmigungstatbestände der §§ 1812, 1821, 1822 BGB verweist (zum Genehmigungsverfahren vgl. unten Ziff. XV). Auch unter Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG ist für eine wirksame Bestellung eines Berufsnachlasspflegers nicht nur dessen Beauftragung, sondern zusätzlich auch dessen Verpflichtung durch das Nachlassgericht iSd. §§ 1915 Abs. 1, 1789 BGB erforderlich, obwohl diese nach § 289 Abs. 1 Satz 2 FamFG für Berufsbetreuer nicht mehr erforderlich ist.⁶⁷

6. Keine nachlassgerichtliche Zahlungsfreigabe ohne Nachlasspflegschaft

Ein Nachlassgericht ist mangels diesbezüglicher Gesetzesgrundlage – insbesondere findet insoweit § 1960 BGB keine Anwendung – nicht berechtigt, bei Nichtermittelbarkeit der Erben ohne Anordnung einer Nachlasspflegschaft die Begleichung angefallener Nachlassverbindlichkeiten – auch nicht Bestattungskosten – von einem Konto des Verstorbenen an Rechnungsgläubiger freizugeben,⁶⁸ wobei der Fiskus im Falle seiner Feststellung als Erbe nach gleichwohl freigegebener Auszahlung mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht beschwerdeberechtigt ist.⁶⁹

II. Maßgeblichkeit ausländischen Sachrechts⁷⁰

Hat ein nach § 105 FamFG zuständiges deutsches Nachlassgericht ausländisches Erbrecht anzuwenden, stellt sich – spiegelbildlich zur Problematik der Anwendbarkeit wesensfremder ausländischer Vorgaben – die Frage, ob ergänzend auf inländische Rechtsinstitute zurückgegriffen werden darf. Dabei gilt die Anordnung einer Nachlassverwaltung durch ein deutsches Gericht dann als unzulässig, wenn sich dieses Rechtsinstitut von den Regelungen des maßgebenden ausländischen Erbstatuts grundlegend unterscheidet.⁷¹ Ein deutsches Gericht kann jedoch nachlasssichernde Maßnahmen ergreifen, insbesondere eine Nachlasspflegschaft zum Zweck der Nachlasssicherung selbst dann anordnen, wenn das berufene ausländische Erbrecht dieses Rechtsinstitut nicht kennt.⁷² Es dürfen jedoch keine Staatsverträge entgegenstehen.⁷³ In verschiedenen bilateralen Staatsverträgen sind bindende Regelungen zur Nachlasssicherung und über diesbezügliche Mitteilungspflichten normiert. Hierbei handelt

67 OLG Stuttgart, Beschl. vom 25.11.2010, 8 W 460/10 n.v.

68 OLG Dresden ZEV 2010, 582 f.; aA OLG Rostock BeckRS 2013, 10207: ggfs. Grundlage § 1960 Abs. 1 BGB, wobei ausdrücklich offengelassen wird, ob bei Ermessensfehler Amtshaftungsansprüche bestehen können.

69 OLG Dresden ZEV 2010, 582 f.

70 *Fröhler*, BWNNotZ 2011, 2 (4 f.).

71 KG OLGZ 1977, 309 (310 f.) für Österreich.

72 BGH BGHZ 49, 1 (2).

73 *Pinckernelle/Spreen*, DNotZ 1967, 195 (200).

sich insbesondere um Befugnisse des jeweiligen Konsuls desjenigen Staates, dem der ausländische Erblasser angehört (so insbesondere die Abkommen mit Spanien, Kolumbien, den USA, dem Iran, der Türkei, Irland, Siam (jetzt Thailand), dem Vereinigten Königreich und der Sowjetunion (jetzt Armenien, Aserbaidschan, Belarus, Georgien, Kasachstan, Kirgisistan, Moldau, Russische Föderation, Tadschikistan, Ukraine bzw. Usbekistan).⁷⁴ Aufgrund Art. 14 Abs. 2 der Anlage zu Art. 20 des deutsch-türkischen Konsularvertrags darf ein deutsches Nachlassgericht hinsichtlich des in der Türkei belegenen unbeweglichen Vermögens keine Nachlasspflegschaft anordnen.⁷⁵

Für Nachlässe ab einschließlich 17.8.2015 verstorbener Erblasser kann nach § 29 EuErbVO ein Fremdverwalter nach dem Recht des Mitgliedstaats des zuständigen Gerichts auch dann bestellt werden, wenn das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende ausländische Recht dies bzw. entsprechende vermögenserhaltende und Nachlassgläubiger schützende Befugnisse nicht vorsieht, wobei nach Erwägungsgrund 44 eine – bei einer Nachlasspflegschaft nach deutschem Recht ohnehin nur in seltenen Ausnahmefällen zulässige (vgl. dazu Ziff. XIII) – Veräußerung von Vermögenswerten oder die Begleichung von Verbindlichkeiten nur dann in Betracht kommt, wenn dies nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Recht zulässig ist.⁷⁶ Nach § 29 Abs. 3 EuErbVO können jedoch ausnahmsweise einem derartigen Verwalter alle nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Bestellung erfolgt, vorgesehenen Verwaltungsbefugnisse übertragen werden, wenn das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht das Recht eines Nichtmitgliedstaats (Drittstaat) ist, wobei jedoch auch dann das anzuwendende Recht des Drittstaates zu respektieren ist.⁷⁷

III. Die Nachlasspflegerbestellung

1. Auswahl der Person⁷⁸

Im Rahmen der Auswahl der Person des Nachlasspflegers müssen eventuelle Interessenkollisionen zwischen amtlichen Aufgaben einerseits und davon abweichenden sonstigen Interessen des Amtsträgers andererseits ausgeschlossen werden. Insbesondere kommen daher grundsätzlich folgende Personen nicht als Nachlasspfleger in Betracht:

- bereits bekannte Miterben für andere bislang aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unbekannte Miterben innerhalb einer Teilnachlasspflegschaft;
- Erbprätendenten;
- Nachlassgläubiger;
- frühere gesetzliche (zB Betreuer, Vormund bzw. Pfleger) oder rechtsgeschäftliche (zB Bevollmächtigte) Vertreter des Erblassers, da zu den Aufgaben des Nachlasspflegers bspw. die Überprüfung deren Abrech-

nung bzw. die Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen für die unbekanntenen Erben bzw. die Stellungnahme zu deren Vergütungsanträgen gehören kann.

Bei der Bestellung von Justizangehörigen oder deren Angehörigen zu Nachlasspflegern muss – unabhängig vom Wert des verwalteten Vermögens – die Pflicht zur Aktenvorlage an den Präsidenten des Landgerichts zur regelmäßig Prüfung (§ 3 Abs. 2 1. VV LFGG BW) beachtet werden. Dies gilt selbst dann, wenn derartige Justizangehörige beurlaubt, bereits pensioniert bzw. in den Ruhestand eingetreten sind.

2. Wirkungskreis

Das Nachlassgericht bestimmt den Wirkungskreis des Nachlasspflegers einzelfallbezogen.

Hauptzweck der Sicherungspflegschaft ist zumeist die Sicherung des Nachlasses zugunsten unbekannter Erben, daneben, wenn Erben nicht ausschließlich wegen eines Rechtsstreits unter den der Person nach bekannten Erbprätendenten unbekannt sind, die Erbenermittlung, die in Ausnahmefällen sogar Hauptaufgabe des Nachlasspflegers sein kann⁷⁹.

Hauptzweck der Prozesspflegschaft ist in der Regel die Ermöglichung der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen zugunsten von Nachlassgläubigern. Gleichwohl muss und darf das Nachlassgericht diese Pflegschaft nicht generell auf den in Rede stehenden betroffenen Prozess beschränken.⁸⁰ Zulässig ist bspw. auch die Bestimmung eines Wirkungskreises ohne Beschränkung auf die Vertretung in Gerichtsverfahren.⁸¹ Nebenzweck kann die Erbenermittlung sein. Die Nachlasssicherung ist daneben nur dann relevant, wenn ein Fürsorgebedürfnis iSd. § 1960 Abs. 2 BGB besteht. Dieses dürfte in den hier vergleichsweise häufigen Mieträumungsfällen (vgl. dazu unten Ziff. XVII) bei offensichtlicher Überschuldung des Nachlasses regelmäßig fehlen, so dass das Nachlassgericht den Wirkungskreis dann zumeist auf die Beendigung des Mietverhältnisses samt Räumung der gemieteten Räume beschränkt und lediglich bei Auffinden gefährdeter werthaltiger Gegenstände ggfs. später ergänzend eine Sicherung anordnet.

3. Allgemeine Ermächtigung⁸²

Eine allgemeine nachlassgerichtliche Ermächtigung zu Rechtsgeschäften, zu denen nach § 1812 BGB im Vormundschaftsrecht die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich wäre, somit über eine Forderung, ein anderes Recht, kraft dessen eine Leistung verlangt werden kann, sowie über ein Wertpapier, soll nach § 1915 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 1825 BGB nur dann erteilt werden, wenn sie zum Zweck der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, erforderlich ist. In derartigen seltenen Fäl-

74 Texte jeweils bei *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Band II Deutschland, Texte Abschn. 1. A. II. 2. Nrn. 1, 2 3, 4, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16 und 17.

75 OLG Karlsruhe BWNtZ 2013, 179 f.

76 Verordnung (EU) Nr. 650/2012, ABl. EU 2012, Nr. L 201, S. 107 (111 f.).

77 Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 180.

78 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 2.

79 KG OLGZ 1971, 210 (214); KG OLG 8, 269.

80 Erman/*Schlüter*, 13. Aufl. 2011, § 1961 BGB Rz. 4.

81 OLG München Beschl. v. 18.12.2013 – 31 Wx 490/13, n.v.

82 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 2.

len sollte die Ermächtigung möglichst auf begrenzte Beträge und ein bestimmtes Konto beschränkt werden.

4. Verpflichtungserfordernis

Auch unter Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG ist für eine wirksame Bestellung eines Berufsnachspflegers nicht nur dessen Beauftragung nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB, sondern wegen ihres Rechtscharakters als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt der Freiwilligen Gerichtsbarkeit⁸³ zusätzlich auch dessen Verpflichtung durch das Nachlassgericht iSd. §§ 1915 Abs. 1, 1789 BGB samt Versprechen des Nachspflegers erforderlich, obwohl diese nach § 289 Abs. 1 Satz 2 FamFG für Berufsbetreuer nicht mehr vorausgesetzt wird.⁸⁴

5. Feststellung berufsmäßiger Amtsführung

Nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB werden Sicherungs- und Prozesspflegschaften im Gegensatz zu Nachlassverwaltungen nur dann entgeltlich geführt, wenn das Nachlassgericht bei der Bestellung des Nachspflegers feststellt, dass dieser die Sicherungs- bzw. Prozesspflegschaft berufsmäßig führt. Unter dem dabei maßgebenden Zeitpunkt der Bestellung ist nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1789 BGB die Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Amtsführung zu verstehen. Wird die Feststellung berufsmäßiger Amtsführung – was praktisch jedoch häufig geschieht – ausschließlich in einem von der Bestellung getrennten Beschluss der Anordnung iSd. § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1774 Satz 1 BGB getroffen, dürfte dies nicht ausreichen. Eine nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit ist rückwirkend erst ab der diesbezüglichen Antragstellung, somit nicht bereits ab der ursprünglichen Bestellung möglich, wobei im Falle einer derartigen Umwandlung von einer ehrenamtlichen in eine berufsmäßige Amtsführung eine neue Auswahlentscheidung zur Person des Bestellten getroffen werden muss.⁸⁵

6. Fristsetzung⁸⁶

Das Nachlassgericht wird anlässlich der Nachspflegerbestellung sofort das jeweilige Rechnungsjahr bestimmen und dem Nachspfleger bereits bei seiner Verpflichtung entsprechende Erledigungsfristen insbesondere zur Vorlage des Nachlassverzeichnisses und je nach Wirkungskreis ggfs. eines Zwischenberichts zum Stand der Erbenermittlungen vorgeben.

Zudem wird dem Nachspfleger regelmäßig aufzugeben sein, bei dem zuständigen Erbschaftssteuerfinanzamt die Übersendung von Kopien der dort eingehenden Kontrollmitteilungen gemäß § 33 EStG zu erwirken. Dies gilt unabhängig von der Mitteilung des baden-württembergischen Landesfinanzministeriums mit Schreiben vom 26.8.2008 dahingehend, dass derartige Anfragen nicht „routinemäßig“

gestellt werden sollten. Die Überwachung stellt vielmehr ein wesentliches Kontrollinstrument zur Vermeidung bzw. Aufdeckung von Nachspflegern begangenen Untreuestraftaten dar.

7. Kontensperrvermerk⁸⁷

Nachspfleger sind nach § 1809 iVm § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB grundsätzlich dazu anzuhalten, zum Nachlass gehörende Konten mit einem Mündelsperrvermerk dergestalt versehen und sodann nachweisen zu lassen, dass die Erhebung des dort gebuchten Geldes ausschließlich mit Genehmigung des Nachlassgerichts möglich ist. Von dieser Verpflichtung kann nach § 1817 BGB ausschließlich dann befreit werden, wenn der Umfang der Vermögensverwaltung dies – so idR nach § 1817 Abs. 1 S. 2 BGB bei einem Vermögenswert von höchstens 6.000,00 € ohne Berücksichtigung von Grundbesitz – rechtfertigt und eine Gefährdung des Vermögens nicht zu besorgen ist. Eine derartige Befreiung sollte ausdrücklich erfolgen, um den Eindruck auszuschließen, die Kontrolle von Sperrvermerken sei übersehen worden.

8. Bestallungsurkunde

Insbesondere bei Erstellung der Bestallungsurkunde muss eine versehentliche ungewollte formularmäßige Übernahme tatsächlich nicht entschiedener Befreiungen bzw. Ermächtigungen des Nachspflegers unbedingt vermieden werden. Es empfiehlt sich daher, speziell den Inhalt des Bestallungstextes nach Ausdruck nochmals genau zu kontrollieren. Zum Nachweis und zur späteren Kontrolle des dem Nachspfleger tatsächlich herausgegebenen Bestallungstextes ist unbedingt eine beglaubigte Kopie der auszuhändigenden Bestallungsurkunde zu den Akten zu nehmen.⁸⁸

9. Aktenbeiziehung

Das Nachlassgericht sollte im Rahmen der Überwachung des Nachspflegers mit dessen Aufgaben zusammenhängende Drittakten beiziehen, die insbesondere Rückschlüsse auf die Zusammensetzung des Vermögens, Verfügungen von Todes wegen bzw. gesetzliche Erben des Erblassers zulassen können. Dies können insbesondere Betreuungsakten⁸⁹ (zB bezüglich des Erblassers oder eines von diesem beerbten Dritten), andere Nachlassakten (zB bezüglich eines von dem Erblasser beerbten Dritten) bzw. Strafakten sein.

IV. Überwachung der Vermögensverwaltung⁹⁰

1. Rechtsverhältnis zwischen Nachlassgericht und Nachspfleger

Der Nachspfleger führt sein Amt eigenverantwortlich. Gleichwohl muss das Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 1

83 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1789 BGB Rz. 1.

84 OLG Stuttgart, Beschl. vom 25.11.2010, 8 W 460/10 n.v.

85 BGH FamRB 2014, 100 f. (zur Betreuung).

86 Filthuth, Handreichung 2009, S. 2 f.

87 Filthuth, Handreichung 2009, S. 3.

88 Filthuth, Handreichung 2009, S. 3.

89 Filthuth, Handreichung 2009, S. 3.

90 Dazu insgesamt Filthuth, Handreichung 2009, S. 3 ff.

BGB und nach § 1915 Abs. 1 S. 1 iVm § 1837 Abs. 1 S. 1 u. S. 2, Abs. 2 BGB den Nachlasspfleger

- beraten (§ 1837 Abs. 1 S. 1 BGB) und
- in seine Aufgaben einführen (§ 1837 Abs. 1 S. 1 BGB)

sowie

- über den Nachlasspfleger die Aufsicht führen (§ 1837 Abs. 2 BGB) und
- gegen eventuelle Pflichtwidrigkeiten des Nachlasspflegers einschreiten (§ 1837 Abs. 2 BGB).

Soweit sich der Nachlasspfleger bei Ausübung seines Amtes im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegt, darf das Nachlassgericht dessen Ermessensspielraum nicht einschränken.

2. Erhebung des Erstverzeichnisses

Um insbesondere einem ehrenamtlich bzw. insoweit nur gelegentlich tätigen Nachlasspfleger die Erstellung des Vermögensverzeichnisses zu erleichtern, kann es sich empfehlen, diesem schon anlässlich seiner Verpflichtung eine diesbezügliche Mustergliederung auszuhändigen, die zweckmäßigerweise bereits den Tag der Anordnung der Nachlasspflegschaft als maßgebenden Stichtag und die ausdrückliche Versicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit der dortigen Angaben vorsehen sollte, um spätere zeitaufwendige Nachbesserungen zu vermeiden.

Maßgebender Stichtag für das Erstverzeichnis ist nach § 1915 Abs. 1 iVm. § 1802 Abs. 1 BGB der Tag der Anordnung der Nachlasspflegschaft⁹¹.

3. Nachlassgerichtliche Kontrolle des Erstverzeichnisses

Bereits im Rahmen der nachlassgerichtlichen Kontrolle des Erstverzeichnisses sollte in der Akte zur Vermeidung von Haftungsrisiken des prüfenden Nachlassrichters bzw. Nachlassrechtspflegers ein ausdrücklicher persönlicher (somit gerade kein mittels Delegation durch Geschäftsstellenbeamte oder Justizangestellte erstellter) Prüfungsvermerk gefertigt werden.

Dabei empfiehlt sich nach Eingang des Erstverzeichnisses ein standardisierter ausdrücklicher persönlicher Prüfungsvermerk des Nachlassrichters, aus dem unzweifelhaft hervorgeht, dass:

- der richtige Stichtag angegeben,
- die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben durch den Nachlasspfleger versichert,
- diese Versicherung durch den Nachlasspfleger persönlich unterschrieben sowie

- auch bei örtlichen Kreditinstituten wegen weiterer Konten nachgefragt worden ist sowie
- (werthaltige) Mobilien und
- Forderungen berücksichtigt sind.

Soweit die Gemeindebehörde bei der Feststellung des Todesfalls insbesondere im Wege der Wohnungsöffnung beteiligt war, sollte kontrolliert werden, ob die dabei festgestellten Vermögensgegenstände im Erstverzeichnis des Nachlasspflegers aufgeführt sind. Andernfalls muss deren Verbleib aufgeklärt werden.

Bezüglich werthaltiger beweglicher Nachlassgegenstände sollte das Nachlassgericht keine lediglich allgemeinen Angaben akzeptieren, sondern insbesondere bei Schmuck auf eine detaillierte Aufstellung bestehen und eine insoweit etwaig erforderliche Nachbesserung zeitnah anfordern und wiederum überwachen.

Da dem Nachlasspfleger zumeist die erforderliche Sachkunde zur Wertbestimmung werthaltiger Nachlassgegenstände, wie insbesondere Briefmarken, Kraftfahrzeuge, Kunstwerke, antikes Mobiliar, Münzen und Schmuck, fehlen wird, sollte das Nachlassgericht ihn bereits anlässlich der Verpflichtung allgemein und ggfs. nach Kontrolle des Erstverzeichnisses konkret zur Einholung einer fachbezogenen Schätzung anhalten.

Nach Eingang des Erstberichts über das Vermögen ist zu prüfen, ob nach § 3 Abs. 1 1. VV LFGG BW wegen der Höhe des verwalteten Vermögens die Voraussetzungen einer wertbezogenen Verpflichtung zur Aktenvorlage an den Landgerichtspräsidenten erfüllt sind (vgl. dazu ausführlich unten Ziff. VI 3).

Nach Prüfung des Erstberichts und Erledigung eventueller Beanstandungen sollte der Nachlasspfleger unverzüglich nochmals an die bei Anordnung der Nachlasspflegschaft erfolgte Bestimmung des jeweiligen Rechnungsjahres und die unaufgeforderte Rechnungslegung jeweils spätestens vier Wochen nach Ablauf des jeweiligen Rechnungsjahres unter nochmaliger Benennung des jeweiligen Datums erinnert werden.

4. Folgeverzeichnisse

Bei Eingang der weiteren Vermögensverzeichnisse empfiehlt sich ebenfalls die Verwendung standardisierter Vermerke zur Gewährleistung eines vollständigen lückenlosen Prüfungsablaufs:

Dabei ist durch Abgleichung mit dem jeweils zuletzt vorgelegten Vermögensverzeichnis und Durchsicht der Nachlassakte zu prüfen, ob zB aufgrund erfolgter Genehmigung erwartete Vermögenszu- bzw. Vermögensabflüsse auch tatsächlich entsprechend realisiert wurden. Verneinendenfalls müssen schnellst möglich die diesbezüglichen Gründe und Ursachen ermittelt, eventuelle Sicherungsmaßnahmen eingeleitet und eventuelle Vorlage- bzw. Mitteilungspflichten gegenüber der Dienstaufsichtsstelle erfüllt werden.

⁹¹ Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, Rz. 438; aA Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 4. Aufl. 2009, Rz. 792: analog § 2001 Abs. 1 BGB der Todestag des Erblassers.

