

# 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, Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**5/2014**

Oktober

Seiten 137-164

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Ott*  
*Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung*  
..... 138

*Klump*  
Die einstweilige Anordnung zur Sicherstellung von  
Ausfertigungen des Erbscheins  
..... 145

Rechtsprechung ..... 150

Buchbesprechungen ..... 159

Aktuelles aus dem IPR (Beller/Wahl) ..... 161

### EINLADUNG

zur außerordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

**Samstag, den 28. Februar 2015, 10.00 Uhr**

in das Haus der Wirtschaft (Bertha-Benz-Saal) • Willi-Bleicher-Straße 19 • 70174 Stuttgart.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

1. Bericht des amtierenden Vorstands und Aussprache
2. Entlastung des Vorstands
3. Neuwahl des Vorstands

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Mücke, Neubert, Weeger

**Stiftung**  
des Fördervereins  
für krebskranke Kinder  
Tübingen



**Auch Sie können  
den Kindern helfen!**

## **Ein Vermächtnis für das Leben**

Der Kampf gegen Krebserkrankungen im Kindes- und Jugendalter und die Unterstützung der Betroffenen sind wichtige Aufgaben moderner Medizinforschung und klinischer Therapie. Diesen Zielen hat sich die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ seit über 10 Jahren verschrieben.

- **Wir unterstützen die Krebsforschung.**
- **Wir verbessern die personelle und sachliche Ausstattung der Uni-Kinderklinik Tübingen.**
- **Wir vermindern die psychischen und sozialen Belastungen der Kinder und ihrer Familien.**

### **Die erzielten Erfolge geben uns Recht – und vielen jungen Menschen Hoffnung!**

Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen trägt wesentlich dazu bei, dass die Kinderklinik Tübingen auf dem Gebiet der Kinderonkologie und der Knochenmarkstransplantation international eine führende Rolle einnimmt und viele neue Behandlungsansätze von Tübingen Ihren Ausgang nehmen.

Prof. Dr. med. Rupert Handgretinger,  
Direktor Universitätsklinik Tübingen

Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Erbschaften von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.

### **Hilfe gibt Hoffnung – Hoffnung ist Hilfe!**

Wenn Sie weiteren Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an.

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts. [www.stiftung-krebs.de](http://www.stiftung-krebs.de)

**Geschäftsstelle:** Frondsbergstraße 51. 72070 Tübingen . Tel. 070 71/94 68 11 . Fax 070 71/94 68 13

**Vorsitzender:** Prof. Dr. Hans-Werner Stahl . Magdeburger Straße 10/2 . 72108 Rottenburg . Tel. 074 72/2 52 75 . Fax 074 72/2 71 86

**Im Beirat:** Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

**Bankverbindung:** Volksbank Rottenburg-Herrenberg . Konto 41 59 00 000 . BLZ 603 913 10

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |   |            |
|---|------------|
| <b>1. Dr. Steffen Ott, Notar, Tauberbischofsheim</b>                            | <b>138</b> |
| Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung                                   |            |
| <b>2. Christian Klumpp, Notarvertreter, Freudenstadt</b>                        | <b>145</b> |
| Die einstweilige Anordnung zur Sicherstellung von Ausfertigungen des Erbscheins |            |

## Rechtsprechung

- |  |            |
|--|------------|
| <b>1. Kostenrecht</b>  | <b>150</b> |
| <b>OLG Stuttgart, 17.09.2014, 8 W 333/14</b>   |            |
| Analoge Anwendung des KV 14141 bei Abtretung einer Gesamtgrundschuld<br>(mit Anmerkung Stefan Mattes, Notarvertreter, Stuttgart) |            |
| <b>2. Grundbuchrecht</b>   |            |
| <b>OLG Karlsruhe, 23.10.2012, 14 Wx 7/11</b>   |            |
| Unzulässigkeit einer Zwischenverfügung wegen des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts  |            |
| <b>3. Verfahrensrecht</b>  |            |
| <b>OLG Köln, 27.6.2014, 2 Wx 170/14</b>  |            |
| Zur Verweisung nach § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG  |            |
| <b>4. Erbrecht</b>   |            |
| <b>OLG München, 29.7.2014, 31 Wx 273/13</b>  |            |
| Zu Einzelfragen der Erbscheinserteilung aufgrund Gläubigerantrags u.a.   |            |

## Buchbesprechungen

- |  |            |
|--|------------|
| Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Böhringer)                 | <b>159</b> |
| Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg (Kraft) |            |

## Aktuelles aus dem IPR (Beller/Wahl)

**161**

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Emil-Schuler-Platz 1, 70435 Stuttgart (Tel. 0711/98792710), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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

## Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung

(von Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Tauberbischofsheim)

### 1. Vorbemerkung

Bereits im Jahr 1995 hat *Frenz*<sup>1</sup> in seinem Aufsatz über familienrechtliche Anordnungen beklagt, dass diese in der Praxis ein „unverdientes Schattendasein“ führen. Hieran hat sich seitdem wenig geändert. Nicht nur in eigenhändig verfassten Verfügungen von Todes wegen, sondern auch in notariell Errichteten stellt es eher die Ausnahme dar, wenn man auf eine Regelung über die Benennung eines Vormunds trifft. Die geringe Verbreitung und das zurückhaltende Gebrauchmachen von dem durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Instrument der Vormundbenennung entspricht nicht der Bedeutung, welche diesem Thema für Eltern mit minderjährigen Kindern zukommt. Spricht man die Frage nach einem geeigneten Vormund im Termin an, so widmen die beteiligten Eltern dieser Thematik nicht selten sogar mehr Aufmerksamkeit als der Frage, wie die Verteilung ihres Vermögens nach ihrem Ableben erfolgen soll. Insbesondere dann, wenn den Beteiligten vor Augen geführt wird, dass nach ihrem Ableben vom Familiengericht eine Person zum Vormund ihrer minderjährigen Kinder bestellt werden könnte, welche die Eltern keinesfalls als geeigneten oder zumindest gewünschten Vormund ansehen würden, hat man die ungeteilte Aufmerksamkeit der Eltern. Im Rahmen dieser Abhandlung soll daher auf die Möglichkeiten eingegangen werden, welche das Gesetz den Eltern von minderjährigen Kindern bezogen auf die Benennung eines Vormunds einräumt.

### 2. Benennungsrecht der Eltern

Das den Eltern in §§ 1776, 1777 BGB gewährte Recht zur Benennung eines Vormunds für ihr Kind ist Ausfluss des natürlichen Elternrechts. Hierdurch können die Eltern über ihren eigenen Tod hinaus Einfluss auf die Erziehung ihres Kindes nehmen.<sup>2</sup> Das Benennungsrecht kann von den Eltern gemeinsam ausgeübt werden, notwendig ist die gemeinsame Ausübung jedoch nicht. Vielmehr kann jeder Elternteil, wie sich der Vorschrift des § 1776 Abs. 2 BGB entnehmen lässt, die Benennung eines Vormunds auch alleine vornehmen. Eine wirksame Benennung setzt voraus, dass dem Benennenden sowohl die Sorge für die Person als auch für das Vermögen des Kindes zusteht (§ 1777 Abs. 1 BGB). Nach h.M. genügt es allerdings nicht, dass der Benennende die tatsächliche Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes inne hat, sondern das Benennungsrecht ist darüber hinaus davon abhängig, dass dem Benennenden auch das Recht zur Vertretung des Kindes zusteht.<sup>3</sup> Dem ist, obwohl diese Voraussetzung nicht ausdrücklich im Wortlaut des § 1777 Abs. 1 BGB angelegt ist, zuzustimmen. Nach § 1626 Abs. 1 BGB umfasst die elterliche Sorge sowohl die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) als auch für das Vermö-

gen des Kindes (Vermögenssorge). Nach § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst die elterliche Sorge des Weiteren auch die Vertretung des Kindes. Dies gebietet – zur Vermeidung von Widersprüchen – die Voraussetzungen des Rechts zur Benennung eines Vormunds nach § 1777 Abs. 1 BGB im Lichte des Begriffs der elterlichen Sorge auszulegen, welche nach § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich auch das Recht zur Vertretung des Kindes umfasst. Es wäre schließlich in sich widersprüchlich, wenn ein Elternteil, dem zu Lebzeiten kein Recht zur Vertretung des Kindes zusteht, darüber entscheiden könnte, wer nach seinem Tod in Funktion als von diesem Elternteil benannter Vormund die Vertretung des Kindes vornehmen könnte.<sup>4</sup> Dieser Elternteil könnte dann über das Benennungsrecht einem anderen (dem von ihm benannten Vormund) Befugnisse verleihen, welche ihm selbst gar nicht zustünden. Es ist daher im Ergebnis zu verlangen, dass dem Benennenden zur wirksamen Ausübung des Benennungsrechts auch die Vertretungsbefugnis für das Kind zusteht.

Der maßgebliche Zeitpunkt, in welchem dem Elternteil das Benennungsrecht zustehen muss, ist ausschließlich der Zeitpunkt des Todes des die Anordnung treffenden Elternteils. Es ist nicht erforderlich, dass dem Elternteil auch (bereits) zum Zeitpunkt der Benennung das Sorgerecht zugestanden hat. Eine wirksame Vormundbenennung ist demnach auch dann zu bejahen, wenn dem Benennenden zwar zur Zeit der Benennung die elterliche Sorge fehlt, sie ihm aber – etwa infolge einer gerichtlichen Übertragung nach § 1671 Abs. 2 BGB – zur Zeit seines Todes (wieder) zusteht.<sup>6</sup> Nicht benennungsberechtigt sind die Eltern, soweit die elterliche Sorge zur Zeit ihres Todes ruht oder entzogen wurde. Steht demnach nur einem Elternteil die elterliche Sorge zu, so ist auch nur dieser zur wirksamen Benennung eines Vormunds berechtigt.<sup>7</sup> Das Fehlen oder die Beschränkung der Personensorge oder der Vermögenssorge einschließlich des Vertretungsrechts lediglich in einzelnen Beziehungen, steht einer wirksamen Benennung grundsätzlich nicht entgegen.<sup>8</sup> Sind hingegen beide El-

1 *Frenz, Familienrechtliche Anordnungen, DNotZ 1995, 908.*

2 *Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 4.*

3 *Jauernig/Berger/Mansel, Kommentar zum BGB, 15. Auflage 2014, Anmerkungen zu §§ 1776-1778 Rdnr. 3; BeckOK/Bettin, BGB, § 1777 Rdnr. 2; Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1777 Rdnr. 6; Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1777 Rdnr. 6.*

4 *Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1777 Rdnr. 6.*

5 *Eine Ausnahme hiervon macht die Vorschrift des § 1776 Abs. 3 BGB. Hiernach kann der Vater für ein Kind, das erst nach seinem Tod geboren wird, einen Vormund benennen, wenn er dazu berechtigt sein würde, falls das Kind vor seinem Tod geboren wäre. Die Vorschrift gilt in entsprechender Anwendung auch für die Mutter, vgl. Jauernig/Berger/Mansel, Kommentar zum BGB, 15. Auflage 2014, Anmerkungen zu §§ 1776-1778 Rdnr. 3.*

6 *Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 6.*

7 *Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 7.*

8 *Vgl. zum Fehlen von Bestandteilen der elterlichen Sorge im Einzelnen Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1777 Rdnr. 7ff; Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1777 Rdnr. 4.*

ternteile zur Benennung berechtigt, macht aber nur einer von ihnen von seinem Benennungsrecht Gebrauch, so ist dessen Vormundbenennung maßgebend. Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so hat dies grundsätzlich keinen Einfluss auf das Benennungsrecht.<sup>9</sup> Getrennt lebende Eltern, die das gemeinsame Sorgerecht haben, können demnach sowohl gemeinsam einen Vormund benennen aber auch jeder Elternteil ist allein zur Benennung eines Vormunds befugt.

In der Beurkundungssituation ist seitens des Notars von dem (oder den) Beteiligten zunächst zu erfragen, in welchem Umfang dem Verfügenden die elterliche Sorge zusteht. Der Notar kann und darf sich dabei auf die Angaben des Beteiligten verlassen, eine Pflicht zur Überprüfung ob bzw. in welchem Umfang das Sorgerecht tatsächlich dem Beteiligten zusteht, besteht nicht. Steht dem Beteiligten nach seinen Angaben die elterliche Sorge allein oder zumindest gemeinsam mit dem anderen Elternteil zu, so sollte dies entsprechend in der Niederschrift vermerkt werden. Steht dem Beteiligten das Sorgerecht nach seinen Angaben nicht zu, so besteht kein Grund von einer Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung abzusehen, da es schließlich für die Wirksamkeit der Benennung nicht auf den Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung, sondern auf den Zeitpunkt des Todes des Elternteils ankommt. Es empfiehlt sich in diesem Fall aber eine entsprechende Belehrung in der Niederschrift zu dokumentieren.

## 2.1 Widerruflichkeit der Vormundbenennung

Die Benennung eines Vormunds ist jederzeit widerruflich und zwar unabhängig davon, ob die Benennung von einem Elternteil allein oder von beiden Elternteilen gemeinsam vorgenommen wurde. Ein Elternteil kann somit auch nach einer gemeinsamen Benennung durch eine neue letztwillige Verfügung einseitig eine andere Person als Vormund benennen.<sup>10</sup> Eine Bindung an die einmal getroffene Benennung kann auch nicht in einem Erbvertrag oder in einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testament herbeigeführt werden, da nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig bzw. wechselbezüglich getroffen werden können, nicht aber die Benennung eines Vormunds (vgl. §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB). Ein Elternteil kann sich auch nicht gegenüber dem anderen Elternteil verpflichten, eine gemeinsam getroffene Benennung nicht mehr zu ändern. Eine solche Vereinbarung wäre unwirksam, weil auf das Benennungsrecht nicht verzichtet werden kann.<sup>11</sup>

## 2.2 Unterschiedliche Vormundbenennungen durch die Eltern

Haben der Vater und die Mutter verschiedene Personen als Vormünder benannt, so bestimmt § 1776 Abs. 2 BGB, dass in einem solchen Fall von sich widersprechenden Anordnungen die Benennung durch den zuletzt verstorbenen Eltern-

teil maßgeblich ist. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass der Gesetzgeber die Meinung desjenigen Elternteils ausschlaggebend sein lassen wollte, der zeitlich der Vormundschaft am nächsten war und zwar unabhängig davon, wann dieser Elternteil die Benennung vorgenommen hat.<sup>12</sup> Es kommt somit nicht darauf an, welcher Elternteil zuletzt eine Vormundbenennung vorgenommen hat, sondern darauf, welcher Elternteil zuletzt verstorben ist; nur dessen Anordnung ist maßgebend. Die Bestimmung des Letztversterbenden ist somit auch dann entscheidend, wenn sie zeitlich früher als die des vorverstorbenen Elternteils getroffen wurde.<sup>13</sup>

## 2.3 Form der Vormundbenennung

Nach § 1777 Abs. 3 BGB wird der Vormund durch letztwillige Verfügung benannt. Eine Vormundbenennung kann somit in einem Testament, aber auch als einseitige Verfügung in einem Erbvertrag vorgenommen werden. Möglich ist auch, dass Ehegatten eine Benennung in einem gemeinschaftlichen Testament vornehmen. Für die Errichtung, die Anfechtung und die Aufhebung der letztwilligen Verfügung gelten die allgemeinen Regeln.<sup>14</sup>

Fraglich ist, ob auch eine isolierte Vormundbenennung möglich ist, d.h. eine Benennung eines Vormunds durch letztwillige Verfügung, ohne dass weitere Anordnungen (wie etwa Erbeinsetzungen, Vermächtnisanordnungen) getroffen werden. Diese Frage wird nicht nur dann praktisch relevant, wenn ein Elternteil außer einer Vormundbenennung keine weiteren erbrechtlichen Verfügungen treffen möchte, weil er es schlicht bei der gesetzlichen Erbfolge belassen will, sondern auch dann, wenn ein Elternteil (oder beide Elternteile gemeinsam) bereits eine letztwillige Verfügung errichtet hat, in dieser aber noch keine Vormundbenennung vorgenommen wurde, welche nunmehr nachgeholt werden soll. Nach hier vertretener Auffassung ist eine isolierte Benennung zulässig. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 1777 Abs. 3 BGB, wonach der Vormund „durch“ und nicht etwa „in einer“ letztwilligen Verfügung benannt wird. Desweiteren wäre das Verlangen nach weiteren erbrechtlichen Verfügungen auch nicht mit dem durch die Verfassung garantierten Grundsatz der Testierfreiheit, welcher Bestandteil der Erbrechtsgarantie (Art. 14 GG) ist,<sup>15</sup> in Einklang zu bringen. Hiernach kann niemand gezwungen werden, erbrechtliche Verfügungen zu treffen. Die Nichtzulassung einer isolierten Vormundbenennung würde im Ergebnis aber genau eine solche, mit der durch die Verfassung gewährleisteten Erbrechtsgarantie nicht verein-

9 Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1777 Rdnr. 11; Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1777 Rdnr. 5.

10 Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 4. Auflage 2011, § 15 RN 323; BeckOK/Bettin, BGB, § 1776 Rdnr. 3; Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1776 Rdnr. 5.

11 Erman/Saar, BGB, 13. Auflage 2011, § 1776 Rdnr. 1.

12 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1776 Rdnr. 6.

13 BeckOK/Bettin, BGB, § 1776 Rdnr. 3; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 4. Auflage 2011, § 15 RN 323. Zur umstrittenen Frage der Behandlung sich widersprechender Anordnungen, wenn beide Elternteile gleichzeitig versterben sollten, vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 13.

14 Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1777 Rdnr. 20.

15 Palandt/Weidlich, BGB, 72. Auflage 2013, § 1937 Rdnr. 3.

bare, Zwangssituation hervorrufen, wie sich an dem obigen Beispiel zeigt, in dem es ein Elternteil, abgesehen von der intendierten Vormundbenennung, im Übrigen bei der gesetzlichen Erbfolge belassen will.<sup>16</sup>

### 3. Der benannte Vormund

Die wirksame Benennung einer Person zum Vormund hat grundsätzlich zur Folge, dass das Familiengericht diese Person zum Vormund bestellen muss, es sei denn, es liegt ein Hinderungsgrund nach §§ 1780, 1781, 1784 BGB (wobei es sich bei §§ 1781, 1784 BGB lediglich um Sollvorschriften handelt) oder einer der in § 1778 BGB genannten Übergangsgründe vor. Ausgeschlossen ist auch, das Jugendamt zum Vormund zu benennen (§ 1791b Abs. 1 Satz 2 BGB).

#### 3.1 Ersatzbenennung

Aus Sicht der von den Eltern benannten Person besteht keine Verpflichtung, die Vormundschaft zu übernehmen. Eine Pflicht zur Übernahme besteht gemäß § 1785 BGB lediglich dann, wenn der Benannte, der die Übernahme der Vormundschaft aufgrund der Benennung durch die Eltern abgelehnt hat, nunmehr durch das Familiengericht gemäß § 1779 Abs. 1 BGB ausgewählt und zum Vormund bestellt wird.<sup>17</sup> Dies dürfte in der Praxis der Familiengerichte jedoch die Ausnahme sein, da die „zwangsweise“ Bestellung einer Person zum Vormund, welche die Übernahme zunächst abgelehnt hat, kaum im Interesse des Mündels liegt (vgl. auch § 1778 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

Vor dem Hintergrund der fehlenden Verpflichtung zur Übernahme der Vormundschaft empfiehlt sich für die Praxis grundsätzlich, ersatzweise (für den Fall, dass der zuvorderst Benannte die Übernahme ablehnt) mindestens eine weitere Person zum Vormund zu benennen. Dies ist zulässig<sup>18</sup> und verringert das Risiko, dass seitens des Familiengerichts eine Person zum Vormund bestellt wird, mit welcher die Eltern nicht einverstanden gewesen wären. Desweiteren sollte vor Errichtung der letztwilligen Verfügung den Beteiligten geraten werden, dass diese den von ihnen ins Auge gefassten Vormund über ihre Absicht der Benennung informieren und dessen Bereitschaft zur Übernahme erfragen.

