

NOTARASSESSOR DR. STEFAN DANIEL JOSEF SCHMITZ, BERLIN

Das Europäische Nachlasszeugnis

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Nationale Erbnachweise als Alternative zu einem ENZ

C. Antrag auf Ausstellung eines ENZ

- I. Räumlicher Anwendungsbereich und grenzüberschreitender Bezug
- II. Verfahrensrechtliche Rechtsgrundlagen
- III. Form des Antrags und eidesstattliche Versicherung
 1. Parallele Ausgestaltung zum Erbscheinsverfahren
 2. Zuständigkeit zur Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung
 3. Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung
- IV. Zuständiges Gericht
 1. Internationale Zuständigkeit nach der EuErbVO
 2. Zuständigkeit im Mitgliedstaat nach nationalem Recht
- V. Antragsberechtigung
 1. Erbe
 2. Erbengemeinschaften
 - a) Gemeinschaftliches ENZ
 - b) Teil-ENZ und gemeinschaftliches Teil-ENZ
 - c) Verfahrensrecht
 3. Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass
 4. Testamentsvollstrecker und Nachlassverwalter
 5. Antragstellung durch Dritte
- VI. Inhalt des Antrags
 1. Allgemeines zu den Pflichtangaben
 2. Angaben zu Antragsteller und Erblasser
 3. Ehegatten und Eheverträge
 4. Sonstige mögliche Berechtigte
 5. Zweck
 6. Anderes Gericht, Berufungsgrund, Verfügung von Todes wegen und Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft
 7. Sonstige nützliche Angaben
- VII. Beizufügende Unterlagen
- VIII. Antrag auf Verlängerung der Gültigkeitsfrist oder Ausstellung einer neuen beglaubigten Abschrift
- IX. Gerichts- und Notar-Kosten

D. Muster eines Antrags auf Erteilung eines ENZ

E. Ausstellung des ENZ

- I. Prüfungsumfang des Nachlassgerichts
- II. Unterrichtung, Anhörung und öffentliche Bekanntmachung

III. Anhängige Einwände als Ausstellungshindernis

IV. Inhalt des ENZ

1. Arten des ENZ
2. Angaben zu einem Ehevertrag und Güterstand
3. Anzuwendendes Recht
4. Erbteil jedes Erben und „güterrechtliches Viertel“
5. Beschränkungen
6. Befugnisse des Testamentsvollstreckers und Nachlassverwalters

V. Ausstellung befristeter beglaubigter Abschriften

F. Wirkungen des ENZ

- I. Automatische Wirkung
- II. Vermutungswirkungen
- III. Gutgläubenswirkung
 1. Umfang
 2. Konkreter Gutgläubensschutz
 3. Ausgewiesene Befugnisse und Beschränkungen
 4. Gutgläubigkeit des Dritten
- IV. Eintragungen in Grundbüchern und Registern
 1. Eintragung aufgrund ENZ
 2. Befristung: Gilt Vorlage oder Eintragung?
- V. Einzelne Problembereiche
 1. Divergierende Erbnachweise
 2. Vorrangige Staatsverträge
 3. Güterkollisionsrecht
 4. Folgen für die notarielle Praxis

G. Berichtigung, Änderung, Widerruf und Wirkungsaussetzung

- I. Unrichtigkeit des ENZ
- II. Wirkungen einer Änderung, eines Widerruf und einer Wirkungsaussetzung

H. Rechtsmittel

I. Wesentliche Unterschiede zwischen Erbschein und ENZ

J. ENZ beim Grundstückskaufvertrag

- I. Erben als Verkäufer
 1. Voreintragung der Erben
 2. Verwendung des ENZ ohne Voreintragung
- II. Verkauf durch Testamentsvollstrecker

K. Fazit

A. Einleitung

Die Europäische Erbrechtsverordnung¹ („EuErbVO“) ist mit vollständiger Anwendbarkeit ab dem 17.8.2015 in der notariellen Praxis angekommen. Während die Fragen des anwendbaren Rechts sowie der Rechtswahl in der täglichen Praxis – je nach Ausrichtung des Notariats – insbesondere bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen eine große Rolle spielen, fristet das Euro-

päische Nachlasszeugnis („ENZ“) nach meinem persönlichen, nicht repräsentativen Eindruck bislang ein eher stiefmütterliches Dasein. Dies liegt einerseits sicherlich an der Tatsache, dass das ENZ nur für Sterbefälle ab

1 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

dem 17.8.2015 relevant ist,² andererseits mag es aber auch daran liegen, dass Chancen und Risiken dieses neuen, fremdartigen Instruments noch nicht sicher abschätzbar sind. Denn letztlich beruhen die Regelungen zum ENZ auf einem Geflecht aus europarechtlichen Normen und Vorgaben, nationalen verfahrensrechtlichen Spezialregelungen und schließlich Fragen des nationalen Erb- und Sachen- sowie Registerrechts. Diese komplexe Gemengelage macht den Umgang mit dem ENZ nicht gerade einfach. Hinzu kommt, dass in der Praxis von Schwierigkeiten mit dem ENZ berichtet wird; insofern scheinen selbst Nachlassgerichte mitunter die Frage aufzuwerfen, ob man nicht statt des beantragten ENZ lieber einen Erbschein beantragen wolle.³

Dabei ist das ENZ nach der ihm zgedachten Rolle einer der Kernbausteine zur Verwirklichung der Ziele der EuErbVO. Denn es soll – gemeinsam mit den anderen in der EuErbVO eingeführten Regelungen – „die Hindernisse für den freien Verkehr von Personen, denen die Durchsetzung ihrer Rechte im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug derzeit noch Schwierigkeiten bereitet“ ausräumen, „um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu erleichtern“.⁴ Das ENZ soll insofern „eine zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung einer Erbsache mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Union“ ermöglichen, indem es die Erben, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter in die Lage versetzen soll, „ihren Status und/oder ihre Rechte und Befugnisse in einem anderen Mitgliedstaat, bspw. in einem Mitgliedstaat, in dem Nachlassvermögen belegen ist, einfach nachzuweisen“.⁵

Dieser Aufsatz soll einen Beitrag leisten, der notariellen Praxis eine Hilfestellung bei der Umsetzung der im Zusammenhang mit dem ENZ auftauchenden Fragen in der oben skizzierten Gemengelage anzubieten. Entsprechend den wesentlichen Berührungspunkten des Notars mit dem ENZ behandelt dieser Beitrag insbesondere das Antragsverfahren auf Ausstellung eines ENZ sowie die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Wirkungen eines ausgestellten ENZ, insbesondere auch dessen Auswirkungen auf die Gestaltung eines Grundstückskaufvertrags.

B. Nationale Erbnachweise als Alternative zu einem ENZ

Vor Stellung eines Antrags auf Ausstellung eines ENZ sollte zunächst geprüft werden, ob ggf. anderweitige Erbnachweise zur Verfügung stehen, die eingesetzt werden können (wobei dies für den Bereich des Grundstücksrechts im Inland ausscheidet, dazu sogleich). Denn das ENZ ersetzt gem. Art. 62 Abs. 2 EuErbVO nicht die nationalen Erb-

nachweise (also auch nicht den Erbschein iSd § 2353 BGB), sondern tritt hinzu; beide Instrumente stehen künftig also potentiell parallel zur Verfügung. Bereits bislang entsprach es der Übung, dass zB der Erbschein in einigen anderen Mitgliedstaaten – ggf. mit Apostille – berücksichtigt werden konnte.⁶

Auch künftig kann ein Erbschein durch ein deutsches Nachlassgericht auf Grundlage von § 343 Abs. 2 und 3 FamFG erteilt werden, auch wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hatte;⁷ die internationale Zuständigkeit für die Frage der Erteilung eines Erbscheins wird von der EuErbVO nicht beschränkt.⁸ Das KG ist zwar der gleichen Auffassung, hat diese Frage aber jüngst dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.⁹ Insofern sei darauf hingewiesen, dass es offenbar in der Praxis Nachlassgerichte zu geben scheint, die sich – zu Unrecht – für unzuständig erklären, da die internationale Zuständigkeit in der EuErbVO abschließend geregelt sei.