Insbesondere ist der Nachlasspfleger entgegen diesbezüglicher häufiger tatsächlicher Handhabung nicht zu einer Erbaueinandersetzung berechtigt (vgl. dazu unten Ziff. XIV).

Nach § 1915 Abs. 1 Satz 1 iVm § 1840 Abs. 2 bis 4 BGB hat der Nachlasspfleger dem Nachlassgericht jährlich über seine Vermögensverwaltung nach Ablauf des jeweiligen nachlassgerichtlich bestimmten Rechnungsjahrs Rechnung zu legen. Dabei kann das Nachlassgericht im Falle einer Verwaltung von lediglich geringem Umfang nach der Rechnungslegung für das erste Jahr längere Zeitabschnitte von bis zu höchstens drei Jahren festsetzen. Hievon sollte im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen zwecks Reduzierung des erheblichen Zeitaufwands für eine Prüfung der Rechnungslegung Gebrauch gemacht werden.

Gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 iVm § 1841 BGB soll die Rechnungslegung eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Ab- und Zugang des Vermögens Auskunft geben und soweit üblich mit Belegen nachgewiesen werden. Dabei genügt jedoch grundsätzlich ein aus den Büchern gezogener Jahresabschluss, wenn ein in den Nachlass gefallenes Erwerbsgeschäft mit kaufmännischer Buchführung betrieben wird, soweit das Nachlassgericht nicht ausnahmsweise die Vorlegung der Bücher und sonstigen Belege verlangt. Die ausschließliche Vorlage eines weiteren Vermögensverzeichnisses ist insoweit jedoch nicht ausreichend.

Nach diesbezüglicher Prüfung sollte der Nachlasspfleger nochmals an die bei Anordnung der Nachlasspflegschaft erfolgte Bestimmung des jeweiligen Rechnungsjahrs (bzw. des iSv. § 1840 Abs. 4 BGB o.g. ggfs. längeren bis zu dreijährigen Zeitabschnitts) und die unaufgeforderte Rechnungslegung jeweils spätestens vier Wochen nach Ablauf des jeweiligen Rechnungsjahrs (bzw. des iSv. § 1840 Abs. 4 BGB o.g. ggfs. längeren bis zu dreijährigen Zeitabschnitts) unter nochmaliger Benennung des jeweiligen Datums erinnert werden.

Nach Eingang eines Folgeverzeichnisses sollte stets geprüft werden, ob die Nachlasspflegschaft auch zur Vermögensverwaltung tatsächlich noch erforderlich ist oder durch Hinterlegung ersetzt werden kann.

5. Folgen der Missachtung von Amtspflichten durch Nachlasspfleger

Nach § 1915 Abs. 1 S. 1 iVm. § 1837 Abs. 2 u. 3 BGB hat das Nachlassgericht gegen Pflichtwidrigkeiten des Nachlasspflegers durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten, aufgrund zwischenzeitlicher Gesetzesänderung seit 5.7.2012 ggfs. die Eingehung einer Versicherung gegen Schäden am Nachlass aufzugeben bzw. den Nachlasspfleger zur Befolgung seiner Anordnungen durch Festsetzung von Zwangsgeld anzuhalten.

Das in der Praxis am häufigsten auftretende Problem ist die oftmals erst verspätete Vorlage obligatorisch fristgebundener Unterlagen. Dabei sollte hinsichtlich der nachlassgerichtlich angemessenen Reaktion je nach Bedeutung der betroffenen

Dokumente unterschieden werden. Weiter ist wiederum je nach Einzelfall zu differenzieren.

Größte Vorsicht und Aufmerksamkeit ist insbesondere bei der Vorlage des taggenau terminierten Vermögensverzeichnisses samt diesbezüglichen Folgeberichten geboten. Hier sollte im Falle einer Fristüberschreitung stets und sofort nur eine kurze Nachfrist gesetzt werden. Unterbleibt die Vorlage auch nach deren Ablauf, sollte der Nachlasspfleger zu einem kurzfristigen persönlichen Termin beim zuständigen Nachlassrichter bzw. Rechtspfleger förmlich per eingeschriebenen Brief oder Zustellungsurkunde geladen, dort eindringlich über seine diesbezüglichen pünktlich einzuhaltenden Vorlagepflichten unter Benennung einer zweiten kurzen Nachfrist und Fertigung eines entsprechenden Protokolls belehrt werden. Bei Nichteinhaltung auch dieser Nachfrist sollte zeitnah ein Zwangsgeld angedroht und festgesetzt werden (§ 1915 Abs. 1 S. 1 iVm. § 1837 Abs. 3 Satz 1 BGB iVm. § 35 FamFG). Zudem sind nach § 3 Abs. 4 1. VV LFGG BW Nachlasspflegschaftsverfahren, in denen der Nachlasspfleger bzw. Nachlassverwalter entgegen § 1915 Abs. 1 S. 1 iVm. § 1802 BGB das Vermögensverzeichnis für den Nachlass nicht vorlegt, den aufsichtsführenden Präsidenten der Landgerichte zu melden. In der Praxis wird diese Meldepflicht häufig durch – insoweit nicht ausdrücklich vorgeschriebene – Aktenvorlage an die Dienstaufsicht führende Stelle erfüllt. (vgl. dazu unten Ziff. VII 3).

Bei wiederholten Verstößen gegen die Pflicht zur Einhaltung dringender Fristen und Vorlage vollständiger Unterlagen, insbesondere hinsichtlich Erstbericht und Erstverzeichnis sollte das Nachlassgericht insbesondere nach erfolgloser Zwangsgeldfestsetzung ernsthaft und konsequent die Eignung des Nachlasspflegers für das übernommene Amt überprüfen und ggfs. dessen Entlassung nach § 1915 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 1886 BGB vornehmen. Vor einer Entlassung ist rechtliches Gehör zu gewähren. Der die Entlassung des Nachlasspflegers aussprechende Beschluss muss eine Rechtsmittelbelehrung enthalten und ist nach § 41 Abs. 1 FamFG zuzustellen.

V. Kontoinhaberschaft

Nachlassguthaben sollten möglichst auf dem bisherigen, nunmehr jedoch mit einem Sperrvermerk zu sichernden (vgl. dazu oben Ziff. III 7) Konto des Erblassers verbleiben.

Soweit sich dies – wie bspw. bei bestimmten Auslandskonten – nicht bewerkstelligen lässt, muss ein neues inländisches Konto „für die noch unbekanntes Erben“ des Erblassers mit entsprechendem Sperrvermerk eingerichtet werden. Vereinzelt zieren sich inländische Kreditinstitute davor, ein derartiges Konto auf die noch unbekanntes Erben des benannten Erblassers zu eröffnen. Hier sollte zunächst der Nachlasspfleger, hilfsweise der Nachlassrichter klarstellend darauf hinweisen, dass der tatsächliche Erbe ggfs. nach öffentlicher Aufforderung (vgl. dazu unten Ziff. XV/III) noch ermittelt und dem kontoführenden Institut schnellst möglich mitgeteilt wird, wenn alle Ermittlungen fehlschlagen sollten, letztlich zumin-

dest nach §§ 1936, 1964 BGB der Fiskus als Erbe festgestellt wird und daher der Nachlass niemals „erbenlos“ ist.⁹² Da bisherige Erblasserkonten bei Unbekanntsein der Erben nicht aufgelöst werden, gibt es umgekehrt auch keinen Rechtsgrund dafür, ein derartiges Konto nicht erstmals einrichten zu können.

Zudem ist der Nachlasspfleger ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass Nachlassguthaben auf keinen Fall auf eines seiner Anderkonten umgebucht werden darf, sondern vielmehr jeweils mit Sperrvermerk auf einem Konto des Erblassers verbleiben bzw. auf einem namens dessen unbekannter Erben geführten Konto angelegt sein muss.⁹³ Der Nachlasspfleger sollte hierauf anlässlich seiner Bestellung ausdrücklich hingewiesen werden.

VI. Überwachung der Erbenermittlung⁹⁴

1. Fristsetzung

Erfasst der Aufgabenbereich des Nachlasspflegers auch die Erbenermittlung, sollte ihm das Nachlassgericht auch insoweit Fristen für entsprechende Zwischenberichte setzen sowie deren Vorlage samt inhaltlicher Erledigung im o.g. Sinne überwachen und durchsetzen.

2. Berichtsinhalt

Daher hat das Nachlassgericht die jeweiligen Berichte auf den jeweiligen Fortgang der Erbenermittlung zu überprüfen. Zugleich sollte dem Nachlasspfleger die Darlegung weiterer von ihm beabsichtigter konkreter Ermittlungsschritte aufgegeben werden.

3. Ermittlungsgestaltung

Das Nachlassgericht kann seinerseits die Ermittlungen durch Beiziehung anderer Akten, vor allem eventueller Nachlassakten von Erblasserangehörigen bzw. der Betreuungsakte des Erblassers unterstützen. Insbesondere im Falle eines Auslandsbezugs kommt nach vorheriger erfolgloser Ausschöpfung aller erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen, für die eine bloße Anfrage beim Landeseinwohnermeldeamt ohne Recherche bei Standesämtern nicht ausreicht,⁹⁵ ggfs. die Beauftragung eines gewerbsmäßigen Erbenermittlers in Betracht.⁹⁶

92 Im Ergebnis insoweit ebenso *Jochum/Pohl*, Nachlasspflegschaft, 4. Aufl. 2009, Rz. 428.

93 KG OLGZ 1966, 609; OLG Dresden ZEV 2000, 402, 404; *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, Rz. 351.

94 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 6.

95 LG Berlin ZEV 2012, 413 (414).

96 OLG Schleswig FGPrax 2005, 129; OLG Frankfurt FGPrax 2000, 67; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 16.

VII. Aktenführung⁹⁷

1. Liste der Nachlasspflegschaften

Die Nachlassgerichte sollten eine Liste aller laufenden Nachlasspflegschaften führen, in der Erblassernamen, Aktenzeichen, Sterbedatum, Rechnungsjahrdaten, eventuelle Vorlagefristen gegenüber dem die Dienstaufsicht führenden Landgericht und eventuelle sonstige Fristen eingetragen sind.

2. Aktenführung

Bei umfangreicheren Verfahren kann es sich empfehlen, der Akte ein Inhaltsverzeichnis voranzustellen, das insbesondere die Fundstellen für die Anordnung der Nachlasspflegschaft, das Verpflichtungsprotokoll, die beglaubigte Kopie der urschriftlich ausgehändigten Bestallungsurkunde, das Vermögensverzeichnis und die Berichte des Nachlasspflegers ausweist. Bei umfangreicheren Nachlasspflegschaften ist es möglicherweise ratsam, die Vermögensverzeichnisse des Nachlasspflegers nebst Belegen in einen Anlagenband auszulagern und darauf im o.g. Inhaltsverzeichnis der Hauptakte zu verweisen.

3. Aktenvermerke

Über eventuelle unmittelbar oder telefonisch geführte Gespräche betreffend die Nachlasspflegschaft sollte jeweils ein schriftlicher Aktenvermerk gefertigt werden, der die Beteiligten, den Gegenstand und das Ergebnis des Gesprächs wiedergibt, um bspw. bei Dienstaufsichtsbeschwerden oder Amtshaftungsbegehren exakt nachvollziehen zu können, was tatsächlich veranlasst wurde, und einem Vertreter des Sachbearbeiters den Zugang zum aktuellen Sachstand zu ermöglichen.

4. Sonderheft für Verwaltungsvorgänge

Die Nachlasspflegschaft betreffende Verwaltungsvorgänge (bspw. Vorlageberichte nach § 3 Abs. 1 1. VV LFGG BW, Korrespondenz mit der Dienstaufsicht aus Anlass von Nachschauen oder Dienstaufsichtsbeschwerden) sollten nicht in der Hauptakte, sondern in einem hierfür anzulegenden Sonderheft abgelegt werden, in das den Beteiligten keine Akteneinsicht gewährt wird.

VIII. Verhältnis zur Dienstaufsicht

1. Unabhängigkeit des Nachlassrichters⁹⁸

Der Nachlassrichter (Notar bzw. Rechtspfleger) ist in seinen Entscheidungen weisungsunabhängig und ausschließlich dem Gesetz unterstellt. Die Prüfung der Dienstaufsicht (bei allgemeinen Nachschau und Einzelprüfungen größerer

97 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 8.

98 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 7.

Nachlasspflegschaften) reduziert sich daher primär darauf, ob der Nachlassrichter sein Amt ohne vermeidbare Verzögerungen ausübt und seinen Aufsichtspflichten gegenüber dem Nachlasspfleger nachkommt.

2. Regressrisiko⁹⁹

Bei der Bearbeitung der Nachlasspflegschaftsverfahren sollte stets berücksichtigt werden, dass ein vergleichsweise hohes Amtshaftungs- bzw. Regressrisiko besteht: wird ein Erbe durch Amtspflichtverletzung bspw. aufgrund unzureichender Beaufsichtigung des Nachlasspflegers geschädigt, drohen dem Land Amtshaftungs- und dem Nachlassrichter ggfs. Regressforderungen.

3. Dienstaufsichtsrechtliche Vorlagepflichten¹⁰⁰

Durch landesrechtliche Bestimmungen können in diesem überdurchschnittlich haftungsrelevanten Bereich der nachlassgerichtlichen Überwachung von Nachlasspflegschaften samt Nachlassverwaltungen insbesondere Überprüfungen durch und Vorlagepflichten an die jeweilige Dienstaufsichtsbehörde geregelt werden. Nach § 3 Abs. 1 bis 3 1. VV LFGG BW¹⁰¹ ist u.a. vorgesehen, dass Nachlasspflegschafts- bzw. Nachlassverwaltungsverfahren (ebenso wie Verfahren mit vermögensverwaltenden Betreuern, Vormündern, Pflegern und Beiständen) den aufsichtsführenden Landgerichtspräsidenten wie folgt vorzulegen sind:

- gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 1. VV LFGG BW unverzüglich nach Eingang des Vermögensverzeichnisses, wenn das betroffene verwaltete oder mitverwaltete Nachlassbruttovermögen mehr als 400.000 € bzw. bei Zugehörigkeit von beweglichem Vermögen (insbesondere Forderungen) im Wert von über 100.000 € mehr als 200.000 € beträgt, wobei die Ausnahmeregelung, dass Grundstücke – hierzu dürften auch Erbbaurechte an Grundstücken sowie Wohnungs- und Teileigentum gehören – bei der diesbezüglichen Wertberechnung bis zu einem Wert von 300.000,00 € dann nicht zu berücksichtigen sind, „wenn sie selbst genutzt und Einkünfte aus Vermietung oder Verpachtung nicht erzielt werden“, in Nachlasspflegschaftsverfahren iSv. Sicherungs- oder Prozesspflegschaften (vgl. dazu oben Ziff. I 1 Buchst. b bzw. c) wegen dortigen Unbekanntseins der betroffenen Erben anders als in Nachlassverwaltungsverfahren nicht anwendbar sein dürfte,
- gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 2 1. VV LFGG BW unverzüglich nach Bestellung des Nachlasspflegers bzw. Nachlassverwalters, wenn unabhängig vom Nachlasswert (auch bereits im Ruhestand befindliche) Richter, Beamte bzw. Angestellte der Justizverwaltung oder diesen besonders nahestehende Personen Nachlasspfleger bzw. Nachlassverwalter sind.

Nach § 3 Abs. 4 1. VV LFGG BW sind Nachlasspflegschaftsverfahren, in denen der Nachlasspfleger bzw. Nachlassverwalter entgegen §§ 1915, 1802 BGB das Vermögensverzeichnis für den Nachlass nicht vorlegt, den aufsichtsführenden Präsidenten der Landgerichte unverzüglich zu melden. In der Praxis wird die Meldepflicht häufig durch – insoweit nicht ausdrücklich vorgeschriebene – Aktenvorlage an die Dienstaufsicht führende Stelle erfüllt.

IX. Besonderheiten bei Testamentsvollstreckung¹⁰²

1. Gesamtproblematik

Bei Testamentsvollstreckung entfällt idR das Fürsorgebedürfnis für eine Nachlasspflegschaft, da der Testamentsvollstrecker hinsichtlich der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände gemäß § 2211 Abs. 1 BGB den Erben und damit auch einen Nachlasspfleger von der Verfügungsmacht ausschließt.

2. Unbekannter Testamentsvollstrecker

Problematisch ist dabei insbesondere die Zeitspanne während eines Unbekanntseins des Testamentsvollstreckers. Ein Testamentsvollstrecker ist insbesondere dann unbekannt, wenn er im Falle des § 2198 BGB noch nicht durch den dafür seitens des Erblassers vorgesehenen Dritten bestimmt bzw. im Falle des § 2200 BGB noch nicht durch das seitens des Erblassers ersuchte Nachlassgericht ernannt wurde, sein Amt nach § 2202 BGB noch nicht angenommen hat oder – soweit von einer Ersatztestamentsvollstreckungsanordnung auszugehen sein sollte – nach Amtsende des zunächst amtierenden Testamentsvollstreckers insbesondere durch Tod, Kündigung oder Entlassung iSd. §§ 2225, 2226 und 2227 BGB die Amtsnachfolge noch aussteht. Entsprechendes dürfte bei konkreten noch nachlassgerichtlich durch Beweisaufnahme zu überprüfenden Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers gelten.¹⁰³

Die Verfügungsbeschränkung der Erben aus § 2211 Abs. 1 BGB tritt unabhängig von der Annahme bzw. dem Beginn des Testamentsvollstreckeramtes iSd § 2202 Abs. 1 BGB sofort mit dem Erbfall ein.¹⁰⁴ Es entsteht daher ein Schutzvakuum. Soweit nicht kurzfristig bspw. durch Fristablauf nach § 2202 Abs. 3 BGB eine Lösung erreicht werden kann, dürfte ein nachlassgerichtlicher Sicherungsbedarf eintreten.

Auch in derartigen Fällen unbekannter Testamentsvollstrecker kann wegen der Vergleichbar- und Ähnlichkeit mit dem Unbekanntsein von Erben durch das sachnäher befassete Nachlassgericht analog § 1960 BGB eine Nachlasssicherungspflegschaft angeordnet werden¹⁰⁵, ohne dass stattdessen nach § 1913 Satz 1 BGB auf eine dann in die insoweit

99 *Filthuth*, Handreichung 2009, S. 7 f.

100 *Fröhler*, BWNNotZ 2011, 2 (4).

101 Erste Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 14.12.2011, Die Justiz 2012, 17.

102 *Fröhler*, BWNNotZ 2011, 2 (5 f.).

103 OLG Düsseldorf FGPrax 2012, 260 f.

104 BGH BGHZ 25, 275 (282).

105 *Staudinger/Marotzke*, 2008, § 1960 BGB Rz. 25; *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, Kap. 1 Rz. 15; *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 16. Aufl. 2001, Rz. 111a.

unpassende sachliche Zuständigkeit des Betreuungsgerichts fallende Pflegschaft zurückgegriffen werden muss¹⁰⁶. Da der Nachlasspfleger wegen Unbekanntseins des Testamentsvollstreckers – und nicht der Erben – bestellt wird, erfasst ihn die sofort mit dem Erbfall eintretende Verfügungsbeschränkung der Erben aus § 2211 Abs. 1 BGB nicht.¹⁰⁷

3. Erbrechtsstreit: Erbprätendent entweder als Alleinerbe oder als Testamentsvollstrecker

Wenn ein Erbprätendent bei Vorhandensein mehrerer sich widersprechender Testamente entweder Alleinerbe oder Testamentsvollstrecker ist, stellt sich die Frage, ob gleichwohl ein Fürsorgebedürfnis zur Anordnung einer Nachlasspflegschaft besteht. Einerseits wäre dieser Erbprätendent unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits nach beiden Varianten vertretungsberechtigt. Andererseits unterliegt ein Testamentsvollstrecker anders als ein Alleinerbe Vertretungsbeschränkungen, indem er insbesondere grundsätzlich nach § 2205 Satz 2 BGB zu keiner unentgeltlichen Verfügung berechtigt ist, soweit der Erblasser keine Befreiung erteilt hat, keine Insichgeschäfte iSd. § 181 BGB vornehmen kann und unabdingbar zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist. Zudem kann dem Erbprätendenten bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits kein nach außen ggf. erforderliches legitimierendes Zeugnis erteilt werden, das seine Verfügungsberechtigung ausweist.

Zur Verdeutlichung der Problematik mag das folgende Fallbeispiel dienen: Die Eheleute M und F setzen sich durch gemeinschaftliches Testament gegenseitig zu Alleinerben sowie A, B und C zu gleichen Teilen als Schlusserben und C im Schlusserbfall zugleich als Testamentsvollstrecker ein. M stirbt zuerst. Anschließend setzt F den C testamentarisch zum Alleinerben ein. Nach dem Tod der F streiten A, B und C über die Wechselbezüglichkeit der Alleinerbeneinsetzung zugunsten der F und der Schlusserbeneinsetzung von A und B aus dem gemeinschaftlichen Testament¹⁰⁸ bzw. die Wirksamkeit des Einzeltestaments der F. A und B beantragen die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wonach A, B und C zu gleichen Teilen Erben der F geworden seien und Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Diesem Antrag tritt C entgegen. Da er das Einzeltestament der F für wirksam und damit das gemeinschaftliche Testament insoweit für widerrufen hält, nimmt er das Amt des Testamentsvollstreckers derzeit nicht an.