#### 3.2 Benennung mehrerer Vormünder

Nach § 1775 BGB kann das Familiengericht ein Ehepaar gemeinschaftlich zu Vormündern bestellen. Im Übrigen soll das Familiengericht, sofern nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorliegen, für den Mündel und, wenn Geschwister zu bevormunden sind, für alle Mündel nur einen Vormund bestellen. Das Gesetz sieht somit als Regelform die sog. einfache Vormundschaft an, mithin die Führung der Vormundschaft durch nur einen Vormund. Dies erklärt sich daraus, dass die Stellung eines Vormunds als elternähnlich begriffen wird; wie jedes Kind nur ein Elternpaar hat, so soll grundsätzlich auch jeder Mündel nur einen Vormund haben.<sup>19</sup> Die Intention des Gesetzgebers, die Vormundschaft

dem Eltern-Kind-Verhältnis anzunähern und damit auch die elterliche Stellung des Vormunds zu stärken, erklärt die in § 1775 Satz 1 BGB statuierte Ausnahme für Ehepaare. Die Bestellung von Ehegatten zu Mitvormündern wird dem Familiengericht allerdings nicht für den Regelfall vorgeschrieben, sondern in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt.<sup>20</sup> Soll von der Regelform der einfachen Vormundschaft abgewichen und mehreren Personen die Vormundschaft übertragen werden, so bedingt dies – ausgenommen bei der Bestellung von Ehegatten – immer das Vorliegen von „besonderen Gründen“ für die Mitvormundschaft.

Da das Familiengericht nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob ausnahmsweise eine Mitvormundschaft anzuordnen ist, wird insoweit auch der Benennungsbefugnis der Eltern Grenzen gesetzt. Bestimmen die Eltern durch letztwillige Verfügung ausdrücklich Mitvormundschaft, so ist zwar die Anordnung hinsichtlich der Verteilung der Geschäfte unter den Mitvormündern und der Regelung von Meinungsverschiedenheiten vom Familiengericht zu befolgen, sofern nicht die Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde (§ 1797 Abs. 3 BGB). Keine Bindung des Familiengerichts besteht allerdings hinsichtlich der Grundfrage, ob überhaupt eine Mitvormundschaft anzuordnen ist.<sup>21</sup>

Besonderes Augenmerk verdient in diesem Zusammenhang die Vormundschaft bei Geschwistern. Denn nicht selten wird bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung der Wunsch der Eltern an den Notar herangetragen, dass doch bitte etwa die jeweilige Patentante oder der jeweilige Patenonkel als Vormund für das jeweilige Kind benannt werden soll. § 1775 Satz 2 BGB schreibt die Bestellung eines Vormunds für alle Geschwister als Regel vor. Auch bei Geschwistern bedarf es somit des Vorliegens besonderer Gründe, um die Bestellung unterschiedlicher Vormünder für die einzelnen Geschwister zu rechtfertigen. Ist für ein Geschwister ein Ehepaar zu Mitvormündern bestellt (wofür es nicht des Vorliegens besonderer Gründe bedarf), so ist dieses Ehepaar folglich im Regelfall auch für die anderen Geschwister gemeinschaftlich zu Mitvormündern zu bestellen.<sup>22</sup> Da das Familiengericht im Rahmen des § 1775 BGB nicht an die Benennung durch die Eltern gebunden ist, empfiehlt sich für die Praxis, dass in der letztwilligen Verfügung seitens der Benennenden die besonderen Gründe dargelegt werden, weshalb aus ihrer Sicht die Anordnung unterschiedlicher Vormünder für die einzelnen Geschwister ausnahmsweise als erforderlich angesehen wird. Als solche besonderen Gründe werden z.B. Schwierigkeiten bei der Vermögensverwaltung oder ein dauernder Interessenstreit zwischen den Mündeln angesehen.<sup>23</sup>

16 Im Ergebnis ebenso für die Zulässigkeit einer isolierten Vormundbenennung, DNotI-Gutachten Nr. 53639 vom 13.10.2004; Müller, ZEV 2012, 298, 300.

17 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1776 Rdnr. 3.

18 Erman/Saar, BGB, 13. Auflage 2011, § 1776 Rdnr. 1.

19 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1775 Rdnr. 4; Erman/Saar, BGB, 13. Auflage 2011, § 1775 Rdnr. 1.

20 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1775 Rdnr. 7; Palandt/Götz, BGB, 72. Auflage 2013, § 1775 Rdnr. 1; Erman/Saar, BGB, 13. Auflage 2011, § 1775 Rdnr. 2.

21 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1775 Rdnr. 5; Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 9.

22 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1775 Rdnr. 2.

Darüber hinaus ist angeraten, dass für den Fall, in dem das Familiengericht eine Bestellung unterschiedlicher Vormünder für die einzelnen Geschwister nicht anordnen sollte, z.B. eine der von den Eltern benannten Personen als zuvorderst zu bestellender Vormund benannt wird und ersatzweise, für den Fall, dass der zuvorderst Benannte die Vormundschaft nicht übernimmt oder übernehmen kann, die andere Person als (Ersatz-)Vormund benannt wird.

### 3.3 Bedingte/befristete Benennung

Die Benennung eines Vormunds kann auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen.<sup>24</sup> Gerade wenn ein großer Altersunterschied zwischen Geschwistern besteht, ist es hin und wieder der Wille der Eltern, dass das bereits volljährige Kind zum Vormund für das oder die noch minderjährige(n) Kind(er) bestellt werden soll. Auch wenn dies (insbesondere im Falle des Bestehens einer – künftigen – Erbengemeinschaft zwischen den Kindern) mit Blick auf die wirtschaftliche und rechtliche (vgl. §§ 1795, 181 BGB) Interessenkollision nicht als zweckmäßig anzusehen ist, zumindest wenn keine flankierende Testamentsvollstreckung<sup>25</sup> angeordnet wurde, so stehen die gesetzlichen Vorschriften über die Vormundbenennung dem Willen der Eltern nicht entgegen. Aus kautelarjuristischer Sicht wird der Fall anspruchsvoller, wenn das als Vormund anvisierte Kind erst beim Eintritt bestimmter Umstände (z.B. erst wenn er seine Ausbildung abgeschlossen hat) oder erst ab einem bestimmten Alter (z.B. erst wenn er das 21. Lebensjahr vollendet hat) die Vormundschaft übernehmen soll. In derartigen Fällen sollte bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung genau formuliert werden, ob die Bestellung zum Vormund „nur dann“ vorgenommen werden soll, wenn die Bedingung in dem Zeitpunkt, in dem die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, eingetreten ist oder ob die Bestellung zum Vormund „erst dann“ erfolgen soll, wenn die Bedingung eingetreten ist. Der Unterschied liegt darin, dass im ersten Fall die Bestellung zum Vormund endgültig ausscheidet, wenn die festgelegte Bedingung in dem Zeitpunkt, in dem die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, noch nicht erfüllt ist (z.B. das als Vormund vorgesehene Kind hat zum Zeitpunkt des Todes beider Elternteile sein Mathematikstudium noch nicht abgeschlossen). Im zweiten Fall scheidet die Bestellung zum Vormund lediglich vorübergehend aus. Sobald die Bedingung erfüllt ist, hat das Familiengericht den benannten Vormund auf seinen Antrag hin anstelle des bisherigen Vormunds zu bestellen (z.B. das als Vormund vorgesehene Kind hat ein Jahr nach dem Tod beider Elternteile sein Mathematikstudium abgeschlossen und ist nunmehr auch bereit die Vormundschaft zu übernehmen). Dies ergibt sich aus § 1778 Abs. 2 BGB, der auch bei bedingten und befristeten Benennungen Anwendung findet.<sup>26</sup>

## 4. Die befreite Vormundschaft (§§ 1852 ff. BGB)

Der Vormund unterliegt nach dem Gesetz einer Reihe von Beschränkungen, die zuvorderst dem Schutz des Mündels dienen. Die §§ 1852 ff. BGB eröffnen den Eltern in diesem

Zusammenhang die Möglichkeit, dem von ihnen benannten Vormund von bestimmten Beschränkungen Befreiung zu erteilen, z.B. ihn von der Pflicht zu entbinden, während der Dauer der von ihm geführten Vormundschaft Rechnung zu legen (vgl. § 1854 Abs. 1 BGB). Erforderlich für die Befreiung des Vormunds ist in jedem Fall, dass die Befreiung durch letztwillige Verfügung angeordnet wird (§ 1856 BGB). Hiervon sollte in der Praxis auch regelmäßig Gebrauch gemacht werden. Da es sich bei den benannten Vormündern in aller Regel um Personen handeln wird, welche als juristische Laien die sie beschränkenden gesetzlichen Vorschriften als übertriebene Förmerei und Bürde ansehen werden, sollten diese weitestgehend hiervon entlastet sein. Dies fördert auch die Bereitschaft zur Übernahme der Vormundschaft.

## 5. Das Verhältnis des Benennungsrechts zu § 1680 BGB

Insbesondere bei getrennt lebenden Elternteilen, deren Verhältnis untereinander zerrüttet ist, wird bisweilen im Rahmen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung der Wunsch an den Notar herangetragen, dass im Falle des Vorversterbens des letztwillig verfügenden Elternteils, bei dem das Kind lebt, gerade nicht der überlebende Elternteil Vormund des Kindes sein soll, sondern eine andere Person (z.B. der neue Lebensgefährte oder Verwandte des Verfügenden). Hier stellt sich mit Blick auf die Vorschrift des § 1680 BGB die Frage, ob dies überhaupt möglich ist.

Nach § 1680 Abs. 1 BGB steht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu, wenn die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zustand und ein Elternteil gestorben ist. Ist ein Elternteil, dem die elterliche Sorge gemäß § 1626a Abs. 3 BGB oder § 1671 BGB allein zustand, gestorben, so hat nach § 1680 Abs. 2 BGB das Familiengericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Bezüglich der Frage, in welchem Verhältnis das Benennungsrecht der Eltern zu § 1680 BGB steht, ist zwischen der Vorschrift des § 1680 Abs. 1 BGB und der Vorschrift des § 1680 Abs. 2 BGB zu differenzieren.

Stand die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zu und ist ein Elternteil verstorben, so steht nach § 1680 Abs. 1 BGB dem überlebenden Elternteil das alleinige Sorgerecht bereits kraft Gesetzes zu. Das Sorgerecht geht in diesem Fall – entsprechend dem eindeutigen Wortlaut der Regelung („so steht [...] zu“) – automatisch, ohne dass es einer Übertragung durch das Familiengericht bedürfte, auf den überlebenden Elternteil über. In dieser Konstellation des Vorversterbens eines gemeinsam sorgeberechtigten Elternteils bestimmt bereits das Gesetz das Verhältnis des Benennungsrechts zu

23 Palandt/Götz, BGB, 72. Auflage 2013, § 1775 Rdnr. 1.

24 Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1776 Rdnr. 10; Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1776 Rdnr. 9.

25 Zur, in der Regel sinnvollen, Kombination der Vormundbenennung mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung vgl. Kirchner, Vormundschaft und Testamentsvollstreckung im Elterntestament, MittBayNot 1997, 203.

26 Erman/Saar, BGB, 13. Auflage 2011, § 1778 Rdnr. 3; Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1777 Rdnr. 22.

§ 1680 Abs. 1 BGB. Denn nach § 1773 Abs. 1 BGB erhält ein Minderjähriger nur dann einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht, was gemäß § 1680 Abs. 1 BGB gerade nicht der Fall ist, da dem überlebenden Elternteil das alleinige Sorgerecht kraft Gesetzes zugefallen ist. Die Benennung einer anderen Person als den überlebenden Elternteil kommt somit nicht zum Tragen. § 1680 Abs. 1 BGB geht dem Benennungsrecht vor.

Anders könnte sich hingegen das Verhältnis des § 1680 Abs. 2 BGB zum Benennungsrecht darstellen, denn hier ist dem Gesetz keine ausdrückliche Regelung zu entnehmen. Im Unterschied zu § 1680 Abs. 1 BGB geht im Falle des Absatzes 2 der Vorschrift das Sorgerecht nicht kraft Gesetzes auf den überlebenden Elternteil über, sondern das Familiengericht hat diesem das Sorgerecht vielmehr zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Es bedarf somit zunächst einer Entscheidung des zuständigen Familiengerichts, damit dem überlebenden Elternteil das Sorgerecht über das Kind zusteht. Betrachtet man sich die Regelung des § 1680 Abs. 2 BGB sowie die Vorschriften über die Vormundbenennung, so sind diese von ihrem Wortlaut her jeweils als zwingend formuliert. Auf der einen Seite „hat das Familiengericht [das Sorgerecht] zu übertragen“, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht (§ 1680 Abs. 2 BGB). Auf der anderen Seite bestimmt § 1776 Abs. 1 BGB, dass zum Vormund berufen „ist“, wer von den Eltern des Mündels als Vormund benannt wurde. Weiter darf der benannte Vormund grundsätzlich nur übergangen werden, wenn einer der in § 1778 BGB genannten Tatbestände vorliegt. Vor dem Hintergrund, dass § 1680 Abs. 2 BGB nicht als Übergangsgrund in § 1778 BGB genannt ist, könnte man den Schluss ziehen, dass das Benennungsrecht – zumindest grundsätzlich – der Übertragung der elterlichen Sorge auf den überlebenden Elternteil nach § 1680 Abs. 2 BGB vorgeht. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Vorschrift des § 1680 Abs. 2 BGB ist zu entnehmen, dass dem überlebenden Elternteil nur in einem Fall die elterliche Sorge nicht zu übertragen ist, nämlich nur dann, wenn dies dem Wohl des Kindes widerspricht. Nach dem Wortlaut ist lediglich eine Negativkontrolle durch das Familiengericht vorgesehen. Würde man die Vorschriften über die Vormundbenennung als grundsätzlich vorrangig betrachten, so käme hingegen eine Übertragung des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil – sofern kein anderer Übergangsgrund, z.B. Widerspruch des über 14-jährigen Mündels vorliegt – nur dann in Betracht, wenn – in diesem Fall positiv – festgestellt würde, dass die Bestellung der benannten Person zum Vormund das Wohl des Mündels gefährden würde (vgl. § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Dies würde der Intention des Gesetzgebers, der hinsichtlich des überlebenden Elternteils gerade nicht (mehr) eine positive Prüfung, sondern lediglich eine Negativkontrolle vorsieht, zuwiderlaufen. Weiter spricht die systematische Stellung des § 1680 Abs. 2 BGB, der im BGB vor den Vorschriften über die Vormundbenennung steht, für einen grundsätzlichen Vorrang des § 1680 Abs. 2 BGB vor dem Benennungsrecht des verstorbenen Elternteils. Auch im Lichte einer verfassungskonformen Betrachtung ist von einem Vorrang des § 1680 Abs. 2 BGB auszugehen, denn nach Art. 6 Abs. 2 GG ist die Pflege und die Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern. Die Bestellung einer benannten Person zum Vormund kann somit nur dann in

Betracht kommen, wenn kein Elternteil vorhanden ist, dem die elterliche Sorge übertragen werden kann, etwa weil dies dem Wohl des Kindes widersprechen würde.<sup>27</sup>

Im Rahmen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung kommt die Benennung einer vom anderen Elternteil verschiedenen Person zum Vormund somit im Ergebnis nur dann zum Tragen, wenn eine Übertragung des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil ausscheidet, etwa weil dies dem Wohl des Kindes widersprechen würde. Steht dem letztwillig Verfügenden das alleinige Sorgerecht zu, so empfiehlt es sich, dass der Benennende Gründe in der letztwilligen Verfügung angibt, weshalb aus seiner Sicht eine Übertragung des Sorgerechts auf den überlebenden Elternteil ausscheidet. Das Familiengericht ist selbstredend hieran nicht gebunden, sondern entscheidet nur gegen den überlebenden Elternteil, wenn eine Übertragung des Sorgerechts tatsächlich dem Wohl des Kindes widerspricht. Flankierend besteht für den letztwillig verfügenden Elternteil die Möglichkeit, in der letztwilligen Verfügung Umstände darzulegen, die aus seiner Sicht für eine Verbleibensanordnung im Sinne des § 1682 BGB sprechen. Hiernach kann das Familiengericht von Amts wegen oder auf Antrag unter den dort bestimmten Voraussetzungen anordnen, dass das Kind bei einer Bezugsperson verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde.<sup>28</sup>

## 6. Negative Vormundbenennung

Die Befugnis der Eltern zur Bestimmung eines Vormunds nach ihrem Tod äußert sich nicht nur in einem Recht zur positiven Benennung eines Vormunds für das Kind, sondern vielmehr haben die Eltern auch die Möglichkeit negativ festzulegen, wer nicht zum Vormund bestellt werden soll (§ 1782 BGB). Auch das Recht, bestimmte Personen von der Vormundschaft auszuschließen, ist Ausfluss der elterlichen Sorge.<sup>29</sup>

Das negative Benennungsrecht verhält sich im Wesentlichen spiegelbildlich zur Vormundbenennung nach §§ 1776, 1777 BGB. Den Ausschluss bestimmter Personen können die Eltern gemeinsam aber auch jeder Elternteil alleine vornehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass dem ausschließenden Elternteil zum Zeitpunkt seines Todes die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, einschließlich des Vertretungsrechts, zusteht. Auch im Rahmen der Ausschließung kommt es somit lediglich auf die Befugnis zur Zeit des Todes und nicht auf die Befugnis zum Zeitpunkt der Verfügung an. Haben die Eltern einander widersprechende Anordnungen getroffen, so gilt nach § 1782 Abs. 1 Satz 2 BGB die Anordnung des zuletzt verstorbenen Elternteils. Beim Ausschluss bestimmter Personen von der Vormundschaft liegt ein Wi-

27 DNotI-Report 23/2008, S. 180f.; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Auflage, § 1773 Rdnr. 6; Palandt/Götz, BGB, 72. Auflage 2013, § 1680 Rdnr. 2; Müller, ZEV 2012, 298, 299.

28 Auf die Möglichkeit der Beschränkung der Vermögenssorge des überlebenden Elternteils durch familienrechtliche Anordnung (vgl. §§ 1638, 1917 BGB) und/oder die Ernennung eines Testamentsvollstreckers sei an dieser Stelle lediglich hingewiesen.

29 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1782 Rdnr. 1.

derspruch zwischen den von den Eltern getroffenen Anordnungen aber gerade dann nicht vor, wenn der eine Elternteil eine bestimmte Person und der andere Elternteil eine andere bestimmte Person von der Vormundschaft ausgeschlossen haben; in einem solchen Fall liegt kein Widerspruch im Sinne des § 1782 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, sondern das Familiengericht hat vielmehr beide Anordnungen zu beachten.<sup>30</sup> Einander widersprechende Anordnungen liegen hingegen dann vor, wenn ein Elternteil eine bestimmte Person ausschließt, die von dem anderen Elternteil als Vormund benannt wurde. In einem solchen Fall gilt nur die Anordnung des zuletzt verstorbenen sorgeberechtigten Elternteils.

Die negative Vormundbenennung erfolgt ebenfalls durch letztwillige Verfügung (§§ 1782 Abs. 2, 1777 Abs. 3 BGB), welche – ebenso wie die positive Benennung – auch isoliert angeordnet werden kann. Die Ausschließung nach § 1782 BGB kann mit einer Benennung nach § 1776 BGB in einer Verfügung kombiniert werden, so dass im Falle des Scheiterns der positiven Bestimmung jedenfalls bestimmte Personen von der Vormundschaft ausgeschlossen sind.<sup>31</sup> Bei Errichtung der letztwilligen Verfügung sollte darauf geachtet werden, dass die auszuschließenden Personen bestimmt bezeichnet werden, da der pauschale Ausschluss von Personengruppen (z.B. alle Verwandten eines Elternteils) nach zum Teil vertretener Auffassung nicht für zulässig erachtet wird.<sup>32</sup> Auch im Rahmen der Ausschließung nach § 1782 BGB ist die vorrangige Vorschrift des § 1680 BGB zu beachten, so dass der Ausschluss des überlebenden Elternteils nur dann zum Tragen kommt, wenn die Übertragung der elterlichen Sorge auf diesen dem Wohl des Kindes widersprechen würde. Das Jugendamt kann ebenfalls nicht wirksam von der Vormundschaft ausgeschlossen werden (§ 1791b Abs. 1 Satz 2 BGB).