Eine andere Frage ist, ob die EuErbVO zu einer weitergehenden Pflicht zur Berücksichtigung nationaler Erbnachweise zwischen sämtlichen Mitgliedstaaten führt.¹⁰ Teilweise geht die Literatur davon aus, dass nationale Erbnachweise bzw. die diesen zugrunde liegenden Beschlüsse gem. Art. 39 EuErbVO anerkannt werden müssen, sofern es sich um Entscheidungen iSd Art. 3 Abs. 1 lit. g) EuErbVO handelt.¹¹ Andere gehen davon aus, dass nationale Erbnachweise als öffentliche Urkunden angenommen werden müssen gem. Art. 59 EuErbVO.¹² Die dritte Auffassung ist hingegen der Ansicht, dass weder eine Anerkennung noch eine Annahme erfolgen kann, da das ENZ eine abschließende Regelung der EuErbVO für grenzüberschreitende Erbnachweise darstelle.¹³

Meines Erachtens ist der letztgenannten Ansicht zu folgen.¹⁴ Für grenzüberschreitende Erbnachweise stellt die EuErbVO das ENZ zur Verfügung, alle anderen nationalen Erbnachweise mögen auch weiter zur grenzüberschreitenden Verfügung stehen, aber nur in dem jeweils vom nationalen Recht gewährten Rahmen. Ein nationaler Erbnachweis kann auch weiterhin grenzüberschreitend verwendet werden (die EuErbVO beinhaltet natürlich

2 Dutta/Herrler/Süß, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, 181 (190). Denn die EuErbVO findet gem. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO (nur) auf die Rechtsnachfolge von Personen Anwendung, die am 17.8.2015 oder danach verstorben sind; diese Regelung gilt für die gesamte EuErbVO und damit auch für die Regelungen zum ENZ, sa Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 83, Rn. 3.

3 So zB die Erfahrungsberichte von Röhl und Schmitz-Vornmoor in notar 2017, 37.

4 Erwägungsgrund 7 der EuErbVO.

5 Erwägungsgrund 67 der EuErbVO.

6 S. hierzu etwa im Überblick Zimmermann, Erbschein Erbscheinsverfahren Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn. 714 ff. (S. 361 ff.); zu ausländischen Erbnachweisen s.a. DNotI (Hrsg.), Erbrecht in der EU, 2002, 277 ff.

7 Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften, BT-Drs. 18/4201 S. 59.

8 KG 10.1.2017 – 6 W 125/16, BeckRS 2017, 100728 (Vorlagebeschluss) unter Darstellung des Streitstandes; eingehend auch Weber/Schall NJW 2016, 3564 mwN; aA apodiktisch OLG Hamburg 16.11.2016 – 2 W 85/16, BeckRS 2016, 115572.

9 KG 10.1.2017 – 6 W 125/16, BeckRS 2017, 100728.

10 Hierzu Geimer/Schütze/Franzmann/Schwerin, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 39 Rn. 7.

11 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 39 Rn. 2 und Art. 3 Rn. 13.

12 Kleinschmidt RabelsZ 77 (2013), 723 (735 ff.); Schmidt ZEV 2014, 389 (395).

13 Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 39 EuErbVO Rn. 21; Geimer/Schütze/Franzmann/Schwerin, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 39 Rn. 7; Geimer/Schütze/Schall/Simon, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 3 Rn. 26.

14 Ausführlich und mit überzeugenden Argumenten insbesondere Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 39 EuErbVO Rn. 21.

kein „Anerkennungsverbot“¹⁵), allerdings auf „eigene Gefahr“,¹⁶ die EuErbVO verhilft insoweit nicht zur zwingenden Anerkennung bzw. Annahme.

Für den im Notariat besonders wichtigen Bereich des deutschen Immobiliarsachenrechts gilt für die Art der dinglichen Rechte und die Eintragung von Rechten in ein Register ohnehin weiterhin nationales Recht, weil diese nach Art. 1 Abs. 2 lit. k) und l) vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind. Nach § 35 Abs. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Unter einem Erbschein ist indes nur der Erbschein nach deutschem Recht zu verstehen.¹⁷ Ausländische Erbnachweise sind daher wie auch vor Inkrafttreten der EuErbVO nicht hinreichend, um eine Grundbuchberichtigung zu bewirken.¹⁸

C. Antrag auf Ausstellung eines ENZ

I. Räumlicher Anwendungsbereich und grenzüberschreitender Bezug

Der räumliche Anwendungsbereich des ENZ erstreckt sich genauso wie die EuErbVO insgesamt auf alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks, Großbritanniens und Irlands (Erwägungsgründe 82 und 83 EuErbVO).

Nach Art. 63 Abs. 1 EuErbVO ist das ENZ zur Verwendung durch Erben und die weiteren genannten Berechtigten bestimmt, die sich in einem anderen Mitgliedstaat auf ihre Rechtsstellung berufen oder ihre Rechte ausüben müssen. Dabei ist Voraussetzung für die Ausstellung eines ENZ ein grenzüberschreitender Bezug, so dass zB ein ENZ für reine Inlandsverhältnisse nicht ausgestellt werden darf.¹⁹ Das folgt aus dem Zweck des ENZ (Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat) und auch aus dem Wortlaut des Art. 62 Abs. 3 S. 2 EuErbVO, wonach das ENZ *nach seiner Ausstellung zur Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat* auch Wirkungen in dem Mitgliedstaat entfaltet, in dem es ausgestellt wurde, und ist letztlich ein Gebot des Subsidiaritätsprinzips.²⁰ Flankiert wird dies dadurch, dass der Antrag nach Art. 65 Abs. 3 lit. f) EuErbVO den beabsichtigten Zweck des Zeugnisses enthalten muss (dazu s. C. VI.5.); diese zwingende Angabe des Zwecks wäre überflüssig, wenn der grenzüberschreitende Bezug nicht Voraussetzung für die Ausstellung eines ENZ wäre. Ist das ENZ aber ausgestellt, stellt Art. 62 Abs. 3 S. 2 EuErbVO klar, dass dieses seine Wirkungen auch in dem Mitgliedstaat seine Wirkungen entfaltet, in dem es ausgestellt wurde.

Aus deutscher Sicht mag dies letztlich nur ein Scheinproblem sein, weil hierzulande mit dem Erbschein ein taugli-

cher und praxiserprobter Erbnachweis zur Verfügung steht. Bedeutsam ist dies aber für solche Staaten, deren Rechtsordnung dem Bürger kein solches Instrument zur Verfügung stellt²¹ (wie zB in Belgien,²² Luxemburg,²³ Schweden²⁴), und der daher auf das ENZ auch für rein nationale Sachverhalte zurückgreifen möchte.