C kann jedoch nur dann nach beiden Varianten – wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite – verfügungsberechtigt sein, wenn er nicht lediglich die Alleinerbschaft, sondern auch zugleich das Amt des Testamentsvollstreckers annimmt. Letzteres könnte er trotz grundsätzlicher Bedingungsfeindlichkeit der Amtsannahme nach § 2202 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz

2 BGB insoweit tun, als er die Annahme ausschließlich für den Fall erklärt, dass das Einzeltestament der F unwirksam und damit das gemeinschaftliche, seine Testamentsvollstreckerernennung enthaltende Testament der Eheleute M und F nicht widerrufen worden sein sollte. Denn § 2202 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB verbietet lediglich rechtsgeschäftliche Bedingungen, nicht jedoch derartige Rechtsbedingungen, die ausschließlich die gesetzlichen Voraussetzungen der Testamentsvollstreckerernennung betreffen.¹⁰⁹

Wenn C im o.g. Beispielsfall das Testamentsvollstreckeramt unter der o.g. unschädlichen Rechtsbedingung annimmt, besteht so lange kein Bedürfnis für eine Nachlasspflegschaft, als kein wichtiger Entlassungsgrund iSd. § 2227 BGB vorliegt und keine förmliche Legitimation nach außen durch Testamentsvollstreckerzeugnis oder Alleinerbschein zwingend ist, sondern tatsächliches Verwaltungshandeln ausreicht.

X. Besonderheiten bei trans- bzw. post-mortaler Vollmacht¹¹⁰

Hat der Erblasser über seinen Tod hinaus oder erst für die Zeit ab seinem Tod Vollmacht erteilt, kann, soweit die Vollmacht reicht und nicht widerrufen ist, das für eine Nachlasssicherungspflegschaft erforderliche Fürsorgebedürfnis ausgeschlossen sein. Ein Fürsorgebedürfnis fehlt, wenn der Nachlass durch eine vertrauenswürdige und dazu befähigte Person, bei der es sich auch um einen Erbprätendenten bzw. Bevollmächtigten handeln kann, verwaltet wird, ohne dass konkrete, nachprüfbare Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Nachlasses bestehen.¹¹¹ Dabei kann je nach Lage des Einzelfalls eine derartige Vollmacht selbst dann fortgelten, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet wurde.¹¹² Sie erlischt jedoch durch Konfusion, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser alleine beerbt.¹¹³

Problematisch erscheint jedoch der Umstand, dass in der Rechtsprechung teilweise, soweit ersichtlich, beginnend mit einem Urteil des Kammergerichts vom 3.8.1999, in derartigen Konstellationen darüber hinaus gehend für eine Entbehrlichkeit einer Nachlasssicherungspflegschaft vorausgesetzt wird, dass missbräuchliche Verfügungen desjenigen, der mit oder ohne Vollmacht verwaltet, vor Erbscheinerteilung ausgeschlossen sind.¹¹⁴ Wäre dies wörtlich zu verstehen, dann müsste bei Vorliegen einer Vollmacht stets ein Sicherheitsbedürfnis bejaht werden, da Vollmachten wesentypisch die abstrakte Gefahr ihrer missbräuchlichen Verwendung durch den Bevollmächtigten in sich tragen und damit missbräuchliche Verfügungen niemals ausgeschlossen werden können. Eine derartige Prämisse würde die durch die eingangs zitierte Rechtsprechung¹¹⁵ propagierte Notwendigkeit konkreter,

¹⁰⁶ So aber *Damrau*, in Festschrift für Lange, 1992, S. 797 (801), *Damrau*, ZEV 1996, 81 (83); *Zimmermann*, Die Nachlassverwaltung, 2. Aufl. 2009, Rz. 37.

¹⁰⁷ Staudinger/*Marotzke*, 2008, § 1960 BGB Rz. 25; aA *Zimmermann*, Die Nachlassverwaltung, 2. Aufl. 2009, Rz. 37.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Wurm/Wagner/Zartmann/*Fröhler*, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 86 Rz. 9 unter Hinweis insbes. auf BGH NJW-RR 1987, 1410 und OLG München MittBayNot 2008, 229 (230).

¹⁰⁹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher Bedingung und Rechtsbedingung Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl. 2014, vor § 158 BGB Rz. 5; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, vor § 1947 BGB Rz. 1.

¹¹⁰ *Fröhler*, BWNtZ 2011, 2 (6 f.).

¹¹¹ OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 90; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 583.

¹¹² OLG München FGPrax 2012, 14 f.

¹¹³ OLG Hamm BWNtZ 2013, 91 ff.

¹¹⁴ KG ZEV 1999, 395; OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 585 (587).

¹¹⁵ OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 90; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 583.

nachprüfbarer Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Nachlasses durch generell abstrakte Grundannahmen ersetzen.

Das o.g. Kammergerichtsurteil vom 3.8.1999 betrifft jedoch eine Sonderkonstellation, in der bereits Nachlasssicherungspflegschaft angeordnet war und der Sicherungspfleger nunmehr im Rahmen einer Einzelmaßnahme auf Herausgabe eines Nachlassgrundstücks klagte. Das Kammergericht führt dazu – ohne Überprüfung der eigentlichen Pflegschaftsanordnung – zunächst aus, dass ein ansonsten aufgrund Gefährdung des Nachlassbestandes bestehendes Sicherungsbedürfnis bei Ausübung der bereits angeordneten Pflegschaft iSd. § 1960 BGB fehlt, „wenn dringliche Nachlassangelegenheiten bereits von einer bevollmächtigten handlungsfähigen Person erledigt werden und mißbräuchliche Verfügungen vor Erbscheinserteilung ausgeschlossen sind“, relativiert diese Prämisse jedoch sogleich wieder durch die Feststellung, dass kein Anlass zu Zweifeln an der ordnungsgemäßen Verwaltung durch den Bevollmächtigten bestehe.¹¹⁶ Das Kammergericht hatte in einem früheren Beschluss vom 13.11.1970 anlässlich der Überprüfung einer unterbliebenen Sicherungspflegschaftsanordnung die Notwendigkeit einer derartigen Anordnung alleine damit begründet, dass der verwaltende Miterbe keine erforderliche Alleinverfügungsbefugnis für das betroffene Sparguthaben hatte und der Nachlasspfleger zudem überwiegende Erbenermittlungsaufgaben wahrnehmen sollte, ohne die Notwendigkeit eines allgemeinen Ausschlusses mißbräuchlicher Verfügungen zu propagieren.¹¹⁷

Das OLG Karlsruhe wiederholt in einem Beschluss vom 02.05.2003 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese beiden – jedoch andersartige Sachverhalte betreffenden – Kammergerichtsentscheidungen zunächst, dass das für eine Nachlasspflegschaftsanordnung erforderliche Sicherungsbedürfnis iSd. § 1960 BGB bei einem Ausschluss missbräuchlicher Verfügungen eines handlungsfähigen Bevollmächtigten fehlen kann, bejaht im dort entschiedenen Fall zwar wegen konkreter Anhaltspunkte für Vermögensstraftaten der Generalbevollmächtigten zulasten des vollmachtgebenden Erblassers ein Sicherungsbedürfnis, stellt jedoch ausdrücklich klar, dass ein derartiges Sicherungsbedürfnis dann hätte entfallen können, wenn die Generalbevollmächtigte die in Rede stehenden Vermögensdispositionen zu Lebzeiten des Erblassers mit dessen Billigung ausgeführt und sich daher nicht konkret als unzuverlässig gezeigt hätte.¹¹⁸ Hieraus folgt zugleich, dass das OLG Karlsruhe trotz des o.g. missverständlichen Zitates ein Sicherungsbedürfnis nicht bereits aus der generell-abstrakten Missbrauchsgefahr von Vollmachten und insbesondere Generalvollmachten ableitet, sondern letztlich an den konkreten einzelfallbezogenen Gegebenheiten misst.¹¹⁹

Wird in derartigen Fällen ein Fürsorgebedürfnis bejaht und erscheint eine bloße Überwachung des Bevollmächtigten¹²⁰

dabei nicht als ausreichend, hat der Nachlasspfleger die trans- bzw. postmortale Vollmacht unverzüglich zu widerrufen¹²¹ und die legitimierenden Urschriften bzw. Ausfertigungen schnellst möglich, ggfs. auf gerichtlichem Wege mittels einstweiliger Verfügung einzuziehen. Dies gilt im Falle bloßer auf einen einzelnen Erbteil beschränkter Teilnachlasspflegschaft (vgl. dazu unten Ziff. XI) jedoch lediglich für denjenigen Erbteil, auf den sich die Bestellung bezieht.

Ein derart Bevollmächtigter ist, wenn es sich nicht zugleich um einen bekannten Erben, dessen Erbteil zu unrecht von der Nachlasspflegschaft erfasst wird, oder Erbprätendenten handelt oder dieser nicht von derartigen beschwerdebefugten Personen zur Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt wird, alleine aufgrund der aus der Vollmacht resultierenden Vertretungsmacht mangels Beeinträchtigung eigener subjektiver Rechte gegen den Anordnungsbeschluss für eine Nachlasspflegschaft nicht beschwerdebefugt.¹²²

XI. Pflicht zur Beschränkung auf Erbteile unbekannter Erben¹²³

Besteht die Ungewissheit, wer Erbe geworden ist, nur hinsichtlich einzelner Erbteile, darf die Nachlasspflegschaft mangels weitergehenden Fürsorgebedürfnisses (Sicherungspflegschaft) bzw. Rechtsschutzinteresse (Prozesspflegschaft) nur für die Summe der auf die unbekannteren Erben entfallenden Erbteile angeordnet werden¹²⁴ – im o.g. Beispielsfall Ziff. IX 3 auf die von A und B beanspruchten Erbteile von insgesamt 2/3. Eine Ausdehnung auf die Erbteile bekannter Erben ist nur für Maßnahmen zulässig, die ausschließlich einheitlich für den gesamten Nachlass getroffen werden können, bspw. die nicht an einem ideellen Anteil realisierbare unmittelbare körperliche Ergreifung eines Gegenstandes, nicht jedoch zB bei der Entgegennahme von Mietzahlungen für ein zum Nachlass gehörendes Hausgrundstück.¹²⁵ Die Beschränkung auf die Erbteile unbekannter Erben gilt jedoch ausschließlich für Sicherungs- und Prozesspflegschaften, während eine Nachlassverwaltung auch bei Vorhandensein mehrerer Erben stets für den gesamten Nachlass und nicht lediglich einzelne Erbteile angeordnet werden muss.¹²⁶

Werden einzelne Miterben erst im Laufe des Verfahrens bekannt, erlischt an deren Erbteilen trotz des diesbezüglichen Wegfalls des Tatbestandsmerkmals des Unbekanntseins des Erben eine zunächst zurecht am gesamten Nachlass angeordnete Nachlasspflegschaft nicht von selbst. In derartigen Fällen muss vielmehr eine bereits angeordnete Nachlasspflegschaft unter Hinnahme der damit verbundenen Verwaltungerschwerung – entgegen manch abweichender tatsächlicher Handhabung in der Praxis – von Amts wegen an

116 KG ZEV 1999, 395.

117 KG OLGZ 1971, 210 (215).

118 OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 585 (587).

119 So auch derselbe Senat in der aktuelleren Entscheidung OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 90 ohne die missverständliche Prämisse des Ausschlusses missbräuchlicher Verfügungen; ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 583.

120 Vgl. dazu OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 585 (587); Everts, NJW 2010, 2318 (2320).

121 Zur diesbezüglichen Widerrufsberechtigung des Nachlasspflegers *DNotl-Gutachten*, DNotl-Report 2013, 84 f.

122 OLG München, NJW 2010, 2364; BayObLG, FamRZ 2001, 453 (454); Prütting/Helms/Abramenko, 3. Aufl. 2014, § 59 FamFG Rz. 2.

123 Fröhler, BWNtZ 2011, 2 (7).

124 Zimmermann, FGPrax 2004, 198 f.

125 OLG Köln NJW-RR 1989, 454.

126 Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch 16. Aufl. 2011, Kap. 94 Rz. 20.

den betroffenen Erbteilen der nunmehr bekannt gewordenen Miterben aufgehoben werden, so dass im Übrigen eine Teilnachlasspflegschaft an den Erbteilen der noch unbekanntem Erben verbleibt.¹²⁷ Der Teilnachlasspfleger kann sich durch die bekannten Erben, deren Erbteile der Nachlasspflegschaft nach deren Teilaufhebung nicht mehr unterliegen, zwecks weiterer Abwicklung bevollmächtigen lassen, wobei auch dann die zwingenden Grenzen der Inanspruchnahme nach § 181 BGB zu beachten sind.¹²⁸

Diejenigen Erben, für deren Erbteil keine Nachlasspflegschaft angeordnet wurde, sind hinsichtlich der von einer angeordneten Teilnachlasspflegschaft erfassten Erbteile nicht beschwerdeberechtigt.¹²⁹

XII. Besonderheiten der Nachlasspflegschaft iSd. § 344 Abs. 4 FamFG¹³⁰

Nach § 344 Abs. 4 FamFG ist neben dem gemäß § 343 FamFG örtlich zuständigen Nachlassgericht jedes Amtsgericht zur Nachlasssicherung örtlich zuständig, in dessen Bezirk ein Bedürfnis für die Sicherung besteht, und dann zu allen in diesem Bezirk erforderlichen Sicherungsmaßnahmen verpflichtet, ohne an das allgemein zuständige Nachlassgericht verweisen zu dürfen.

Die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 4 FamFG erfasst jedoch regelmäßig nicht die Anordnung einer primär dem Gläubigerinteresse dienenden Prozesspflegschaft iSd. § 1961 BGB, wobei jeweils eine Einzelfallprüfung geboten ist.¹³¹

Da das Gericht am Ort des Sicherungsbedürfnisses vorbehaltlich abweichender Maßnahmen des Nachlassgerichts tätig wird,¹³² darf das allgemein zuständige Nachlassgericht von sich aus eingreifen und eingeleitete Sicherungsmaßnahmen abändern. Um die jeweilige Vorgehensweise zu koordinieren, sieht § 356 Abs. 2 FamFG eine Verpflichtung des nach § 344 Abs. 4 FamFG zuständigen Fürsorgegerichts zur Unterrichtung des nach § 343 FamFG allgemein zuständigen Nachlassgerichts vor.

Angesichts der ortsbezogenen Begrenztheit der Zuständigkeit nach § 344 Abs. 4 FamFG muss der räumliche Wirkungskreis eines nach § 1960 Abs. 2 BGB bestellten Nachlasspflegers auf den betroffenen Gerichtsbezirk beschränkt werden. Dies ist in der Bestallung zu vermerken.

¹²⁷ MünchKomm/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1960 BGB Rz. 89; Zimmermann, FGPrax 2004, 198 (200).

¹²⁸ Dazu Fröhler, BWNtZ 2006, 97 ff.

¹²⁹ KG JFG 12, 143 (dort entschieden für Pflegschaft nach § 1913 BGB).

¹³⁰ Fröhler, BWNtZ 2011, 2 (7).

¹³¹ Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 344 FamFG Rz. 44; OLG Frankfurt Rpfleger 1994, 67: keine Zuständigkeit, wenn mit dem Nachlasspfleger lediglich über eine Dienstbarkeitsbestellung verhandelt werden soll; ohne Einzelfallprüfung stets verneinend OLG Hamm FGPrax 2008, 161; ohne Einzelfallprüfung stets bejahend, da auch die Prozesspflegschaft immer ausschließlich die Belange der Erben wahre und daher den Nachlass sichere, OLG Düsseldorf, JMBI NRW 1954, 83; MünchKomm.BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1961 BGB Rz. 2).

¹³² Jansen/Müller-Lukoschek, 3. Aufl. 2006, § 74 FGG Rz. 3.

Werden mehrere nach § 344 Abs. 4 FamFG örtlich zuständige Gerichte in derselben Sache dergestalt tätig, dass ihre Sicherungsmaßnahmen nicht miteinander vereinbar sind, ist nach § 2 Abs. 1 FamFG das Gericht zuständig, das zuerst insoweit mit der Sache befasst gewesen ist.

XIII. Befriedigung von Nachlassgläubigern¹³³

Grundsätzlich ist es – im Gegensatz zu einer Nachlassverwaltung – nicht Aufgabe eines Nachlasspflegers, Nachlassgläubiger zu befriedigen und dazu Nachlassgegenstände zu veräußern. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung bzw. Erhaltung des Nachlasses oder zur Schadensverhütung geboten ist,¹³⁴ insbesondere der Erlös zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird bzw. eine Vermietung/Verpachtung weder sinnvoll, noch möglich, noch wirtschaftlich ist.¹³⁵ Dabei kann das Interesse der unbekanntem Erben an der Vermeidung von Kosten und Risiken einschließlich geringerer Erlöserzielung bei drohender Zwangsversteigerung dem ausdrücklich geäußerten Erblasserwunsch auf Erhaltung des betroffenen Grundbesitzes vorgehen und einen Grundstücksverkauf durch den Nachlasspfleger gebieten.¹³⁶

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für Grundbesitzverkäufe nach den §§ 1915 Abs. 1, 1821 Nr. 1 und 4 BGB muss das Nachlassgericht zur Vermeidung etwaiger Nachteile für die unbekanntem Erben insbesondere durch Sachverständigengutachten den Wert des Kaufobjektes ermitteln. Kann kein Kaufpreis erzielt werden, der den festgestellten Wert erreicht, ist unbedingt ein Ergänzungsgutachten einzuholen, das die Marktlage genauer berücksichtigt. Bei Genehmigungserteilung zu einer Veräußerung unter dem im Gutachten festgestellten Wert droht neben zivilrechtlicher Amtshaftung eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Untreue nach § 266 StGB.¹³⁷

Soweit zur Schadensverhütung geboten kann der Nachlasspfleger ggf. auch zur Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen gehalten sein. Dafür spricht zum einen der Umkehrschluss aus dem ausdrücklichen Passivprozessausschluss für Pflichtteilsforderungen gegenüber dem Testamentsvollstrecker nach § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB und zum anderen die Regelung nach § 1960 Abs. 3 BGB, wonach der in § 1958 BGB enthaltene Ausschluss der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlass auf den Nachlasspfleger keine Anwendung findet.¹³⁸

¹³³ Fröhler, BWNtZ 2011, 2 (7 f.).

¹³⁴ OLG Köln ZEV 1997, 210 (212).

¹³⁵ OLG München, Beschl. vom 10.4.2014, 31 Wx 18/14 n.v.; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 517.

¹³⁶ OLG München FGPrax 2010, 74.

¹³⁷ BGH Rpfleger 1988, 242.

¹³⁸ Vgl. zur Gesamtsystematik Haas, ZEV 2009, 270.

XIV. Erbaueinandersetzung¹³⁹

Besteht die Nachlasspflegschaft am gesamten Nachlass (Gesamtnachlasspflegschaft), ist der Nachlasspfleger zur Erbaueinandersetzung nicht berechtigt¹⁴⁰ und kann er für eine von ihm ausgearbeitete Auseinandersetzung im Rahmen der Nachlasspflegervergütung auch keine Anwaltskosten als Aufwendersersatz verlangen.¹⁴¹ Im Gegensatz dazu kann eine Mitwirkung des Nachlasspflegers bei Bestehen einer bloßen Teilnachlasspflegschaft an denjenigen Erbteilen, deren Erben anders als andere Miterben der Erbengemeinschaft noch nicht bekannt sind, zulässig sein, wenn die durch den Teilnachlasspfleger vertretenen unbekanntem Miterben auch weiterhin gesamthänderisch in Erbengemeinschaft verbunden bleiben.¹⁴² In derartigen Fällen ist jedoch das Erfordernis einer nachlassgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1915, 1822 Nr. 2 BGB zu beachten.

Zum Zweck einer Mitwirkung an einer derartigen Erbaueinandersetzung für einzelne unbekanntem Miterben bei Bekanntsein der übrigen Miterben ist eine Prozessteilnachlasspflegschaft unzulässig, da eine analoge Anwendung des § 1961 BGB mangels Betroffenheit von Nachlassgläubigern ausscheidet.¹⁴³ In Ausnahmefällen kann dann jedoch eine Sicherungsteilnachlasspflegschaft nach § 1960 BGB auch mit dem Hauptzweck der Erbenermittlung zur Herstellung der sichernden Verbindung zwischen Erben und Nachlass in Betracht kommen.¹⁴⁴

XV. Genehmigungsverfahren¹⁴⁵

Der Nachlasspfleger ist innerhalb seines durch das Nachlassgericht vorgegebenen Wirkungskreises als gesetzlicher Vertreter der Erben vollumfänglich vertretungsberechtigt, soweit nicht gesetzliche Inanspruchnahmebeschränkungen iSd. § 181 BGB, von denen auch ein Gericht nicht wirksam befreien kann¹⁴⁶, bzw. nachlassgerichtliche Genehmigungserfordernisse, insbesondere nach den §§ 1915, 1812, 1821, 1822 BGB, bestehen. Hierzu gehört neben Verfügungen über Grundbesitz u.a. auch die Kündigung eines zum Nachlass gehörenden Kontos und die Übertragung des Kontoerlöses auf ein anderes Nachlasskonto.¹⁴⁷ In der Praxis ist insbesondere die Genehmigungsfreiheit von Auszahlungen in Höhe von 3.000,00 € nach § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB und seit dem 1.9.2009 von einem Giro- oder Kontokorrentkonto in unbegrenzter Höhe nach § 1813 Abs. 1 Nr. 3 BGB von großer Bedeutung, kraft derer auch eine direkte Überweisung an Gläubiger zulässig ist.¹⁴⁸

Ergibt sich daraus ein Genehmigungserfordernis, darf das Nachlassgericht eine beantragte Genehmigung jedoch nicht

erteilen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Nachlasspflegschaft, deren (Fort-) Bestehen nunmehr von Amts wegen erneut zu überprüfen ist, nicht (mehr) erfüllt sind,¹⁴⁹ bspw. einzelne Miterben ermittelt wurden und daher nicht mehr iSd. § 1960 BGB unbekannt sind (vgl. dazu oben Ziff. XI).