## 7. Vergütung des Vormunds

Nach § 1836 Abs. 1 BGB wird die Vormundschaft grundsätzlich unentgeltlich geführt. Sie wird ausnahmsweise entgeltlich geführt, wenn das Familiengericht bei der Bestellung des Vormunds feststellt, dass der Vormund die Vormundschaft berufsmäßig führt. Trifft das Familiengericht keine solche Feststellung, so kann es dem Vormund nur dann eine angemessene Vergütung bewilligen, soweit der Umfang oder die Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte dies rechtfertigt und der Mündel nicht mittellos ist (§ 1836 Abs. 2 BGB). Das Gesetz geht somit davon aus, dass die Vormundschaft grundsätzlich ohne Entgelt geführt wird.<sup>33</sup> Für die seitens der Eltern durch letztwillige Verfügung benannten Vormünder bedeutet dies in aller Regel, dass ihnen keine Vergütung, sondern nur Aufwendungsersatz (vgl. §§ 1835f. BGB), für ihre Tätigkeit als Vormund zusteht, da eine berufsmäßige Führung nur in seltenen Fällen gegeben sein wird. Wollen sich die Eltern nicht auf das gesetzliche Vergütungssystem verlassen, welches – abseits der berufsmäßigen Führung – dem Vormund nur im Falle des § 1836 Abs. 2 BGB eine Vergütung zubilligt, so empfiehlt sich, diesen Aspekt ebenfalls in der letztwilligen Verfügung zu regeln. Dies erscheint insbesondere in Fällen angezeigt, in denen bereits bei der Benennung des Vormunds abzusehen ist, dass die Führung

der Vormundschaft mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein wird (z.B. wenn eine Firma Bestandteil des (künftigen) Nachlasses sein wird). Als Instrumente zur Umsetzung des Elternwillens stehen insbesondere die Auflage und das Vermächtnis zur Verfügung. Auf diesem Wege kann die Vergütung des Vormunds – ggf. durch zusätzliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung zur Sicherung der Erfüllung – flexibel ausgestaltet werden

## 8. Formulierungshilfen

### 8.1 Einfache Vormundschaft

*Sollte mein (unser) Kind, [Name des Kindes], zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] und ersatzweise Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] zum Vormund des Kindes.*

*Für den Vormund gelten die in §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen (befreite Vormundschaft).*

*Ich (Wir) schließe(n) hiermit gemäß § 1782 BGB Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] von der Vormundschaft aus.*

### 8.2 Mitvormundschaft

*(1) Sollte mein (unser) Kind, [Name des Kindes], zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn A und Frau B zu gemeinschaftlichen Vormündern des Kindes.*

*Die Bestellung mehrerer Vormünder ist aus folgenden besonderen Gründen erforderlich: [Angabe besonderer Gründe]*

*Für die Vormünder gelten die in §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen (befreite Vormundschaft).*

*Ich (Wir) schließe(n) hiermit gemäß § 1782 BGB Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] von der Vormundschaft aus.*

*(2) Für den Fall, dass das zuständige Familiengericht nicht vom Vorliegen besonderer Gründe im Sinne des § 1775 BGB ausgeht und eine Mitvormundschaft nicht für erforderlich hält, verfüge(n) ich (wir) was folgt:*

*Sollte mein (unser) Kind, [Name des Kindes], zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] und ersatzweise Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] zum Vormund des Kindes.*

30 § 1778 Rdnr. 3; Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1782 Rdnr. 15.

31 Müko/Wagenitz, BGB, 6. Auflage 2012, § 1782 Rdnr. 6.

32 Nachweise bei Staudinger/Veit, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1782 Rdnr. 10.

33 Staudinger/Bienwald, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1836 Rdnr. 10.

Für den Vormund gelten die in §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen (befreite Vormundschaft).

Ich (Wir) schließe(n) hiermit gemäß § 1782 BGB Herr/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] von der Vormundschaft aus.

### 8.3 Verschiedene Vormünder für Geschwister

(1) Sollten meine (unsere) Kinder, XX und XY, zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn A zum Vormund für mein (unser) Kind XX und Frau B zum Vormund für mein (unser) Kind XY.

Die Bestellung verschiedener Vormünder für meine (unsere) Kinder ist aus folgenden besonderen Gründen erforderlich: [Angabe besonderer Gründe]

Für den jeweiligen Vormund gelten jeweils die in §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen (befreite Vormundschaft).

Ich (Wir) schließe(n) hiermit gemäß § 1782 BGB Herr/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] von der Vormundschaft aus.

(2) Für den Fall, dass das zuständige Familiengericht nicht vom Vorliegen besonderer Gründe im Sinne des § 1775 BGB

ausgeht und eine Bestellung von verschiedenen Vormündern für die Kinder nicht für erforderlich hält, verfüge(n) ich (wir) was folgt:

Sollten meine (unsere) Kinder XX und XY zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] und ersatzweise Herrn/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] zum Vormund der Kinder.

Für den Vormund gelten die in §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen (befreite Vormundschaft).

Ich (Wir) schließe(n) hiermit gemäß § 1782 BGB Herr/Frau [Name, Geb.datum, Wohnort] von der Vormundschaft aus.

## 9. Fazit

Das Gesetz stellt den Eltern mit dem Recht zur Benennung eines Vormunds bzw. zur Ausschließung bestimmter Personen von der Vormundschaft Instrumente an die Seite, mit welchen die Eltern auch für die Zeit nach ihrem Ableben noch Einfluss auf die Erziehung ihrer minderjährigen Kinder nehmen können. Hiervon sollte in der notariellen Praxis auch regelmäßig Gebrauch gemacht werden, da die Alternative, dass die Auswahl des Vormunds dem zuständigen Familiengericht überlassen wird, in der Regel nicht dem Willen der Eltern entsprechen wird.

# Die einstweilige Anordnung zur Sicherstellung von Ausfertigungen des Erbscheins

(von Christian Klumpp, Notarvertreter, Freudenstadt)

## I. Einführung

Die ureigenste Aufgabe des Nachlassgerichts ist die Erteilung des Erbscheins, die Bescheinigung des Bestehens des Erbrechts. An den Erbschein knüpfen die sich aus dem Gesetz ergebenden „Gutglaubensgrundsätze“<sup>1</sup>. Ist der Erbschein einmal erteilt, so kann er gemäß § 2361 BGB eingezogen werden, mit der Folge, dass der Erbschein kraftlos wird. Bis zur rechtskräftigen Einziehung des Erbscheins behält der Erbschein jedoch seine Wirkungen. Insbesondere der öffentliche Glaube nach § 2366 BGB bleibt bestehen.

In der täglichen Praxis des Nachlassgerichts ergibt sich nicht selten die Problematik, dass einmal erteilte Erbscheine möglicherweise unrichtig sind, weil die Voraussetzungen für die Erteilung eigentlich nicht gegeben waren bzw. nachträglich weggefallen sind<sup>2</sup>. Die Thematik tritt nicht selten in den Fällen ein, in denen Streitigkeiten zwischen „Erbscheinserben“ und möglichen Erben (den wahren Erben) bestehen, insbesondere bei unterschiedlicher Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, dem möglichen Vorliegen einer Testierunfähigkeit oder dem Vorhandensein sich widersprechender Verfügungen von Todes wegen.

Dem möglichen Erben droht durch die rechtlichen Wirkungen des Erbscheins möglicherweise ein Rechtsverlust, solange der „Erbscheinserbe“ sich legitimieren kann. Da eine vorläufige Einziehung des Erbscheins nicht möglich ist<sup>3</sup>, müssen andere Sicherungsinstrumente genutzt werden. Zum Schutz des möglichen Erben bzw. Miterben besteht die Möglichkeit der Anordnung von einstweiligen Maßnahmen gemäß § 49 FamFG, die vom Nachlassgericht ggf. von Amts wegen zu treffen sind<sup>4</sup>.

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der einstweiligen Anordnung der Sicherstellung von Ausfertigungen des Erbscheins im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes und den dabei zu beachtenden Verfahrensschritten.

## II. Einstweilige Anordnung nach § 49 FamFG

### 1. Allgemeines

Der Zweck des § 49 FamFG ist es, den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz zu gewähren, um die Zeit, die bis zur Entscheidung in der Hauptsache ergeht, zu überbrücken und um zu verhindern, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden, die durch die spätere Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr rückgängig gemacht werden können<sup>5</sup>. Durch die Regelung in § 49 Absatz 1 FamFG ist zugleich festgelegt, dass die vorläufige Maßnahme nicht zum Dauerzustand werden soll<sup>6</sup>.

Die einstweilige Anordnung nach § 49 FamFG ist ein selbstständiges Verfahren innerhalb des FamFG (§ 51 Abs. 3 S. 1 FamFG). Dieses Verfahren ist vom Hauptsacheverfahren unabhängig und verliert auch im weiteren Verfahren der Hauptsache nicht seine Selbstständigkeit<sup>7</sup>. Für die hier erläuterte einstweilige Sicherstellung der Ausfertigung des Erbscheins wäre das Hauptsacheverfahren die Entscheidung über die Einziehung des Erbscheins nach § 2361 BGB.

Nach § 51 Abs. 1 S. 1 FamFG wird eine einstweilige Anordnung nur auf Antrag erlassen, allerdings ist ein Antrag nur notwendige Voraussetzung, wenn das Hauptsacheverfahren auf Antrag in Gang gesetzt wird. Das Verfahren auf Einziehung des Erbscheins ist jedoch ein Amtsverfahren<sup>8</sup>. Dies bedeutet, dass für eine einstweilige Maßnahme des Nachlassgerichts, also die Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins, kein Antrag notwendig ist, sondern das Nachlassgericht ggf. von Amts wegen eine derartige Maßnahme zu treffen hat. Eine Begründung eines Antrags bzw. die Glaubhaftmachung für die Voraussetzungen der Anordnung der einstweiligen Maßnahme sind im Amtsverfahren daher nicht erforderlich. Stattdessen hat das Nachlassgericht von Amts wegen die Voraussetzungen zu prüfen<sup>9</sup>, wobei § 26 FamFG für die amtswegigen Ermittlungen zu beachten ist.

### 2. Voraussetzungen im Allgemeinen

Nach der vorgenannten Norm ist das Vorliegen von zwei Voraussetzungen für die Anordnung einer einstweiligen Maßnahme erforderlich<sup>10</sup>:

#### a) Anordnungsanspruch

Die im Wege der einstweiligen Anordnung zu treffende Maßnahme muss nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt sein. Es muss also eine materiell-rechtliche Grundlage für den Anspruch<sup>11</sup> bzw. ein zu schützendes Recht oder ein Rechtsverhältnis nach materiellem Recht bestehen<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> §§ 2365, 2366 BGB.

<sup>2</sup> Palandt/Edenhofer, 70. Auflage, § 2361 BGB Rn. 2.

<sup>3</sup> Firsching/Graf, Nachlassrecht 9. Auflage, Rn. 4.494.

<sup>4</sup> Palandt/Edenhofer, 70. Auflage, § 2361 BGB Rn. 2.

<sup>5</sup> Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, Vorbemerkung zu § 49 Rn. 8.

<sup>6</sup> Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 1.

<sup>7</sup> Borth/Grandel, Musielak/Borth, Kommentar FamFG 4. Auflage, § 49 Rn. 3.

<sup>8</sup> Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, Vorbemerkung zu § 49 Rn. 2.

<sup>9</sup> Firsching/Graf, Nachlassrecht 9. Auflage, Rn. 4.492.

<sup>10</sup> Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 8.

<sup>11</sup> ggf. als dritte Voraussetzung: Antrag nach § 51 FamFG.

<sup>12</sup> Zimmermann, ZEV 2009, 58.

<sup>13</sup> Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 4; Borth/Grandel, Musielak/Borth, Kommentar FamFG 4. Auflage, § 49 Rn. 2.

## b) Anordnungsgrund, Regelungsbedürfnis

Für den Erlass der einstweiligen Anordnung muss ein dringendes Bedürfnis für ein Tätigwerden bestehen. Für das Vorliegen eines Regelungsbedürfnisses ist es ausreichend, dass die Anordnung, unter Berücksichtigung der vernünftigen Belange aller Beteiligten, den Umständen nach erforderlich ist<sup>13</sup>, also eine Entscheidung in der Hauptsache wegen zu befürchtender Nachteile für einen der Beteiligten nicht abgewartet werden kann<sup>14</sup>.

### 3. Inhalt der Anordnung

Die einstweilige Anordnung muss über das materielle Recht abgesichert sein<sup>15</sup>. Die einstweilige Maßnahme darf die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen und darf nicht über „mehr“ entscheiden, was in der Hauptsache zulässig ist<sup>16</sup>. Die einstweilige Maßnahme hat sich auf den geringstmöglichen Eingriff zu beschränken<sup>17</sup>.

Ausdrücklich zulässig ist nach § 49 Abs. 2 S. 1 FamFG die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen. Das anordnende Gericht kann auch die zur Durchführung der Anordnung erforderlichen Maßnahmen treffen, wie im konkreten Beispiel die Sicherstellung der Ausfertigungen eines Erbscheins<sup>18</sup>. Das Gericht kann auch Gebote und Verbote im Rahmen einer einstweiligen Anordnung erlassen.

## III. Einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins

### 1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften. Gemäß § 23 a Abs. 1 Nr. 2 GVG i.V.m. § 23 a Abs. 2 Nr. 1 GVG ist grundsätzlich das Amtsgericht als Nachlassgericht zuständig. Aufgrund der Vorschrift des Art. 147 EGBGB sind in Baden-Württemberg, nach den landesrechtlichen Vorschriften des LFVG-BW<sup>19</sup>, die staatlichen Notariate zuständig.

Die Zuständigkeit für den Erlass einer einstweiligen Anordnung richtet sich nach § 50 FamFG. Im Verfahren zur einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins ist daher grundsätzlich das Nachlassgericht zuständig, welches den Erbschein erteilt hat, da dieses Nachlassgericht die Entscheidung in der Hauptsache zu treffen hat<sup>20</sup>. Sofern noch kein Verfahren in der Hauptsache anhängig ist, ergibt sich die Zuständigkeit aus den allgemeinen Vorschriften<sup>21</sup>, für Nachlassverfahren somit aus § 343 FamFG.

Die funktionelle Zuständigkeit für die Entscheidung über die einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache, also dem Verfahren auf Einziehung des Erbscheins. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 RPfIG ist der Richter für die Einziehung des Erbscheins zuständig, wenn der Erbschein vom Richter erteilt

wurde bzw. aufgrund einer Verfügung von Todes wegen einzuziehen ist. Im Übrigen ist nach § 3 Nr. 2 RPfIG der Rechtspfleger zuständig. Diese Zuordnung der Zuständigkeit gilt für das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz mangels anderweitiger ausdrücklicher Regelung im Gesetz entsprechend<sup>22</sup>. In Baden-Württemberg ist diesbezüglich ferner die Vorschrift des § 35 RPfIG gesondert zu beachten<sup>23</sup>.

### 2. Voraussetzungen, Inhalt der Anordnung

Die Zulässigkeit der einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins richtet sich nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 49 FamFG. Diese allgemeine Norm des FamFG ist mangels Sondervorschrift für das Nachlassverfahren ohne Weiteres anwendbar.

Die konkrete Maßnahme des Nachlassgerichts ist darauf gerichtet, die Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins zu erreichen. Die vorläufige Einziehung ist nicht möglich, da die Einziehung an sich nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Damit besteht auch für die einstweilige Einziehung kein Raum<sup>24</sup>.

## a) Anordnungsanspruch

Der Anordnungsanspruch für die einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins ergibt sich grundsätzlich aus der Vorschrift des § 2361 BGB<sup>25</sup>.

Das Nachlassgericht hat den Erbschein von Amts wegen einzuziehen, wenn seine Unrichtigkeit festgestellt wird. Dabei ist das Nachlassgericht von Amts wegen verpflichtet, die Voraussetzungen für die Einziehung zu klären<sup>26</sup>. Nach der Sachlage des Einzelfalls müssen daher Hinweise bzw. Verdachtsmomente vorliegen, die eine Unrichtigkeit des Erbscheins zumindest als möglich erscheinen lassen. Eine hohe Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Voraussetzungen einer Erbscheinsunrichtigkeit bedarf es im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht<sup>27</sup>. Im Rahmen der Einzelfallprüfung hat das Nachlassgericht im amtswegigen Einziehungsverfahren nach den konkreten Umständen selbst zu entscheiden, welches Maß an Gewissheit erforderlich ist<sup>28</sup>.

13 Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 5.

14 Bumiller/Harders, FamFG 10. Auflage, § 49 FamFG Rn. 7.

15 § 49 Abs. 1 FamFG.

16 BGH, NJW-RR 1986, 1267; Bumiller/Harders, FamFG 10. Auflage, § 49 FamFG Rn. 7.

17 Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 13.

18 Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 49 Rn. 18.

19 siehe dazu § 1 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 38 LFVG-BW.

20 BeckOK BGB/Siegmann/Höger, § 2361 Rn. 12.

21 Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 50 Rn. 6.

22 Soyka, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 50 Rn. 7.

23 „Vorbehalt für Baden-Württemberg“ bezüglich der Zuständigkeit von Rechtspflegern.

24 MüKO/Mayer 6. Auflage, § 2361 BGB Rn. 46.

25 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588 und OLG Stuttgart vom 02.10.2013 (8 W 320/13).

26 BGH, NJW-RR 1991, 115.

27 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588.

28 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588.

## b) Anordnungsgrund, Regelungsbedürfnis

Für den Erlass der einstweiligen Anordnung zur Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins muss ein dringendes Bedürfnis für ein Tätigwerden bestehen. Ein sofortiges Tätigwerden ist angezeigt, wenn mit der Entscheidung in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann, ohne dass eine erhebliche Beeinträchtigung der zu schützenden Interessen zu befürworten wäre<sup>29</sup>.

Die Möglichkeit der Beeinträchtigung ergibt sich aus § 2366 BGB. Danach wären Verfügungen über Nachlassgegenstände möglich, weil zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers der Inhalt des Erbscheins als richtig gilt<sup>30</sup>. Die mögliche Gefährdung der Interessen des möglichen Erben überwiegt im Vergleich der Interessen des „Erbscheinserben“. Durch die einstweilige Sicherstellung wird dem Erben lediglich bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorübergehend die Möglichkeit genommen, den Erbschein zu verwenden und im Rechtsverkehr zu gebrauchen.

Bei Vorliegen beider Voraussetzungen hat das Nachlassgericht von Amts wegen die einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins anzuordnen. Ob ein ausreichender Anordnungsgrund besteht, ist im Wege der Amtsermittlung im Einzelfall zu prüfen.

## c) Durchsetzung der gerichtlichen Anordnung

Die Durchsetzung der Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins kann das Nachlassgericht bereits im Beschluss der einstweiligen Anordnung erlassen<sup>31</sup>. Mit der Festsetzung der Herausgabe der Ausfertigungen ist der Erbe zur Aushändigung der Ausfertigungen verpflichtet<sup>32</sup>. Der „Erbscheinserbe“ hat dabei sämtliche erteilten Ausfertigungen an das Nachlassgericht abzuliefern, um die Verwendung im Rechtsverkehr vorläufig zu verhindern. Der öffentliche Glaube des Erbscheins wird durch die Anordnung der Sicherstellung nicht zerstört. Dem „Erbscheinserben“ wird nur die faktische und praktische Möglichkeit genommen, den Erbschein vorzulegen und über den Nachlass zu verfügen<sup>33</sup>.

Sofern das Nachlassgericht Ausfertigungen des Erbscheins (beim Vorhandensein von Grundbesitz) nach § 83 GBO an das Grundbuchamt übersendet hat, ist das Nachlassgericht berechtigt und verpflichtet, die Ausfertigungen vom Grundbuchamt zurückzuverlangen. Die Pflicht zur Rückholung der Ausfertigungen dürfte sich im Umkehrschluss aus der allgemeinen Mitteilungspflicht nach § 83 GBO ergeben.

Die möglichen Auswirkungen der Rückgabe der Ausfertigung des Erbscheins auf den Grundbuchverkehr, insbesondere im Hinblick auf die §§ 892, 878 BGB und die mögliche Bösgläubigkeit des Grundbuchamtes bei der Vornahme von Eintragungen, sollen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

## d) Weitere Maßnahmen

Dem Nachlassgericht ist es nach § 49 FamFG im Wege der einstweiligen Anordnung aber auch grundsätzlich möglich, durch Gebote und Verbote das Handeln des „Erbscheinser-

ben“ einzuschränken<sup>34</sup>. Durch die Anordnung des Nachlassgerichts kann ein bestehender Zustand gesichert bzw. vorläufig geregelt werden<sup>35</sup>. Dabei besteht dann auch die Möglichkeit dem „Erbscheinserben“ die Verfügung über Nachlassgegenstände, insbesondere über Grundbesitz, zu verbieten. Bei Erlass eines solchen Verfügungsverbots über Grundbesitz kann diese relative Verfügungsbeschränkung<sup>36</sup> im Grundbuch eingetragen werden<sup>37</sup>.