II. Verfahrensrechtliche Rechtsgrundlagen

Hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrensrechts enthält die EuErbVO nur wenige Vorgaben. Insofern sind im Wesentlichen nur die Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen (Art. 66 Abs. 1 EuErbVO) sowie die Anhörungs- und Benachrichtigungspflichten vor Ausstellung bzw. nach Berichtigung, Änderung oder Widerruf (vgl. Art. 66 Abs. 4, Art. 71 Abs. 3 EuErbVO) geregelt. Für das Verfahren gilt daher das ergänzend heranzuziehende *lex fori* des zuständigen Gerichts.²⁵ Insofern hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, die verfahrensrechtlichen Regelungen zum Erbschein und zum ENZ nicht zusammenzuführen, sondern in unterschiedlichen Gesetzen zu regeln. Während die ehemals in den §§ 2354 ff. BGB verankerten verfahrensrechtlichen Vorschriften zum Erbschein nahezu inhaltsgleich in das FamFG (dort §§ 352 ff. FamFG) übernommen wurden, sind die Verfahrensregelungen für das ENZ im Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetz²⁶ („IntErbRVG“) enthalten, das ebenfalls ab dem 17.8.2015 Anwendung findet (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO und Art. 22 Abs. 1 IntErbRVG). Wie sich im Folgenden noch zeigen wird, ist allerdings der materielle Regelungsgehalt der verfahrensrechtlichen Vorschriften regelmäßig identisch, zumal nach § 35 Abs. 1 IntErbRVG subsidiär das FamFG anzuwenden ist, soweit weder die EuErbVO noch das IntErbRVG eine Sonderregelung vorsehen.

III. Form des Antrags und eidesstattliche Versicherung

1. Parallele Ausgestaltung zum Erbscheinsverfahren

Hinsichtlich der Form des Antrags und der eidesstattlichen Versicherung ist das ENZ-Verfahren im Wesentlichen parallel zum Erbscheinsverfahren ausgestaltet. Auch das ENZ wird nur auf Antrag ausgestellt (Art. 65 Abs. 1 EuErbVO). Dieser Antrag ist schriftlich oder zur Niederschrift des Nachlassgerichts zu stellen (§ 35 Abs. 1 IntErbRVG iVm. §§ 23, 25 FamFG). Die Kommission hat zwar Formblätter erstellt,²⁷ die Verwendung der Formblät-

15 Geimer/Schütze/Franzmann/Schwerin, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 39 Rn. 9.

16 Dörner ZEV 2012, 505 (512); Geimer/Schütze/Franzmann/Schwerin, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 39 Rn. 9.

17 KG 25.3.1997 – 1 W 6538/96, DNotZ 1998, 303; KG 25.9.2012 – 1 W 270-271/12, RNotZ 2013, 167; Hertel ZEV 2013, 539.

18 Hertel ZEV 2013, 539 (541).

19 OLG München 4.8.2016 – 34 Wx 139/16, FGPrax 2016, 254; MüKoBGB/Grziwotz, 6. Aufl. 2015, § 2353 Rn. 21 a; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 EuErbVO Rn. 3; Simon/Buschbaum NJW 2012, 2393 (2397).

20 Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (445).

21 Übersicht dazu bei Zimmermann, Erbschein Erbscheinsverfahren Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn. 717 ff. (S. 362 ff.).

22 Süß/Schür, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2016, Belgien, Rn. 101.

23 Süß/Frank, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2016, Luxemburg, Rn. 156.

24 Süß/Johansson, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2016, Schweden, Rn. 125.

25 Skeptisch ob dieser „Mischform“ des Verfahrens wegen der weitgehenden Nichtharmonisierung des Verfahrens Dutta/Herrler/Lange, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, 161 (165).

26 Eingeführt durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 29.6.2015, BGBl. I 2015, S. 1042.

27 Diese sind Teil der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission v. 9.12.2014; die Formblätter sind abrufbar unter https://e-justice.europa.eu/content_successions-166-de.do.

ter ist aber nicht zwingend (Art. 65 Abs. 2 EuErbVO) und wird sich in der notariellen Praxis kaum anbieten (zur Beurkundung s. u. C. III.3.).²⁸

Wie im Erbscheinsverfahren hat der Antragsteller an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt ist, was der Richtigkeit seiner Angaben zur Ausstellung des ENZ (Art. 66 Abs. 3 EuErbVO) entgegensteht (§ 36 Abs. 2 S. 1 IntErbRVG). Damit wird auch beim ENZ die sog. „negative Formel“ gebraucht, die den Vorteil hat, dass nicht nur die nicht bzw. kaum praktisch zu belegenden negativen Tatsachen abgedeckt werden, sondern der gesamte Umfang der Angaben.²⁹

2. Zuständigkeit zur Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung

Die eidesstattliche Versicherung kann vor Gericht oder vor einem Notar abgegeben werden (Doppelzuständigkeit³⁰). Im Ausland sind auch Konsularbeamte zuständig nach § 12 Nr. 2 KonsularG. Fraglich ist, ob auch eine Erklärung vor einem ausländischen Notar ausreichend ist. Im Erbscheinsverfahren ist das nicht möglich, allenfalls kann eine eidesstattliche Versicherung im Ausland ein Grund für das Nachlassgericht sein, dem Antragsteller die Versicherung nach § 352 Abs. 3 S. 4 FamFG zu erlassen, wenn die Abgabe vor einer dafür zuständigen Stelle für den Antragsteller mit erheblichen Erschwernissen verbunden ist.³¹ Gleiches gilt für die eidesstattliche Versicherung beim ENZ.³²

Denn erstens handelt es sich bei § 36 Abs. 2 IntErbRVG um eine Zuständigkeitsnorm. Der deutsche Gesetzgeber kann keine Zuständigkeit für den ausländischen Notar anordnen. Der Gesetzgeber hat vielmehr insofern ein bestimmtes Verfahren nach der *lex fori* des deutschen Rechts angeordnet. In diesem Zusammenhang ist zweitens zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der eidesstattlichen Versicherung bezweckt, unter Androhung einer Strafe (§ 156 StGB) einen besonderen Richtigkeitsgehalt des Antrags zu gewährleisten. Sofern die Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung nicht nach deutschem Recht strafbar sein kann, ist ihr Beweiswert mE entscheidend gemindert. Eine vor einem ausländischen Notar im Ausland abgegebene eidesstattliche Versicherung ist aber grundsätzlich nicht in Deutschland strafbar. Nach § 5 Nr. 10 StGB findet das deutsche Strafrecht Anwendung bei falschen eidesstattlichen Versicherungen in einem Verfahren, das im räumlichen Geltungsbereich des StGB (Deutschland) bei einem Gericht oder einer anderen deutschen Stelle anhängig ist, die zur Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen

zuständig ist. Die Vorschrift betrifft damit in erster Linie Aussagen, die aufgrund eines deutschen Rechts- bzw. Amtshilfeersuchens vor einem ausländischen Gericht bzw. einer ausländischen Behörde oder bei einer deutschen Auslandsvertretung gemacht werden.³³ Es ist daher nicht gänzlich ausgeschlossen, dass auch eine Aussage vor einem ausländischen Amtsträger eine Strafbarkeit begründet. Allerdings kommt die Vorschrift nur zum Tragen, wenn die für die ausländische Stelle für die inländische Stelle im Rahmen der Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung tätig wird. Das wird man aber nicht annehmen können, wenn ein Notar die eidesstattliche Versicherung aufnimmt (§ 22 Abs. 2 BNotO). Der Notar soll den Eid gerade nicht für das Gericht, sondern in eigener Zuständigkeit aufnehmen (§ 36 Abs. 2 IntErbRVG). Er fungiert damit nicht im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens für eine inländische Behörde.

3. Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung

Die eidesstattliche Versicherung ist nach § 38 iVm §§ 8 ff. BeurkG in Niederschriftsform zu beurkunden. Im Erbscheinsverfahren wird in der Praxis zusammen mit der eidesstattlichen Versicherung auch der Antrag auf Erlass des Erbscheins mit beurkundet, auch wenn dieser an sich privatschriftlich gestellt werden könnte. Diese Möglichkeit steht natürlich auch beim ENZ offen. Bei Wahl dieses beurkundungsrechtlichen Wegs wird wohl kaum jemand das offizielle Formblatt verwenden, allein um die dort vorgesehenen vielfältigsten Ausfüllmöglichkeiten, die nie alle vorliegen werden, nicht verlesen zu müssen. Da die Verwendung des Formblattes auch nicht zwingend vorgeschrieben ist, kann insofern im Notariat ein eigenes Muster erstellt und vorgehalten werden, das die nach Art. 65 Abs. 3 EuErbVO erforderlichen Angaben enthält und entsprechend verlesen wird (Vorschlag unter D.).