Den tatsächlich unbekanntem Erben ist bereits vor Genehmigungserteilung nach §§ 340, 276 FamFG ein Verfahrenspfleger zu bestellen, da das zwingend zu gewährende rechtliche Gehör grundsätzlich nicht durch den Nachlasspfleger als denjenigen vermittelt werden kann, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll.¹⁵⁰ Teilweise wird vertreten, das Erfordernis einer Verfahrenspflegerbestellung für unbekanntem Erben bereits vor Genehmigungserteilung auf Geschäfte von wesentlicher Bedeutung¹⁵¹ bzw. auf Geschäfte zu reduzieren, die die später ermittelten Erben vor vollendete Tatsachen stellen¹⁵², wobei ein Verfahrenspfleger jedenfalls zur Herbeiführung der Rechtskraft der Genehmigung durch Bekanntgabe iSd. § 41 Abs. 3 FamFG bzw. Rechtsmittelverzicht benötigt wird.

Ähnlich der Neuregelung im streitigen Erbscheinsverfahren nach § 352 Abs. 2 FamFG ist auch in Verfahren auf Erteilung nachlassgerichtlicher Genehmigungen die bisher bereits verfassungsrechtlich gebotene Vorbescheids¹⁵³ durch eine Suspensivlösung ersetzt worden. Dabei wird die gerichtliche Genehmigung entgegen der früheren Rechtslage unter Geltung des FGG noch nicht mit ihrer Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter, sondern gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG erst mit Rechtskraft wirksam, die nach § 45 FamFG durch Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt, die wiederum gegenüber den tatsächlich unbekanntem Erben, denen der Genehmigungsbeschluss nach § 40 Abs. 3 FamFG bekannt zu geben ist, nur dann zu laufen beginnt, wenn diese zumindest durch einen Verfahrenspfleger iSd. §§ 340, 276 FamFG ihrerseits gesetzlich vertreten sind. Die Beschwerdefrist beträgt nach § 63 Abs. 2 Nr. 2 iVm Abs. 3 Satz 1 FamFG bezüglich der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts jeweils zwei Wochen ab schriftlicher Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an den jeweiligen Beteiligten. Nach überwiegender Ansicht ist der Verfahrenspfleger, obschon er kein gesetzlicher Vertreter der unbekanntem Erben ist, zur Entgegennahme des bekanntzugebenden Genehmigungsbeschlusses iSd. § 41 Abs. 3 FamFG und zur Erklärung eines Rechtsmittelverzichts vertretungsberechtigt.¹⁵⁴ Bis zu einer endgültigen höchstrichterlichen oder gesetzlichen Klärung dieser Problematik kann als zusätzliche Absicherung ein Ergänzungsnachlasspfleger gemäß §§ 1909, 1960 BGB zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses und zur Erklärungen eines Rechtsmittelverzichts bestellt werden.¹⁵⁵

139 Fröhler, BWNotZ 2011, 2 (8).

140 OLG Dresden ZEV 2000, 402 (405).

141 OLG Düsseldorf FGPrax 2012, 117.

142 KG OLGZ 1971, 210 (213).

143 KG OLGZ 1971, 210 (211).

144 KG OLGZ 1971, 210 (214).

145 Fröhler, BWNotZ 2011, 2 (8 f.).

146 BGHZ 21, 229 (234); RGZ 71, 162 (164); Fröhler, BWNotZ 2006, 97 (104).

147 OLG Düsseldorf FGPrax 2011, 104.

148 Palandt/Götz, 73. Aufl. 2014, § 1813 BGB Rz. 4.

149 Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 509.

150 BVerfG NJW 2000, 1709 (zur früheren Rechtslage vor Inkrafttreten des FGG-RG); OLG Hamm FGPrax 2011, 84 (Verkauf von zum Nachlass gehörendem Grundbesitz).

151 Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 513.

152 Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft 4. Aufl. 2009, Rz. 565d.

153 BVerfG NJW 2000, 1709.

154 OLG Hamm DNotI-Report 2010, 214; Schaal, notar 2010, 393 (404).

155 Schaal, notar 2010, 393 (405).

Wird für tatsächlich unbekannte Erben versehentlich weder ein Verfahrenspfleger noch ein Ergänzungsnachlasspfleger zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses bestellt, ist fraglich, ob die Rechtsmittelfrist für die tatsächlich unbekannten Erben als „vergessene Beteiligte“ mit Ablauf der Rechtsmittelfrist für den letzten tatsächlich Beteiligten, hier den Nachlasspfleger, wie durch den Gesetzgeber angedeutet¹⁵⁶, nach wohl hM aus Gründen der Rechtssicherheit endet,¹⁵⁷ aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des fairen Verfahrens¹⁵⁸ gar nicht in Lauf gesetzt wird,¹⁵⁹ oder nach § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG fünf Monate und zwei Wochen nach Beschlusserlass endet.¹⁶⁰

Resultiert das Unbekanntsein von Erben alleine aus einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit oder Auslegung einer letztwilligen Verfügung und sind alle Erbprätendenten der Person nach bekannt, wird die Rechtsmittelfrist durch Bekanntgabe an die insofern tatsächlich bekannten Erbprätendenten in Lauf gesetzt, ohne dass es eines Verfahrenspflegers bzw. Ergänzungsnachlasspflegers bedarf. Im Falle einer Nachlassverwaltung sind die Erben bekannt.

Der bekanntgabeunabhängige Fristablauf fünf Monate und zwei Wochen nach Beschlusserlass ist restriktiv zu handhaben und setzt gemäß § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG voraus, dass eine schriftliche Bekanntgabe objekt unmöglich ist.¹⁶¹ Weiter ist zu beachten, dass nach § 75 FamFG – unter den dort genannten Voraussetzungen – alternativ unter Übergehung der Beschwerdeinstanz auf Antrag unmittelbar die Rechtsbeschwerde (Sprungrechtsbeschwerde) zulässig ist, für die nach § 75 Abs. 2 FamFG iVm §§ 566 Abs. 2 Satz 2, 548 ZPO eine einmonatige Antragsfrist gilt. Für die Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses iSd. § 46 Satz 1 FamFG soll selbst hinsichtlich eines Antrages auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde, der im Gegensatz zu der nach § 64 FamFG beim Gericht des ersten Rechtszuges einzulegenden Beschwerde beim Rechtsbeschwerdegericht zu stellen ist, kein Notfristzeugnis erforderlich sein.¹⁶²

Die Frist läuft auch dann nicht, wenn die nach § 39 FamFG vorgeschriebene Rechtsbehelfsbelehrung fehlt oder hinsichtlich des geforderten Mindestinhalts unrichtig ist, wobei nach dem seit 19.5.2013 neu hinzugefügten Satz 2 des § 39 Abs. 1 FamFG¹⁶³ ausdrücklich nicht auf die Möglichkeit der Sprungrechtsbeschwerde hingewiesen werden muss.

Beim Vollzug der nachlassgerichtlichen Genehmigung ist im Rahmen der üblichen notariellen Doppelvollmacht¹⁶⁴ für das Amtsnotariat in Baden-Württemberg insbesondere zu beachten, dass nach § 10 Abs. 5 FamFG ebenso wie seit dem

1.7.2008 bereits nach § 13 Abs. 4 FGG derjenige Amtsnotar, der zugleich an dem Nachlassgericht, das die nachlassgerichtliche Genehmigung erteilt, Nachlassrichterfunktionen wahrnimmt, als Vertreter des Nachlasspflegers bzw. Nachlassverwalters bei der Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses für diesen unabhängig davon ausgeschlossen ist, ob er an der Genehmigungsentscheidung konkret mitgewirkt hat oder nicht.

Das Grundbuchamt ist bei einer Grundbesitzveräußerung durch einen Nachlasspfleger grundsätzlich an die Anordnung der Nachlasspflegschaft gebunden, darf und muss jedoch umgekehrt eine Rechtswidrigkeit der Nachlasspflegschaftsanordnung sehr wohl berücksichtigen, wenn jedermann deren Nichtigkeit ohne weiteres erkennen kann.¹⁶⁵

Nach übergangsrechtlichen Kriterien ist ein nachlassgerichtliches Genehmigungsverfahren ein eigenständiges Verfahren iSd. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG, für das bei seiner Einleitung durch Antragstellung des Nachlasspflegers ab dem 1.9.2009 die Regelungen des FGG-RG auch dann gelten, wenn das Nachlasspflegschaftsverfahren selbst vor dem 1.9.2009 eingeleitet wurde und seinerseits dem alten Recht unterliegt.¹⁶⁶

XVI. Vergütung des Nachlasspflegers¹⁶⁷

Ob und bejahendenfalls in welcher Höhe einem Nachlasspfleger Vergütung zusteht, bestimmt sich gem. § 1915 Abs. 1 BGB grundsätzlich nach den über § 1836 BGB für den Vormund diesbezüglich geltenden Regelungen, soweit dort nichts anderes geregelt ist. Nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm. §§ 1836 Abs. 1 Satz 1, 1835a BGB wird die Nachlasspflegschaft abgesehen von einer eventuellen jährlichen pauschalen Aufwandsentschädigung grundsätzlich unentgeltlich geführt, soweit nicht das Nachlassgericht bei der Bestellung ausdrücklich feststellt, dass der Nachlasspfleger die Nachlasspflegschaft berufsmäßig führt und daher für ihn eine Vergütung aus Nachlassmitteln gem. §§ 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, 1836 Abs. 1 BGB nach Umfang und Schwierigkeit der Geschäfte bzw. den nutzbaren Fachkenntnissen des Nachlasspflegers – nach OLG Stuttgart ist ein durchschnittlicher Netto-Stundensatz von 100 € für einen Dipl.-Rechtspfleger FH bei üblichem Schwierigkeitsgrad nicht zu beanstanden¹⁶⁸ – zzgl. Umsatzsteuer, bzw. bei Mittellosigkeit des Nachlasses nach § 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB iVm. § 3 VBGV festgesetzt wird. Eine nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit ist rückwirkend erst ab der diesbezüglichen Antragstellung, somit nicht bereits ab der ursprünglichen Bestellung möglich, wobei im Falle einer derartigen Umwandlung von einer ehrenamtlichen in eine berufsmäßige Amtsführung zur Person des Bestellten eine neue Auswahlentscheidung getroffen werden muss.¹⁶⁹

¹⁵⁶ BT-Drs. 16/9733, S. 289.

¹⁵⁷ OLG Hamm DNotI-Report 2010, 214; Keidel/Sternal, 17. Aufl. 2011, § 63 FamFG Rz. 45; Bumiller/Harders, 9. Aufl. 2009, § 63 FamFG Rz. 6.

¹⁵⁸ BVerfG NJW 2000, 1709.

¹⁵⁹ Prütting/Helms/Abramenko, 3. Aufl. 2014, § 63 FamFG Rz. 7; Bolkart, MittBayNot 2009, 268 (272).

¹⁶⁰ Litzemberger, RNotZ 2009, 380 (381) bzw. RNotZ 2010, 32 (36).

¹⁶¹ Prütting/Helms/Abramenko, 3. Aufl. 2014, § 63 FamFG Rz. 11.

¹⁶² BGH DNotI-Report 2010, 41 (42).

¹⁶³ BGBl. 2012 I, S. 2418.

¹⁶⁴ Dazu im Allgemeinen und zu den Risiken im Falle des Todes des Nachlasspflegers etc. ausführlich Schaal, notar 2010, 393 (405).

¹⁶⁵ OLG Köln RNotZ 2011, 43 ff.

¹⁶⁶ OLG München FamRZ 2010, 1760.

¹⁶⁷ Fröhler, BWNNotZ 2011, 2 (9).

¹⁶⁸ OLG Stuttgart BWNNotZ 2013, 51 ff. mit Anm. Lauk (AS. 54 ff.), dort (AS. 55 f.) wiederum u.a. Übersicht über die neuere aktuelle bundesweite obergerichtliche Rechtsprechung zur Nachlasspflegervergütung (Bejahung von gestaffelten Nettostundensätzen zwischen 100,00 € und 130,00 €); ähnlich OLG Düsseldorf FGPrax 2013, 69 f. (110,00 €/Stunde).

¹⁶⁹ BGH FamRB 2014, 100 f. (zur Betreuung).

Fehlt hingegen die Feststellung der berufsmäßigen Amtsführung, kann das Nachlassgericht nach §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1836 Abs. 2, 1835a BGB lediglich eine angemessene Vergütung samt jährlicher pauschaler Aufwandsentschädigung bewilligen, soweit Umfang und Schwierigkeit dies rechtfertigen und der Nachlass nicht mittellos ist.

Ist noch keine abschließende Berechnung möglich, können nach §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1836 Abs. 2 BGB iVm. § 3 Abs. 4 VBVG Abschlagszahlungen auf die zu erwartende Vergütung geltend gemacht werden, wobei der Nachlasspfleger die rechtskräftig festgesetzte Vergütung vorbehaltlich vorrangiger Sicherungsrechte anderer Nachlassgläubiger aus dem verwalteten Nachlass entnehmen darf und der Vergütungsanspruch gem. §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1836 Abs. 1 Satz 3 BGB iVm. § 2 VBVG 15 Monate nach seiner Entstehung erlischt,¹⁷⁰ soweit nicht ausnahmsweise nach §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1835 Abs. 1 Buchst. a BGB iVm. § 2 VBVG eine abweichende Frist bestimmt wurde.¹⁷¹ Der Nachlasspfleger hat auch dann einen Anspruch auf Vergütung, wenn die Nachlasspflegschaft zu Unrecht angeordnet bzw. durch das Beschwerdegericht aufgehoben wurde.¹⁷² Der Nachlasspfleger kann mangels Berechtigung zur Erbaueinsetzung¹⁷³ (vgl. dazu oben Ziff. XIV) für eine von ihm ausgearbeitete Auseinandersetzung im Rahmen der Nachlasspflegervergütung keine Anwaltskosten als Aufwandsersatz verlangen.¹⁷⁴

Schuldner der festgesetzten Vergütung ist der Erbe. Bei Mittellosigkeit, die jedoch im Falle einer Deckung der Vergütung durch den Aktivnachlass ohne Abzug von Nachlassverbindlichkeiten trotz eventueller Überschuldung zu verneinen ist,¹⁷⁵ haftet die Staatskasse.

Haften nach § 24 Nr. 2 bzw. Nr. 3 GNotKG für die Kosten einer Nachlasspflegschaft die Erben, sind diese Kosten im Nachlassinsolvenzverfahren gemäß § 324 Nr. 4 InsO Masseschulden.¹⁷⁶

Das Vergütungsfestsetzungsverfahren unterliegt den Regelungen der §§ 342 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 8, 340 Nr. 1, 168 Abs. 5 bzw. Abs. 1 bis 4 FamFG. Die von der Vergütungsfestsetzung betroffenen bekannten Erben bzw. ein Ergänzungspfleger für unbekannte Erben sind vor der Festsetzung zu hören.¹⁷⁷

170 KG FGPrax 2011, 235; OLG Zweibrücken Rpfleger 2007, 471; Bestelmeyer Rpfleger 2010, 635 (648); Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 22.

171 OLG Schleswig FGPrax 2006, 119; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 22.

172 OLG Hamm FamRZ 2010, 1110; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 22.

173 OLG Dresden ZEV 2000, 402 (405).

174 OLG Düsseldorf FGPrax 2012, 117.

175 OLG München Rpfleger 2006, 405; OLG Düsseldorf FGPrax 2013, 69 f.; *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 743.

176 Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 22.

177 LG Berlin FamRZ 2008, 1481 f.; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 25.

XVII. Besonderheiten bei Mietverhältnis des Erblassers¹⁷⁸

In der nachlassgerichtlichen Praxis sind häufig Konstellationen problematisch, in denen der Erblasser Mieter einer nun im Interesse des Vermieters zu räumenden Wohnung war. Zur Verdeutlichung mag der folgende Beispielfall dienen: Der Vermieter der vom Erblasser bis zu seinem Tod mietweise genutzten Wohnung spricht beim Nachlassgericht vor und drängt unter Androhung von Schadensersatzforderungen auf rasche Hilfe. Das Mietverhältnis ist noch nicht abgewickelt. Es bestehen Mietrückstände. Die Wohnung ist stark verschmutzt und noch nicht geräumt. Die Vermögensverhältnisse des Erblassers sind nicht überschaubar. Ein Testament ist nicht vorhanden. Die nächsten Angehörigen haben die Erbschaft ausgeschlagen. Für die nachfolgenden gesetzlichen Erben läuft noch die Ausschlagungsfrist.

Denkbar ist auf (ggf. anzuregenden) Antrag die Anordnung einer Prozesspflegschaft nach § 1961 BGB, bei der an die Stelle des Fürsorgebedürfnisses iSd § 1960 Abs. 2 BGB ein Rechtsschutzbedürfnis zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlass tritt (vgl. dazu oben Ziff. I 1 Buchst. c). Die Anordnung nach § 1961 BGB darf nicht von einem Kostenvorschuss abhängig gemacht werden, da für die Kosten nach § 24 Nr. 3 GNotKG die Erben haften.¹⁷⁹

Dabei dürfte regelmäßig eine Begrenzung des Wirkungskreises auf die Entgegennahme der durch den Vermieter auszusprechenden Kündigung nicht ausreichen, sondern müssen insoweit zusätzlich alle zur endgültigen Beendigung des Mietverhältnisses samt Abwicklung der Räumung erforderlichen Tätigkeiten erfasst werden, je nach Einzelfall ggfs. auch zur Beantragung der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens bzw. ersatzweise zur Erhebung der Dürftigkeitseinrede nach §§ 1990, 1991 BGB zwecks Befriedigung des Gläubigers mittels Herausgabe des Nachlasses^{180, 181}. Die Antragsberechtigung folgt dabei insbesondere aus § 546 BGB (Recht auf Rückgabe der Mietsache). Da ansonsten eine Klage gegen unbekannte Erben nicht möglich ist, schadet es nicht, dass der Prozessweg aufgrund ggfs. erforderlicher Fristsetzungen noch nicht sofort beschritten werden soll.¹⁸² Die Nachlasssicherung ist daneben nur dann relevant, wenn ein Fürsorgebedürfnis iSd. § 1960 Abs. 2 BGB besteht. Dieses dürfte in der hiesigen vergleichsweise häufig vorkommenden Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung des Nachlasses regelmäßig fehlen, so dass das Nachlassgericht den Wirkungskreis dann zumeist auf die Beendigung des Mietverhältnisses samt Räumung der gemieteten Räume beschränkt und lediglich bei Auffinden gefährdeter werthaltiger Gegenstände ggfs. später ergänzend eine Sicherung anordnet.

178 *Fröhler*, BWNNotZ 2011, 2 (9 f.).

179 OLG Karlsruhe BWNNotZ 2012, 12 (13); OLG Dresden FamRZ 2010, 1114; OLG Hamm FGPrax 2010, 80; LG Köln NJW-RR 2009, 375; Palandt/*Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 1961 BGB Rz. 3; differenzierend MünchKomm. BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 1961 BGB Rz. 12.

180 *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 590.

181 OLG München FGPrax 2012, 118.

182 OLG München FGPrax 2012, 118.

Die Kündigung eines Mietvertrages auf Mieterseite durch den Prozesspfleger dürfte (anders als auf Vermieterseite¹⁸³) keiner nachlassgerichtlichen Genehmigungspflicht unterliegen, da §§ 1915 Abs. 1, 1822 Nr. 5, 1831 BGB lediglich den *Abschluss* eines Mietvertrages betrifft¹⁸⁴ und nach §§ 1915 Abs. 1, 1812 Abs. 3, 1831 BGB zumindest die hier betroffenen unbekannt, die Mietsache nicht selbst nutzenden Erben nicht schutzbedürftig sind, sowie aus dem Umkehrschluss zu § 1907 BGB (anlässlich des Inkrafttretens des Betreuungsrechts neu eingeführtes betreuungsgerichtliches Genehmigungserfordernis für die Kündigung eines durch den Betreuten genutzten Wohnraums ohne entsprechende Regelung zur Nachlasspflegschaft).¹⁸⁵

XVIII. Öffentliche Aufforderung zwecks schnellst möglicher Beendigung einer Nachlasspflegschaft

1. Gesamtsystematik

Sicherungspflegschaften nach § 1960 Abs. 2 BGB und Prozesspflegschaften nach § 1961 BGB dürfen im Gegensatz zu einer Nachlassverwaltung (vgl. dazu oben Ziff. I 1 Buchst. d) ausschließlich für unbekannte Erben angeordnet bzw. aufrechterhalten werden. Stellt das Nachlassgericht nach vorheriger öffentlicher Aufforderung keine sonstigen Erbrechte fest, ist der Erbe in Gestalt des bisher Ermittelten bekannt und die Sicherungs- bzw. Prozessnachlasspflegschaft aufzuheben. Dies gilt sowohl zur Feststellung des Fiskalerbrechts als auch zwecks Nichtberücksichtigung eventueller nicht ermittelter zugunsten ermittelter Erbrechte.