## e) Verhältnis zum ordentlichen Rechtsweg

Eine Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg zur Erreichung des einstweiligen Rechtsschutzes ist nicht möglich<sup>38</sup>. Das Nachlassgericht hat im Hinblick auf das Hauptsachverfahren nach § 2361 BGB die Amtspflicht zum Erlass von Regelungen nach § 49 FamFG. Daneben besteht für den potenziellen Erben die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO durch das Prozessgericht zur Sicherstellung seines Anspruchs aus § 2362 BGB<sup>39</sup>.

### 3. Zwangsmittel

Kommt der Erbe seiner Pflicht zur Herausgabe der Ausfertigungen des Erbscheins nicht freiwillig nach, obwohl ihm die Aushändigung durch die einstweilige Anordnung aufgegeben wurde, so ist das Nachlassgericht verpflichtet, den Beschluss zu vollstrecken.

Problematisch dabei ist, wie die Vollstreckung zu erfolgen hat. Die Vollstreckung von einstweiligen Anordnungen richtet sich grundsätzlich nach § 53 FamFG. Bei der einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins handelt es sich jedoch um eine gerichtliche Anordnung des Nachlassgerichts, die den Erben verpflichtet, eine Handlung vorzunehmen, so dass kein Vollstreckungstitel im Sinne des § 86 FamFG vorliegt<sup>40</sup>. Auch die Vollstreckung in der Hauptsache (Einziehung des Erbscheins) erfolgt nicht nach § 86 FamFG, sondern nach § 35 FamFG<sup>41</sup>, so dass auch für die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung die Möglichkeiten nach § 35 FamFG maßgeblich sein dürften. Danach kann das Nachlassgericht die Durchsetzung durch Zwangsgeld, Zwangshaft oder auch durch die Ersatzvornahme nach § 35 Abs. 4 FamFG i.V.m. § 883 ZPO (Herausgabe der Ausfertigungen als körperliche Übergabe<sup>42</sup>) erreichen.

29 Borth/Grandel, Musielak/Borth, Kommentar FamFG 4. Auflage, § 49 Rn. 3.  
30 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588.

31 Bumiller/Harders, FamFG 10. Auflage, § 49 FamFG Rn. 13.

32 Herzog, Staudinger/Bienwald 2010, § 2361 BGB Rn. 32.

33 Herzog, Staudinger/Bienwald 2010, § 2361 BGB Rn. 78.

34 MüKO/Mayer 6. Auflage, § 2361 BGB Rn. 39.

35 Zimmermann, ZEV 2009, 58.

36 §§ 135, 136 BGB, § 49 Abs. 2 FamFG.

37 zum Eintragungsverfahren bei Erlass durch das Prozessgericht siehe: Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Auflage, Rn. 1642 ff..

38 BeckOK BGB/Siegmann/Höger, § 2361 Rn. 12.

39 BeckOK BGB/Siegmann/Höger, § 2361 Rn. 13.

40 Herzog, Staudinger/Bienwald 2010, § 2361 BGB Rn. 33.

41 Herzog, Staudinger/Bienwald 2010, § 2361 BGB Rn. 33.

42 Ulrici, Münchener Kommentar FamFG 2. Auflage, § 35 Rn. 19.

Die Anordnung der Verpflichtung zur Herausgabe von beglaubigten Abschriften des Erbscheins ist nicht möglich und auch nicht geboten, da diese im Rechtsverkehr keine Wirkung entfalten (§§ 317 Abs. 3 ZPO, 47 BeurkG)<sup>43</sup>.

#### 4. Rechtsmittel

Gegen den Erlass der einstweiligen Anordnung des Nachlassgerichts auf Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins ist nach § 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig. Die Beschwerdefrist beträgt zwei Wochen ab Bekanntgabe des Beschlusses an den Beteiligten, dessen Rechtsposition durch das Verfahren betroffen ist. Die Einlegung der Beschwerde erfolgt nach § 64 FamFG. Hilft das Nachlassgericht der Beschwerde nicht ab, so hat das Nachlassgericht die Beschwerde gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG dem Oberlandesgericht, in dessen Bezirk sich das Nachlassgericht befindet, vorzulegen<sup>44</sup>.

#### 5. Rechtliches Gehör

Die Gewährung rechtlichen Gehörs aller Beteiligten vor dem Erlass der einstweiligen Anordnung ist nach dem Verfahrensrecht des FamFG weder vorgesehen noch geboten. Sinn und Zweck der der einstweiligen Maßnahme ist die Wahrung des Rechtsschutzes aller Beteiligten bis zur Entscheidung in der Hauptsache<sup>45</sup>. Im Hauptsacheverfahren ist den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren (§ 34 FamFG)<sup>46</sup>. Eventuelle Anträge bzw. Einreden und Einwendungen der Beteiligten sind daher grundsätzlich im Verfahren der Hauptsache, dem Verfahren über die Einziehung des Erbscheins, zu beachten bzw. zu prüfen, sofern sie nicht direkt auf die einstweilige Maßnahme gerichtet sind.

#### 6. Kosten des Verfahrens

Eine Entscheidung über die Kostenpflicht ist nach § 82 FamFG in der Entscheidung der einstweiligen Anordnung unter Beachtung von § 81 FamFG zu treffen.

Die Kosten der einstweiligen Anordnung ergeben sich aus KV 16210 in Verbindung mit KV 12215. Es fällt demnach eine 0,3 Gebühr an. Der Geschäftswert richtet sich nach dem Wert der Hauptsache (§ 62 GNotKG). Nach § 62 Satz 2 GNotKG ist vom halben Wert der Hauptsache auszugehen. Der Wert der Hauptsache ist gemäß § 40 GNotKG zu ermitteln, dies dürfte jedoch regelmäßig der Wert sein, der der Erteilung des Erbscheins zu Grunde lag.

#### 7. Verfahren in der Hauptsache: Einziehung des Erbscheins

Das Verfahren auf Einziehung des Erbscheins ist, wie bereits oben ausgeführt, ein Amtsverfahren<sup>47</sup>. Mit Erlass der einstweiligen Anordnung der Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins hat das Nachlassgericht gleichzeitig das

Hauptsacheverfahren, also das Einziehungsverfahren über den Erbschein, einzuleiten und von Amts wegen die notwendigen Ermittlungen aufzunehmen und Beweis zu erheben<sup>48</sup>.

Aufgrund der Selbstständigkeit des Verfahrens der einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins und dem Verfahren auf Einziehung des Erbscheins ist mit der Entscheidung in der Hauptsache auch eine Entscheidung über die Fortgeltung bzw. Aufhebung der einstweiligen Maßnahme zu treffen (§ 54 FamFG).

#### 8. Einstweilige Sicherstellung von Ausfertigungen des Testamentsvoll- streckerzeugnisses

Gemäß § 2368 Abs. 3 BGB findet die Vorschrift des § 2361 BGB auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechend Anwendung<sup>49</sup>. Das Nachlassgericht hat somit, wie auch bei der Einziehung des Erbscheins, die Richtigkeit des erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses von Amts wegen zu prüfen<sup>50</sup>. In entsprechender Anwendung der rechtlichen Möglichkeiten zur einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen des Erbscheins<sup>51</sup> besteht somit für das Nachlassgericht auch die Möglichkeit bzw. die Pflicht, erteilte Ausfertigungen des Testamentsvollstreckerzeugnisses im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sicherzustellen.

#### 9. Einstweilige Sicherstellung von beglaubigten Abschriften eines öffentlichen Testaments sowie der beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls

Das BGB kennt als Erbnachweis grundsätzlich den Erbschein (§ 2365 BGB). Eine Ausnahme davon lässt die grundbuchrechtliche Verfahrensvorschrift des § 35 Abs. 1 GBO zu. Demnach genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift eines öffentlichen Testaments sowie der beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls. Das Grundbuchamt kann jedoch den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein verlangen, wenn es die Erbfolge durch die vorgelegten Urkunden für nicht nachgewiesen hält.

Fraglich ist daher, ob auch eine einstweilige Sicherstellung dieser Urkunden möglich bzw. eine generelle Einziehung dieser Urkunden möglich ist.

Die Einziehung von beglaubigten Abschriften eines öffentlichen Testaments sowie der beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls als Gegenstand eines Hauptsacheverfahrens

43 MüKO/Mayer 6. Auflage, § 2361 BGB Rn. 39.

44 § 68 FamFG.

45 siehe Abschnitt II. Nr. 1.

46 MüKO/Mayer 6. Auflage, § 2361 BGB Rn. 27.

47 siehe Abschnitt II. Nr. 1.

48 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588.

49 gleiches gilt auch für das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1507 S.2 BGB).

50 Herzog, Staudinger/Bienwald 2010, § 2368 BGB Rn. 36.

51 siehe Abschnitt III.

ist nicht möglich, da dieses Verfahren keine Nachlasssache im Sinne des § 342 Abs. 1 FamFG darstellt.

Die beglaubigte Abschrift eines öffentlichen Testaments sowie die beglaubigte Abschrift des Eröffnungsprotokolls sind lediglich tatsächliche Vorgänge (Testamentserrichtung bzw. Testamentseröffnung). Möglicherweise erlauben diese Urkunden den Nachweis der Erbfolge in der Praxis, eine Legitimationswirkung, wie die des Erbscheins nach § 2365 BGB, steht diesen Urkunden aber nicht zu. Daher fehlt es auch an der Notwendigkeit der Einziehung dieser Urkunden nach § 2361 BGB bzw. einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift<sup>52</sup>.

Da die Einziehung von beglaubigten Abschriften eines öffentlichen Testaments sowie der beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls in der Hauptsache durch das Nachlassgericht nicht möglich ist, kann auch keine einstweilige Anordnung nach § 49 FamFG mangels eines materiell-rechtlichen Anordnungsgrundes<sup>53</sup> in Betracht kommen<sup>54</sup>.

## IV. Muster Beschluss Sicherstellung

Letztendlich handelt es sich immer um eine Einzelfallentscheidung<sup>55</sup>. Der Inhalt eines Sicherstellungsbeschlusses könnte wie folgt aussehen.

*In oben genannter Nachlasssache ergeht folgender*

### Beschluss

1. *Im Wege der einstweiligen Anordnung wird die Sicherstellung des Erbscheins bzw. die Sicherstellung der erteilten Ausfertigungen gemäß § 49 FamFG angeordnet.*
2. *Die erteilten Ausfertigungen des Erbscheins sind vom Erben an das Nachlassgericht abzuliefern bzw. werden vom Nachlassgericht selbst sichergestellt.*
3. *Eine Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 2361 BGB ergeht nach Durchführung der Beweisaufnahme.*

### Begründung

**(beispielhafte, auszugsweise Begründung zum Vorliegen der generellen Voraussetzungen nach § 49 FamFG ohne nähere Darstellung und Begründung des Einzelfalls)**

*Gemäß § 49 Abs. 1 und 2 FamFG kann das Nachlassgericht eine vorläufige Maßnahme treffen, sofern dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht.*

*Der Anordnungsanspruch, also die Bezugnahme auf die ein Rechtsverhältnis regelnde Vorschrift, ergibt sich aus § 2361 BGB. Gemäß § 2361 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB ist das Nachlassgericht verpflichtet den Erbschein einzuziehen, wenn er unrichtig ist.*

*Für die getroffene Maßnahme besteht eine Eilbedürftigkeit. Eine sofortige Maßnahme ist angezeigt, wenn mit der Entscheidung in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann, ohne dass eine erhebliche Beeinträchtigung der zu schützenden Interessen zu befürworten wäre.*

*Eine Gefährdung ergibt sich aus § 2366 BGB. Es besteht abstrakt die Möglichkeit der Veräußerung von Vermögensgegenständen, welche aufgrund der Wirkung des Erbscheins nach § 2366 BGB einen gutgläubigen Erwerb eines Dritten ermöglicht.*

*Die einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen stellt einen Eingriff in die Rechte des „Erbscheinserben“ zum Schutz der Rechte des möglichen Erben dar. Insoweit ist abzuwägen, ob ein Eingriff in die Rechtsstellung des „Erbscheinserben“ aufgrund des Sachverhaltes verhältnismäßig ist.*

*Durch die einstweilige Sicherstellung der Ausfertigungen wird dem Erben lediglich bis zur Entscheidung in der Hauptsache untersagt, den Erbschein zu verwenden und im Rechtsverkehr zu gebrauchen. Dies ist im Verhältnis zur Beeinträchtigung der Rechte des möglichen Miterben die verhältnismäßigere Entscheidung. Die Sicherungsmaßnahme gemäß § 49 FamFG dient zum Schutz der Rechte des potenziellen wirklichen Erben im Erbscheinsverfahren.*

### Rechtsmittelbelehrung

### Kosten

## V. Fazit

Die Verfahrensvorschriften des FamFG sind noch eine relativ junge Rechtsmaterie. Die durch das FamFG neu normierten Paragraphen regeln den einstweiligen Rechtsschutz für die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Verfahren der einstweiligen Sicherstellung der Ausfertigungen dürfte in der Praxis der Nachlassgerichte bisher eine untergeordnete Rolle gespielt haben.

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 49 FamFG ist immer im Rahmen des Einzelfalls zu prüfen. Insbesondere das Vorliegen eines Anordnungsgrundes ist vom konkreten Einzelfall abhängig. Die Möglichkeit der Unrichtigkeit des Erbscheins muss gegeben sein, wobei die Überzeugung von der Unrichtigkeit im Ermessen des Gerichts liegt. Das Nachlassgericht kann die Durchsetzung seiner Entscheidung auch durch Zwangsmaßnahmen vollstrecken.

Darüber hinaus kann das Nachlassgericht auch Gebote und Verbote, insbesondere bezüglich der Verfügung über Nachlassgegenstände erlassen. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist ein beschleunigtes Verfahren und darf eine Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen.

52 OLG Köln, BeckRS 2014, 07565; OLG Naumburg, FamRZ 2013, 245.

53 siehe Abschnitt III. Nr. 2.

54 OLG Köln, BeckRS 2014, 07565.

55 Bisherige Entscheidungen zur Zulässigkeit dieser Maßnahme: OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 588 und OLG Stuttgart in seinem nicht veröffentlichten Beschluss vom 02.10.2013 (8 W 320/13).

## Rechtsprechung

### KV 14130, 14141, § 18 Abs. 3 GNotKG

**Die Abtretung einer Gesamtgrundschuld bei verschiedenen Grundbuchämtern löst eine Gesamtgebühr analog KV 14141 GNotKG aus.**

OLG Stuttgart vom 17.09.2014 - 8 W 333/14

Das Notariat – Grundbuchamt – wird angewiesen, den Kostenansatz unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats vorzunehmen.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei. Kosten werden nicht erstattet.

Gründe:

I.

Die Beteiligte 1 hat am 23. April 2014 beim Grundbuchamt die Eintragung der Abtretung einer Gesamtbuchgrundschuld im Nennwert von 72.325.138 € beantragt. Insgesamt ist der Vollzug der Abtretung bei 29 verschiedenen Grundbuchämtern durchzuführen.

Das Notariat hat die Kosten für die Eintragung der Abtretung im Grundbuch [...], mit der Kostenrechnung vom 4. Juni 2014 aus dem Wert von 60.000.000 € (§ 35 Abs. 2 GNotKG) unter Bezugnahme auf § 53 GNotKG (Veränderung einer Belastung) und auf Nr. 14130 GNotKG-KV (Tabelle B) in Höhe von 13.292,50 € in Ansatz gebracht.

Die Erinnerung der Beteiligten 1 gegen den Kostenansatz wurde durch den Beschluss des Amtsgerichts vom 29. Juli 2014 als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten 1, der das Amtsgericht mit Beschluss vom 18. August 2014 nicht abgeholfen hat. Es hat die Akten dem Landgericht Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt, das diese an das Oberlandesgericht Stuttgart abgegeben hat.

Der Bezirksrevisor wurde bereits im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren angehört.

Im Streit zwischen den Beteiligten ist die Frage einer planwidrigen Regelungslücke bei der Abrechnung der Eintragung einer Veränderung von Belastungen nach Nr. 14130 GNotKG im Hinblick auf die bei der Eintragung und Löschung eines Gesamtrechts vorgesehenen Ermäßigungen nach Nrn. 14120, 14121 und 14122 sowie 14140 und 14141 GNotKG.

Insoweit wird Bezug genommen auf die Ausführungen der Beteiligten und auf die Begründung des angefochtenen Beschlusses des Amtsgerichts Böblingen.

II.

Zuständig für die Entscheidung über die Beschwerde ist gem. § 81 Abs. 3 S. 2 GNotKG i.V.m. § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG das Oberlandesgericht Stuttgart.

Die Beschwerde ist gemäß § 81 Abs. 2 GNotKG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Sie hat in der Sache Erfolg, da sich der Senat nicht der vom KG Berlin (ZfIR 2014, 203) und vom Amtsgericht Böblingen vertretenen Rechtsauffassung anschließen kann, sondern vielmehr der des OLG Dresden in dem Beschluss vom 13. August 2014, Az. 17 W 748/14, sowie der von Wilsch (Anm. zur Entscheidung des KG Berlin, ZfIR 2014, 206) und der von Böhringer (BWNotZ 2014, 17 ff., 23/24).

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insbesondere auf die zutreffenden Ausführungen von Wilsch Bezug genommen, denen sich der Senat vollinhaltlich anschließt.

Der Gesetzgeber hat sowohl für die Eintragung von Belastungen (Nrn. 14120 und 14121 GNotKG) als auch für deren Löschung (Nr. 14140 GNotKG) Ermäßigungstatbestände eingeführt, wenn es um die Eintragung oder Löschung eines Gesamtrechts bei verschiedenen Grundbuchämtern geht (Nrn. 14122 und 14141 GNotKG).

Eine entsprechende Regelung wurde aber offensichtlich bei der Eintragung der Änderung einer Belastung (Nr. 14130 GNotKG) vergessen, da sich eine Andersbehandlung im Vergleich zur Eintragung oder Löschung durch nichts rechtfertigen lässt und auch nicht durch die Gesetzesmaterialien begründet wird (Bundestag-Drucksache 17/11471, S. 157, 207-209).

Es muss danach von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden, die bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers durch eine Analogie zu Nr. 14140 und 14141 GNotKG zu schließen ist, nachdem die Gebühren für die Eintragung 1,3 (Nr. 14120 GNotKG) bzw. 1,0 (Nr. 14121 GNotKG) betragen, für die Löschung wie auch für die Veränderung jeweils nur 0,5 (Nrn. 14140 und 14130 GNotKG) und der Gesetzgeber darüber hinaus die zuvor bestandene Gebührenerhebung begrenzt durch den Wert des jeweils betroffenen Grundstücks (§ 63 KostO) wegen der oftmals komplizierten Wertermittlungen vermeiden wollte (Bundestag-Drucksache 17/11471, S. 207).

Es entsteht deshalb für die Eintragung der Veränderung von Belastungen eine 0,5- Gebühr (Nr. 14130 GNotKG), die sich

bei der Beteiligung verschiedener Grundbuchämter um jeweils 0,1 erhöht ab dem zweiten für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt. Diese Ermäßigung statt des Ansatzes einer 0,5-Gebühr bei jedem einzelnen Grundbuchamt aus dem vollen Nennbetrag der Belastung (§ 53 Abs. 1 GNotKG) setzt allerdings voraus, dass der Antrag für mehrere Grundbuchämter gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt wird oder bei gesonderter Antragstellung, wenn die Anträge innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern eingehen (Nr. 14141 GNotKG analog). Dabei wird die Gebühr gemäß § 18 Abs. 3 GNotKG analog bei dem Gericht angesetzt, bei dessen Grundbuchamt der Antrag zuerst eingegangen ist.

Allein diese Analogie kann der Intention des Gesetzgebers gerecht werden. Es ist nicht erkennbar, dass er abweichend von der Eintragung und Löschung von Belastungen für deren Veränderung zulasten des Berechtigten eine Kostenexplosion beabsichtigte, die vorliegend zu Kostenansätzen ( $29 \times 0,5 = 14,5$ -fache Gebühr) in Höhe von insgesamt 385.482,50 € führen würde statt einer 3,3-Gebühr ( $28 \times 0,1 = 2,8 + 0,5 = 3,3$ ) und damit von 87.730,50 €.

Die Beteiligte 1 hat zwar in der Erinnerungsbegründung vom 16. Juni 2014 darauf hingewiesen, dass das Grundbuchamt nicht das erste für die Umschreibung der Gesamtgrundsuld angerufene Grundbuchamt sei, sodass bei diesem analog § 18 Abs. 3 GNotKG ein Kostenansatz überhaupt nicht zu erfolgen hätte.