Fraglich ist in Bezug auf den in § 36 Abs. 2 S. 1 IntErbRVG enthaltenen Klammerzusatz („Art. 65 Abs. 3 EuErbVO“), ob der Antragsteller u.a. auch versichern muss, dass ihm sonstige vom ihm für die Ausstellung des ENZ nützlich erachtete Angaben nicht bekannt sind (vgl. Art. 65 Abs. 3 lit. m) EuErbVO).³⁴ In diesem Sinne ist das Gesetz aber mE nicht zu verstehen. Der Klammerzusatz bedeutet mE lediglich, dass die Richtigkeit der auf Grundlage der genannten Vorschriften der EuErbVO *tatsächlich* im Antrag gemachten Angaben an Eides statt zu versichern ist (zum Formulierungsvorschlag s.u. im Gesamtmuster unter D.).

IV. Zuständiges Gericht

1. Internationale Zuständigkeit nach der EuErbVO

Nach der Regelung zur internationalen Zuständigkeit in Art. 64 EuErbVO wird das ENZ in dem Mitgliedstaat ausgestellt, dessen Gerichte nach Art. 4, 7, 10 oder 11 EuErbVO zuständig sind. Durch diesen Verweis auf die allgemeinen Zuständigkeitsnormen werden die allgemein nach der

28 Vgl. hierzu auch *Volmer* notar 2016, 323, der zu Recht das Formular als „völlig unbrauchbar für deutsche Nachlassverfahren“ bezeichnet.

29 MüKoBGB/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2017, § 2353 Anh. Verfahrensrecht zum Erbschein, Rn. 42.

30 Von der Öffnungsklausel in Art. 239 EGBGB, nach der die Länder durch Gesetz bestimmen können, dass die Versicherung an Eides statt *nur* vor einem Notar abzugeben ist, hat soweit ersichtlich kein Land Gebrauch gemacht, ebenso wenig von der dort eingeräumten Möglichkeit, für den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins (nicht eines ENZ!) die notarielle Beurkundung zu fordern.

31 OLG München 15.11.2005 – 31 Wx 56/05, NJW-RR 2006, 226; BeckOK FamFG/*Schlögel*, 22. Ed., Stand 2.4.2017, § 352 FamFG Rn. 28.

32 Unklar insoweit MüKoBGB/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2017, § 2353 Anh. Verfahrensrecht zum Erbschein, Rn. 43.

33 Vgl. NK-StGB/*Böse*, 4. Aufl. 2013, § 5 StGB Rn. 14.

34 So wohl *Dutta/Weber/Dutta*, Internationales Erbrecht, 2016, § 36 IntErbRVG Rn. 6.

EuErbVO zuständigen Gerichte (bzw. Behörden) auch für die Ausstellung des ENZ für zuständig erklärt (vgl. auch Erwägungsgrund 70 Satz 1 EuErbVO). Dabei sind auch die Zuständigkeitsnormen – wie die gesamte EuErbVO sowie grundsätzlich jeder Rechtsakt der EU – autonom auszulegen, dh nicht unter Rückgriff auf nationales Recht, sondern unter Berücksichtigung des Wortlauts der Verordnung, ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer Ziele und ihrer Systematik sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtsordnungen ergeben.³⁵ Bei der Zuständigkeit gilt folgende Prüfungsreihenfolge:

Primär sind nach Art. 4 EuErbVO die Behörden in dem Mitgliedstaat zuständig, in dem der Erblasser im Todeszeitpunkt seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt** hatte.

Subsidiär wird an die **Staatsangehörigkeit** des Erblassers und – sofern dieser nicht Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates war – an den **letzten vorübergehenden Aufenthalt** in den letzten fünf Jahren bzw. an der Belegenheit von Nachlassvermögen³⁶ angeknüpft (Art. 10 EuErbVO).

Hat der Erblasser eine – wirksame – **Rechtswahl** nach Art. 22 EuErbVO getroffen, ist diese zu berücksichtigen (Art. 7 EuErbVO). Eine Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Erbstatut anwendbar ist, ergibt sich aber nicht ohne Weiteres (was für den unbefangenen Betrachter etwas überraschend ist), sondern **nur** dann, wenn einer der drei folgenden Fälle vorliegt:³⁷

- Ein in derselben Sache zuvor angerufenes Gericht hat sich für unzuständig erklärt (Art. 7 lit. a) iVm Art. 6 EuErbVO). Praktisch wird diese Variante wohl häufig die allein in Betracht kommende sein. Denn bei den folgenden Varianten wird es faktisch oftmals nicht dazu kommen, sämtliche Verfahrensparteien dazu zu bewegen, eine entsprechende Vereinbarung zu unterschreiben oder eine Anerkennung abzugeben. Zum deutschen Nachlassgericht kommt man in diesen Fällen also nur bei einer entsprechenden Unzuständigkeitserklärung der ausländischen Ausstellungsbehörde. In diesem Zusammenhang mag es einmal praktisch von Vorteil sein, wenn Ausstellungsbehörde – wie zB in Frankreich und anderen Staaten – ein Notar ist.³⁸ Ob und wie sich die entsprechende Ausstellungsbehörde im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts für unzuständig erklärt, bleibt dieser bzw. dem dort anwendbaren Recht überlassen.
- Es liegt eine schriftlich abzuschließende Zuständigkeitsvereinbarung der Verfahrensparteien vor (Art. 7 lit. b) iVm Art. 5 EuErbVO). Der Begriff der Verfahrenspartei ist in diesem Zusammenhang weit auszulegen. Ver-

fahrensparteien sind nicht nur die Antragsteller, sondern sämtliche betroffenen Parteien iSd Art. 66 Abs. 4 und damit alle potentiell erbrechtlich berechtigten Personen, die durch die Erteilung des ENZ in ihrer Rechtsstellung berührt sein könnten.³⁹ Theoretisch wäre es möglich, eine solche Vereinbarung bereits bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen abzuschließen. Erweitert sich jedoch später der Kreis der betroffenen Verfahrensparteien, ist die Vereinbarung im Ergebnis wertlos, sofern sich die weiteren Beteiligten nicht anschließen. Denkbar wäre noch, den Erben eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung zur Auflage zu machen; auch dies versagt aber bei nicht begünstigten Pflichtteilsberechtigten.

- Die Verfahrensparteien haben die Zuständigkeit der angerufenen Ausstellungsbehörde ausdrücklich anerkannt (Art. 7 lit. c EuErbVO). Der Unterschied zur Vereinbarung liegt im unterschiedlichen Verfahrensstadium; eine ausdrückliche Anerkennung der angerufenen Ausstellungsbehörde kommt nur bei einem bereits anhängigen Verfahren in Betracht.
- Nicht in Betracht kommt indes eine Zuständigkeit aufgrund rügeloser Einlassung nach Art. 9 EuErbVO, weil Art. 64 EuErbVO nicht auf diese Vorschrift verweist.

Schließlich greift die Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO, wenn ein Verfahren in einem Drittstaat unmöglich oder unzumutbar ist.