2. Zur Feststellung des Fiskalerbrechts

Stellt das Nachlassgericht nach vorheriger öffentlicher Aufforderung iSd. § 1965 BGB nach § 1964 BGB fest, dass kein anderer Erbe als der Fiskus vorhanden ist, gilt der Erbe iSd. § 1936 BGB in Gestalt des Fiskus als bekannt und ist die bisherige Sicherungs- bzw. Prozessnachlasspflegschaft aufzuheben. In Baden-Württemberg ist nach der Verwaltungsvorschrift „Fiskalerbschaften“ iDF v. 6.12.2012¹⁸⁶ die Staatliche Vermögens- und Hochbauverwaltung u.a. für Fiskalerbschaften zuständig, wobei die zentrale Aufgabensteuerung der Betriebsleitung des Landesbetriebs Vermögen und Bau Baden-Württemberg obliegt und im operativen Bereich die 12 Ämter von Vermögen und Bau (Freiburg, Heilbronn, Karlsruhe, Konstanz, Ludwigsburg, Mannheim, Pforzheim, Ravensburg, Stuttgart, Schwäbisch Gmünd, Tübingen bzw. Ulm) örtlich zuständig sind.

183 Dazu OLG Hamm FamRZ 1991, 605 ff.

184 MünchKomm.BGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1822 BGB Rz. 36.

185 Im Ergebnis ebenso Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 496; Damrau, FamRZ 1984, 842; MünchKomm.BGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1812 BGB Rz. 19; Erman/Saar, 13. Aufl. 2011, § 1812 BGB Rz. 8; aALG Berlin, Rpfleger 1973, 135 (betrifft jedoch anders als hier Gebrechlichkeitspflegschaft für die Mietsache tatsächlich nutzenden Mieter); Palandt/Götz, 73. Aufl. 2014, § 1812 BGB Rz. 7.

186 GABl. BW 2006, 175 iVm. GABl. BW 2012, 921.

3. Zur Nichtberücksichtigung nicht ermittelter Erbrechte

Als letztes Mittel¹⁸⁷ kommt, wenn ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechender Erbscheinsantrag vorliegt,¹⁸⁸ jedoch die Vorlage urkundlicher Abstammungs- bzw. Sterbenachweise nicht möglich bzw. unverhältnismäßig erschwert ist,¹⁸⁹ insbesondere bei Auslandserben eine öffentliche Aufforderung nach § 2358 Abs. 2 BGB in Betracht. Ist der aufzufordernde Erbberechtigte namentlich benannt, dann müssen die zu seiner Person mitgeteilten bekannten Informationen (zB Geburtsdatum und Geburtsort) in der Aufforderung zutreffend wiedergegeben werden, andernfalls darf der so Aufgeforderte bei der späteren Erbscheinerteilung nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁹⁰ Nach erfolglosem Ablauf der Aufforderungsfrist kann der Erbschein auf der Grundlage aller bekannten Erbprätendenten ohne Berücksichtigung eventueller nicht ermittelter Erben, zugleich aber auch ohne ausschließende Aufgebotswirkung¹⁹¹ erteilt werden, deren Erbrecht erst nach einer etwaigen späteren Ermittlung feststellbar ist.¹⁹² Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt nach § 2358 Abs. 2 Halbs. 1 BGB iVm. § 435 durch Aushang an der Gerichtstafel und einmalige Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger oder in einem im Gericht öffentlich zugänglichen elektronischen Informations- und Kommunikationssystem. Die Anmeldefrist beträgt nach § 2358 Abs. 2 Halbs. 1 BGB iVm. § 437 FamFG mindestens sechs Wochen ab der förmlichen Veröffentlichung.¹⁹³

Ein Muster ist als **Anlage 7** beigefügt.

XIX. Aufhebung

1. Systematik

Die Nachlasspflegschaft endet mit Rechtskraft des diesbezüglichen nachlassgerichtlichen Aufhebungsbeschlusses iSd § 1919 BGB und nicht bereits mit bloßer Aufgabenerledigung oder Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen.¹⁹⁴ Im Falle der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens reduziert sich die Aufgabe des Nachlasspflegers grundsätzlich auf die Wahrung der Schuldnerrechte und die Verwaltung des insolvenzfreien Vermögens, ohne dass die Nachlasspflegschaft – anders als die Nachlassverwaltung nach § 1988 BGB – samt Amt des Nachlasspflegers von selbst erlischt.¹⁹⁵

Zur Aufhebung der Nachlasspflegschaft genügt die hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine bestimmte Person bzw. der Fiskus Erbe geworden ist. Weder ist dafür letzte Gewissheit noch die Erteilung eines Erbscheins erforderlich.¹⁹⁶

187 KG ZEV 2011, 585 f.; KG OLGR 32, 80; KG JFG 20, 387 (389).

188 MünchKomm.BGB/Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2358 BGB Rz. 40.

189 MünchKomm.BGB/Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2358 BGB Rz. 42.

190 OLG Karlsruhe BWNotZ 2013, 182 f.

191 KG JFG 20, 387 (389); KG OLGR 32, 80; LG Berlin DNotZ 1951, 525 (526); Staudinger/Herzog, Neubearbeitung 2010, § 2358 BGB Rz. 39.

192 Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 2358 BGB Rz. 2.

193 Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 352 FamFG Rz. 28c.

194 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 20.

195 OLG Stuttgart BWNotZ 2012, 81 f.

196 OLG München NJW-RR 2006, 80.

Bei schuldhafter Verzögerung der Aufhebung drohen Schadensersatzansprüche der Erben.¹⁹⁷ Teilweise wird vertreten, zur Vermeidung derartiger Verzögerungen die Schlussrechnung nicht vor Aufhebung der Nachlasspflegschaft anzufordern.¹⁹⁸

2. Beendigung und Schlussbericht

Nach Beendigung der Nachlasspflegschaft muss der Nachlasspfleger die Erbschaft nach § 1915 Abs. 1 S. 1 iVm. § 1890 BGB an die Erben herausgeben und über die Verwaltung Rechenschaft ablegen, hat jedoch, soweit keine vorrangigen Sicherungsrechte anderer Nachlassgläubiger bestehen, bezüglich ihm bereits bewilligter Vergütung ein Zurückbehaltungsrecht.¹⁹⁹ Das Nachlassgericht hat die tatsächliche Herausgabe der Nachlassgegenstände im Gegensatz zur Einreichung der Schlussrechnung nicht zu überwachen.²⁰⁰ Die Erben können – ohne entsprechende Verpflichtung – den Nachlasspfleger entlasten und auf eine Schlussabrechnung gegenüber dem Nachlassgericht verzichten. Weist der Nachlasspfleger eine derartige Entlastung mit Verzicht auf Schlussabrechnung nicht nach, muss das Nachlassgericht beim Nachlasspfleger dessen Schlussbericht anfordern, prüfen und den Erben übermitteln.

3. Rückgabe der Bestallungsurkunde und Entwertung²⁰¹

Nach Aufhebung der Nachlasspflegschaft hat der Nachlasspfleger seine Bestallungsurkunde in Urschrift an das Nachlassgericht zurückzugeben. Andernfalls muss das Nachlassgericht dies durch Zwangsmittel nach den Regelungen der §§ 35, 86, 95 Abs. 1 Nr. 2 FamFG durchsetzen.²⁰² Die Bestallungsurkunde sollte entwertet zur Nachlassakte genommen werden.

4. Abschlussprüfung²⁰³

Bevor die Akten eines Nachlasspflegschaftsverfahrens nach dessen Beendigung weggelegt werden, sollte insbesondere auf die Erledigung folgender Gesichtspunkte geachtet werden:

- Vorliegen eines geprüften und den Erben übermittelten Schlussberichts bzw. einer Entlastungserklärung aller Erben
- Bestallungsurkunde des Nachlasspflegers befindet sich in Urschrift entwertet bei der Nachlassakte
- Es liegen keine offenen Vergütungsanträge vor
- der Landgerichtspräsident wurde über die Beendigung informiert (bei berichtspflichtigen Nachlasspflegschaften)
- es liegen keine unbeantwortete Anfragen insbesondere von Nachlassgläubigern vor

- das Verfahren ist im Nachlassgerichtsprogramm und ggf. auch in einer zusätzlich geführten Liste der Nachlasspflegschaften ausgetragen.

XX. Übergangsrecht²⁰⁴

Nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG sind übergangsweise anstelle des FGG-RG die vor dessen Inkrafttreten geltenden Vorschriften, somit insbes. anstelle des FamFG das FGG und hinsichtlich der durch das FGG-RG geänderten anderen Gesetze deren bisherige Fassung (so bspw. für § 2369 Abs. 1 BGB) anzuwenden, soweit das betroffene Verfahren vor dem 1.9.2009 eingeleitet bzw. dessen Einleitung vor dem 1.9.2009 beantragt wurde, bspw. durch Eingang eines Erbscheinsantrags, eines Antrags auf Anordnung einer Prozesspflegschaft iSd. § 1961 BGB, Anregung bzw. Vornahme einer Anhörung²⁰⁵ zu einer Sicherungspflegschaft iSd § 1960 Abs. 2 BGB jeweils vor dem 1.9.2009. Neue selbständige Verfahren, auf die im Falle einer Einleitung ab dem 1.9.2009 das FGG-RG anwendbar ist, sind solche, die durch Endentscheidung gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG abgeschlossen werden.

Im Antragsverfahren ist der Zeitpunkt des Antragseingangs auch dann maßgebend, wenn ein Bevollmächtigter handelt und die Vollmacht erst im weiteren Verlauf des Verfahrens nachreicht. Spätere Wiederholungen oder Ergänzungen des Antrags ändern nichts an der alleinigen Relevanz seines ursprünglichen Eingangszeitpunkts.²⁰⁶

Für den Fall der Einlegung eines Rechtsmittels erst ab dem 1.9.2009 ist umstritten, ob jede Instanz als ein selbständiges Verfahren insbes. mit der Folge zu behandeln ist, dass sich der Rechtsmittelzug samt Verfahren und anzuwendendem Recht für ein vor dem 1.9.2009 eingeleitetes, durch Entscheidung nach altem Recht abgeschlossenes Verfahren nunmehr gleichwohl nach dem FGG-RG richtet und daher nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 GVG nF das Oberlandesgericht an Stelle des Landgerichts Beschwerdegericht ist,²⁰⁷ oder ob für Rechtsmittelzug, Verfahren und anzuwendendes Recht mangels Einschlägigkeit des FGG-RG nachwievor altes Recht gilt, so dass über eine Beschwerde nach § 19 Abs.1 FGG das Landgericht als Beschwerdegericht iSd. § 19 Abs. 2 FGG entscheidet.²⁰⁸ Trotz der damit verbundenen Gefahr einer verzögerten Umsetzung der durch das FGG-RG vorgesehenen wichtigen Gesetzesänderungen und der Notwendigkeit, mangels Rechtsmittelbefristung im FGG auf unbestimmte Dauer zumindest übergangsweise nebeneinander sowohl bei Land- als auch bei Oberlandesgerichten Beschwerde-

197 RG RGZ 154, 110 (114).

198 Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 2. Aufl. 2009, Rz. 866.

199 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 21.

200 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 21.

201 Filthuth, Handreichung 2009, S. 6 f.

202 Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 1960 BGB Rz. 21.

203 Filthuth, Handreichung 2009, S. 7.

204 Fröhler, BWNNotZ 2011, 2 (10).

205 Zimmermann, Rpfleger 2009, 437 (440).

206 OLG Köln, FGPrax 2009, 287 (288).

207 Zöller/Geimer, 29. Aufl. 2012, FamFG Einl Rz. 54; Prütting/Helms, 1. Aufl. 2009, Art. 111 FGG-RG Rz. 5.

208 BGH, FGPrax 2010, 102 (103); OLG Köln, FGPrax 2009, 287 (288); MüKo.ZPO/Pabst, Art. 111 FGG-RG Rz. 16; Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 195; jetzt auch Prütting/Helms, ab 2. Aufl. 2011, Art. 111 FGG-RG Rz. 6; Sternal, FGPrax 2009, 143; Thomas/Putzo/Hüßtege, 35. Aufl. 2014, vor § 606 ZPO Rz. 3.

gerichtsspruchkörper vorhalten zu müssen,²⁰⁹ ist der letztgenannten Ansicht wegen des in der Entwurfsbegründung zu Art. 111 Abs. 1 FGG-RG ausdrücklich formulierten und durch Einfügung des Art. 111 Abs. 2 FGG-RG insoweit nicht veränderten²¹⁰ Ziels einer einheitlichen Handhabung für den gesamten Instanzenzug²¹¹ zuzustimmen. Andernfalls würde bspw. ein Nachlassgericht, das erstinstanzlich angesichts § 2369 Abs. 1 BGB aF zurecht einen Erbscheinsantrag auf Bescheinigung der Erbfolge nach einem mit schweizerischem Wohnsitz verstorbenen schweizerischen Erblasser unter Anwendung schweizerischen Rechts ohne Beschränkung auf das inländische Vermögen zurückgewiesen hat, zweitinstanzlich durch das Beschwerdegericht unter nunmehr berechtigter Anwendung der §§ 105, 343 FamFG iVm. § 2369 Abs. 1 BGB nF zur Erteilung eben dieses beantragten Erbscheins angewiesen werden. In einer derartigen Konstellation müsste der Antragsteller zur Beschleunigung seinen vor dem 1.9.2009 gestellten Ausgangsantrag kostenpflichtig zurücknehmen und nach dem 1.9.2009 einen neuen Erbscheinsantrag stellen.

Ein nachlassgerichtliches Genehmigungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren iSd. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG, für das bei seiner Einleitung durch Antragstellung des Nachlasspflegers ab dem 1.9.2009 die Regelungen des FGG-RG auch dann gelten, wenn das Nachlasspflegschaftsverfahren selbst vor dem 1.9.2009 eingeleitet wurde und seinerseits dem alten Recht unterliegt.²¹²

Ebenso gilt die nachlassgerichtliche Ankündigung der Bekanntgabe des Erbvertragsinhalts an die Schlusserben gegenüber dem Längstlebenden auf den Tod des Erstversterbenden als Endentscheidung iSd. § 38 FamFG,²¹³ die im Falle eines diesbezüglichen Befasstwerdens ab dem 1.9.2009 auch dann dem neuen Recht unterliegt, wenn das Nachlassgericht mit dem Erbfall vor dem 1.9.2009 bereits in einer anderen Nachlasssache iSd. § 342 Abs. 1 FamFG, bspw. wegen eines zuvor eingegangenen Erbscheinsantrags nach gesetzlicher Erbfolge, befasst war.

Ein Ablehnungsverfahren ist mangels Abschlusses durch eine Endentscheidung iSd. § 38 als bloße Zwischenentscheidung kein selbständiges Verfahren iSd. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG, so dass hierfür bei Einleitung des Hauptverfahrens vor dem 1.9.2009 trotz Stellung des Ablehnungsgesuchs ab dem 1.9.2009 ebenfalls altes Recht gilt.²¹⁴

209 *Sternal*, FGPrax 2009, 242, der zudem zurecht eine Gesetzesergänzung dahingehend anregt, dass im Rahmen der Überleitungsregelungen unter ausdrücklicher Fortgeltung des alten Rechts im weiteren Rechtsmittelzug Rechtsmittel entsprechend dem neuen Recht befristet werden, um die Übergangsphase abzukürzen.

210 Art. 111 Abs. 2 FGG-RG definiert lediglich innerhalb eines Bestandsverfahrens (bspw. eines Betreuungsverfahrens) nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG durch Endentscheidung abgeschlossene und daher selbständig zu beurteilende Verfahren, vgl. BGH, FGPrax 2010, 102 (103); OLG Köln, FGPrax 2009, 287 (288); *Sternal*, FGPrax 2009, 242.

211 Begr. zum GesetzE der BReg. zu Art. 111 FGG-RG, BT-Drucks. 16/6308, S. 359; BGH, FGPrax 2010, 102 (103); OLG Köln, FGPrax 2009, 287 (288).

212 OLG München, FamRZ 2010, 1760; Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 343 FamFG Rz. 196.

213 OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 245 (246); Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2014, § 349 FamFG Rz. 14; aA OLG Köln, FGPrax 2011, 49 f.

214 OLG Stuttgart, Die Justiz 2010, 27 (28); Entscheidung gemäß § 75 GVG durch die Zivilkammer des Landgerichts als Kollegialgericht.

Anlage 1 Anordnungsbeschluss für eine Sicherungspflegschaft

Notariat ... -Nachlassgericht- ... , den ...

Nachlass auf Ableben von ...

Az. ...

I. Beschluss

Beschluss

- Die Erben sind unbekannt, da die Verwandtschaftsverhältnisse nach dem Erblasser bislang nicht aufgeklärt werden konnten. Die Ermittlungen haben ergeben, dass sich im Anwesen ... des Erblassers ungesicherte Kunstgegenstände, Bargeld und andere werthaltige Gegenstände befinden, das dortige Haustürschloss defekt ist und das Heizöl bei konstant unter dem Gefrierpunkt liegenden Außentemperaturen in wenigen Tagen aufgebraucht sein wird, demnach der Nachlassbestand ohne nachlassgerichtliche Maßnahmen gefährdet wäre und somit ein dringendes Fürsorgebedürfnis besteht. Daher wird gemäß § 1960 Abs. 2 BGB

Nachlasspflegschaft

angeordnet.

- Zum Nachlasspfleger wird bestellt:

Frau/Herr ...

- Der Wirkungskreis erfasst die Nachlasssicherung und die Ermittlung der Erben.
- Die Nachlasspflegschaft wird berufsmäßig geführt.
- Als jeweiliges Rechnungsjahr wird hiermit der Zeitraum vom ... (Datum der Anordnung der Nachlasspflegschaft ohne Jahresangabe) bis zum ... (Datum 1 Jahr nach Anordnung der Nachlasspflegschaft ohne Jahresangabe) bestimmt. Das erste Rechnungsjahr beginnt damit am ... (Datum der Anordnung der Nachlasspflegschaft mit Jahresangabe) und endet am ... (Datum 1 Jahr nach Anordnung der Nachlasspflegschaft mit Jahresangabe).

Rechtsmittelbelehrung

Der vorstehende Beschluss ist mit der befristeten Beschwerde gemäß §§ 58, 63 FamFG anfechtbar. Die Beschwerdefrist beträgt einen Monat ab schriftlicher Bekanntgabe an die Beteiligten, § 63 Abs. 1 FamFG. Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt die Frist spätestens mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass des Beschlusses, § 63 Abs. 3 FamFG.

Die Beschwerde ist bei dem Notariat – Nachlassgericht – ... durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt wird. Sie ist vom Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen.

Notariat ... -Nachlassgericht- ... , den ...
Nachlass auf Ableben von ...
Az. ...

I. Beschluss

Beschluss

1. Die Erben sind unbekannt, da die Verwandtschaftsverhältnisse nach dem Erblasser bislang nicht aufgeklärt werden konnten. Frau/Herr ... hat die Absicht gerichtlicher Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlass glaubhaft gemacht und am ... die Anordnung einer Nachlasspflegschaft beantragt (AS. ...). Daher wird gemäß § 1961 BGB

Nachlasspflegschaft

angeordnet.

2. Zum Nachlasspfleger wird bestellt:

...

3. Der Wirkungskreis ist darauf begrenzt, die unbekanntem Erben bei der beabsichtigten, gegen diese gerichteten endgültigen Beendigung des Mietverhältnisses am Objekt ... samt diesbezüglicher Räumung, ggfs. auch bei der Beantragung der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens bzw. ersatzweise der Erhebung der Dürftigkeitseinrede nach §§ 1990, 1991 BGB zwecks Befriedigung des Gläubigers mittels Herausgabe des Nachlasses zu vertreten.

4. Die Nachlasspflegschaft wird berufsmäßig geführt.

Rechtsmittelbelehrung

Der vorstehende Beschluss ist mit der befristeten Beschwerde gemäß §§ 58, 63 FamFG anfechtbar. Die Beschwerdefrist beträgt einen Monat ab schriftlicher Bekanntgabe an die Beteiligten, § 63 Abs. 1 FamFG. Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt die Frist spätestens mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass des Beschlusses, § 63 Abs. 3 FamFG.

Die Beschwerde ist bei dem Notariat – Nachlassgericht – ... durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt wird. Sie ist vom Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen.