Dies wird aber vom Grundbuchamt noch zu überprüfen sein, weswegen auf die Beschwerde der Beteiligten 1 unter Aufhebung der Erinnerungsentscheidung des Amtsgerichts vom 29. Juli 2014 und der Kostenrechnung des Grundbuchamts vom 4. Juni 2014 dieses anzuweisen war, den Kostenansatz unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats durchzuführen, d.h. gegebenenfalls von einem solchen abzusehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 8 GNotKG. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist gemäß § 81 Abs. 3 S. 3 GNotKG nicht möglich.

#### **Anmerkung:**

Das OLG Stuttgart hatte zu entscheiden, welche Kosten seitens der Grundbuchämter zu erheben sind, wenn eine Gesamtgrundsuld, die bei verschiedenen Grundbuchämtern eingetragen ist, abgetreten wird. Im konkreten Fall handelte es sich um eine Gesamtgrundsuld in Höhe von etwa 72 Millionen Euro, die bei 29 verschiedenen Grundbuchämtern eingetragen ist und nun an eine neue Gläubigerin abgetreten wurde.

Ausgangspunkt im Gesetz ist KV 14130 GNotKG, der eine 0,5 Gebühr für die Veränderung eines Grundpfandrechts anordnet. Der Geschäftswert ist hierbei nach § 53 GNotKG der Nennbetrag des Rechts, wobei im entschiedenen Fall sogar der Höchstgeschäftswert von € 60 Millionen gemäß § 35 Abs. 2 GNotKG erreicht ist. Den KV 14141 oder 14121 vergleichbare Gebührentatbestände, sind für die Veränderung eines Rechts im GNotKG nicht vorhanden. In konsequenter

Anwendung des Gesetzes wäre somit von jedem Grundbuchamt eine 0,5-Gebühr aus dem vollen Wert der Grundschuld zu erheben, so dass – in diesem Fall – bei Zusammenrechnung aller Gebühren eine 14,5-Gebühr aus € 60 Millionen entstanden wäre. Gegen die (drohenden) Kosten von nahezu € 400.000,-- für die Eintragung der Abtretung der Gesamtgrundsuld hatte der Antragsteller die Erinnerung eingelegt und gegen die Entscheidung des Amtsgerichts die Beschwerde.

Das OLG Stuttgart entscheidet nun unter Abweichung der Entscheidung des KG vom 15.11.2013 A.z. 5 W 241-244/13<sup>1</sup> dass in analoger Anwendung des KV 14141 und § 18 Abs. 3 GNotKG vom ersten Grundbuchamt bei dem der Antrag gestellt wurde, die 0,5-Gebühr des KV 14130 und zusätzlich für jedes weitere Grundbuchamt, bei dem der Antrag innerhalb eines Monats gestellt wurde, die 0,1-Gebühr KV 14141 analog zu erheben ist. Das OLG Stuttgart geht hierbei davon aus, dass im Gesetz eine planwidrige Lücke vorhanden sei, da eine Ungleichbehandlung im Vergleich zur Eintragung bzw. Löschung eines Gesamtrechts bei verschiedenen Grundbuchämtern durch nichts zu rechtfertigen sei, auch nicht durch die Gesetzesbegründung. Dies ist insofern bemerkenswert, dass das KG in der angeführten Entscheidung aus genau denselben Gründen das Vorliegen einer Gesetzeslücke verneint und daher eine analoge Anwendung ausschließt. Richtigerweise ist in Übereinstimmung mit dem OLG Stuttgart und dem OLG Dresden (Beschluss vom 13. August 2014, Az. 17 W 748/14) davon auszugehen, dass seitens des Gesetzgebers eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Aus dem Schweigen der Gesetzesbegründung zur Frage der Abtretung einer Gesamtgrundsuld bei verschiedenen Grundbuchämtern kann gerade nicht gefolgert werden, dass es sich hier um eine bewusste Nichtregelung handelt: würde die Begründung dahingehend lauten, dass in diesem Bereich eine Regelung nicht getroffen worden ist, so wäre die Lücke ja keine planwidrige mehr. Das Schließen der Lücke durch die analoge Anwendung des KV 14141 GNotKG und des § 18 Abs. 3 GNotKG erscheint daher auch als konsequente und bestmögliche Schließung der Gesetzeslücke, da diese sowohl auf eine im Gesetz vorhandene für vergleichbare Sachverhalte bestehende Regelung zurückgreift, als auch den Mehraufwand der beteiligten Gerichte gebührentechnisch berücksichtigt.

Die unterschiedliche obergerichtliche Rechtsprechung sorgt in der Praxis dennoch für gewisse Zeit für weitere Probleme: Was ist nun, wenn eine Gesamtgrundsuld, welche an je einem Grundstück in Berlin und in Stuttgart eingetragen ist, abgetreten wird? Unter Beachtung der jeweiligen Rechtsprechung des übergeordneten Gerichts würden folgende Ergebnisse entstehen:

Fall 1: Die Eintragung wird als erstes beim Grundbuchamt Stuttgart beantragt:

Hier würde das Grundbuchamt Stuttgart nun die 0,5-Gebühr des KV 14130 und die 0,1-Gebühr des KV 14141 erheben.

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch Wilsch, ZfIR 2014, 203

Daneben würde aber das Grundbuchamt Berlin eine weitere 0,5-Gebühr des KV 14130 erheben, so dass insgesamt eine 1,1 Gebühr erhoben worden wäre.

Fall 2: Die Eintragung wird als erstes beim Grundbuchamt Berlin beantragt:

Hier würde das Grundbuchamt Berlin nun die 0,5-Gebühr des KV 14130 erheben und das Grundbuchamt Stuttgart konsequenterweise gar keine Gebühr, so dass lediglich eine 0,5-Gebühr erhoben worden wäre.

Darüber hinaus ist nicht ausgeschlossen, dass andere Oberlandesgerichte weitere Lösungsansätze der Problematik aufgreifen. So ist es gegebenenfalls möglich diese Fälle anhand der Vorbemerkung zu KV 1.4 Absatz 5 zu lösen<sup>2</sup>, unter einschränkender Auslegung des § 55 Abs. 2 GNotKG<sup>3</sup> oder unter analoger Anwendung des § 44 GNotKG<sup>4</sup>.

Es bleibt daher weiterhin zu wünschen, dass eine Ergänzung des Gesetzes durch den Gesetzgeber erfolgt.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die analoge Anwendung des KV 14141 ohne weiteres auch für andere Inhaltsänderungen im Anwendungsbereich des KV 14130, also z.B. Umwandlung des Rechts, Nachträgliche Brieferteilung oder nachträglicher Briefausschluss oder nachträgliche Änderung von Zinsen und Nebenleistung anwendbar ist. Auch hier ist die Rechtslage dieselbe wie im entschiedenen Fall.

Stefan Mattes, Notarvertreter, Stuttgart

**Gesetz zur Bereinigung von Landesrecht vom 29. Juli 2014 (Bad-Württ) Art. 17 Abs. 2 des WG Bad-Württ § 29 Abs. 6; § 80 Abs. 2 Nr. 3 Landesverwaltungsgesetz Bad-Württ § 15**

**Die für Kaufverträge nach dem 31. Dezember 2013 und bis zum 12. August 2014 in einer Zwischenverfügung aufgegebene Beibringung eines Zeugnisses über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung eines Gewässerrandstreifen betreffenden Vorkaufsrechts (§ 29 Abs. 6 Wassergesetz für Baden-Württemberg) durch eine von der Gemeinde verschiedene Wasserbehörde (§ 80 Abs. 2 Wassergesetz für Baden-Württemberg) widerspricht der Zuständigkeitsregelung in Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht vom 29. Juli 2014.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.10.2012 - 14 Wx 7/11

**Zum Sachverhalt:**

Die Beteiligten erwarben durch notariellen Kaufvertrag vom 14. Januar 2014 ein Grundstück (Grundbuch von S. Blatt ...). Am 27. Februar 2014 wurde der Eigentumswechsel bewilligt und beantragt.

Mit Schreiben vom 26. März 2014 wies das Grundbuchamt auf das Gewässerrandstreifen betreffende Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg (WG)

vom 3. Dezember 2013 (GBl. S. 389) hin und teilte mit, dass es nicht feststellen könne, ob es bei dem veräußerten Grundstück Gewässerrandstreifen gebe, an denen ein Vorkaufsrecht besteht. Es bat um entsprechende Nachweise der nach § 80 WG zuständigen Wasserbehörde. Durch Zwischenverfügung vom 2. April 2014 wurde die Vorlage folgender Unterlagen verlangt:

„Eine mit Unterschrift und Siegel versehene Erklärung der Wasserbehörde (§ 80 WG), dass zum verkauften Grundstück keine Gewässerrandstreifen gehören, an denen ein Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 Satz 1 WG besteht.

Oder

Eine mit Unterschrift und Siegel versehene Erklärung der Wasserbehörde (§ 80 WG), welche als Träger einer Unterhaltlast ein Vorkaufsrecht an einem auf den verkauften Grundstücken befindlichen Gewässerrandstreifen hat, dass ein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird (Negativattest).“

Durch notarielle Ergänzungsurkunde vom 8. April 2014 versicherten die Käufer, dass sich auf dem Grundstück keine Gewässerrandstreifen befinden, und legten gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 2. April 2014 Beschwerde ein. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Beschwerde (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 73 GBO, § 11 Absatz 1 RPfIG, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG) der antragsberechtigten Beteiligten hat Erfolg; die Zwischenverfügung ist aufzuheben, weil die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht gegeben sind.

1. Hinsichtlich des Gewässerrandstreifen betreffenden Vorkaufsrechts nach § 29 Abs. 6 WG ist die Rechtslage vor und nach dem 13. August 2014 zu unterscheiden:
- a) Das WG sah in seiner Fassung bis einschließlich 12. August 2014 in § 29 Abs. 6 auszugsweise folgende Regelungen vor:

„Dem Träger der Unterhaltungslast nach § 32 steht ein Vorkaufsrecht an Grundstücken zu, auf denen sich Gewässerrandstreifen befinden. Befindet sich der Gewässerrandstreifen nur auf einem Teil des Grundstücks, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht auf diese Teilfläche. ... Im Übrigen gilt § 28 Absatz 1 bis 3 und 6 des Baugesetzbuchs entsprechend. Sobald der Verkäufer dem Träger der Unterhaltungslast den Inhalt des Kaufvertrags mitgeteilt hat, informiert dieser die Wasserbehörde.“

- 2 *Unter der Vorgabe, dass der Wortlaut „bei Gericht“ dahingehend ausgelegt wird, dass es sich auch um mehrere Gerichte handeln kann, wobei dann der Antrag am selben Tag gestellt sein muss. Dies hätte zur Folge, dass nur eine 0,5-Gebühr zu erheben wäre.*
- 3 *Mit der Folge, dass die Eintragung der Veränderung bei mehreren Grundbuchämtern als nur eine Eintragung angesehen wird und nur eine Gebühr entsteht.*
- 4 *Mit der Folge, dass jedes Grundbuchamt eine 0,5-Gebühr erhebt, jedoch nur aus dem niedrigerem Wert aus dem Wertvergleich zwischen dem Wert des Grundpfandrechts und dem Wert des belasteten Grundstücks.*

§ 80 Abs. 2 Nr. 3 WG bestimmt - nach wie vor unverändert - die unteren Verwaltungsbehörden (§ 15 Landesverwaltungsgesetz) als untere Wasserbehörden.

b) Durch Artikel 5 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht vom 29. Juli 2014 (GBl. 378), das nach Artikel 17 Abs. 1 des Gesetzes am Tag nach seiner - am 12. August 2014 erfolgten - Verkündung in Kraft getreten ist, wurde § 29 Abs. 6 WG neu gefasst und lautet nun auszugsweise wie folgt:

„Dem Land oder der Gemeinde als Träger der Unterhaltungslast nach § 32 Absatz 1 und 2 steht ein Vorkaufsrecht an Grundstücken zu, auf denen sich Gewässerrandstreifen zu öffentlichen Gewässern befinden. Befindet sich der Gewässerrandstreifen nur auf einem Teil des Grundstücks, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf diese Teilfläche. ... Das Vorkaufsrecht besteht nicht beim Kauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz und von Erbbaurechten. ... Das Vorkaufsrecht geht anderen landesrechtlichen Vorkaufsrechten sowie rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten vor und bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch. Es ist nicht übertragbar. Besteht ein Vorkaufsrecht nach Satz 1 und 4, hat der Verkäufer den Inhalt des Kaufvertrags unverzüglich dem Vorkaufsberechtigten mitzuteilen; die Mitteilung des Verkäufers wird durch die Mitteilung des Käufers ersetzt. Wird das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, bescheinigt der Mitteilungsempfänger auf Antrag bis zum Ablauf der Ausübungsfrist die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts. Die §§ 463 bis 468, § 469 Absatz 2 Satz 1, §§ 471 und 1098 Absatz 2 sowie §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind anzuwenden.“

c). Ergänzend bestimmt die Übergangsvorschrift zur Änderung des Wassergesetzes in Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht vom 29. Juli 2014, dass für Kaufverträge, die nach dem 31. Dezember 2013 und vor dem Ablauf des Tags der Verkündung dieses Gesetzes geschlossen wurden, die bisherige Fassung von § 29 Absatz 6 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg mit der Maßgabe gilt, dass die Gemeinde zuständige Stelle für die Erteilung eines Zeugnisses über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts ist.

2. Der durch die Gesetzesänderung umgestalteten Rechtslage entspricht die Zwischenverfügung des Grundbuchamts nicht.

a) Eine Zwischenverfügung darf nicht nur die dem Vollzug des Antrags entgegenstehenden Hindernisse aufzeigen, sondern muss auch die Mittel benennen, mit denen diese Hindernisse beseitigt werden können; dies gilt auch dann, wenn der Antragsteller durch eine rechtskundige Person vertreten wird (OLG München BeckRS 2014, 10899). Hieraus folgt auch, dass eine Zwischenverfügung aufzuheben ist, die die Mittel zur Beseitigung des Hindernisses nicht zutreffend benennt. Das ist hier nach der Gesetzesänderung der Fall. Das Grundbuchamt hat Erklärungen der unteren Wasserbehörde - hier nach §§ 80 Abs. 2 Nr. 3, 82 Abs. 1 WG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 Landesverwaltungsgesetz des Landratsamtes Ortenaukreis - gefordert. Nach dem zum

Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung maßgeblichen Recht ist durch Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht jedoch bei Kaufverträgen nach dem 31. Dezember 2013 und bis einschließlich 12. August 2014 die Gemeinde zuständige Stelle für die Erteilung eines Zeugnisses über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts.

b) Die Zwischenverfügung kann auch nicht dahin ausgelegt werden, dass eine Erklärung der jeweils zuständigen Behörde verlangt wird. Die Zwischenverfügung dient dazu, dem Antragsteller die dem Vollzug seines Antrags entgegenstehenden Hindernisse und die zu ihrer Beseitigung geeigneten Mittel so konkret wie möglich aufzuzeigen.

c) Die von der Beschwerde geltend gemachten Zweifel an der Berechtigung des Grundbuchamts, die Vorlage von Zeugnissen wie in Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht vom 23. Juli 2014 ausdrücklich genannt („Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts“) zu verlangen, können daher dahinstehen (vgl. zum Umfang der eigenständigen Feststellungen des Grundbuchamts Böhringer, BW-NotZ 2014, 38, 43).

(...)

Mitgeteilt durch Richter am OLG Karlsruhe Holger Filthuth

#### FamFG §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 3, 5 Abs. 1, 343 Abs. 2

**1. Das Amtsgericht Schöneberg kann eine Nachlasssache auch dann gemäß § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht verweisen, wenn es seinerseits aufgrund einer Verweisung nach § 3 Abs. 1 S. 1 FamFG mit der Sache befasst worden ist. Die in § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG angeordnete Bindungswirkung steht dem nicht entgegen.**

**2. Der Umstand, dass zum Nachlass ein Sparguthaben gehört, rechtfertigt es nicht, eine Nachlasssache gemäß § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG an das für die konföhrnde Bank örtlich zuständige Amtsgericht zu verweisen. Ein gleichwohl ergangener Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Schöneberg ist jedenfalls dann objektiv willkürlich - und damit nicht bindend im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG - wenn er allein mit der Wendung „Die Nachlassgegenstände befinden sich im dortigen Gerichtsbezirk“ begründet wird.**

OLG Köln, Beschluss vom 27.6.2014 – 2 Wx 170/14

#### Gründe:

1. Nachdem das Amtsgericht Schöneberg die Sache mit Beschluss vom 04.06.2014 formell rechtskräftig an das Amtsgericht Köln verwiesen und dieses sich mit Beschluss vom 16.06.2014 (erneut) formell rechtskräftig für

unzuständig erklärt hat, ist das zuständige Gericht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG zu bestimmen. Denn ein Zuständigkeitsstreit im Sinne dieser Vorschrift kann auch die Wirksamkeit einer „Verweisung“ im Sinne des § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG zum Gegenstand haben (vgl. hierzu etwa Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 5 Rdn. 22 m.w.Nachw.). Da das nächsthöhere gemeinsame Gericht der Amtsgerichte Schöneberg und Köln der Bundesgerichtshof ist, hat die Zuständigkeitsbestimmung durch das Oberlandesgericht Köln, zu dessen Bezirk das zunächst mit der Sache befasste Amtsgericht Köln gehört, zu erfolgen (§ 5 Abs. 2 FamFG).

## 2. Zuständiges Gericht ist das Amtsgericht Schöneberg.

Bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 ZPO sind nicht nur allgemeine Zuständigkeitsvorschriften, sondern auch die verfahrensrechtlichen Bindungswirkungen (§ 3 Abs. 3 S. 2 FamFG) und Zuständigkeitsverfestigungen (§ 2 Abs. 2 FamFG) zu beachten. Die Bindungswirkung des ersten Verweisungsbeschlusses wirkt daher auch im Bestimmungsverfahren fort, weshalb regelmäßig das Gericht als zuständig zu bestimmen ist, an das die Sache durch den ersten - bindenden - Verweisungsbeschluss gelangt ist. Dabei kommt einem Verweisungsbeschluss grundsätzlich auch dann Bindungswirkung zu, wenn er sachlich unrichtig ist oder auf Verfahrensmängeln beruht (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Düsseldorf, FG-Prax 2010, 213; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2013, 1354; Keidel/Sternal, a.a.O., § 5 Rdn. 45; jeweils m.w.Nachw.).

a) Entgegen der im Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Köln vom 16.06.2014 zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung folgt die Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg allerdings unter Beachtung dieser Grundsätze nicht bereits daraus, dass sich zunächst das Amtsgericht Köln mit seinem am 16.04.2014 erlassenen Beschluss für unzuständig erklärt und die Sache dorthin verwiesen hat. Denn die in § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG angeordnete Bindungswirkung reicht nur so weit, wie das verweisende Gericht eine Zuständigkeitsentscheidung getroffen hat (Keidel/Sternal, a.a.O., § 3 Rdn. 52 m.w.Nachw.). Bei seiner Verweisungsentscheidung hatte das Amtsgericht Köln indes lediglich darüber zu befinden, ob seine eigene örtliche Zuständigkeit vorlag und - falls dies zu verneinen sein sollte - welches andere Gericht örtlich zuständig war. Da die Erblasserin Deutsche war und zur Zeit des Erbfalls im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte, hat es diese Frage zu Recht dahingehend beantwortet, dass das Amtsgericht Schöneberg zuständig ist (§ 343 Abs. 2 S. 1 FamFG). Nicht vom Prüfungsumfang umfasst war hingegen eine mögliche Befugnis des zuständigen Amtsgerichts Schöneberg, die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht zu verweisen (§ 343 Abs. 2 S. 2 FamFG; ebenso KG, MDR 2014, 409 f.). Im Rahmen dieser dem Amtsgericht Schöneberg vorbehaltenen Prüfung war dieses auch nicht darauf beschränkt, die Sache gegebenenfalls an ein drittes Gericht zu verweisen. Möglich war - bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen - auch eine Zurückverweisung an das bereits mit der Sache befasste Amtsgericht Köln.

b) Andererseits hat auch das Amtsgericht Schöneberg mit seinem Beschluss vom 04.06.2014 keine bindende Verweisung an das Amtsgericht Köln ausgesprochen.