Ist eine Zuständigkeit begründet, gilt diese grundsätzlich umfassend für den gesamten Nachlass⁴⁰ (vgl. Art. 4 und Art. 10 Abs. 1 EuErbVO). Das ENZ ist in diesem Sinne ein „Welt-ENZ“. Fraglich ist, ob aber zumindest auf Antrag – analog zum gegenständlich beschränkten Erbschein nach § 352 c FamFG⁴¹ – ein gegenständlich beschränktes ENZ erlassen werden kann.⁴² Die Frage ist mE letztlich zu verneinen. Das ergibt sich in erster Linie daraus, dass die Zuständigkeitsregel des Art. 64 EuErbVO nicht auf Art. 12 EuErbVO verweist, wonach das Gericht auf Antrag einer der Parteien beschließen kann, über einen oder mehrere in einem Drittstaat belegene Vermögenswerte nicht zu befinden. Darüber hinaus ergibt sich dies auch aus folgender Überlegung: Ein gegenständlich beschränktes ENZ gibt es zwingend in einer Sonderkonstellation. Nach Art. 64 S. 1 EuErbVO ist bei der Frage der Zuständigkeit u.a. Art. 10 Abs. 2 EuErbVO anwendbar, wonach – subsidiär – die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig sind, in dem sich Nachlassvermögen befindet, allerdings nur für *dieses Nachlassvermögen*. Beim ENZ kann dies nichts anderes heißen, als dass die Gerichte des Mitgliedstaates ein ENZ auch nur hinsichtlich des im Inland belegenen Nachlassvermögens ausstellen dürfen (aber eben auch können).⁴³ Wegen der Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs muss ein solches ENZ aber auch in diesem

35 Dutta/Weber/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 62 Rn. 7; Dutta/Weber/*Weber*, Internationales Erbrecht, 2016, Einl. Rn. 41, Geimer/Schützel/*Schall/Simon*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Rn. 4.

36 Bei der Zuständigkeit nach Art. 10 Abs. 2 EuErbVO kann es letztlich zum Erlass eines gegenständlich beschränkten ENZ kommen, vgl. unten E. IV.1.

37 Dutta/Weber/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 64 Rn. 10.

38 Nach Art. 64 lit. b) EuErbVO kann ein Mitgliedstaat auch eine andere Behörde für zuständig erklären, so sind zB in elf der 25 teilnehmenden Mitgliedstaaten (u.a. in Belgien, Frankreich, Niederlande und Italien) Notare zuständig (teilweise ausschließlich, teilweise kumulativ zu anderen Behörden). Die Kommission hat auf Grundlage von Art. 78 EuErbVO eine Liste der jeweils national zuständigen Ausstellungsbehörden veröffentlicht („Liste 5“), abrufbar unter https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-de.do.

39 Dutta/Weber/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 64 Rn. 16.

40 Mit Ausnahme des Sonderfalls des Art. 10 Abs. 2 EuErbVO; bei der Zuständigkeit nach Art. 10 Abs. 2 EuErbVO kann es letztlich zum Erlass eines gegenständlich beschränkten ENZ kommen, vgl. unten E. IV.1.

41 Vgl. zu den verschiedenen Erbscheinsarten zB BeckNotarHB/*Bengell/Diezu*, 6. Aufl. 2015, C Rn. 424.

42 Verneinend MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 64 Rn. 3; Geimer/Schützel/*Dorsel*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, B Vor I 43, Art. 65 Rn. 22 und Art. 67 Rn. 10; *Buschbaum/Simon* ZEV 2012, 525 (526); aA Dutta/Weber/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 64 Rn. 4 und Art. 63 Rn. 39.

43 Gl.A. MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 64 Rn. 3.

Fall zur Verwendung im Ausland beantragt werden. *Dutta* nennt als möglichen praktischen Anwendungsfall zB den erforderlichen Nachweis über die Gesellschafterstellung an einer inländischen Gesellschaft im Rahmen eines ausländischen Zeugnisses.⁴⁴ Nur in diesem speziellen Fall der Zuständigkeit nach Art. 10 Abs. 2 EuErbVO gibt es das gegenständlich beschränkte ENZ. Daraus folgt, dass wenn bspw. für das Inland eine eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen vorliegt, die aber im Ausland nicht anerkannt wird (was zunächst geprüft werden sollte), muss gleichwohl ein ENZ für den gesamten Nachlass beantragt werden, mit der Folge, dass sich die Kosten nach ebendiesem gesamten Nachlass richten.

Ist bereits ein Antrag auf Ausstellung eines ENZ bei einem Gericht in einem Mitgliedstaat anhängig, so können die Gerichte entsprechend Art. 17 und 18 EuErbVO verfahren, dh das Verfahren aussetzen. Ist einerseits ein Antrag auf Ausstellung eines nationalen Erbnachweises anhängig und andererseits ein Antrag auf Ausstellung eines ENZ, findet zwar Art. 17 EuErbVO keine Anwendung, da es – überträgt man die Diktion der Norm auf das ENZ-Verfahren – nicht derselbe Erbnachweis in Form eines ENZ ist, allerdings dürfte Art. 18 EuErbVO anwendbar sein, weil beide Verfahren im Zusammenhang stehen.⁴⁵ Das später angerufene Gericht kann insofern das Verfahren gem. Art. 18 EuErbVO aussetzen.

2. Zuständigkeit im Mitgliedstaat nach nationalem Recht

Welches Gericht sachlich, örtlich und funktionell innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaates zuständig ist, regelt die EuErbVO – mangels Kompetenz zu Recht – nicht (Art. 2 EuErbVO). In Deutschland sind wie im Erbscheinsverfahren die Amtsgerichte⁴⁶ als Nachlassgerichte zuständig (§ 34 Abs. 4 IntErbRVG). Die örtliche Zuständigkeit in Deutschland ist in § 34 IntErbRVG geregelt, die die internationalen Zuständigkeitsregelungen nach der EuErbVO konsequent fortführt:

- Danach ist örtlich zuständig – jedenfalls sofern keine an sich vorrangige aber praktisch kaum bedeutsame Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt – zunächst das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (§ 34 Abs. 3 S. 1 IntErbRVG).
- Gab es keinen inländischen gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, ist das Gericht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts im Inland zuständig.
- Hatte der Erblasser gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig, das die Sache aus wichtigem Grund an ein anderes Nachlassgericht verweisen kann.

Funktionell hat der deutsche Gesetzgeber ebenfalls einen verfahrensrechtlichen Gleichklang mit dem Erbscheinsver-

fahren hergestellt: Grundsätzlich ist der Rechtspfleger zuständig, der Richter entscheidet nach § 16 Abs. 2 RPfG, sofern eine Verfügung von Todes wegen vorliegt oder die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt. Es sei darauf hingewiesen, dass die EuErbVO selbst kein ausländisches Recht ist, so dass bei gesetzlicher Erbfolge nach deutschem Recht der Rechtspfleger zuständig ist.

V. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind Erben, Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass, Testamentsvollstrecker und Nachlassverwalter (Art. 65 Abs. 1 iVm Art. 63 Abs. 1 EuErbVO). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wer ein auf einen zulässigen und begründeten Antrag eines Antragstellers hin ausgestelltes ENZ erhält; nach Art. 70 Abs. 1 EuErbVO kann auch jede andere Person, die ein berechtigtes Interesse nachweist, eine oder mehrere beglaubigte Abschriften des ENZ verlangen.

1. Erbe

Der Begriff des Erben ist autonom auszulegen (zur autonomen Auslegung s. o. C. IV.1). Erbe ist, wer eine unmittelbare – ggf. quotale – Berechtigung am gesamten Nachlass innehat,⁴⁷ die unmittelbar durch den Tod des Erblassers begründet wurde. Das ergibt sich im Wesentlichen aus der Abgrenzung zum ebenfalls von der Verordnung genannten Vermächtnisnehmer iSd Art. 62 EuErbVO; beiden ist gemeinsam, dass sie eine unmittelbare Berechtigung am Nachlass haben – und nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Nachlass. Der Vermächtnisnehmer iSd Art. 62 EuErbVO ist allerdings nur an einem oder mehreren einzelnen Gegenständen des Nachlasses berechtigt.