Die Beschwerde soll begründet werden.

.....
 Rechtspfleger/Nachlassrichter

II. Verfügung

1. **Vermerk:** Frau/Herr ... (Nachlasspfleger) hat sich auf telefonische Nachfrage zur Übernahme des Amtes als

Nachlasspfleger bereit erklärt (Tel. ...). Termin zur Verpflichtung wurde vereinbart auf:

2. Eintrag Terminkalender in Noah, Aktendecke, Karteikarte.
3. Verpflichtungsprotokoll gemäß Anlage vorbereiten.
4. Bestallungsurkunde gemäß Anlage vorbereiten.
5. Beschluss bekanntgeben durch Übersendung einer Ausfertigung an
 - () Erben, soweit bekannt (AS. ...)
 - (x) Nachlasspfleger
 - (x) Nachlassgläubiger mit vollstreckbarem Titel (AS. ...)
 - () Stadt/Landratsamt ...
 - () AG -Betreuungsgericht- ...
 - () AG -Familiengericht- ...
 - () Notariat ...
 - (x) ... -Hausverwaltung- (AS. ...)
6. Kosten
7. Wv. zum o.g. Verpflichtungstermin, spätestens ...

.....
 Rechtspfleger/Notar

Anlage 4 Verpflichtungsprotokoll für eine Prozesspflegschaft (Mieträumungskonstellation bei offensichtlicher Überschuldung)

Notariat ... -Nachlassgericht- ... , den ...
Nachlass auf Ableben von ...
Az. ...

Gegenwärtig: Rechtspfleger/Notar ... als Nachlassrichter.

Heute, am ..., ist erschienen, persönlich bekannt/ausgewiesen durch amtlichen Lichtbildausweis:

... .

Diese/Dieser soll gemäß § 1961 BGB als Nachlasspfleger in obiger Sache verpflichtet werden. Sie/Er hat sich zur Annahme des Amtes bereit erklärt.

Der Bestellung steht nach bisherigen Ermittlungen kein Hinderungsgrund gem. §§ 1915, 1780, 1781 u. 1784 BGB entgegen.

Dem Nachlasspfleger wurden ausgehändigt:

- ein Merkblatt zur Nachlasspflegschaft,
- ... (bspw.: Schlüsselbund etc.).

Da derzeit keine Anhaltspunkte für ein Fürsorgebedürfnis iSd. § 1960 Abs. 2 BGB bestehen, wurde von der Anordnung einer Sicherungspflegschaft und damit auch von der Verpflichtung zur Erbenermittlung und Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses abgesehen. Sollte insbesondere bei der Räumung der o.g. Wohnung ... ein Sicherungsbedürfnis für Nachlassvermögen auftreten, wird der Nachlasspfleger um unverzügliche Mitteilung an das Nachlassgericht gebeten, damit dann ggfs. über eine Anordnung von Sicherungsmaßnahmen entschieden werden kann.

Der Nachweis im Grundbuchverfahren bei der Veräußerung von Gewässerrandstreifen nach dem neuen baden-württembergischen Wassergesetz

9. Mai 2014 | Simon Adam, Notarvertreter, Bühl

I. Problematik

Mit Wirkung zum 1. Januar 2014 wurde das Wassergesetz für Baden-Württemberg (WG) neu gefasst.¹ Die Neufassung des WG statuiert unter anderem in § 29 Abs. 6 ein Vorkaufsrecht für Gewässerrandstreifen. Der Unterhaltsträger eines Gewässers kann Grundstücke bzw. Grundstücksteile (vgl. Satz 2 sowie Satz 3), auf denen sich Gewässerrandstreifen befinden, erwerben, wenn diese verkauft werden. Ihm wird ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Diese Regelung hat in der Praxis der Grundbucheintragungen zu erheblichen Zweifelsfragen geführt. Beim Grundbuchvollzug besteht seither Unsicherheit darüber, ob und in welcher Form der Nachweis geführt werden muss, dass sich auf einem verkauften Grundstück überhaupt kein Gewässerrandstreifen befindet. Unklar ist insbesondere, ob zum Nachweis des Nichtbestehens des Vorkaufsrechts stets eine behördliche Auskunft – ein Negativattest – erforderlich ist.

Für einen solchen Zwang scheint zunächst der Verweis in § 29 Abs. 6 Satz 6 WG auf die Vorschriften des § 28 Abs. 1 bis 3 und 6 BauGB zu sprechen. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB darf ein neuer Eigentümer im Grundbuch nämlich nur eingetragen werden, wenn der Nachweis des Nichtausübens oder des Nichtbestehens des Vorkaufsrechts geführt worden ist. Diese sogenannte Grundbuchsperrung ist als Sicherung des lediglich persönlichen, nicht-dinglichen Vorkaufsrechts gedacht.² Es wird dadurch sichergestellt, dass ein Eigentumswechsel nur erfolgt, nachdem der Vorkaufsberechtigte (hier: die Gemeinde) von dem Vorkaufsfall zumindest Kenntnis erlangt hat und so prüfen konnte, ob er das Vorkaufsrecht ausüben möchte.

Es fragt sich vor diesem Hintergrund, ob mithin nunmehr bei jeder Grundstücksübertragung ein Negativattest – sei es der Wasserbehörde, sei es eines etwaigen Trägers der Unterhaltungslast eines möglicherweise vorhandenen Gewässers – eingeholt werden muss.³ Dies ist indes zu verneinen: Aus den allgemeinen Grundsätzen zu der Beweisführung im Grundbuchverfahren ergibt sich, dass Eintragungshindernisse nur dann nachzuweisen sind, wenn für sie konkrete Anhaltspunkte vorhanden sind (unten II.). Damit stimmen auch die Grundsätze zu dem Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB

überein (unten III.). Diese allgemeineren Vorgaben sind auf den Fall des § 29 Abs. 6 WG zu übertragen, weshalb das Grundbuchamt die Eintragung nur dann verweigern darf, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Gewässerrandstreifens gegeben sind (unten IV.). Schließlich spricht auch die Gesetzesbegründung gegen eine ausschließlich durch Negativattest behebbare Grundbuchsperrung (unten V.). Die so rechtsdogmatisch gestützte Lösung ist schließlich auch praktikabel (unten VI.).

II. Die Beweisführung im Grundbuchverfahren im Allgemeinen

Gemäß § 29 GBO müssen sämtliche Voraussetzungen der Grundbucheintragung grundsätzlich in Form öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden nachgewiesen werden.⁴ Diese Bestimmung der Formen des Nachweises („wie“) besagt freilich noch nichts darüber, ob der Nachweis denn überhaupt erbracht werden muss, und wer ihn gegebenenfalls erbringen muss. Diese Frage beantwortet die Beibringungslast.⁵ Dabei liegt es bei dem Antragsteller, sämtliche Eintragungsvoraussetzungen zweifelsfrei nachzuweisen.⁶ Das Nichtbestehen von Eintragungshindernissen ist demgegenüber nur dann darzulegen und nachzuweisen, wenn konkret fassbare⁷ Gesichtspunkte vorhanden sind, die für das Vorliegen eines Eintragungshindernisses sprechen.⁸

Diese letztgenannte Vorgabe wurde auf die (eintragungshindernde) Genehmigungspflicht nach dem GrdstVG übertragen. Der Antragsteller muss demnach nur dann den Nachweis für das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht führen, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der

1 Art. 1 und 30 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Wasserrechts in Baden-Württemberg, LT-Drs. 15/4404.

2 *Gursky*, in: Staudinger, BGB, § 892 Rn. 54; *Hügel*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 20 Rn. 69; *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 28 BauGB Rn. 8; *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 28 Rn. 17; *Wiggers*, NJW-Spezial 2010, 300, 300; vgl. auch *Mayer*, in: Staudinger, BGB, Art. 119 EGBGB Rn. 102; *Pfeifer*, in: Staudinger, BGB, § 925 Rn. 105. Die nicht-dingliche Konstruktion lässt sich auch bereits (im Umkehrschluss) aus § 28 Abs. 2 Satz 3 BauGB entnehmen, wonach eine dingliche Sicherung der Gemeinde per Vormerkung erreicht werden kann, vgl. *Gursky*, in: Staudinger, BGB, § 892 Rn. 54.

3 Dies bejaht für den Regelfall *Böhringer*, BWNotZ 2014, 38, 39, 42 und 43, unter 5 a, 7 und 9 a.

4 *Otto*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 29 Einleitung.

5 Zu der Ausprägung des Beibringungsgrundsatzes im Grundbuchverfahren *Eickmann* RPflegler 1979, 169, 169f. Vgl. auch *Otto*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 29 Rn. 5ff.

6 *Eickmann* RPflegler 1979, 169, 170; *Otto*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 29 Rn. 5.

7 Zu der Terminologie *Eickmann* RPflegler 1979, 169, 170.

8 *Eickmann* RPflegler 1979, 169, 170, der diese Einschränkung der Beibringungspflicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückführt; *Nieder* NJW 1984, 329, 335; *Reymann* DNotZ 2010, 304, 305 (Anm. zu OLG Saarland, Beschl. v. 26.02.2010 – 5 W 371/09, DNotZ 2010, 301); vgl. auch *Otto*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 29 Rn. 7, der allerdings Eintragungshindernisse an dieser Stelle offenbar nur im Sinn von materiell-rechtlichen Einwendungen versteht. Vgl. auch *Wolfsteiner* DNotZ 1987, 67, 75, der ebenfalls nur materiell-rechtliche Hindernisse in den Blick nimmt. Für die Pflicht zur Beibringung die Eintragung stützender Unterlagen gilt ähnliches: Das Grundbuchamt darf nur bei konkreten Zweifeln an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit weitere Unterlagen anfordern, *Reetz*, in: Hügel, BeckOK GBO, § 13 Rn. 12. Vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 13.01.1967 - 2 Z 60/66, RPflegler 1967, 145, 146, m. krit. Anm. *Haegele*.

Genehmigungspflicht bestehen.⁹ Das Grundbuchamt muss selbständig prüfen, ob solche Anhaltspunkte vorhanden sind, ohne auf die Nachweisformen des § 29 GBO beschränkt zu sein, nämlich durch Berücksichtigung insbesondere des beurkundeten Vertrags, des Grundbuchinhalts und offenkundiger Tatsachen.¹⁰

In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat das OLG Stuttgart zu § 29 ASVG – im Anschluss an die zu dem GrdStVG entwickelten Rechtsprechung¹¹ – klargestellt, dass das Grundbuchamt in eigener Verantwortung prüfen muss, ob eine Genehmigung erforderlich ist.¹² Die Beibringungslast liegt damit bei dem Grundbuchamt. Folgerichtig kann das Grundbuchamt nur dann einen Nachweis fordern, wenn konkret begründete Anhaltspunkte für die Genehmigungspflicht sprechen.¹³ Machen die Vertragsbeteiligten in der notariellen Urkunde Angaben über die zu einer Genehmigungspflicht führenden Tatsachen, dann muss das Grundbuchamt – in Übereinstimmung mit seiner Beibringungslast – darlegen, warum diese Angaben unrichtig sein könnten.¹⁴

III. Rechtslage zu dem Vorkaufsrecht nach §§ 24ff. BauGB

Mit diesen allgemeinen Vorgaben stimmen auch die zu dem Vorkaufsrecht nach §§ 24ff. BauGB entwickelten Grundsätze überein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Vorkaufsrecht der §§ 24ff. BauGB kann der für die Grundbucheintragung erforderliche Nachweis i.S.v. § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB nicht ausschließlich durch ein Negativattest erbracht werden.¹⁵ Das Grundbuchamt muss stattdessen eigenverantwortlich prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Vorkaufsrecht überhaupt vorliegen.¹⁶ Es muss damit prinzipiell sämtliche konstitutive Voraussetzungen prüfen, die überhaupt erst zu dem Bestehen eines Vorkaufsrechts führen. Das gilt insbesondere für die Frage, ob der das Vorkaufsrecht gegebenenfalls auslösende Vertrag ein „Kaufvertrag“ i.S.v.

§ 28 BauGB ist.¹⁷ Für diese Prüfung ist insbesondere der Inhalt des geschlossenen Vertrags maßgeblich.¹⁸

Insofern besteht keine nur durch Negativattest behebbare Grundbuchsperrung, wenn etwa ausweislich der Urkunde ein Tauschvertrag vorliegt.¹⁹ Auch wenn offenkundig oder nachgewiesen ist, dass die Vertragsparteien miteinander verwandt sind (§ 26 Nr. 1 BauGB), ist kein Negativattest erforderlich.²⁰

Dies stimmt mit den allgemeinen Grundsätzen zu dem (im Ausgangspunkt fehlenden) Nachweiserfordernis von Eintragungshindernissen überein. Die Grundbuchsperrung des § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB ist nämlich jedenfalls auch ein Eintragungshindernis und nicht allein eine Eintragungsvoraussetzung.²¹

Der Wortlaut von § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB ist insoweit zweideutig. Zunächst wird dort zwar ausdrücklich statuiert, dass die Eintragung den Nachweis des Nichtbestehens des Vorkaufsrechts zwingend voraussetzt. Das spricht dafür, dass dieses Nichtbestehen als negatives Erfordernis eine Eintragungsvoraussetzung sein soll. Andererseits lässt der Wortlaut auch ein abweichendes Verständnis zu, wenn man den Begriff des Nichtbestehens eingeschränkt versteht.

Ein solches eingeschränktes Verständnis ergibt sich aus der Systematik. Das Vorkaufsrecht nach §§ 24ff. BauGB hat konstruktiv drei Elemente:²² Die planungsrechtliche Entstehung des Vorkaufsrechts (1), das Vorliegen eines Vorkaufsfalles (2), und die Ausübung des Vorkaufsrechts (3). Fehlt es in dem konkreten Fall an einem der drei Elemente, dann ist die Eintragung im Grundbuch nicht gesperrt. In § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB kommt diese Differenzierung zum Vorschein, soweit dort im ersten Satzteil an die zentrale Voraussetzung des Vorliegens eines Vorkaufsfalles angeknüpft wird, nämlich das Vorliegen eines Kaufvertrags („... bei Kaufverträgen ...“). Das strenge Erfordernis eines Nachweises ist dann in dem zweiten Satzteil enthalten, der durch den ersten Satzteil bedingt ist („wenn“). Der Gesetzgeber ist mithin von der Systematik ausgegangen, dass es zwei Kategorien des „Nichtbestehens“ des Vorkaufsrechts gibt: Zunächst das Fehlen des Vorkaufsfalles (1. Satzteil) und sodann das Nichtbestehen aus sonstigen Gründen (2. Satzteil). Folglich erstreckt sich das Nachweiserfordernis nicht auf die Frage, ob ein Vorkaufsfall („Kaufvertrag“) überhaupt vorliegt (Stufe 2 nach obiger Sys-

9 Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. v. 08.03.2010 - 9 W 23/10, FGPrax 2010, 178, 179 = Rn. 7 über juris, unter Berufung auf die „allgemeine Meinung“; BayObLG, Beschl. v. 06.12.2000 - 22 BR 118/00, NJW-RR 2001, 736, 737; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 03.11.1998 - 3 W 214/98, NJW-RR 1999, 454, 454 = Rn. 10 über juris; BayObLG, Beschl. v. 18.06.1969 - 2 Z 5/69, RPflegler 1969, 301, 301f.; LG Saarbrücken Beschl. v. 29.09.2006 - 5 T 300/06, RNotZ 2006, 619 = Rn. 6 über juris.

10 Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. v. 08.03.2010 - 9 W 23/10, FGPrax 2010, 178, 179 = Rn. 7 über juris.; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 03.11.1998 - 3 W 214/98, NJW-RR 1999, 454, 454 = Rn. 9 über juris.; LG Saarbrücken Beschl. v. 29.09.2006 - 5 T 300/06, RNotZ 2006, 619 = Rn. 6 über juris.

11 Siehe die beiden vorigen Fußnoten.

12 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.03.2011 - 8 W 98/11, Rn. 18 und 23 über juris.

13 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.03.2011 - 8 W 98/11, Rn. 18f. und 26-32 über juris.

14 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.03.2011 - 8 W 98/11, Rn. 30 und 32 über juris.

15 BGH, Beschl. v. 24.11.1978 - V ZB 14/78, BGHZ 73, 12, 14 = NJW 1979, 875, 875; damit übereinstimmend zu § 7 Abs. 1 GrdStVG BGH, Beschl. v. 14.02.1985 - V ZB 20/84, BGHZ 94, 24, 26 = Rn. 5 über juris. Ebenso *Schöner/Stöber* Rn. 4130.

16 *Schöner/Stöber* Rn. 4130; OLG Frankfurt, Beschl. v. 06.10.1987 - 2 W 346/87, NJW 1988, 271, 271; *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 28 Rn. 8.

17 BGH, Beschl. v. 24.11.1978 - V ZB 14/78, BGHZ 73, 12, 14 ff. = NJW 1979, 875, 875f.; OLG Hamm, Beschl. v. 14.12.2011 - I-15 W 476/11, MDR 2012, 273; *Schöner/Stöber* Rn. 4130; *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 28 Rn. 17.

18 OLG Hamm, Beschl. v. 14.12.2011 - I-15 W 476/11, DNotZ 2012, 376, 376; *Schöner/Stöber* Rn. 4130; *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 28 Rn. 17.

19 Vgl. aber zu den Grenzen in dem Fall des Gestaltungsmissbrauchs zur Umgehung des Vorkaufsrechts *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 24 Rn. 53.

20 Nicht unstrittig; *Schöner/Stöber* Rn. 4130; *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 28 Rn. 17 a.E.

21 Vgl. dazu *Stock*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 28 Rn. 17, der von den „Eintragungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 2“ spricht.

22 Vgl. BGH, Beschl. v. 24. 11. 1978 - V ZB 14/78, BGHZ 73, 12, 15 = NJW 1979, 875, 875, mit Verweis auf die dahingehende Differenzierung durch das vorliegende OLG Frankfurt; *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 28 BauGB Rn. 8.

tematik). Vielmehr muss lediglich dann zwingend nachgewiesen werden, dass ein Vorkaufsrecht nicht besteht (Stufe 1) oder es nicht ausgeübt wird (Stufe 3), wenn überhaupt ein Vorkaufsfall vorliegt.

Diese Systematik erlaubt eine sowohl trennscharfe als auch praktikable Unterscheidung. Es werden solche Momente dem strengen Nachweiserfordernis unterworfen, für die zugleich mit dem Negativattest eine Nachweismöglichkeit vorhanden ist. Sonstige Momente, für die es kein Attest gibt, unterfallen nicht dem strengen Nachweiserfordernis sondern der allgemeinen Nachweis- und Beibringungspflicht im Grundbuchverfahren. Das gilt zunächst für die in dem Wortlaut von § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB explizit angesprochene Qualifizierung als Kaufvertrag.²³ Gleiches muss nach der erörterten Systematisierung aber auch etwa für die Frage gelten, ob die Vertragsparteien miteinander verwandt sind (vgl. § 26 Nr. 1 BauGB).²⁴ Insoweit ist mithin jede Form eines Nachweises zulässig, die grundbuchrechtlich anerkannt ist. Dazu gehören – wie dies auch anerkannt ist, siehe oben – insbesondere der Inhalt des Vertrags sowie offenkundige Tatsachen.

Ein Eintragungshindernis besteht also erst dann, wenn die Prüfung sämtlicher Stufen positiv ausfällt. Nur wenn ein Vorkaufsrecht planungsrechtlich besteht, wenn ein Vorkaufsfall vorliegt und wenn das Vorkaufsrecht auch ausgeübt wird, darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornehmen. Die Vorgaben aus § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB präzisieren dabei lediglich die Form des gegebenenfalls zu erbringenden Nachweises für das planungsrechtliche Nichtbestehen oder die Nichtausübung (1. und 3. Stufe). Von dieser Frage der Art und Weise des Nachweises zu unterscheiden ist die Frage, ob ein Nachweis überhaupt erforderlich ist. Dies ist nach den allgemeinen Grundsätzen nur dann der Fall, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen des Eintragungshindernisses vorhanden sind.²⁵ Solche Anhaltspunkte werden freilich regelmäßig gegeben sein, wenn ein Grundstück übertragen wird und eine Zahlung als Gegenleistung vorgesehen ist: Es ist der Normalfall, dass ein solcher Vertrag zumindest auch als Kauf zu qualifizieren ist. Ein solcher Vertrag trägt deshalb bereits den erforderlichen konkreten Anhaltspunkt in sich, dass ein Vorkaufsfall vorliegt. Es ist dann auch die Regel, dass Verkäufer und Käufer nicht miteinander verwandt sind. Das ergibt sich aus der Systematik: Ein Verwandtengeschäft ist gemäß § 26 Nr. 1 BauGB als Ausnahmetatbestand zu der grundsätzlichen Auslösung des Vorkaufsfalls bei Kaufverträgen konstruiert. Mithin wird bei der Eintragung eines neuen Eigentümers in aller Regel der Nachweis zu erbringen sein, dass (ausnahmsweise) trotz Entgeltlichkeit kein Kaufvertrag oder ein Verwandtengeschäft vorliegt. Dies kann dann durch sämtliche grundbuchrechtlich zulässige Nachweisformen geschehen, insbesondere auch durch offenkundige Tatsachen.²⁶

IV. Übertragung auf das Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG

Diese Grundsätze sind auf das Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG zu übertragen. § 29 Abs. 6 Satz 6 WG verweist explizit auf § 28 Abs. 1 BauGB. Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht ist wie das baurechtliche Vorbild mehrstufig konstruiert. Allerdings entfällt die erste Stufe der planungsrechtlichen Entstehung. Das Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG kennt keine solche Voraussetzung. Es besteht also lediglich aus zwei Stufen, nämlich dem Vorliegen eines Vorkaufsfalls und der Ausübung. Ein Vorkaufsfall liegt nur vor, wenn ein Kaufvertrag über ein Grundstück geschlossen wird, auf dem ein Gewässerrandstreifen liegt.