Allerdings sind nach dem Willen des Gesetzgebers, der dies durch die Verwendung des Begriffs „Verweisung“ zum Ausdruck gebracht hat, auch Beschlüsse nach § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG grundsätzlich bindend im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 277). Nach allgemeiner Ansicht kommt aber offenbar gesetzeswidrigen und offensichtlich unrichtigen Verweisungsbeschlüssen keine Bindungswirkung zu. Offensichtlich unrichtig in diesem Sinne sind Verweisungsbeschlüsse insbesondere dann, wenn sie auf objektiver Willkür beruhen, wenn sie also schlechterdings nicht als im Rahmen des Gesetzes ergangen angesehen werden können, weil sie nicht nur auf unrichtiger Rechtsanwendung beruhen, sondern jeder gesetzlichen Grundlage entbehren (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH 2006, 847, 848 [zu § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO]; KG, FamRZ 2011, 319; weitere Nachweise bei Keidel/Sternal, a.a.O., § 3 Rdn. 53 sowie zur inhaltsgleichen Regelung in § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO bei Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 281 Rdn. 17). Für die Annahme von Willkür braucht sich das verweisende Gericht nicht bewusst über Tatsachen oder Rechtsnormen hinweggesetzt zu haben. Weicht es von der Gesetzeslage oder der ganz einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum ab, dann muss es dies wenigstens gesehen und die eigene Auffassung begründet haben; fehlt es daran, ist die Verweisung willkürlich (KG, KGR 2000, 68). Gleiches gilt, wenn das verweisende Gericht die maßgeblichen Umstände weder prüft noch nachvollziehbar aufzeigt (OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 27).

aa) Der Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 04.06.2014 ist objektiv rechtswidrig. Denn die in § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG normierten Voraussetzungen, unter denen die Sache an ein anderes Gericht verwiesen werden kann, liegen ersichtlich nicht vor. Zwar mag der im Verweisungsbeschluss genannte Gesichtspunkt, dass sich im Bezirk eines anderen Gerichts Nachlassgegenstände befinden, unter Umständen für die Verweisung an ein anderes Gericht sprechen; für sich gesehen genügt er zur Anwendung des § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG aber nicht. Dies ergibt sich schon im Umkehrschluss aus § 343 Abs. 3 FamFG: Hätte der Gesetzgeber dem Vorhandensein eines Nachlassgegenstandes im Bezirk eines anderen Gerichts auch bei einem deutschen Erblasser entscheidende Bedeutung beimessen wollen, hätte es der differenzierenden Regelung in § 343 Abs. 2 und Abs. 3 FamFG nicht bedurft. Die Belegenheit eines einzelnen Nachlassgegenstandes im Bezirk eines anderen Gerichts stellt insbesondere dann keinen „wichtigen Grund“ dar, wenn es sich - wie hier - um einen solchen handelt, der seiner Natur nach keiner ortsnahen Verwaltung oder Fürsorge bedarf (vgl. für ein Sparguthaben etwa Keidel/Zimmermann, a.a.O § 343 Rdn. 66; offengelassen von KG, MDR 2014, 409 f.). Andere Gründe, die die Annahme rechtfertigen, das vorliegende Verfahren könnte vor dem Amtsgericht Köln besser, zügiger oder einfa-

cher erledigt werden, sind im Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Schöneberg nicht angesprochen und auch objektiv nicht erkennbar. Sämtliche Verfahrensbeteiligten haben ihren Wohnsitz im Ausland; ihre persönliche Anhörung erscheint nach dem Inhalt der Akte ohnehin nicht erforderlich. Vielmehr spricht Vieles dafür, dass das Verfahren bereits abgeschlossen sein könnte, wenn das Amtsgericht Schöneberg seine nach § 343 Abs. 2 S. 1 FamFG begründete Zuständigkeit zum Anlass genommen hätte, in der Sache tätig zu werden.

- bb) Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob schon die objektive Rechtswidrigkeit des Verweisungsbeschlusses vom 04.06.2014 seine Bindungswirkung entfallen lässt (ablehnend für einen vergleichbaren Fall etwa KG, MDR 2014, 409 f., aus der dort zum Beleg zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.04.2013 [3 Sa 1/13 = FGPrax 2013, 231] ergibt sich für die hier wie dort zu beurteilende Fallgestaltung allerdings nichts). Denn die vorliegende Verweisung ist jedenfalls deshalb objektiv willkürlich und damit nicht bindend im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG, weil es ihr an jeglicher nachvollziehbaren Begründung fehlt.

Die Gründe des Beschlusses vom 04.06.2014 - der im Übrigen auch in mehrerer Hinsicht nicht den formalen Anforderungen des § 38 FamFG genügt - beschränken sich auf die dem Senat bereits aus anderen Verfahren bekannte formelhafte Wendung „Die Nachlassgegenstände befinden sich im dortigen Gerichtsbezirk“. Schon aus dieser Formulierung wird deutlich, dass das verweisende Gericht sich nicht in der gebotenen Weise mit den Einzelheiten des konkreten Sachverhalts befasst hat; tatsächlich befinden sich im Bezirk des Amtsgerichts Köln keine „Nachlassgegenstände“, sondern - in Form eines Bankguthabens bei der Sparkasse KölnBonn - lediglich ein einziger Nachlassgegenstand. Darüber hinaus lässt die Begründung in keiner Weise erkennen, mit welchen Erwägungen das Amtsgericht Schöneberg die Voraussetzungen einer Verweisung nach § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG als gegeben angesehen hat. Für eine solche Begründung hätte im vorliegenden Fall indes schon deshalb besondere Veranlassung bestanden, weil objektive Anhaltspunkte für einen „wichtigen Grund“ im Sinne der Vorschrift nicht ersichtlich sind. Schließlich kommt hinzu, dass selbst das tatsächliche Vorhandensein „wichtiger Gründe“ zwar notwendige, keineswegs aber hinreichende Bedingung für eine auf § 343 Abs. 2 S. 2 FamFG gestützte Verweisung ist. Denn unter den dort normierten Voraussetzungen „kann“ das Amtsgericht Schöneberg die Sache an ein anderes Gericht verweisen; es hat deshalb nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob gleichwohl überwiegende Gründe dafür sprechen, von einer Verweisung abzusehen. Dem angefochtenen Beschluss ist nicht zu entnehmen, dass der Richter des Amtsgerichts Schöneberg sich dieses Ermessens überhaupt bewusst gewesen ist; erst recht ist nicht zu erkennen, dass er es ausgeübt hat.

- c) Da nach all dem bislang keine bindende Entscheidung im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG getroffen worden

ist, ergibt sich die Zuständigkeit aus den gesetzlichen Vorschriften. Zuständig ist demnach gemäß § 343 Abs. 2 S. 1 FamFG das Amtsgericht Schöneberg.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Mitgeteilt durch Vorsitzenden Richter am OLG Köln Sternal

**§§ 792 ZPO, 2353 BGB; 26, 37 FamFG; 2356 Abs. 2 BGB, 16, 38 Abs. 1 BeurkG**

- 1. Wenn ein Nachlassgläubiger die Erteilung eines Erbscheins beantragt, prüft das Nachlassgericht nicht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung im konkreten Einzelfall.**
- 2. Macht der Erbe geltend, es gäbe entgegen seinen zunächst abgegebenen Erklärungen weitere Miterben, hat er hierfür konkrete Anhaltspunkte zu benennen.**
- 3. Eine eidesstattliche Versicherung vor einem Notar kann ohne Hinzuziehung eines Dolmetschers auch in einer Sprache abgegeben werden, die weder die Muttersprache des Notars, noch die des Erklärenden ist, sofern sowohl der Erklärende als auch der Notar dieser Sprache hinreichend mächtig sind.**

OLG München, Beschluss vom 29.7.2014 – 31 Wx 273/13, rechtskräftig

#### Gründe:

##### I.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beteiligten zu 2 entsprechend ihrem Antrag vom 14.11.2011 ein Erbschein zu erteilen ist, der den Beschwerdeführer als Alleinerben der Erblasserin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausweist.

1. Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die formellen Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Erbscheins vorliegen.
  - a) Die Beteiligte zu 2 kann ihre Antragsberechtigung insoweit entgegen der Meinung des Beschwerdeführers auf § 792 ZPO stützen.
  - aa) Die Vorschrift begründet für den Gläubiger des Erblassers, der bereits einen vollstreckbaren Titel gegen den Erblasser hat und zur Verwirklichung des Titels einen Erbschein bedarf, ein inhaltsgleiches Antragsrecht wie das des Erben als seines Schuldners (MüKoZPO/K. Schmidt/Brinkmann 4. Auflage § 792 Rn. 9). Dem Zweck der Zwangsvollstreckung dient der Antrag stets dann, wenn er die Vollstreckung fördert, so zB, wenn eine Klausel gemäß § 727 ZPO gegen einen neuen Schuldner umgeschrieben werden soll (vgl. MüKoZPO/K. Schmidt/Brinkmann a.a.O. Rn. 4). Insoweit weist der

Gläubiger durch Vorlage des Vollstreckungstitels nach, dass er die Urkunde zum Zwecke der Vollstreckung benötigt. Eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels muss er dabei nicht vorlegen (allg. Meinung: vgl. HK-ZPO/Kindl 5. Auflage § 792 Rn. 4; Zöller/Stöber ZPO 30. Auflage § 792 Rn. 1; MüKoZPO/K. Schmidt/Brinkmann a.a.O. § 792 Rn. 9 m.w.N.).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat die Beteiligte zu 2 ihr Antragsrecht im Sinne des § 792 ZPO nachgewiesen:

(1) Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers hat die Beteiligte zu 2 ihre Stellung als Vollstreckungsgläubigerin der Erblasserin mit den mit Schreiben vom 3.1.2012 vorgelegten vollstreckbaren Ausfertigungen von fünf Grundschuldbestellungsurkunden belegt.

In diesen Urkunden hat die Erblasserin als Grundstückseigentümerin jeweils das verpfändete Grundstück der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen, dass diese gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein soll. Diese Urkunden sind jeweils mit einer von den Notaren Dr. B. bzw. Dr. P. erteilten (neuen) Vollstreckungsklausel zugunsten der Beteiligten zu 2 versehen. Insoweit liegen vollstreckbare Ausfertigungen von Vollstreckungstiteln im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 800 Abs. 1 ZPO vor, die jeweils eine titelumerschreibende Klausel im Sinne des § 727 ZPO auf Gläubigerseite aufweisen (vgl. § 797 Abs. 2 ZPO). Durch diese Vollstreckungsklausel ist die Gläubigereigenschaft der Beteiligten zu 2 in Bezug auf die vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 750 Abs. 1 ZPO nachgewiesen. Soweit der Beschwerdeführer die Rechtsnachfolge der Beteiligten zu 2 in Zweifel zieht, stellt dies eine Einwendung dar, die die Vollstreckungsklausel betrifft. Eine solche ist nach § 797 Abs. 3 ZPO vor dem Amtsgericht geltend zu machen, in dessen Bezirk der die notarielle Urkunde verwahrende Notar seinen Amtssitz hat. Für eine Prüfung des Nachlassgerichts, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der titelumerschreibenden Klausel im Sinne des § 727 ZPO vorliegen, ist daher kein Raum. Insofern ist der Beschwerdeführer auch nicht rechtsschutzlos gestellt, zumal er mit Schreiben vom 11.2.1994 an das Nachlassgericht die Erbschaft angenommen hat und somit als Erbe selbst die Klauselerteilung in dem für die Zwangsvollstreckung an sich vorgesehen gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen kann.

Ob die Beteiligte zu 2 auch Rechtsnachfolgerin schuldrechtlicher Titel gegenüber der Erblasserin geworden ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung, da jedenfalls die Rechtsnachfolge der Beteiligten zu 2 als Gläubigerin in Bezug auf die Zwangsvollstreckung in das für Grundbuchbestellungen haftende Grundstück in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht nachgewiesen ist.

(2) Zu Unrecht rügt der Beschwerdeführer, dass ein Erfordernis für die Erteilung eines Erbscheins nicht gegeben wäre. Das Bedürfnis für die Erteilung eines Erbscheins zum Zwecke der Durchführung der Zwangsvollstreckung

ist dann gegeben, wenn der Schuldner verstirbt und die Zwangsvollstreckung gegen den Erben fortgesetzt werden soll. Insofern muss für die Zwangsvollstreckung gegen den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers in den Nachlass eine vollstreckbare Ausfertigung erwirkt sein und die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen im Sinne des § 750 ZPO vorliegen.

Bei einer Immobilizarzwangsvollstreckung erfordert die notwendige Grundbucheintragung die Voreintragung des Erben (§ 39 GBO), die auch der Gläubiger beantragen kann (§ 14 GBO). Zu diesem Zweck kann der Gläubiger eine Erbscheinserteilung im Sinne des § 792 ZPO verlangen (vgl. dazu Zöller/Stöber a.a.O. § 778 Rn. 7). Hat hingegen die Zwangsvollstreckung bereits zur Zeit des Todes des Schuldners gegen ihn begonnen, wird diese in seinen Nachlass fortgesetzt (§ 779 Abs. 1 ZPO); eine Voreintragung des Schuldners ist dann ausreichend (Zöller/Stöber a.a.O. § 779 Rn. 5). Der Anwendungsbereich des § 779 Abs. 1 ZPO ist jedoch auf solche Titel beschränkt, deren Vollstreckung zu Lebzeiten des Schuldners begonnen hatte; die Vollstreckung eines anderen Titels stellt einen neuen Beginn der Zwangsvollstreckung dar, die durch § 779 ZPO nicht erleichtert ist (Zöller/Stöber a.a.O. § 779 Rn. 5). Insofern werden hier vom Anwendungsbereich des § 779 ZPO lediglich die dinglichen Forderungen (40.000 DM und 150.000 DM) erfasst, wegen derer die Antragstellerin bereits dem Versteigerungsverfahren in den Jahren 1987 und 1989 beigetreten ist. Die von ihr beabsichtigte Vollstreckung aus den übrigen dinglichen Titeln stellt daher einen Neubeginn der Zwangsvollstreckung dar, so dass zur deren Durchführung die Voreintragung des Erben im Grundbuch erforderlich ist. Zu diesem Zweck bedarf die Antragstellerin eines Erbscheins (s.o.).

b) Der Einwand des Beschwerdeführers, das Antragsrecht der Vollstreckungsgläubiger sei verwirkt bzw. werde rechtsmissbräuchlich geltend gemacht (u.a. da diese nach seiner Behauptung im Zwangsversteigerungsverfahren vor dem Amtsgericht W. die Ablösung der Belastungen vereitelte, die Belastungen den Wert des Nachlasses weit überstiegen bzw. die Voraussetzungen im Sinne der §§ 1973, 1974 BGB vorlägen), bzw. die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung aus dem dinglichen Titel lägen nicht vor ("Kein Eintritt in den Sicherungsvertrag"; „Verwirkung der Ansprüche der Antragstellerin“) greift nicht durch.

Dieser Vortrag ist zum einen im Kern verknüpft mit der Frage nach der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung im konkreten Einzelfall. Diese hat das Nachlassgericht im Rahmen des hier maßgeblichen Erbscheinserteilungsverfahrens jedoch nicht zu prüfen (vgl. Seiler in: Thomas/Putzo ZPO 35. Auflage § 792 Rn. 6; MüKoZPO/Karsten/Schmidt/Brinkmann a.a.O. § 792 Rn. 10). Außerdem sind für die Erteilung des Erbscheins allein die Vorschriften maßgeblich, die anwendbar wären, wenn der Schuldner den Antrag selbst stellen würde. Insoweit richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit (Musielak/Lackmann ZPO 11. Auflage § 792 Rn 3). Der Re-

gelungszweck des § 792 ZPO liegt allein darin, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, solche Urkunden, deren Erteilung er zum Zweck einer Vollstreckung bedarf, an Stelle des Schuldners zu beantragen. Diesem wäre es aber als wahren Erben verfahrensrechtlich nicht verwehrt, auch nach Jahrzehnten die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen (vgl. dazu auch Keidel/Zimmermann FamFG 18. Auflage § 352 Rn. 18). Demgemäß hat das Nachlassgericht zu Recht eine Verwirkung des Antragsrechts der Beteiligten zu 2 im Erbscheinserteilungsverfahren verneint.

c) Die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 sind für den von ihnen gestellten Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, der bezeugt, dass der Beschwerdeführer gesetzlicher Alleinerbe der Erblasserin ist, bevollmächtigt. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass mittlerweile eine ordnungsgemäße Vollmacht der Beteiligten zu 2 vorliegt. Insoweit haben deren vertretungsberechtigten Organe die früheren Handlungen der Verfahrensbevollmächtigten zum Zwecke der Erteilung des erstrebten Alleinerbscheins (jedenfalls) konkludent genehmigt.

2. Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass sich die Erbfolge nach der Erblasserin aufgrund Gesetz bestimmt und der Beschwerdeführer deren gesetzlicher Alleinerbe ist.

a) Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass im Hinblick auf die rechtskräftige Scheidung der Erblasserin mit Herrn P. N. der Erbvertrag vom 17.5.1958 unwirksam ist (§ 2079 Abs. 2 iVm § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die von der Erblasserin errichteten Testamente vom 1.7.1957 und 5.9.1968 wurden von der Erblasserin mit Erbvertrag vom 28.9.1972 widerrufen. Da sie darin lediglich eine Vermächtnisanordnung zugunsten ihrer vorverstorbenen Mutter getroffen hat, ist gesetzliche Erbfolge eingetreten.

b) Der Senat ist der Überzeugung, dass der Beschwerdeführer alleiniger gesetzlicher Erbe der Erblasserin ist.

aa) Nach der Erklärung der Tochter der Erblasserin, C. B., zur Niederschrift des Nachlassgerichts, sind aus den Ehen der Erblasserin mit jeweils demselben Ehemann P. N. zwei Kinder, C. B. und der Beschwerdeführer hervorgegangen; weitere Kinder (weder nichteheliche noch adoptierte) hatte die Erblasserin nicht. Demgemäß ist der Beschwerdeführer aufgrund der form- und fristgerechten Ausschlagung ihres gesetzlichen Erbes durch seine Schwester C. B., die im Zeitpunkt der Ausschlagung keine Kinder hatte und auch nicht die Geburt eines Kindes erwartet hat, alleiniger gesetzlicher Erbe der Erblasserin, da er ausweislich der vorgelegten Geburtsurkunde ein Abkömmling der Erblasserin ist.

bb) Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin entgegen der Erklärung ihrer Tochter weitere Kinder hatte, liegen nach Überzeugung des Senats nicht vor. Der Vortrag des Beschwerdeführers, er habe noch einen Bruder

geboren am ...1954, stellt angesichts der Erklärung seiner Schwester kein hinreichendes Indiz für die Existenz eines weiteren Abkömmlings der Erblasserin dar. Außerdem legt der Vortrag des Beschwerdeführers nicht zwingend nahe, dass es bei dem Bruder um einen Abkömmling der Erblasserin handeln würde. Dieser lässt vielmehr auch die Möglichkeit zu, dass es bei dem von ihm behaupteten Bruder um einen Abkömmling seines Vaters handelt. Zudem hat der Beschwerdeführer selbst, nachdem er von dem Nachlassgericht davon in Kenntnis gesetzt, dass er nach der Ausschlagung seiner Schwester als Alleinerbe kraft Gesetzes in Betracht komme, mit Schreiben vom 11.2.1994 an das Nachlassgericht die Annahme der Erbschaft erklärt und die „gebührenpflichtige Erteilung eines Erbscheins“ beantragt. Der Senat ist daher zur Überzeugung gelangt, dass der Beschwerdeführer nach der Ausschlagung seiner Schwester alleiniger gesetzlicher Erbe der Erblasserin ist.

c) Der Beschwerdeführer hat sein Erbe mit Schreiben vom 11.2.1994 gegenüber dem Nachlassgericht angenommen (s.o.).

3. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die für die Erteilung des beantragten Erbscheins, der die Alleinerbschaft des Beschwerdeführers aufgrund Gesetzes bezeugt, erforderlichen Nachweise (Geburtsurkunde des Beschwerdeführers; Scheidungsurteil des Ehepaars „P. und H. N.“) und Erklärungen der Antragstellerin samt eidesstattlicher Versicherung im Sinne der §§ 2354, 2356 BGB vorliegen.

a) Die am 9.10.2012 von den Vertretungsorganen der Beteiligten zu 2 vor der Notarin Z. abgegebenen Erklärungen entsprechen den im Sinne des § 2354 BGB notwendigen Angaben für die Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers haben die Erklärenden durch ihre Bezugnahme auf ihre Erkenntnisquellen (Einsicht in die Nachlassakten und durch gerichtliche Verfahren bekanntgewordene Tatsachen; vgl. Ziffer 2) hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass sie über die in der Urkunde angegebenen Tatsachen hinaus keine weiteren Erkenntnisse haben. Hierauf erstreckt sich auch die von ihnen abgegebene eidesstattliche Versicherung (vgl. Präambel S. 2 aE).

b) Der Einwand des Beschwerdeführers, dass die eidesstattliche Versicherung nicht den Voraussetzungen im Sinne des § 2356 Abs. 2 BGB entspreche, greift nicht. Entgegen dessen Meinung liegt in Bezug auf die Erklärung von Herrn M. kein Verstoß gegen die Anforderungen im Sinne der §§ 38 Abs. 1 iVm § 16 BeurkG vor.