Ob eine hierunter zu subsumierende Rechtsstellung begründet wurde, richtet sich wiederum nach der Ausgestaltung des nationalen materiellen Erbrechts (vgl. Erwägungsgrund 47 Satz 1 EuErbVO). Danach ist Erbe iSd EuErbVO gewiss der Alleinerbe und auch der Miterbe (ausführlich zur Erbengemeinschaft C.V.2.) nach deutschem Recht (nach Annahme der Erbschaft, die regelmäßig in der Stellung des Erbscheinantrags zu sehen sein wird⁴⁸). Ist ausländisches Recht anwendbar, ist zunächst die Rechtsstellung – in der Praxis wohl regelmäßig unter Zuhilfenahme des DNotI – nach dem materiellen ausländischen Erbrecht herauszuarbeiten.⁴⁹ In der deutschen notariellen Praxis dürften allerdings solche Fälle eher selten sein, da nach der Konzeption der EuErbVO *forum* und *ius* prinzipiell gleichlaufen (auch wenn es hiervon Abweichungen geben kann⁵⁰), so

47 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 5; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 Rn. 5.

48 MüKoBGB/Grzibowicz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 81.

49 Vgl. hierzu zB MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 Rn. 6 für Pflichtteilsberechtigten in Abgrenzung zu echten Noterben.

50 Eine Abweichung kann insbesondere vorliegen, wenn die Ausstellungsbehörde des Staates des aufgrund Rechtswahl anwendbaren Erbstatuts sich nicht für unzuständig erklärt und auch keine Gerichtsstandsvereinbarung oder ausdrückliche Anerkennung vorliegt. Ferner auch dann, wenn eine isolierte Rechtswahl nur für das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht erfolgt ist, wenn die Zuständigkeit für das EZ auf Art. 64 S.1 iVm Art. 10 und 11 EuErbVO beruht oder wenn wegen der Ausweichklausel des Art. 21 Abs. 2 EuErbVO das materielle Erbrecht nicht dem Recht des Mitgliedstaats des letzten gewöhnlichen Aufenthalts entspricht, s. dazu Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Vorbem. Art. 62 Rn. 28.

44 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 64 Rn. 3.

45 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 Rn. 15.

46 Nach Art. 64 lit. b) EuErbVO kann ein Mitgliedstaat auch eine andere Behörde für zuständig erklären, so sind zB in elf der 25 teilnehmenden Mitgliedstaaten (u.a. in Belgien, Frankreich, Niederlande und Italien) Notare zuständig (teilweise ausschließlich, teilweise kumulativ zu anderen Behörden). Die Kommission hat auf Grundlage von Art. 78 EuErbVO eine Liste der jeweils national zuständigen Ausstellungsbehörden veröffentlicht („Liste 5“), abrufbar unter https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-de.do.

dass bei einem Verfahren auf Ausstellung eines ENZ in Deutschland unter Beteiligung eines deutschen Notars in aller Regel auch deutsches Erbrecht anwendbar ist.

Ebenfalls Erbe in diesem Sinne ist der Vorerbe, der zwar beschränkt, aber eben doch Erbe ist (die Beschränkungen sind nach Art. 68 lit. n) EuErbVO im ENZ zu bescheinigen, dazu s. E. IV.5.). Der Vorerbe verliert sein Antragsrecht mit Eintritt des Nacherbfalls.⁵¹ Der Nacherbe ist folgerichtig während der Zeit der Vorerbschaft nicht antragsberechtigt.⁵² Denn entscheidend ist die Rechtsstellung nach materiellem Recht. Nach § 2100 BGB wird der Nacherbe aber erst Erbe, nachdem zunächst ein anderer Erbe (der Vorerbe) geworden ist. Da der Nacherbe bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge noch nicht Erbe ist, ist er auch nicht antragsberechtigt.

Anders als beim Erbschein⁵³ ist der Erbteilserwerber (§ 2033 BGB) mE nicht antragsberechtigt, erst recht nicht antragsberechtigt ist der Erbschaftskäufer (dazu iE unten C.V.5.).

2. Erbegemeinschaften

a) Gemeinschaftliches ENZ

Bislang nicht geklärt ist die Frage, wer bei einer Mehrheit von Erben den Antrag stellen darf bzw. evtl. sogar muss. Zwar ist die Erbegemeinschaft nicht ausdrücklich als Antragsberechtigter genannt, jedoch erfolgt die prinzipielle Möglichkeit einer Antragstellung durch diese zwanglos bereits daraus, dass diese aus den – antragsberechtigten – Erben besteht. Sofern also alle Miterben einen entsprechenden Antrag stellen, ist das ENZ ohne Weiteres auszustellen.⁵⁴

Schwieriger ist die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn nur ein oder mehrere, aber nicht alle Miterben den Antrag stellen. Dagegen könnte sprechen, dass der deutsche Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung zum gemeinschaftlichen ENZ erlassen hat, während eine solche beim Erbschein existiert (§ 352 a FamFG bzw. die Vorgängervorschrift des § 2357 BGB). Die Frage, ob ein gemeinschaftliches ENZ ausgestellt werden kann und wer insofern antragsbefugt ist, ist aber keine Frage des nationalen Verfahrensrechts, sondern eine Frage der EuErbVO, die auch insoweit autonom auszulegen ist.⁵⁵

Die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage kann mE Art. 68 EuErbVO (zum Inhalt des ENZ) entnommen werden. Nach Art. 68 lit. e) EuErbVO sind im ENZ Angaben zum Antragsteller aufzunehmen. Der Verordnungstext verwendet hier den Singular. Nach Art. 68 lit. g) EuErbVO sind Angaben zu den Berechtigten (gemeint sind die Erben und die weiteren Berechtigten) aufzunehmen, hier wird also – genau wie bei den weiteren die Berechtigten betreffenden Angaben (Art. 68 lit. k) und l) EuErbVO) der Plural verwendet.⁵⁶ Der Verordnungstext selbst geht also

davon aus, dass es einen Antragsteller geben kann und mehrere Berechtigte, also insbesondere mehrere Erben, die im ENZ ausgewiesen werden (und die nach Art. 70 Abs. 1 EuErbVO eine beglaubigte Abschrift verlangen können; zur Frage, wer in diesem Fall die eidesstattliche Versicherung abgeben muss s. u. C. V.2.c)). Auch in den Formblättern kann dies abgebildet werden. Im Ergebnis ist damit mE das gemeinschaftliche ENZ, das *sämtliche* Miterben ausweist, anzuerkennen.⁵⁷