Das Vorhandensein eines Gewässerrandstreifens ist mithin ein Eintragungshindernis. Das Grundbuchamt trägt daher die Beibringungslast. Es darf von dem Eintragungshindernis nur dann ausgehen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass dessen Voraussetzungen vorliegen. Es müssen also konkret benennbare Hinweise für das Vorhandensein eines Gewässerrandstreifens auf einem Grundstück vorhanden sein, damit das Grundbuchamt an der Eintragung gehindert wäre. Dies wird in aller Regel nicht der Fall sein, wenn die Vertragsbeteiligten übereinstimmend versichern, dass sich auf dem Grundstück und im Bereich von zehn Metern seiner Grenzen kein Gewässer befindet.²⁷ Nur wenn konkrete, begründbare Zweifel an der Richtigkeit der Angaben bestehen, kann und muss ein Nachweis gefordert werden.²⁸ Die weit überwiegende Mehrzahl aller Grundstücke liegt (hierzulande) nicht im Bereich von Gewässern.

V. Gesetzesbegründung

Gegen eine umfassende Grundbuchsperrung bis zur Vorlage eines Negativattests spricht auch die Intention des Gesetzgebers. Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien wollte dieser das Vorkaufsrecht für Gewässerrandstreifen nämlich an die naturschutz- und waldrechtlichen Vorkaufsrechte der § 56 Abs. 1 und Abs. 2 LNatSchG und § 25 Abs. 1 und Abs. 2 LWaldG anlehnen.²⁹ Für diese ist indes anerkannt, dass keine Grundbuchsperrung besteht, die nur durch ein Negativattest behoben werden könnte. Dementsprechend ist es gängige notarielle Praxis, in Grundstückskaufverträgen die Angabe der Parteien zu protokollieren, dass die Voraussetzungen für ein Vorkaufsrecht nach eigenen Angaben nicht vorliegen.

Freilich findet sich weder in § 56 LNatSchG noch in § 25 LWaldG eine Verweisung auf § 28 Abs. 1 BauGB, die aber § 29 Abs. 6 Satz 6 WG gerade enthält. Dies hindert es jedoch nicht, die Vorkaufsrechte hinsichtlich der Grundbuchsperrung gleich zu behandeln. Das zeigen die obigen Erörterungen zu der Konstruktion des Vorkaufrechts nach § 24ff. BauGB.

23 Siehe oben Fn. 17 und 18.

24 Siehe oben Fn. 20.

25 Siehe oben Fn. 8.

26 Siehe oben Fn. 15 und 20.

27 Zurückhaltender *Böhringer* BWNNotZ 2014, 38, 43, demzufolge regelmäßig eintragungshindernde Zweifel bestünden.

28 So auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 03.11.1998 - 3 W 214/98, NJW-RR 1999, 454, 454 = Rn. 11 über juris, zu dem GrdStVG.

29 Begr. Regierungsentwurf, LT-Drs. 15/3760 S. 134, 2. Abs.

Der Verweis auf § 28 Abs. 1 BauGB besagt mithin nicht, dass die Grundbuchsperrung nur durch ein Negativattest behoben werden könnte. Die Angabe der Kaufvertragsparteien genügt vielmehr regelmäßig, um einen Nachweis entbehrlich zu machen. Der von dem Gesetzgeber intendierte Gleichlauf zu den Vorkaufsrechten nach § 56 Abs. 1 und Abs. 2 LNatSchG und § 25 Abs. 1 und Abs. 2 LWaldG ist mithin rechtskonstruktiv gewährleistet.

Der Ruf nach einer Nachbesserung durch den Gesetzgeber ist damit unnötig – ein praktisches Bedürfnis besteht nicht. Die Praxis sollte stattdessen gewährleisten, dass die gesetzliche Regelung entsprechend der Konzeption korrekt angewendet wird und in sie keine überstrengen Anforderungen hineingelesen werden.

VI. Praktikabilität

Es ist somit dogmatisch richtig, bei Kaufverträgen nur dann ein Negativattest über das Vorhandensein von Gewässerrandstreifen zu verlangen, wenn die Beteiligten hierüber keine oder aber begründet zweifelhafte Angaben machen. Dies steht im Einklang mit den in parallelen Bereichen inhaltsgleich konkretisierten Vorgaben zum Grundbuchverfahren. Diese Lösung hat zudem auch den Vorzug der Praktikabilität auf seiner Seite, was auf der Hand liegt:

Würde man zwingend ein Negativattest fordern wollen, so müsste der jeweils zuständigen unteren Wasserbehörde jeder Kaufvertrag vorgelegt werden. Der Verwaltungsaufwand wäre immens und stünde in keiner Relation zu dem Nutzen. Nur in einer Minderheit der Fälle befindet sich tatsächlich ein Gewässer auf einem verkauften Grundstück.

Würde man zwingend ein Negativattest verlangen, dann würde dies erst recht in solchen Fällen, in denen die Vertragsschließenden das Vorhandensein eines Gewässerrandstreifens versichern und sogleich den Inhaber benennen, zu unnötiger Mehrbelastung und Verzögerung führen. In diesem

Fall würde der Verwaltungsaufwand verdoppelt. Es müsste zunächst der von den Beteiligten benannte Träger der Unterhaltslast des Gewässers – etwa die Gemeinde – benachrichtigt und zu einer Stellungnahme zu dem Vorkaufsrecht aufgefordert werden. Dies würde jedoch nicht ausreichen: Es bliebe ja nach wie vor unbewiesen, dass nicht etwa noch weitere Gewässer auf dem Grundstück oder innerhalb der näheren Grenzen vorhanden sind. Diese Frage müsste dann durch ein weiteres Attest nachgewiesen werden. Dies wäre den Kaufvertragsparteien, die ja den Vorkaufsberechtigten bereits selbst benannt haben, (zu recht) kaum vermittelbar.

Als praktikable Ergänzung zu den Angaben der Beteiligten sollte es auch möglich sein, den nötigen Nachweis zur Zerstreuerung etwaiger Zweifel durch einen Ausdruck aus dem AWGN zu führen: Ergibt sich daraus, dass in der Umgebung des fraglichen Flurstücks keinerlei Gewässer eingezeichnet ist, dann dürften endgültig keine konkreten Anhaltspunkte mehr für das Bestehen eines Vorkaufsrechts nach § 29 Abs. 6 WG vorliegen.

VII. Zusammenfassung

Die Eintragung eines Eigentumsübergangs im Grundbuch setzt nicht zwingend voraus, dass ein Negativattest über das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts nach § 29 Abs. 6 WG vorliegt. Die Umstände, die das Vorliegen eines Vorkaufsfalles überhaupt erst begründen, müssen grundsätzlich durch das Grundbuchamt eigenständig ermittelt werden. Es darf die Eintragung nur verweigern, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Gewässern bestehen. Daran fehlt es in der Regel bei übereinstimmender Erklärung der Vertragsschließenden, dass auf dem Grundstück kein Gewässerrandstreifen liegt. Ein Negativattest ist allerdings dann zwingend erforderlich, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Vorkaufsfalles vorhanden sind. Davon wird regelmäßig auszugehen sein, wenn die Beteiligten keine Angaben über die Lage von Gewässern auf und um das Grundstück machen wollen oder können.

Rechtsprechung

WG BW §§ 29, 32

BauGB § 28

GBO §§ 29, 71, 76

StGHG § 55

Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde sowie zu Unklarheiten hinsichtlich der Norm des § 29 Abs. 6 WG BW in rechtlicher und praktischer Hinsicht.

Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.05.2014 – 1 VB 24/14

Gründe:

Die gegen § 29 Abs. 6 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg (WG) vom 3. Dezember 2013 (GBl. S. 289) gerichtete Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil sie nicht dem Grundsatz der Subsidiarität genügt.

1. Ein Rechtsweg gegen Parlamentsgesetze ist im einfachen Recht nicht vorgesehen. Gleichwohl folgt aus dem in § 55 Abs. 2 StGHG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, dass der Beschwerdeführer vor einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz die Fachgerichte mit seinem Anliegen befassen muss. Er muss daher grundsätzlich den Vollzug des Fachgesetzes abwarten oder einen Vollzugsakt herbeiführen und hiergegen dann den fachgerichtlichen Rechtsweg beschreiten (vgl. StGH, Beschluss vom 19.8.2013 1 VB 65/13 -, Juris Rn. 4). Von dieser Pflicht zur Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs kann der Staatsgerichtshof bei Verfassungsbeschwerden, die sich nicht gegen fachgerichtliche Entscheidungen richten (vgl. § 55 Abs. 2 Satz 3 StGHG), ausnahmsweise absehen, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde (§ 55 Abs. 2 Satz 2 StGHG). Allgemeine Bedeutung hat eine Verfassungsbeschwerde, wenn über den Einzelfall hinaus Klarheit über die Rechtslage in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle geschaffen werden soll (vgl. BVerfGE 108, 370 -Juris Rn. 168). Jedoch setzt die Vorabentscheidung wegen allgemeiner Bedeutung auch voraus, dass eine vorherige fachgerichtliche Klärung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht erforderlich ist (vgl. StGH, Beschluss vom 19.8.2013 -1 VB 65/13 -, Juris Rn. 23 f.). Ein Verweis auf den Rechtsweg führt dann nicht zu schweren und unabwendbaren Nachteilen, wenn diese durch die fachgerichtliche Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes verhindert werden können. Darüber hinaus ist die Beschreitung eines fachgerichtlichen Rechtswegs dann nicht geboten, wenn dies für den Beschwerdeführer aus sonstigen Gründen unzumutbar ist, insbesondere wenn dies offensichtlich aussichtslos erscheint (vgl. StGH, Beschlüsse vom 21.6.2013 -1 VB 55/13 -und vom 19.8.2013 -1 VB 65/13 -, Juris Rn. 6 und 25). Dem Staatsgerichtshof steht nach § 55 Abs. 2 Satz 2 StGHG ein Ermessen („kann“) darüber zu, ob er eine Vorabentscheidung treffen will.

2. Der Beschwerdeführer ist ausgehend hiervon zunächst gehalten, fachgerichtliche Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen, um die geltend gemachte Verletzung seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG durch das mit § 29 Abs. 6 WG eingeführte Vorkaufsrecht beim Verkauf von Grundstücken mit Gewässerrandstreifen, insbesondere durch die sich daraus nach seiner Auffassung ergebende Grundbuchsperre im Falle des Verkaufs eines jeden Grundstücks in Baden-Württemberg, zu verhindern. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität kann nicht zugelassen werden. Soweit es um eine Ablehnung einer Grundbucheintragung geht, weil die Nichtausübung oder das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts nach § 29 Abs. 6 WG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB nicht nachgewiesen sei, kann nach § 71 GBO Beschwerde erhoben werden (vgl. Kramer, in: Hülge <Hrsg.>, BeckOK GBO, § 71 Rn. 67 ff.). Gleiches gilt für Zwischenverfügungen des Grundbuchamtes nach § 18 Abs. 1 GBO, die der Behebung eines sich mit Blick auf das Vorkaufsrecht ergebenden Hindernisses dienen, wie etwa die vom Beschwerdeführer als Anlage 1 vorgelegte Verfügung.

In diesen Verfahren sind die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Unklarheiten der angegriffenen Norm zu klären, die sich in rechtlicher und praktischer Hinsicht ergeben. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob auch dann, wenn kein Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG in Betracht kommt, weil das betreffende Grundstück keinen Gewässerrandstreifen erfasst, ein Negativzeugnis erforderlich ist.

Auch die Frage, wer ein gegebenenfalls erforderliches Negativzeugnis zu erteilen hat, ist zunächst von den Fachgerichten zu klären. Der Beschwerdeführer meint, hierfür seien die Träger der Gewässerunterhaltungslast nach § 32 WG als die potentiellen Vorkaufsberechtigten zuständig, mithin das Land, die Gemeinden oder private Eigentümer. Demgegenüber scheint das Umweltministerium -wie sich aus einem vom Beschwerdeführer vorgelegten Schreiben des Umweltministeriums vom 3. April 2014 an die Regierungspräsidien ergibt -der Meinung zu sein, dass hierfür generell die Gemeinde zuständig sei, in deren Gebiet sich ein Grundstück mit Gewässerrandstreifen befinde, wobei die Gemeinde bei Gewässern erster Ordnung von dem für die Unterhaltung zuständigen Landesbetrieb Gewässer eine Erklärung zur konkreten Nichtausübung des Vorkaufsrechts einholen könne. Hinsichtlich privater Vorkaufsberechtigter scheint das Umweltministerium nach dem genannten Schreiben davon auszugehen, dass sich hier die Frage der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht stelle, weil der private Eigentümer eines Gewässerbettis in der Regel auch der Eigentümer der Gewässerrandstreifen sei. Ob diese rechtlichen und praktischen Annahmen des Umweltministeriums zutreffen, muss von den Fachgerichten geklärt werden. Zweifel hinsichtlich der Allzuständigkeit der Gemeinde, in deren Gebiet sich das betreffende Grundstück mit Gewässerrandstreifen befindet, für die Erteilung des

Negativzeugnisses ergeben sich daraus, dass das Negativzeugnis nach § 28 Abs. 1 Satz 4 BauGB als Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts gilt und es daher möglicherweise von dem Vorkaufsberechtigten zu erteilen ist. Dies ist nicht immer die genannte Gemeinde. Zweifel bestehen auch hinsichtlich der tatsächlichen Annahme des Umweltministeriums, dass sich die Frage eines Vorkaufsrechts privater Träger der Gewässerunterhaltungslast nicht stelle. Denn es ist nicht zwingend, dass der private Eigentümer eines Gewässerbetts auch Eigentümer beider Gewässerrandstreifen ist.

Die sich an die Zuständigkeit für die Erteilung des Negativzeugnisses anschließende Frage, ob ein Anspruch auf dessen Erteilung besteht und wie dieser gerichtlich geltend gemacht werden kann, ist ebenfalls unklar und zunächst von den Fachgerichten zu klären.

Schließlich sind auch die Fragen, ob und inwieweit in einem auf eine Eintragung gerichteten Grundbuchverfahren gemäß § 29 Abs. 1 GBO Nachweise in Form von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden vorgelegt werden müssen und ob und inwieweit sonstige Nachweise zulässig sind, zunächst von den Grundbuchämtern und den Beschwerdegerichten nach § 71 ff. GBO zu klären. Dem Grundbuchamt offenkundige Eintragungsvoraussetzungen bedürfen nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO keines Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (vgl. zu praktischen Erleichterungen auch: Otto, in: Hülge BeckOK GBO, § 29 Rn. 30 ff.). Im Übrigen ist in der fachgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass das Grundbuchamt selbständig prüfen kann, ob überhaupt ein Vorkaufsrecht bestehen kann, das die Vorlage eines Negativzeugnisses erforderlich macht. Das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts kann nicht nur durch ein Negativzeugnis nachgewiesen werden (vgl. OLG München, Beschluss vom 27.11.2007 -34 Wx 107/07 -, Juris Rn. 18 f.;

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.5.2010 -I3 Wx 90/10 u.a. -, Juris Rn. 9 und 11; Hülge, in: ders., BeckOK GBO, § 20 Rn. 75). Im Hinblick darauf hat offenbar das Umweltministerium mit Schreiben vom 3. April 2014 die Regierungspräsidien und die unteren Wasserbehörden gebeten, den Notariaten, Grundbuchämtern und Gemeinden, die sich an sie wenden, uneingeschränkt die gewünschte Auskunft über die Lage und Einordnung eines Gewässers zu geben.

Soweit sich der Beschwerdeführer im Übrigen gegen die materielle Reichweite des Vorkaufsrechts in § 29 Abs. 6 WG und das Fehlen von Ausnahmen wendet, kommt ebenfalls keine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität in Betracht, weil auch insoweit die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und § 29 Abs. 6 WG möglicherweise einschränkend auszulegen ist. Nach § 29 Abs. 6 Satz 4 WG darf das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden, wenn dies zum Schutz des Gewässers erforderlich ist.

Der Eintritt von schweren und unabwendbaren Nachteilen während der Durchführung der fachgerichtlichen Verfahren kann weitgehend durch die dortige Möglichkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes verhindert werden. Dies gilt insbesondere auch für das Verfahren der Beschwerde nach § 76 GBO, bei der zur Sicherung einer Eintragung unter anderem die Eintragung einer Vormerkung angeordnet werden kann. Auch die vom Beschwerdeführer angeführten Probleme hinsichtlich der Finanzierung eines Grundstückskaufs dürften sich durch rechtliche Gestaltung lösen lassen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

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

Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-ErbVO

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat den Referentenentwurf eines *Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein* vorgelegt. Es ist davon auszugehen, dass vor Verabschiedung des Gesetzes noch einige Änderungen des Referentenentwurfes erfolgen werden. Daher soll hier nur ein kurzer Überblick über die geplanten Regelungen gegeben werden.

Die Gesetzesänderungen sollen der nationalen Umsetzung der Europäischen Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO) dienen, welche für Erbfälle ab dem 17.08.2015 anwendbar sein wird. Entsprechend soll auch die nationale Gesetzesänderung am 17.08.2015 in Kraft treten.

Die Änderungen werden hauptsächlich das Verfahrensrecht betreffen. So sieht der Entwurf die Einführung eines Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes (IntErbRVG) vor. Dieses wird allein der Umsetzung der EU-ErbVO dienen. Es soll die deutschen Verfahrensvorschriften betreffend die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Titeln, die Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen, das Aneignungsrecht bei erbenlosen Nachlässen und das Verfahren auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses enthalten.

Die Vorschriften zum Europäischen Nachlasszeugnis sind dem deutschen Erbscheinsverfahren angenähert. Einige Regelungen sind jedoch den Vorgaben der EU-ErbVO geschuldet. So haben beglaubigte Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses gemäß Art. 70 Abs. 3 EU-ErbVO eine Gültigkeitsfrist von sechs Monaten. Im geplanten IntErbRVG sind entsprechende Regelungen über die Ausstellung dieser befristeten beglaubigten Abschriften enthalten.

Zudem soll § 35 GBO entsprechend den Vorgaben der EU-ErbVO dahingehend geändert werden, dass auch ein Europäisches Nachlasszeugnis als Eintragungsgrundlage für das Grundbuch dienen kann.

Neben Änderungen des GNotKG werden auch Folgeänderungen im EGBGB vorgenommen. Art. 25 EGBGB wird aufgehoben, da sich das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht künftig nur noch aus der EU-ErbVO oder aus vorrangigen Staatsverträgen ergibt.

Der Gesetzgeber nimmt die Umsetzung der EU-ErbVO außerdem zum Anlass, Vorschriften zum Erbschein zu ändern. So werden die bisher noch im BGB enthaltenen Verfahrensvorschriften (z.B. zum Inhalt des Erbscheinsantrags oder zum gegenständlich beschränkten Erbschein) in das FamFG integriert.

Eine sinnvolle Neuerung soll außerdem in § 352 a Abs. 2 Satz 2 FamFG n.F. aufgenommen werden. Dieser sieht vor, dass die Angabe der Erbteile im Erbschein nicht erforderlich ist, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile verzichtet haben. Dies könnte insbesondere dann zu

einer Erleichterung führen, wenn die Größe der Erteile (z.B. wegen des Güterstandes oder auslegungsbedürftiger Testamente) unklar ist, die Erben sich aber ansonsten einig sind.

Europäisches Vorsorgeportal

Das neue europäische Vorsorgeportal der *Notaries of Europe* gibt auf der Homepage www.vulnerable-adults-europe.eu u. a. in deutscher Sprache Auskunft über Vorsorgevollmachten, Patientenverfügungen und Schutzmaßnahmen in 22 europäischen Ländern. Daneben finden sich dort Auskünfte über das jeweils geltende Kollisionsrecht.

Damit folgt es dem Vorbild des Erbrechtsportals (www.successions-europe.eu) und des Güterrechtsportals (www.couples-europe.eu) und bietet eine einfache Möglichkeit, sich einen kurzen Überblick über das jeweilige Recht zu verschaffen.

England und Wales: Änderungen im Familienrecht

Am 22.04.2014 sind in England und Wales wesentliche Teile des Children and Family Act 2014 in Kraft getreten. Dieses Gesetz trifft Regelungen zu verschiedenen Teilen des Kindschaffs- und Fürsorgerechts. Der Schwerpunkt liegt dabei auf einer besseren Unterstützung benachteiligter und gefährdeter Kinder. Dies wird unter anderem durch Änderungen im Umgangsrecht und im Adoptionsrecht umgesetzt. So soll die Wartezeit bis zur Adoption für Pflegeheimkinder verkürzt werden. Außerdem können Kinder künftig bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres in einer Pflegefamilie bleiben.