Ausweislich der notariellen Urkunde vom 9.10.2012 wurde von der Notarin vor Beurkundung der Erklärungen und deren Versicherung an Eides statt festgestellt, dass Herr M. nach dessen Angaben „der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, wohl aber der englischen Sprache“. Demgemäß hat die Notarin in Bezug auf Herrn M. die Beurkundung in englischer Sprache vorgenommen, wobei auf die Beiziehung eines offiziellen Übersetzers verzichtet wurde. Der

Senat teilt nicht die Meinung des Beschwerdeführers, dass nach dem Vermerk der Notarin die Kundigkeit der englischen Sprache des Herrn M. hinsichtlich des Beurkundungsinhalts nicht nachgewiesen ist. Der Vermerk nimmt Bezug auf die Formulierung in § 16 Abs. 1 BeurkG und stellt nach seinem Erklärungsinhalt fest, dass Herr M. im Gegensatz zur deutschen der englischen Sprache bezüglich der der Beurkundung zugrundeliegenden Erklärung (gerade) hinreichend kundig ist. Insofern hat die Notarin in eigener Verantwortung die Sprachkundigkeit des Erklärenden geprüft (vgl. Lerch Beurkundungsgesetz 4. Auflage § 16 Rn. 3b) und dessen Sprachkenntnis betreffend die englische Sprache bejaht. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass sie im Nachgang dazu dessen Erklärungen beurkundet hat.

Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers erfordert § 16 Abs. 2 BeurkG nicht die Übersetzung der Niederschrift in die Muttersprache des Erklärenden (italienische Sprache). Sinn und Zweck der Übersetzung ist allein sicherzustellen, dass der Beteiligte eines Beurkundungsvorgangs den Inhalt der Niederschrift versteht und nachvollziehen kann. Dies kann auch durch eine Übersetzung in eine Sprache gewährleistet werden, derer der Beteiligte hinreichend kundig ist. Dies ist nach den Angaben des Herrn M. hinsichtlich der englischen Sprache der Fall.

## II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Für die Festsetzung des Geschäftswerts ist das wirtschaftliche In-

teresse des Beschwerdeführers am Erfolg seines Rechtsmittels maßgebend. Dieses entspricht demjenigen der Beteiligten zu 2 an der Erteilung des Erbscheins, der der Zwangsvollstreckung aus den von ihr vorgelegten dinglichen Titeln dient. Insoweit legt der Senat das Vollstreckungsinteresse der Beteiligte zu 2 in Bezug auf die vorgelegten Vollstreckungstitel (= Summe der titulierten Beträge in Höhe von ca. 148.200 €) für die Festsetzung des Geschäftswerts zugrunde.

## III.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 72 FamFG) liegen nicht vor. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers sind die hier entscheidungserheblichen Fragen (Prüfungsumfang des Nachlassgerichts; Verwirkung des Rechts der Beteiligten zu 2 auf Erteilung des von ihr beantragten Erbscheins), die im Kern die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung im konkreten Einzelfall betreffen, nicht klärungsbedürftig (s.o.). Insofern liegen (soweit ersichtlich) keine divergierende Entscheidungen und unterschiedliche Literaturmeinungen vor. Außerdem betreffen die hier entscheidungserheblichen Fragen einen Einzelfall. Allein der Umstand, dass der Senat die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilt, führt nicht dazu, dass diese Fragen das Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berühren.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Föhrth

## NOTARE

### Stephan Schiller & Franz Holzheu Aschaffenburg - Luitpoldhaus

Da unser derzeitiger Büroleiter und Oberamtsrat in den wohlverdienten Ruhestand geht, suchen wir sofort oder baldmöglichst **eine/n württembergische/n Notarassessor/in**

für eine unbefristete Vollzeitätigkeit auch ohne Notarprüfung. Das Aufgabengebiet umfasst die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit in einem bayerischen Notariat. Wir erwarten eine selbständige und eigenverantwortliche juristische Sachbearbeitung für Mandate im gesamten Bereich der notariellen Tätigkeit, insbesondere im Grundstücksrecht, Gesellschaftsrecht, Familienrecht und Erbrecht.

Wir bieten eine leistungsgerechte Bezahlung, ein modernes zentralgelegenes Büro und eine verantwortungsvolle Tätigkeit in einem angenehmen Arbeitsumfeld.

Für Fragen steht Ihnen Notar Stephan Schiller zur Verfügung. Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte per E-Mail an:  
**Notar Stephan Schiller · Notare Schiller & Holzheu · Luitpodstraße 9 · 63739 Aschaffenburg · Telefon 06021/38686-0  
E-Mail: [sschiller@notare-s-h-aschaffenburg.de](mailto:sschiller@notare-s-h-aschaffenburg.de)**

## Buchbesprechungen

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen. Hrsg von Prof. Dr. Stefan Leible und Prof. Dr. Jochem Reichert. Verlag C. H. Beck, 4. Aufl., 2013, 1557 Seiten, 159,- €.**

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist ein umfassendes Standardwerk, das in sechs Bänden zuverlässig über alle Stadien im Leben der einzelnen Gesellschaftsformen informiert. Der neue Band 6 ergänzt das Gesamtwerk auf dem wichtigen Gebiet des internationalen Gesellschaftsrechts; er stellt das für die Praxis besonders wichtige, aber schwierige internationale Gesellschaftsrecht dar. Das Handbuch erschließt das Kollisions- und Niederlassungsrecht Deutschlands und wichtiger ausländischer Rechtsordnungen, das internationale Insolvenzrecht sowie das Recht der grenzüberschreitenden Transaktionen. Schwerpunkte des Handbuchs sind: Gründung einer Gesellschaft und Auslandsbeurkundungen, ausländische Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz und Liquidation ausländischer Gesellschaften. Beim Kapitel Insolvenzrecht werden die Insolvenz mit Auslandsbezug und die Sanierung deutscher Unternehmen in England behandelt. Für den Praktiker hilfreich ist die Darstellung ausländischer Gesellschaftsformen ausgewählter Staaten wie z. B. Belgien, China, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, Niederlande, Österreich, Schweiz, Spanien. Auch wenn supranationale Gesellschaftsformen bisher eher geringe Bedeutung erlangt haben, ist ein Blick auf die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die Societas Europaea (SE), die Europäische Genossenschaft (SCE) und die von der Europäischen Union geplante zweite supranationale Kapitalgesellschaft Societas Privata Europaea (SPE) interessant. In den Blick genommen werden auch spezifische Fragen des Steuer- und Mitbestimmungsrechts. Das Handbuch ist ein hervorragendes Werk für den im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts tätigen Praktiker; das Werk steht für höchste Qualität.

Von der Gründung bis zur Beendigung. Die vorliegenden Bände 1 und 2 bieten eine fundierte und übersichtliche, an den Fragen und Informationsansprüchen der gehobenen Praxis orientierte Darstellung des gesamten Rechts der Personengesellschaften. Die Neuauflagen erfolgen aufgrund der schon fast hektisch anmutenden gesetzgeberischen Tätigkeit in den vergangenen Jahren. Gegliedert sind die beiden Bände im Wesentlichen in die Kapitel Entwicklung, Bedeutung und Erscheinungsform der Gesellschaft, rechtliche Grundlagen, Geschäftsführung und Vertretung, Eintritt und Ausscheiden sowie Tod eines Gesellschafters, Vermögen der Gesellschaft, Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten, Auflösung, Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft und schließlich das Kapitel Fehlerhafte Gesellschaft. Die einzelnen Beiträge enthalten eine große Dichte an präziser Information; für Weiterführendes wird auf umfangreiche Literatur verwiesen. Die durch die Gesetzesänderungen eingetre-

ten Veränderungen sind gebührend berücksichtigt, ebenso die Rechnungslegung, das Konzern- und Steuerrecht. Die umfassenden Sachregister ermöglichen einen schnellen Einstieg in die gesuchte Problematik.

Zu Recht haben die Autoren prinzipielle gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen die Anerkennung eines besonderen Gesellschaftstyps „GbR mbH“ (Bd. 1 § 18 Rn. 99). Mit der h. M. wird davon ausgegangen, dass ein Gesellschaftsvertrag, dessen Zweck der Erwerb von Grundbesitz generell ist, nicht aus diesem Grunde beurkundet werden muss (Bd. 1 § 10 Rn. 10). Bedeutung erlangt haben die Ausführungen (Bd. 1 § 11 Rn. 49) zur Grundbuchberichtigung bei Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR, nachdem der Gesetzgeber in § 47 Abs. 2 die Rechtslage neu geregelt hat. Bei der GbR und der offenen Handelsgesellschaft erhält der Rechtsanwender ausführliche Erläuterungen, welche Form- und Genehmigungserfordernisse für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags und deren Änderung zu beachten sind (Bd. 1 § 5 Rn. 51 ff.; § 47 Rn. 75 ff.). Ein umfangreiches Kapitel widmet sich den fehlerhaften Gesellschaften anlässlich von Gründung und Änderungen (Bd. 1 6. Teil). Praxisnah sind auch Ausführungen zur Belastung von Gesellschaftsanteilen mit Nießbrauch und Pfandrecht bei einer OHG (Bd. 1 § 66). Für Notare besonders interessant ist die Darstellung der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen im Hinblick auf den Tod des Gesellschafters (Bd. 1 § 79). Auch zu der supranationalen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung erhält der Leser erschöpfende Auskünfte (Bd. 1 §§ 94 – 99). Im Band 2 wird die gesetzestypische Kommanditgesellschaft nach dem auch in Band 1 bewährten Schema dargestellt, danach auf ungefähr 400 Seiten die GmbH & Co. KG behandelt. Auch die Publikums-KG mit ihrem Sonderrecht und der Initiatoren-, Gründer- und Vermittlerverantwortlichkeit ist ausführlich behandelt. Umfangreich (ca. 300 Seiten) sind Erläuterungen zur Stillen Gesellschaft.

Die beiden Bände sind sichere und zuverlässige Ratgeber bei der Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten der Personengesellschaften. Man spürt, dass die Mitwirkung von Wissenschaft und Praxis dem Nutzer einen durchgängigen Praxisbezug und eine ausgezeichnete Orientierung bietet.

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

**Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg – Ein Handbuch für die Praxis – besonders für Bürgermeister und Ratschreiber. Begründet von Karl Haegele, weitergeführt von Helmut E. Gräßlin und Dr. Jürgen Rastätter. Herausgegeben von Christian Bachmayer, LL.M. (Hagen), Neckar Verlag GmbH, Loseblatt Stand: Juli 2012, 49,90 €.**

Das Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg, eine in zwei Ordnern einsortierte Loseblatt-

sammlung, liegt nun mit der jüngsten Ergänzungslieferung 2/2012 (Stand: Juli 2012) vor. Das Werk stellt konzeptionell eine Mischung aus Hand- und Lehrbuch dar mit einigen Mustern am Ende. Es gliedert sich in die Bereiche Beurkundungswesen, Grundbuch- und Grundstücksrecht, Familienrecht, Vormundschaftsrecht, Erbrecht, Nachlassverfahren, Kosten- und Steuerrecht sowie Öffentliches Recht und deckt somit eine Vielfalt von Rechtsgebieten ab. Besonders positiv zu erwähnen ist das Kapitel „Kostenrecht“, welches einen bemerkenswerten Umfang aufweist und somit für die vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Materie hervorragend geeignet ist. Selbst die zunehmende Bedeutung internationaler Bezüge wird im Rahmen eines ausführlichen Kapitels zum Thema „Nachlasssachen mit Auslandsberührung“ berücksichtigt. Für eine rasche Orientierung in diesem schwierigen Bereich ist dies sehr hilfreich. Allerdings muss der Leser insoweit berücksichtigen, dass die durch die Europäische Erbrechtsverordnung (ABl. EG L 201 vom 27.7.2012) zu beachtenden Neuerungen bislang nur auf der Grundlage des Vorschlags vom 14.10.2009 (KOM(2009) 154 endgültig) abgebildet sind.

Eine hervorzuhebende Besonderheit des Werks ist sicherlich die detaillierte Darstellung der für Baden-Württemberg maßgeblichen landesspezifischen Regelungen. So werden in dem mit „Grundlagen“ überschriebenen Kapitel die Rechtseinrichtung des Ratschreibers, dessen Aufgabengebiete und seine Pflichten sowie die Möglichkeit der Beurkundungszuständigkeit ausführlich dargestellt. Die Abweichungen im württembergischen und badischen Rechtsgebiet im Bereich des Grundbuchrechts werden in dem durch die jüngste Ergänzungslieferung aktualisierten Kapitel „Formelles Grundbuchrecht“ berücksichtigt. Auch die Unterscheidung im bestehenden baden-württembergischen Notariatswesen zwischen badischem Amtsnotar und württembergischem Bezirksnotar, Anwaltsnotar und Notar wird in zahlreichen Kapiteln aufgegriffen. Schließlich wird dem Leser eine Tabelle zum Staats-/Notaranteil gem. § 14 LJKG an die Hand gegeben.

Neben der Aktualisierung des formellen Grundbuchrechts wurde durch die Ergänzungslieferung 2/2012 auch das Kapitel zu den „Öffentlich-rechtlichen Grundstücksbeschränkungen“ überarbeitet. Für die notarielle Praxis von besonderem

Interesse dürfte hier die Erläuterung des Agrarstrukturverbesserungsgesetzes vom 10.11.2009 (GBl. BW 2009, 645) sein, das nach dem Willen des baden-württembergischen Landesgesetzgebers der Umsetzung der Förderalismusreform und hier der Überführung des Grundstücksverkehrsgesetzes sowie des Landpachtverkehrsgesetzes des Bundes in baden-württembergisches Landesrecht (eingehend LT-Drucks. BW 14/5140, S. 1 f.) dient. Dabei sollen „Zielrichtung und Wortlaut der Versagungs- und Beanstandungsgründe (...) unverändert beibehalten (werden), um keinen Anlass zu geben, das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof mit längst geklärten Rechtsfragen von neuem zu befassen.“ (LT-Drucks. BW 14/5140, S. 2). Es ist daher konsequent, dass die Ausführungen in diesem Kapitel stets mit Blick auf das Grundstücksverkehrsgesetz erfolgen. Lediglich zur Vertiefung bestimmter Rechtsfragen, wie beispielsweise die Genehmigungspflichtigkeit und Genehmigungsfähigkeit bei Einbringung landwirtschaftlicher Flächen in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wird der Leser nicht darauf verzichten können, ergänzend Rechtsprechung und Literatur heranzuziehen.

Abgerundet wird das Werk durch ein Kapitel mit Beurkundungsmuster, Muster für Grundbucheintragungen und zur Führung des Geschäftsregisters des Grundbuchamts sowie zur Anmeldung zum Vereinsregister, die zudem mittels kurzer Anmerkungen erläutert werden. Dieser Teil des Werks ist für die tägliche Praxis sicherlich von erheblichem Nutzen. Aber auch in den weiteren Kapiteln finden sich zahlreiche Formulierings- und Eintragungsbeispiele, die bei der Bewältigung der praktischen Arbeit gute Dienste erweisen können.

Fazit: Trotz der Vielzahl der vorhandenen Hand- und Formularbücher ist die Anschaffung des Werkes, nicht zuletzt aufgrund der überzeugenden Darstellung der landesspezifischen Besonderheiten in Baden-Württemberg, uneingeschränkt zu empfehlen. Bei der künftigen Fortentwicklung des Handbuchs sollte überlegt werden, ob die Vertragsmuster in elektronischer Form zur Verfügung gestellt werden könnten. Dies würde die Nutzung des Handbuchs erleichtern.

Justizrätin und Referentin am Deutschen Notarinstitut  
Dr. Julia Kraft, Würzburg

## Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

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

### Georgien Kinderschutzübereinkommen tritt in Kraft

Mit Wirkung zum 1. März 2015 tritt in Georgien das Haager Kinderschutzübereinkommen in Kraft

### Kroatien Gesetz über die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare

In Kroatien trat am 1. September 2014 das „Gesetz über die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare“ in Kraft. Durch dieses Gesetz werden eingetragene Lebenspartner weitgehend mit Eheleuten gleichgestellt. Eine gemeinsame Adoption von Kindern ist jedoch nicht möglich.

### Deutschland Ratifikation des Europäischen Adoptionsübereinkommens

Am 23. Mai 2014 hat Deutschland das revidierte Europäische Übereinkommen vom 27. November 2008 über die Adoption von Kindern gezeichnet. Mangels Ratifikation ist es jedoch für Deutschland noch nicht in Kraft getreten.

Das Übereinkommen modernisiert und ersetzt das Europäische Adoptionsübereinkommen von 1967, dessen Vertragsstaat Deutschland bereits ist. Insbesondere enthält das revidierte Übereinkommen eine Öffnungsklausel, wonach die Vertragsstaaten die Adoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner zulassen können. Dies war nach dem bisher gültigen Adoptionsübereinkommen von 1967 nicht zulässig.

Die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Adoption durch eingetragene Lebenspartner soll in Deutschland zwar nicht eingeführt werden. Jedoch entschied das Bundesverfassungsgericht am 19. Februar 2013<sup>1</sup>, dass eine Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner möglich sein müsse. Als Folge dieser Entscheidung wurde das Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner vom 20. Juni 2014<sup>2</sup> erlassen. Dieses erlaubt nunmehr, dass ein Lebenspartner das adoptierte Kind seines Lebenspartners an Kindes statt annimmt mit der Folge, dass das Kind ein gemeinschaftliches Kind der Lebenspartner wird.

### Haager Übereinkommen über die internationale Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen

Am 1. August 2014 ist das *Haager Übereinkommen vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen* („Haager Unterhaltsübereinkommen“) mit Wirkung für alle EU-Staaten außer Dänemark sowie für Albanien, Bosnien und Herzegowina, Norwegen und die Ukraine in Kraft getreten.

Das Übereinkommen dient der Ermöglichung bzw. Vereinfachung der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen. Dies geschieht dadurch, dass dem Unterhaltsgläubiger in seinem Staat eine zentrale Behörde zur Verfügung steht, die ihm bei der Durchsetzung der Ansprüche im Ausland hilft. In Deutschland ist dies das Bundesamt für Justiz in Bonn. Unterhaltsurteile, die in einem Vertragsstaat erlassen wurden, sollen in den anderen Vertragsstaaten nach einem vereinfachten Verfahren zügig anerkannt werden.

### OLG Köln Türkisches Kollisionsrecht

#### 1. Entscheidung vom 11. Februar 2014:<sup>3</sup>

Das OLG Köln erließ – soweit ersichtlich als bisher erstes Obergericht – eine Entscheidung zu Art. 15 Abs. 2 türkisches IPRG. Dem lag folgender, in der nachlassgerichtlichen Praxis recht häufig auftretender Fall zugrunde:

Eine türkische Erblasserin hinterließ bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland. Sie war verheiratet und hatte drei Kinder. Beide Ehegatten waren bei Eheschließung ausschließlich türkische Staatsangehörige. Aufgrund der türkischen Staatsangehörigkeit der Erblasserin richtete sich die Erbfolge nach Ziff. 14 der Anlage 20 des Konsularvertrages zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reich vom 28. Mai 1929. Für das bewegliche Vermögen galt demnach türkisches Erbrecht, für den Grundbesitz in Deutschland deutsches Erbrecht; es trat somit eine Nachlassspaltung ein.