b) Teil-ENZ und gemeinschaftliches Teil-ENZ

Damit stellt sich die weitere Frage, ob auch ein Teil-ENZ (analog zum Teilerbschein nach § 2353 Alt. 2 BGB) und ein gemeinschaftliches Teil-ENZ (analog zum gemeinschaftlichen Teilerbschein, der das Erbrecht mehrerer, aber nicht aller Miterben unter Nennung der Größe ihrer Erbteile benennt⁵⁸) anzuerkennen sind. Teil-ENZ sollen nach der Literatur zulässig sein.⁵⁹ Tatsächlich hatte der Kommissionsentwurf in Art. 39 noch ausdrücklich das Teil-ENZ vorgesehen. Die Streichung ist nach der Literatur aber nicht notwendigerweise so zu interpretieren, dass ein Teil-ENZ unzulässig sein soll. Dies folge auch daraus, dass dem Antragsteller die Bestimmung des Zwecks überlassen sei; ihm sei es unbenommen, nur den Nachweis eines Teilaspekts anzustreben.⁶⁰ Dies ist nicht unmittelbar einsichtig, im Ergebnis aber gleichwohl richtig. Die Streichung einer ausdrücklichen Regelung aus dem Entwurf kann zwar immer auch deshalb erfolgt sein, weil man zu der Erkenntnis gelangt ist, dass dieser Fall bereits hinreichend klar geregelt ist. Das wäre jedenfalls dann gegeben, wenn sich die Zulässigkeit von Teil-ENZ aus dem sonstigen Wortlaut ergäbe. Dieser weist aber eher in die gegenteilige Richtung. Art. 63 Abs. 2 lit. a) und Art. 68 lit. l) EuErbVO sprechen vom Erbteil „jedes Erben“. Auch der englische Text („each heir“) weist nicht eindeutig auf ein anderes Verständnis hin, sondern kann ebenso im Sinne „jedes Erben“ verstanden werden.⁶¹ Trotz dieser Bedenken ist mE im Ergebnis der Literatur iSd Praktikabilität zu folgen und das Teil-ENZ zuzulassen. Es wäre weder der Verfahrensökonomie noch dem wohlverstandenen Interesse der Praxis nach einem tauglichen Erbnachweis zuträglich, würde man bei Erbegemeinschaften stets nur ein ENZ zulassen, das die gesamte Erbegemeinschaft auswies. Lässt man das Teil-ENZ zu, folgt daraus, dass auch das gemeinschaftliche Teil-ENZ möglich ist. Denn dieses ist nicht mehr als die Zusammenfassung mehrerer Teil-ENZ.

c) Verfahrensrecht

Erkennt man wie hier das gemeinschaftliche ENZ an, steht man allerdings vor dem Problem, dass das Verfahrensrecht keine entsprechenden Vorschriften bereit hält. Beim gemeinschaftlichen Erbschein sieht § 352 a Abs. 1 FamFG

51 Für den Erbschein MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 84.

52 Für den Erbschein MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 83.

53 MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 87.

54 Gl.A. Lutz BWNotZ 2016, 34 (42).

55 Offen gelassen von Lange DNotZ 2016, 103 (105), der es offenbar auch für möglich hält, dass diese Frage nach nationalem Erbrecht zu beantworten sei.

56 Nicht anders übrigens in der englischen Version.

57 Gl.A. MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 65 Rn. 4.

58 MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 12.

59 Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, Anh. zu §§ 2353 ff., Rn. 4 zu Art. 63; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 33; Geimer/Schütz/Dorsel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III. B Vor I 43, Art. 65 Rn. 20; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 68 Rn. 3; skeptisch dagegen Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (450) („bleibt fraglich“).

60 Geimer/Schütz/Dorsel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III. B Vor I 43, Art. 65 Rn. 20.

61 AA Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 33.

vor, dass der Antrag von jedem der Erben gestellt werden kann; die eidesstattliche Versicherung ist gem. § 352 a Abs. 4 FamFG von allen Erben abzugeben, sofern nicht das Nachlassgericht die Versicherung eines oder mehrerer Erben für ausreichend hält. Entsprechende verfahrensrechtliche Regelungen sind im IntErbRVG nicht vorgesehen.

Im Ergebnis gilt aus meiner Sicht gleichwohl nichts anderes. Dass ein Antrag durch einen Miterben ausreichend ist, ergibt sich mE bereits aus der EuErbVO selbst (s.o. C. V.2.a). Problematisch ist das Erfordernis der eidesstattlichen Versicherung. § 36 Abs. 2 S. 2 IntErbRVG sieht die Versicherung an Eides nur durch den Antragsteller vor. Das bedeutet indes nicht, dass diese im Falle eines Antrags nur eines Miterben auf Ausstellung eines gemeinschaftlichen ENZ ausreichend wäre. Denn maßgebend, ob das Gericht ein ENZ ausstellen darf, ist, dass der darin zu bescheinigende Sachverhalt feststeht (vgl. Art. 67 Abs. 1 S. 1 EuErbVO). Zur Überzeugungsbildung hat das Gericht das Verfahren nach Art. 66 EuErbVO einzuhalten, das auch die eidesstattliche Versicherung enthält, sofern das nationale Recht eine solche vorsieht. Das deutsche Recht fordert aber eine entsprechende eidesstattliche Versicherung; bei einer Erbengemeinschaft kann diese grundsätzlich nur von allen Miterben abgegeben werden, sofern nicht – und insofern deckt sich § 36 Abs. 2 S. 3 IntErbRVG im Ergebnis mit § 352 a Abs. 4, 2. HS FamFG – das Gericht es nicht für notwendig erachtet. Ob dieses Ergebnis methodisch über eine (mE vorzugswürdige) erweiternde Auslegung des § 36 Abs. 2 S. 3 IntErbRVG oder über eine analoge Anwendung des § 352 a FamFG im Verfahren auf Ausstellung eines gemeinschaftlichen ENZ gestützt wird, ist demgegenüber nicht entscheidend.

3. Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass

Den Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass gibt es im deutschen Recht grundsätzlich nicht. Ist deutsches Recht anwendbar, sind Vermächtnisnehmer folglich nicht berechtigt, ein ENZ zu beantragen.⁶² Einzige Ausnahme im deutschen Recht ist das Vorausvermächtnis zugunsten des alleinigen Vorerben, bei dem das Vorausvermächtnis ausnahmsweise unmittelbar dingliche Wirkung hat.⁶³

Ansonsten ist die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers insbesondere bei dem im römischen Rechtskreis verbreiteten sog. Vindikationslegat gegeben, bei der der Vermächtnisnehmer nicht nur (wie beim deutschen) Damnatonslegat einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung eines Nachlassgegenstandes erhält, sondern den bestimmten Gegenstand unmittelbar zu Eigentum.

4. Testamentsvollstrecker und Nachlassverwalter

Ferner antragsberechtigt ist der Testamentsvollstrecker, der die Ausstellung eines ENZ zum Nachweis seiner Befugnisse verlangen kann (Art. 63 Abs. 2 lit. c) EuErbVO;

dem Grunde nach wie das Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB). Dieses ist zu unterscheiden von dem Antrag des Testamentsvollstreckers auf Erteilung eines ENZ auf den Namen des Erben (dazu s. C. V.5.). Testamentsvollstrecker iSd Art. 63 Abs. 1 EuErbVO ist nach *Dutta* eine Person, die aufgrund des Willens des Erblassers Befugnisse, vor allem Verwaltungsbefugnisse, im Hinblick auf den Nachlass oder einen Nachlassanteil ausübt, wobei die Erben nicht ohne Weiteres über die Beschränkung disponieren können.⁶⁴ Hierunter fällt der Testamentsvollstrecker iSd § 2197 BGB. Ist ausländisches Recht anwendbar gilt das oben unter C. V.1. Gesagte entsprechend.⁶⁵

Ebenfalls antragsberechtigt ist der Nachlassverwalter. Der Unterschied zum Testamentsvollstrecker besteht im Wesentlichen darin, dass dieser seine Stellung ohne den Willen des Erblassers erhält.⁶⁶ Unter diesen Begriff des Nachlassverwalters fallen der Nachlassverwalter gem. § 1975 BGB sowie der Nachlasspfleger gem. § 1960 BGB, soweit ihnen die Verwaltung des Nachlasses übertragen wurde.⁶⁷