Des Weiteren können in England und Wales seit dem 29.03.2014 gleichgeschlechtliche Ehen geschlossen werden.

Tschechien: Reform des tschechischen Zivilrechts – Änderungen im Familienrecht

In Tschechien wurden das bisherige Bürgerliche Gesetzbuch und das Familiengesetz aufgehoben und zum 01.01.2014 durch das neue BGB, welches auch die familienrechtlichen Regelungen enthält, ersetzt. Daneben wurde auch das HGB und das IPRG umfassend geändert.

Eheschließung, registrierte Partnerschaft

Eine Eheschließung ist weiterhin nur zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts möglich, das Gesetz über die registrierte (gleichgeschlechtliche) Partnerschaft wurde nicht in das BGB aufgenommen. Eine vor einer anerkannten Kirche geschlossene Ehe ist der standesamtlichen Eheschließung gleichgestellt, wenn diese innerhalb von drei

Arbeitstagen gegenüber dem Matrikelamt nachgewiesen und dort registriert wird.

Güterstand

Gemeinsames Vermögen der Ehegatten ist, was ihnen gehört, einen Vermögenswert darstellt und nicht von ihrer Verfügungsgewalt ausgeschlossen ist (sog. „gesetzliches Regime“). Abweichende vertragliche Regelungen zwischen Verlobten und Ehegatten sind möglich (sog. „vertragliches Regime“), ebenso eine abweichende gerichtliche Bestimmung (auf einer Gerichtsentscheidung beruhendes Regime). Es besteht nun ein weiteres Regime, in dem kein gemeinsames Vermögen der Ehegatten besteht (neu geschaffene Möglichkeit der Vereinbarung der Gütertrennung).

Steht zumindest einem der Ehegatten das Recht zu, über ein Haus oder eine Wohnung zu verfügen, in dem/der sich der Haushalt der Ehegatten oder der Familie befindet, und ist dieses/diese für das Wohnen der Ehegatten oder der Familie unverzichtbar, so ist das Verfügungsrecht insoweit eingeschränkt, als er alles zu unterlassen hat, was die Nutzung des Objekts gefährden könnte (beispielsweise Veräußerung oder Belastung mit entgegenstehenden Rechten oder Vermietung).

Die Handlungen eines Ehegatten in allgemeinen Angelegenheiten der Familie verpflichten und berechtigen beide Ehegatten gemeinsam und unteilbar, sofern der nicht handelnde Ehegatte oder ein Gericht nicht gegenüber dem betreffenden Dritten widerspricht. In besonderen Angelegenheiten kann jeder Ehegatte nur sich selbst verpflichten. Nach den von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sind allgemeine Angelegenheiten alltägliche Rechtshandlungen, deren Umfang den üblichen materiellen Verhältnisse der konkreten Familie entsprechen. Im Übrigen handelt es sich um besondere Angelegenheiten.

Gesetzliches Regime:

Im gesetzlichen Güterstand ist gemeinsames Vermögen alles, was einer der Ehegatten oder beide Ehegatten während des Bestehens der Ehe erworben haben. Dazu gehören

- der Gewinn, der aus dem ausschließlichen Vermögen eines Ehegatten während des Bestehens der Ehe erzielt wurde
- während der Ehe erworbene Anteile eines Ehegatten an Handelsgesellschaften und Genossenschaften, sofern nicht eine der nachstehenden Ausnahmen vorliegt

Vom gesetzlichen Regime ausgeschlossen ist,

- was dem persönlichen Bedarf eines Ehegatten dient
- was einer der Ehegatten durch Schenkung, aufgrund eines Erbrechts oder eines Vermächtnisses erworben hat, es sei denn der Erblasser oder der Schenkende hat etwas anderes angeordnet
- was ein Ehegatte als Ersatz für einen immateriellen Schaden erhalten hat
- was ein Ehegatte aufgrund von Verfügungen über sein ausschließliches Eigentum erworben hat
- was einer der Ehegatten als Ersatz für Beschädigung, Vernichtung oder den Verlust seines ausschließlichen Eigentums erhalten hat

Die mit dem gemeinsamen Vermögen verbundenen Rechte und Pflichten betreffen beide Ehegatten gemeinsam und unteilbar. Sofern Angelegenheiten das gemeinsame Vermögen betreffen und das Alltägliche übersteigen, handeln entweder beide Ehegatten gemeinsam oder ein Ehegatte mit Zustimmung des anderen Ehegatten.

Vertragliches Regime:

Das vertragliche Regime kann

- ein Regime der getrennten Vermögen sein
- die Entstehung des gemeinsamen Vermögens zum Tag des Untergangs der Ehe begründen
- das gesetzliche Regime bezüglich des gemeinsamen Vermögens einschränken oder erweitern, es sei denn, es besteht ein gesetzliches Verbot
- Vermögensverhältnisse für den Fall des Untergangs der Ehe regeln (gelten diese Regelungen für den Fall des Todes eines Ehegatten, so wird der Vertrag in diesem Teil dann als ein Erbvertrag angesehen, falls die gesetzlichen Anforderungen an diesen erfüllt sind), oder
- regeln, welcher Ehegatte das gemeinsame Vermögen verwaltet (Zustimmungsbedürftig sind dann lediglich Rechtshandlungen, die das gemeinsame Vermögen als Ganzes oder den im gemeinsamen Vermögen befindlichen Wohnraum betreffen, in dem sich der familiäre Haushalt der Ehegatten befindet oder in dem ein in der Pflege der Ehegatten sich befindliches minderjähriges Kind aufwächst)

Der Vertrag kann durch die Ehegatten oder durch Gerichtsentscheidung geändert werden.

Gegenüber Dritten wirken Vereinbarungen erst nach Eintragung der Änderung im öffentlichen Güterstandsregister. Dieses existiert jedoch wohl noch nicht; bis zu dessen Errichtung muss der Vertrag in Form einer öffentlichen Urkunde errichtet sein.

Scheidung der Ehe

Die Ehescheidung ist lediglich durch Gerichtsentscheidung möglich. Erstmals wurde eine Definition des Getrenntlebens aufgenommen, die auch dann vorliegt, wenn die Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen, jedoch keine familiäre oder eheliche Gemeinschaft bilden und zumindest ein Ehegatte sie nicht wieder aufnehmen möchte.

Unterhaltsrecht

Das Unterhaltsrecht blieb im Wesentlichen unverändert. Es verblieb beim Grundsatz der Selbstversorgung, bei welchem Unterhaltsansprüche nur in Ausnahmefällen bestehen

- wenn der Anspruchsberechtigte bedürftig ist, d.h. sich nicht selbst versorgen kann
- diese Unfähigkeit ihren Ursprung in der Ehe hat oder mit ihr im Zusammenhang steht
- gleichzeitig der Verpflichtete leistungsfähig ist und von ihm die Zahlung gerechterweise auch verlangt werden kann und
- keine Umstände, die das Gericht bei der Zuerkennung und Bemessung eines Unterhaltsanspruchs berücksichtigen muss, entgegenstehen (bspw. Dauer der Ehe, Gründe der Erwerbslosigkeit etc.)

Adoption

Die Regelungen zur Adoption berücksichtigen künftig noch mehr die Interessen des Kindes. Eine echte Adoption (im Gegensatz zur unechten Adoption durch den Ehegatten eines Elternteils) kann ausschließlich in den Fällen erfolgen, in denen das Kind von seinen leiblichen Eltern keine ordnungsgemäße Pflege erwarten kann, da sie an dem Kind keinerlei Interesse zeigen. Ein Gericht darf sich im Normalfall nicht mehr mit der schriftlichen Zustimmung der Eltern in die Adoption begnügen, sondern muss den aktuellen Willen der leiblichen Eltern zum Zeitpunkt der Entscheidung erkunden.

BGH: Einreichung einer Gesellschafterliste durch ausländischen Notar zulässig

Am 17.12.2013 hatte der BGH die umstrittene Frage zu beantworten, ob ein ausländischer Notar eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen kann, wenn er zuvor einen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag beurkundet hat.¹

Der BGH bejahte diese Frage. Er entschied, dass das Handelsregister eine eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückweisen darf, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereicht wurde. Weiter stellte er klar, dass auch nach Inkrafttreten des MoMiG² eine nach dem GmbHG erforderliche notarielle Beurkundung durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden kann, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

Der BGH begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass das Registergericht eine Gesellschafterliste lediglich entgegennimmt, ohne deren Inhalt zu prüfen. Das Handelsregister sei eine die Liste entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle. Eine inhaltliche Prüfungspflicht bestehe dagegen nicht. Lediglich die formale Einreichungszuständigkeit der die Liste einreichenden Person könne vom Registergericht überprüft werden; sprich: ob eine der in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG genannten Personen die Liste eingereicht habe.

Im Rahmen dieser Einreichungszuständigkeit prüfte der BGH deshalb, ob ein ausländischer Notar in der Lage ist, eine Beurkundung im Sinne von § 40 Abs. 2 GmbHG vorzunehmen. Vor Inkrafttreten des MoMiG war bereits anerkannt gewesen, dass auch ein ausländischer Notar die deutschen Formvorschriften erfüllen könne, wenn seine Beurkundung der deutschen Beurkundung gleichwertig sei. Es handelt sich dabei um eine Frage der Substitution. Nach Inkrafttreten des MoMiG hatten einige Stimmen in der Literatur vertreten, dass durch die Einführung der Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG, welche zwangsläufig nur deutsche Notare treffen könne, die Substituierbarkeit der notariellen Beurkundung ausgeschlossen werden sollte. Dieser Meinung schloss sich der BGH jedoch nicht an. Auch ein ausländischer Notar kann daher eine nach deutschen Formvorschriften erforderliche Beurkundung vornehmen, wenn diese gleichwertig ist. Die Gleichwertigkeit sei zu bejahen, wenn der ausländische

Notar nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübe und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche.

Nur wenn für das Registergericht ohne Weiteres feststeht, dass der beurkundende ausländische Notar nicht gleichwertig sei, könne es eine von ihm eingereichte Gesellschafterliste zurückweisen.

OLG Frankfurt a. M.: Fremdrechtserbschein nach italienischem Recht ohne Hinweis auf drohendes Noterbrecht möglich

In einem Beschluss des OLG Frankfurt a. M.³ ging es um die Frage, wie ein Erbschein nach italienischem Recht erteilt werden kann, wenn noch eine Herabsetzungsklage zur Geltendmachung des Noterbrechts erhoben werden könnte.

Dem lag folgender – in der Praxis häufig⁴ auftretender – Fall zugrunde: Die italienische Erblasserin hinterließ ein privatschriftliches Testament, in welchem sie ihren Ehemann zum Alleinerben eingesetzt hatte. Die gemeinschaftlichen Kinder wurden damit enterbt. Der Ehemann beantragte aufgrund des Testaments die Erteilung eines Alleinerbscheins nach italienischem Recht. Die enterbte Tochter wandte sich gegen den Erbscheinsantrag und machte u.a. geltend, dass ihr Noterbrecht verletzt sei. Das Nachlassgericht forderte die Tochter daraufhin auf, die Erhebung einer Herabsetzungsklage nachzuweisen. Nachdem ein entsprechender Nachweis nicht vorgelegt wurde, gab das Nachlassgericht dem Erbscheinsantrag statt.

Die hiergegen erhobene Beschwerde der Tochter wurde zurückgewiesen.

Wie das OLG Frankfurt a. M. zutreffend feststellte, richtet sich die Erbfolge aufgrund der italienischen Staatsangehörigkeit der Erblasserin nach italienischem Recht. Dieses gewährt den Kindern ein dinglich wirkendes Noterbrecht. Das Noterbrecht wirkt jedoch nicht ipso iure, sondern muss – wenn keine Einigung mit dem Testamentserben erzielt wird – durch Herabsetzungsklage geltend gemacht werden. Bis zur erfolgreichen Erhebung der Herabsetzungsklage ist das Testament wirksam. Das Recht zur Erhebung der Herabsetzungsklage verjährt im italienischen Recht erst nach zehn Jahren. Im entschiedenen Fall hätte die Tochter daher noch einige Jahre Zeit, die Herabsetzungsklage zu erheben.

Das OLG Frankfurt a. M. musste daher die höchst umstrittene Frage beantworten, ob der Alleinerbschein für den Ehemann bereits erteilt werden kann, obwohl die Tochter noch ihr Noterbrecht durch Herabsetzungsklage geltend machen kann.

Zu dieser Frage werden in der **Literatur** folgende **Meinungen** vertreten, ohne dass bisher eine als herrschend bezeichnet werden kann:

1 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, DNotI-Report 2014, 28 f.

2 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

3 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 02.05.2013 – 20 W 260/12, ZEV 2014, 159.

4 Dieselbe Problematik ergibt sich bei allen Rechtsordnungen, die ein dinglich wirkendes Noterbrecht vorsehen, wenn dieses nicht ipso iure wirkt, sondern durch Herabsetzungsklage oder andere Maßnahmen aktiv geltend gemacht werden muss.

1. Es kann kein Alleinerbschein erteilt werden. Die Noterben sind vielmehr direkt in den Erbschein aufzunehmen, ohne dass zuvor ein Herabsetzungsurteil erfolgen muss.
2. Es kann kein Erbschein erteilt werden, solange die Frage der Noterbrechte nicht geklärt ist. Die Erteilung eines Erbscheins unter Vorbehalt der Herabsetzungsklage sei dem deutschen Recht wesensfremd.
3. Der Alleinerbschein kann erteilt werden, jedoch nur unter Vorbehalt der Erhebung der Herabsetzungsklage. Zudem ist anzugeben, welchen Verfügungsbeschränkungen der Testamentserbe nach dem jeweiligen Erbstatut ggf. unterliegt.
4. Der Alleinerbschein kann erteilt werden, jedoch sind die Rechte der Noterben vergleichbar einer (bedingten) Nacherbfolge zu vermerken.
5. Der Alleinerbschein kann uneingeschränkt erteilt werden, solange kein Herabsetzungsurteil vorliegt, bzw. wenn die Noterben sich trotz Aufforderung des Nachlassgerichts nicht über die Erhebung der Herabsetzungsklage erklären, und die Erhebung ggf. nachweisen.

Das OLG Frankfurt a. M. schließt sich der unter Ziff. 5 aufgeführten Meinung an und begründet diese mit dem Zweck des Erbscheins. Der Erbschein solle nämlich die Verfügung über den Nachlass erleichtern und damit Verkehrsinteressen dienen. Dies folge insbesondere aus dessen Richtigkeitsvermutung (§ 2365 BGB). Auch ein Vermerk analog zur Nacherbfolge sei nicht gerechtfertigt, da dieser ebenfalls die Verkehrsfähigkeit des Erbscheins einschränke. Der Noterbe sei auch nicht so schützenswert wie ein Nacherbe, da es der Noterbe selbst in der Hand habe, durch Erhebung der Herabsetzungsklage sein Recht zu realisieren. Außerdem werde dem Noterben im Rahmen des Erbscheinsverfahrens ja Gelegenheit gegeben, sich über die Geltendmachung des Noterbrechts zu äußern und ggf. die Herabsetzungsklage zu erheben.

Ob sich die vom OLG Frankfurt a. M. vertretene Ansicht durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Für das Erbscheinsverfahren und die Verkehrsfähigkeit des Erbscheins bringt diese Entscheidung eine spürbare Vereinfachung. Allerdings besteht das Risiko, dass nach späterer Erhebung der Herabsetzungsklage der Alleinerbschein wieder eingezogen werden müsste.

BGH: Anzuwendendes Unterhaltsrecht im deutsch-schweizerischen Verhältnis

In dem zu entscheidenden Fall⁵ schlossen ein deutscher Staatsangehöriger und eine schweizerische Staatsangehörige im Jahre 1990 die Ehe, regelten in einem Ehevertrag den nachehelichen Unterhalt und lebten bis zur Trennung im

Jahr 2005 gemeinsam in Deutschland. Anschließend zog die Ehefrau wieder in die Schweiz. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens verurteilte das Amtsgericht den Ehemann unter Anwendung von Art. 3 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (HUP) zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt gemäß dem Ehevertrag und in Anwendung schweizerischen Rechts, da die unterhaltsbegehrende Ehefrau seit der Trennung in der Schweiz lebt und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hiergegen wendete sich die Revision.

Nach Ansicht des BGH kommt hier deutsches Unterhaltsrecht zur Anwendung.

Es ist umstritten, ob das Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz anwendbar ist. Die Anwendung des HUP für Deutschland ergibt sich aus Art. 15 der Europäischen Unterhaltsverordnung (EuUnthVO) grundsätzlich auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten. Im Verhältnis zur Schweiz ist aber streitig, ob das HUP das Haager Unterhaltsübereinkommen 1973 (HUÜ 1973) ersetzt. Die h.M. in der Literatur stellt hier auf Art. 18 HUP ab mit der Folge, dass im Verhältnis zu den Vertragsstaaten des HUÜ 1973, für die das HUP nicht gilt (Albanien, Japan, Schweiz und Türkei), weiterhin das HUÜ 1973 anwendbar sei. Der Senat entschied hierüber jedoch nicht und stellte fest, dass es konkret auf die Beantwortung dieser Frage nicht ankomme.

Gem. Art. 5 HUP wäre deutsches Unterhaltsrecht anzuwenden gewesen, da Art. 3 HUP, der für Unterhaltspflichten das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes der berechtigten Person als maßgeblich anordne, keine Anwendung finde, wenn eine der Parteien sich dagegen wende und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen Aufenthaltes, zur betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweist. Der Antragsteller hatte sich in der Revisionsinstanz auf Art. 5 HUP berufen.

OLG Karlsruhe: Unbewegliches Vermögen eines Erblasers in der Türkei – Maßnahmen eines deutschen Nachlassgerichts nur bei internationaler Zuständigkeit möglich

Mit Beschluss vom 17.06.2013 entschied das OLG Karlsruhe⁶, dass hinsichtlich eines in der Türkei belegenen unbeweglichen Nachlasses mangels internationaler Zuständigkeit ein deutsches Nachlassgericht keine Maßnahmen (wie etwa eine Pflegschaft) anordnen kann.

Ein Landkreis hatte die Bestellung eines Pflegers für den Nachlass eines verstorbenen türkischen Staatsangehörigen beantragt, um eine Forderung auf Rückzahlung gewährter Sozialleistungen durchsetzen zu können. Im Nachlass befand sich Grundbesitz in der Türkei; die in Deutschland lebenden Erben waren ermittelt.

Der im Verhältnis zwischen der Türkei und Deutschland anzuwendende Konsularvertrag vom 28.05.1929 regelt in Nr. 12 Abs. 1 der Anlage zu Art. 20, dass bezüglich unbeweglichen Nachlasses ausschließlich die Behörden des Staates,

5 BGH, Urt. v. 26.06.2013 – XII ZR 133/11

6 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2013 – 14 Wx 84/11

in dessen Gebiet sich dieser Nachlass befindet, berechtigt und verpflichtet sind, alle Verrichtungen nach Maßgabe des Landesgesetzes wie bei Nachlässen von Angehörigen ihres eigenen Staates durchzuführen. Somit fehlt es bei einem sich in der Türkei befindlichen unbeweglichen Nachlass an der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts und kann ein Pfleger für den dortigen Grundbesitz nicht bestellt werden.

**OLG Koblenz:
Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten bezüglich liechtensteinischem Treuhandvermögen**

In einer Entscheidung des OLG Koblenz⁷ vom 05.03.2014 ging es um die Frage, ob einem Pflichtteilsberechtigten auch bzgl. liechtensteinischem Treuhandvermögen ein Auskunftsanspruch zusteht. Hierzu entschied das OLG Koblenz folgen-

des:

Behält sich ein Erblasser für eine in Liechtenstein gegründete Anstalt über Treuhandverträge mit einer eingeschalteten Beauftragten das jederzeit ausübbares Gründerrecht vor, das von der Anstalt gehaltene Vermögen in sein eigenes Vermögen zu überführen, zählt das Vermögen der Anstalt zum Nachlassvermögen des Erblassers, über welches die Erben einem Pflichtteilsberechtigten Auskunft zu erteilen haben. Entsprechendes kann – in Abhängigkeit vom jeweiligen Reglement – auch für eine Stiftung nach liechtensteinischem Recht gelten.

Der Senat ließ die Rechtsbeschwerde zu, da er die Frage, ob Stiftungen und Anstalten liechtensteinischen Rechts zum Nachlassvermögen eines Erblassers gehören, als von grundsätzlicher Bedeutung einstufte. Dem Senat ist hierbei bewusst, dass die Zuordnung auch von dem jeweiligen, individuellen Mandatsvertrag, den der Stifter oder Gründer mit der jeweiligen liechtensteinischen Beauftragten geschlossen hat, abhängig ist, wobei diese in der Praxis überwiegend von dem zentralen Gedanken getragen sind, dass dem Auftraggeber faktisch die weitere Verfügungsmöglichkeit über das Stiftungs- oder Anstaltsvermögen erhalten bleiben soll.

⁷ OLG Koblenz, Beschl. v. 05.03.2014 – 2 W 415/12