Fraglich war nun, ob die Erbquote des Ehegatten hinsichtlich des der deutschen Erbfolge unterliegenden Grundbesitzes 1/2 oder 1/4 betrug. Hierfür war maßgeblich, ob insoweit deutsches Güterrecht galt (und der Ehemann damit nach § 1371 Abs. 1 BGB das „Erhöhungsviertel“ bekam), oder ob türkisches Güterrecht galt (dann nur die nicht erhöhte Erbquote nach § 1931

1 BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09.

2 BGBl. I 2014, 786.

3 OLG Köln, Beschl. v. 11.02.2014, 2 Wx 245/13.

Abs. 1 BGB). Grundsätzlich verweist das deutsche Kollisionsrecht nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB auf das türkische Recht, da die Ehegatten bei der Eheschließung beide ausschließlich türkische Staatsangehörige waren. Bei dieser Verweisung handelt es sich jedoch um eine Gesamtrechtsverweisung, so dass auch Rück- oder Weiterverweisungen des türkischen Rechts zu beachten sind. Das türkische IPR knüpft das Güterrecht (mangels Rechtswahl) grundsätzlich ebenfalls an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung an. Die Verweisung würde daher grundsätzlich angenommen.

Allerdings enthält **Art. 15 Abs. 2 türk. IPRG** seit dem Jahr 2007 folgende Regelung: **„Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung findet bei unbeweglichem Vermögen das Recht des Ortes der Belegenheit Anwendung“**. In der Literatur ist die Auslegung dieser Vorschrift umstritten. Zum Teil wird sie als eine allgemeine güterkollisionsrechtliche Regelung verstanden. Dies hätte zur Folge, dass für das unbewegliche Vermögen in Deutschland auf deutsches Güterrecht (zurück-) verwiesen würde.<sup>4</sup> Nach dem Wortlaut der Vorschrift (der ausdrücklich auf die „Auseinandersetzung“ des Vermögens abstellt) könnte es sich dagegen auch nur um eine klarstellende Bestimmung des Inhalts handeln, dass sich die Auseinandersetzung des unbeweglichen Vermögens stets nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, die an dem Ort gelten, an dem der Grundbesitz belegen ist.<sup>5</sup> Das OLG Köln schließt sich dieser letztgenannten Auffassung an. Es stellt dabei maßgeblich auf den Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 türk. IPRG ab und argumentiert, dass § 1371 Abs. 1 BGB gerade keine Vorschrift sei, welche die Auseinandersetzung von unbeweglichem Vermögen regle. Eine Rückverweisung auf das deutsche Güterrecht wird daher vom OLG Köln verneint.

Nach dieser Ansicht beträgt die **Erbquote des Ehegatten hinsichtlich des deutschen Grundbesitzes deswegen nur 1/4**.<sup>6</sup>

## 2. Entscheidung vom 21. Februar 2014:<sup>7</sup>

Am 21. Februar 2014 hatte sich das OLG Köln erneut mit dem Nachlass eines türkischen Staatsangehörigen zu befassen. Dabei ging es vor allem um die Folgen eines anhängigen Scheidungsverfahrens auf das Erbrecht der Ehefrau.

Wie im oben beschriebenen Fall besaß der Erblasser bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland. Es trat demnach eine Nachlassspaltung ein: für das bewegliche Vermögen galt türkisches Erbrecht, für das unbewegliche Vermögen deutsches Erbrecht. Zwischen den Ehegatten war bereits seit einigen Jahren ein Scheidungsverfahren anhängig. Der Erblasser hatte selbst einen Scheidungsantrag gestellt. Die Scheidung wurde jedoch nicht mehr ausgesprochen, da der Erblasser zuvor verstarb.

Hinsichtlich des Grundbesitzes in Deutschland galt uneingeschränkt § 1933 BGB. Die Ehefrau hätte daher kein gesetzliches Erbrecht mehr, wenn der Erblasser einen Scheidungsantrag gestellt hätte (was hier gegeben war) und die Voraussetzungen der Scheidung der Ehe vorlägen. Nach welchem Recht sich die Scheidungsvoraussetzungen richten,

ist als Vorfrage selbstständig anzuknüpfen. In diesem Fall galt türkisches Recht.<sup>8</sup> Das Gericht bejahte das Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen nach türkischem Recht. Demnach waren die Tatbestandsmerkmale des § 1933 BGB erfüllt. Der Ehefrau stand daher hinsichtlich des dem deutschen Erbrecht unterliegenden Grundbesitzes kein Erbrecht zu.

Anders ist die Lage jedoch hinsichtlich des beweglichen Vermögens. Dieses vererbte sich nach dem türkischen Erbrecht. Nach türkischem Recht entfällt das Ehegattenerbrecht erst mit Ausspruch der Scheidung. Eine Vorverlagerung des Verlusts des Ehegattenerbrechts wie in § 1933 BGB ist dem türkischen Recht unbekannt. Da die Scheidung nicht mehr erfolgte, bestand das Erbrecht der Ehefrau hinsichtlich des beweglichen Vermögens daher fort.

Hier zeigt sich sehr schön, welche unterschiedlichen Schicksale die einzelnen Spaltnachlässe nehmen können. Das OLG Köln macht auch nochmals deutlich, dass wegen der Nachlassspaltung zwei Erbscheine erteilt werden müssen. Diese können jedoch in einer Urkunde als sogenannter „Doppel- oder Mehrfacherbschein“ zusammengefasst werden.

## OLG Köln Ausschlagungserklärung in fremder Sprache nicht fristwährend

In einem Beschluss vom 12. Februar 2014<sup>9</sup> vertrat das OLG Köln - allerdings in einer nicht entscheidungserheblichen Anmerkung - die Auffassung, eine in einer fremden Sprache abgegebene Ausschlagungserklärung könne nicht die Ausschlagungsfrist nach § 1944 BGB wahren. Vielmehr müsse neben der fremdsprachigen Erklärung innerhalb der Ausschlagungsfrist eine deutsche Übersetzung beim Nachlassgericht eingehen. Begründet wurde dies mit einem Verweis auf § 184 GVG, welcher als Gerichtssprache die deutsche Sprache festlegt. Weiter stellte das Gericht fest „Für eine Erbausschlagungserklärung als amtsempfangsbedürftige Willenserklärung gilt nichts anderes als für andere fristgebundene gegenüber einem Gericht abzugebende (prozessuale) Erklärungen.“ Dem Umstand, dass mit der Einholung einer Übersetzung ein gewisser Zeitaufwand verbunden ist, werde dadurch Rechnung getragen, dass die Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 3 BGB sechs Monate betrage, wenn sich der Erbe bei Fristbeginn im Ausland aufhält.

4 So Schaal, BWNotZ 2009, 171, Odendahl/Kortak, FamRBInt 2010, 12, 16.

5 So DNotI-Gutachten Nr. 133673 vom 10.04.2014.

6 Unbeschadet bleiben aber die aufgrund der Beendigung des türkischen Güterstandes bestehenden güterrechtlichen Ausgleichsansprüche.

7 OLG Köln, Beschl. v. 21.02.2014 - 2 Wx 30/14 und 43/14.

8 Vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a.F. i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB. Da die Scheidung vor dem 21.06.2012 beantragt wurde, war die ROM-III-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts) noch nicht anwendbar.

9 OLG Köln, Beschl. v. 12.02.2014 - 2 Wx 25/14.

Diese Entscheidung ist kritisch zu sehen. Es ist allgemein anerkannt, dass es sich bei der Ausschlagung nicht um eine prozessuale Erklärung handelt, sondern um eine materiellrechtliche Erklärung, deren Empfänger das Nachlassgericht ist. Für die Ausschlagung gilt daher nicht das Verfahrensrecht sondern materielles Recht.<sup>10</sup> § 184 GVG kann daher nicht ohne Weiteres auf die Ausschlagungserklärung angewandt werden. Bereits der von § 184 GVG verfolgte Normzweck, nämlich die Öffentlichkeit (§ 169 GVG) zu wahren, kann bei einer Ausschlagungserklärung offensichtlich keine Rolle spielen. Auch liegen bei einer Ausschlagungserklärung keine widerstreitenden Interessen einer anderen Partei vor, welche durch die Einhaltung der deutschen Sprache innerhalb der Frist gewahrt werden müsste. Auch der Verweis auf die Sechsmonatsfrist nach § 1944 Abs. 3 BGB vermag die vom OLG Köln vertretene Auffassung nicht zu stützen. Es ist nämlich keineswegs selbstverständlich, dass sich der Ausschlagende bei Beginn der Frist im Ausland aufhält. Hält er sich in Deutschland auf - zum Beispiel weil er ans Sterbebett des Erblassers gekommen ist - beträgt die Ausschlagungsfrist lediglich sechs Wochen. Innerhalb dieser Zeit eine Übersetzung der Ausschlagung zu bekommen, kann sich als schwierig erweisen. Darüber hinaus gibt es bei einer versäumten Ausschlagungsfrist nicht - wie bei prozessualen Fristversäumnissen - die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.

Sinnvoll wäre es daher, die fremdsprachige Ausschlagungserklärung als wirksam anzusehen, jedoch von dem Erklärenden die Nachreichung einer deutschen Übersetzung zu verlangen. Solange jedoch die Entscheidung des OLG Köln im Raum steht, empfiehlt es sich für die Erben, die Ausschlagung entweder gleich in deutscher Sprache abzugeben, oder sofort eine Übersetzung der Ausschlagungserklärung in die deutsche Sprache anfertigen zu lassen.

## OLG Hamm Schwedisches Erbrecht

Mit Urteil vom 6. März 2014<sup>11</sup> entschied das OLG Hamm, dass ein Erblasser, der bei seinem Tod allein die schwedische Staatsangehörigkeit besaß, nach schwedischem Erbstatut beerbt wird. Das schwedische internationale Erbrecht bestimmt in Kap. 1 § 1 Abs. 1 IDL, dass für die Beerbung eines schwedischen Staatsangehörigen das schwedische Recht allein maßgebend ist, auch wenn der Erblasser keinen Wohnsitz im schwedischen Inland hatte. Rück- oder Weiterverweisungen kennt es nicht. Das schwedische Recht geht des Weiteren vom Grundsatz der Nachlassseinheit aus. Hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens kann jedoch - aus Sicht des deutschen Rechts - aufgrund einer wirksam getroffenen Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Erbrecht anwendbar sein. Insoweit kann eine Nachlassspaltung eintreten.

Streitig war im Verfahren auch die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin. Die Testierfähigkeit bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung ist grundsätzlich gem. Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB nach dem Sachrecht des Staates, das im

Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB Erbstatut gewesen wäre, zu beurteilen (sog. Errichtungsstatut). Das hier anwendbare schwedische Erbgesetz geht vom Grundsatz der Testierfähigkeit aus, ein Testament ist dann ungültig, wenn es unter Einfluss einer psychischen Störung errichtet wurde oder wenn der Testator unter Missbrauch seines Unverstandes, seiner Willensschwäche oder seiner abhängigen Stellung zur Testamenterrichtung veranlasst wurde. Die Gründe der Ungültigkeit sind im Wege der Anfechtungsklage binnen einer Frist von 6 Monaten geltend zu machen. Da die Klägerin ein solches Anfechtungsverfahren (noch) nicht durchgeführt hatte, konnte sie im Feststellungsverfahren den Einwand fehlender Testierfähigkeit nicht erheben, soweit die Erblasserin nach schwedischem Erbrecht beerbt wurde.

## OLG Nürnberg Vertretung einer englischen Limited und Nachweis der Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt

Mit Beschluss vom 25. März 2014<sup>12</sup> entschied das OLG Nürnberg, dass die Vertretungsmacht des director oder associate director einer englischen Limited Company gegenüber dem Grundbuchamt durch die Bescheinigung eines englischen Notars nachgewiesen werden kann, der das Bestehen der Gesellschaft und die Vertretungsmacht nach Einsicht in das englische Handelsregister und die dort befindlichen Unterlagen (Memorandum, Articles of association und Protokollbuch) bestätigt. Die Bescheinigung muss jedoch nachvollziehbare Angaben zu den tatsächlichen Grundlagen der notariellen Feststellungen enthalten.

§ 32 Abs. 1 S. 1 GBO gilt nicht für ausländische Gesellschaften, deren Bestehen und Vertretungsbefugnis in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sind. Öffentliche Urkunden im Sinne von § 29 GBO sind auch ausländische Urkunden, soweit sie den Anforderungen des § 415 ZPO entsprechen; d.h. die ausländische Urkundsperson muss von Vorbildung und Stellung einem deutschen Notar gleichstehen und das von ihr anzuwendende Urkundsverfahren muss dem deutschen gleichwertig sein. Ausnahmsweise kann die durch einen deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung über eine Vertretungsberechtigung als öffentliche Urkunde nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO ausreichen, sofern zur Überzeugung des Grundbuchamtes feststeht, dass das ausländische Register seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Register entspricht. Das Eintragungsverfahren und die zu erbringenden Nachweise - und damit auch die Anerkennung der Beweiskraft ausländischer Urkunden - richten sich bei einem deutschen Grundstück nach der GBO als der lex fori.

<sup>10</sup> So auch MüKo/Leipold § 1945 Rn. 2.

<sup>11</sup> OLG Hamm, Ur. v. 06.03.2014, 10 U 76/13.

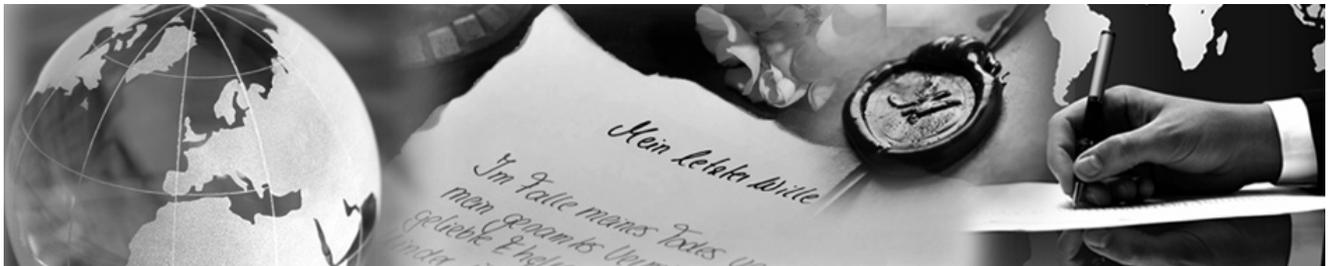
<sup>12</sup> OLG Nürnberg, Beschl. v. 25.03.2014, 15 W 381/14.

Vom Gericht wurde festgestellt, dass davon ausgegangen werden kann, dass ein englischer notary public mit einem deutschen Notar grundsätzlich vergleichbar ist und dass zu den Aufgaben eines notary public auch die Bestätigung von Tatsachen gehört.

Das beim Companies House geführte Register entspricht nicht dem deutschen Handelsregister, da ihm keine vergleichbare Publizitätsfunktion zukommt. Die Vertretungsbefugnis eines director kann auf dem Gesellschaftsvertrag oder einem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung beruhen, so dass sie sich nur durch eine Einsichtnahme in diese Unterlagen (articles of association, minute book) feststellen lässt. Das sog. certificate of incorporation des Registrar of Companies erbringt im englischen Rechtskreis zwar den Beweis dafür, dass die Gesellschaft als juristische Person entstanden ist, trifft jedoch weder eine Aussage dazu, ob diese noch zu einem späteren Zeitpunkt existent ist, noch dazu, wer sie wirksam vertreten kann.

Die Bestätigung eines ausländischen Notars über die Vertretungsmacht ist in einem solchen Fall nicht mit der Bestätigung nach § 21 BNotO vergleichbar, da sie nicht lediglich den von der registerführenden Behörde geprüften Inhalt des Registers wiedergibt, sondern auf einer eigenen Prüfung der beim Register vorhandenen Dokumente beruht. Da es sich somit um eine gutachterliche Äußerung handelt, muss die Bescheinigung die tatsächlichen Grundlagen der notariellen Feststellungen enthalten, da ansonsten eine Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt nicht möglich ist.

Im entschiedenen Fall waren die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Bescheinigung der Vertretungsmacht nicht erfüllt, da die vorgelegten notariellen Bescheinigungen sich zwar auf die Einsicht des Gesellschaftsregisters und „die Unterlagen der Gesellschaft“ bzw. das Memorandum, die Articles of association und das Protokollbuch der Gesellschaft stützten, jedoch nähere Angaben zu den konkreten Schriftstücken, aus denen die getroffenen Feststellungen abgeleitet wurden (etwa den Beschluss, durch den die Bestellung der Unterzeichner erfolgt ist) nicht enthalten waren.



## **NACHLASS-Kanzlei Thomas Lauk** **Büro für gerichtliche Pfllegschaften**

- Schwierige Pfllegschaften, umfangreiche Erbenermittlung, Immobilien oder vom Ort der Pfllegschaft entfernt liegender Nachlass?
- Ich arbeite mit einem eingespielten weltweiten Netzwerk und werde bundesweit für Gerichte tätig.

**Gerne übernehme ich auch eine Nachlasspfllegschaft bei Ihnen!**

Nachlass-Kanzlei / Dipl-Rechtspfleger (FH) Thomas Lauk  
Grabenstr. 24, 74385 Pleidelsheim am Neckar  
Tel. 07144 - 130 96 98 / Fax. 07144 - 130 96 99  
mail@thomaslauk.de / www.thomaslauk.de

**BDN**  
Bund Deutscher Nachlasspflleger e.V.

# Bonner Notarrecht **NEU**



## Bonner Notarrecht

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.), Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare; Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, und Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts: diese und weitere wichtige Werke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit im Notarrecht erleichtert: Formulare, die Zeitschriften notar und ZErB sowie Rechtsprechung in Hülle und Fülle. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell für Sie bezahlt.

► schon ab € 49,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen  
Infos: [www.beck-shop.de/\\*3338](http://www.beck-shop.de/*3338)

# Speiseröhrenfehlbildung – eine lebensbedrohliche Diagnose ...

Haben Sie schon einmal ein Bonbon verschluckt und wären fast daran erstickt? Dann können Sie nachfühlen, wie es vielen Kindern mit einer angeborenen Speiseröhrenfehlbildung geht. Sie erleben täglich das Essen als Qual.

*Neugeborene die nicht schlucken können,  
Kleinkinder die nicht wissen was Essen ist,  
Jugendliche für die jeder Bissen zur Qual wird.*

*Sie alle sind Kinder mit einer Speiseröhrenfehlbildung  
und bedürfen unserer Hilfe.*

Wir wenden uns an Sie, mit der Bitte, den betroffenen Kindern eine Chance zu geben eines Tages ein normales Leben führen zu können.

Ca. 250 Kinder werden in Deutschland jährlich mit einer Speiseröhrenfehlbildung geboren. Bei vielen dieser Kinder fehlt ein Teil der Speiseröhre und es besteht so keine Verbindung vom Mund zum Magen. Nur eine sofortige Operation kann ihr Leben retten – doch damit ist es nicht getan. Auch Kinder, die zu Hause künstlich ernährt werden müssen und bei denen es Jahre dauert, bis sie zum ersten Mal richtig schlucken können, haben nicht zuletzt dank medizinischer Fortschritte und der stetig wachsenden Erfahrung aus der von der Oesophagus-Stiftung finanzierten Nachsorge – Wissensdatenbank, dem Nachsorgebuch und der mobilen Kinderkrankenschwester – gute Chancen.

Die Hoffnung, dass den meisten Kindern tatsächlich geholfen werden kann, lässt die Familien diese schweren ersten Jahre durchstehen. Und die Gewissheit, dass es Menschen gibt, die ihnen auf diesem schweren Weg beistehen. Die Oesophagus-Stiftung ist die einzige Stiftung, die sich ausschließlich dieser kranken Kinder annimmt, in dem sie Betreuung, Beratung und Hilfe ermöglicht.

Wir wenden uns heute an Sie als Notare und bitten um Ihre Hilfe und Unterstützung.

*Jede finanzielle Zuwendung ist ein Gewinn und bedeutet Hoffnung für die betroffenen Kinder.*

Herzlichen Dank, für Ihr Verständnis und Ihre Hilfe.

Gerne übermittle ich Ihnen Informationsmaterial zu unserer Arbeit, sofern Sie das wünschen.

**Erika Reinhardt** (Vorsitzende der Oesophagus-Stiftung)



## **Oesophagus-Stiftung**

Erika Reinhardt, Ludwig-Blum-Str. 5, 70327 Stuttgart, Tel. 07 11 / 4 20 69 69

Email [erika.reinhardt@gmx.de](mailto:erika.reinhardt@gmx.de), [www.oesophagus-stiftung.de](http://www.oesophagus-stiftung.de)

## **Spendenkonto der Stiftung:**

Volksbank Stuttgart eG, IBAN DE08 6009 0100 0203 1160 03, BIC VOBADDE33



## **Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel in Münsingen**

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

**Fon: 07381-4370**

E-Mail: [praxis-holzapfel@gmx.de](mailto:praxis-holzapfel@gmx.de)

[www.praxis-holzapfel.de](http://www.praxis-holzapfel.de)