5. Antragstellung durch Dritte

Antragsberechtigt sind nur die in Art. 65 Abs. 1 iVm Art. 63 Abs. 1 EuErbVO genannten Personen. Dritte sind nicht antragsberechtigt, es sei denn, sie handeln für einen Antragsberechtigten. So sind eine gesetzliche (zB Eltern, Betreuer, organschaftliche Vertreter eines Vereins/einer Gesellschaft) oder auch eine gewillkürte Vertretung ohne Weiteres möglich, was sich bereits aus Art. 65 Abs. 3 lit. c) EuErbVO ergibt.⁶⁸ Zu berücksichtigen ist aber, dass die eidesstattliche Versicherung grundsätzlich nicht von einem gewillkürten Vertreter abgegeben werden kann, da dieser nicht die Wahrnehmungen des Vertretenen bezeugen kann; Ausnahmen hierzu werden allerdings für den Fall des General- und Vorsorgebevollmächtigten gemacht, der den Antrag stellen können soll.⁶⁹ Im Ergebnis gilt insofern für das ENZ nichts anderes als für den Erbschein. Möglich ist auch eine Stellung des Antrags durch den Testamentsvollstrecker und den Nachlassverwalter im Namen des Erben⁷⁰ sowie durch Gesamtrechtsnachfolger für den Rechtsvorgänger.⁷¹

In der Literatur wird vertreten, dass auch Einzelrechtsnachfolger wie der Erbteilserwerber⁷² berechtigt sind, einen Antrag auf Ausstellung eines ENZ zu beantragen. Zwar ist beim Erbschein die Antragsberechtigung des Erbteilserwerbers größtenteils anerkannt, der den Erbschein auf den wirklichen Erben beantragen kann,⁷³ und auch beim Erbschaftskäufer spricht sich eine starke Literaturauffassung für dessen Antragsrecht aus.⁷⁴ Hierfür werden

62 *Buschbaum/Simon* Rpfleger 2015, 444.

63 BeckOK BGB/Müller-Christmann, 42. Ed., Stand 1.2.2017, § 2150 Rn. 4.

64 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 Rn. 10.

65 S. zu typischen Fällen des Testamentsvollstreckers in diesem Sinne nach ausländischem Recht (executor, trustee, Bevollmächtigter aufgrund postmortaler Vollmacht) MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 Rn. 10.

66 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 Rn. 11.

67 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 Rn. 11.

68 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 65 Rn. 5.

69 *Grziwotz* notar 2016, 353 (354).

70 BayObLG 8.3.1999 – 1Z BR 73-98, NJW-RR 1999, 805.

71 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 65 Rn. 5.

72 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 65 Rn. 5.

73 RG 11.10.1906 – IV 286/06, RGZ 64, 173; MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 87.

74 Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2371 Rn. 4; aA MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 88.

verschiedene Gründe vorgebracht: Teilweise wird das Antragsrecht für Dritte bejaht, auf die das Antragsrecht im Wege der Rechtsnachfolge vom Erben übergegangen ist, oder wenn der Dritte die gesamte Rechtsstellung des Erben besitzt, andere bejahen eine Antragsbefugnis, wenn der Dritte den Erbschein für die von ihm für den Nachlass zu erledigenden Aufgaben benötige, wiederum andere nehmen ein Antragsrecht nur für solche Personen an, die materiell am Erbscheinsverfahren beteiligt sind, weil deren Rechtsstellung durch die Entscheidung darüber, wer Erbe ist, unmittelbar berührt wird.⁷⁵ So richtig diese oder jene Argumentation beim Erbschein sein mag, so kann sie mE aber beim ENZ nicht fruchtbar gemacht werden. Denn insofern gilt für die Frage der Antragsberechtigung der autonom auszulegende Begriff der EuErbVO. Zu einer Antragsberechtigung weiterer in Art. 63 Abs. 1 EuErbVO nicht genannter Personen könnte man methodisch nur gelangen über eine erweiternde Auslegung des Wortlauts oder die Annahme, dass der Wortlaut nur einen Teil der Antragsberechtigten benennt, aber insoweit nicht abschließend ist. Beides kommt mE – anders als beim Erbschein – nicht in Betracht. Denn gerade hier spielt der Wortlaut eine entscheidende Rolle, um eine unterschiedliche Handhabung in den Mitgliedstaaten zu vermeiden. Im Sinne einer möglichst gleichförmigen Anwendung ist dem Wortlaut insoweit eine den Kreis der Antragsberechtigten abschließende Wirkung zuzuerkennen.

Damit sind im Ergebnis weder die eingangs genannten Dritten antragsberechtigt und erst Recht nicht andere Personen, die nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Nachlass oder die Erben haben, sei es als Nachlassgläubiger wie zB Vermächtnisnehmer deutschen Rechts oder Pflichtteilsberechtigte⁷⁶ (mit Ausnahme solcher, die unmittelbar dinglich am Nachlass beteiligt sind, wie zB in romanischen Rechtsordnungen⁷⁷). Ist das ENZ einmal ausgestellt, können diese gleichwohl gem. Art. 70 Abs. 1 EuErbVO eine beglaubigte Abschrift verlangen.

Wie beim Erbschein ist es indes nach umstrittener, aber mE vorzugswürdiger Auffassung zulässig, dass Vollstreckungsgläubiger nach §§ 792, 896 ZPO ein ENZ beantragen können,⁷⁸ weil diese das ENZ *an Stelle* des Berechtigten beantragen. Es liegt damit kein Antrag eines Dritten vor, sondern ein Fall der Antragstellung durch den Berechtigten selbst. Dagegen spricht auch nicht, dass das ENZ im Gegensatz zum Erbschein nicht in §§ 792, 896 ZPO genannt ist. Denn das ENZ lässt sich ohne Weiteres unter die in § 792 ZPO genannte „andere Urkunde, die dem Schuldner auf Antrag von einer Behörde, einem Beamten oder einem Notar zu erteilen ist“ subsumieren. Nach der aA soll das nicht möglich sein, weil die Frage der Antragsberechtigung allein eine Frage des Nachlassverfahrens sei.⁷⁹ Diese Auffassung gibt den Gläubigern aber letztlich ohne Not Steine statt Brot, wenn der Erbe kein ENZ beantragen kann oder will (sofern ein ENZ vorliegt, können Gläubiger die Ausstellung einer beglaubigten Abschrift verlangen).

75 Vgl. hierzu eingehend MüKoBGB/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rn. 79.

76 Zum Erbschein OLG Köln 8.6.1994 – 2 Wx 16/94, NJW-RR 1994, 1421.

77 Dutta/*Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 7.

78 MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 65 Rn. 7; *Buschbaum/Simon ZEV* 2012, 525; *Dorsel/Schall GPR* 2015, 36 (40).

79 *Süß ZEuP* 2013, 725 (736); *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 8; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, Anh. zu §§ 2353 ff., Rn. 4 zu Art. 63.

VI. Inhalt des Antrags

1. Allgemeines zu den Pflichtangaben

Der Antrag muss die in Art. 65 Abs. 3 EuErbVO aufgezählten Angaben enthalten, soweit sie dem Antragsteller bekannt sind und von der Ausstellungsbehörde zur Beschreibung des Sachverhalts, dessen Bestätigung der Antragsteller begehrt, benötigt werden, und die deshalb in das notarielle Muster (die Formularblätter sind mE für die notarielle Praxis untauglich) aufzunehmen sind.

Wichtig ist insbesondere für den an das deutsche Erbscheinsverfahren gewöhnten Rechtsanwender, sich von der Vorstellung zu lösen, nur solche Angaben seien erforderlich, die Einfluss auf die zu bescheinigende Rechtsstellung hätten. Denn das ENZ dient nicht nur dazu, sondern auch zur Bescheinigung des entsprechenden Sachverhalts im Rahmen der nach Art. 68 EuErbVO zu bescheinigenden Angaben. Das hängt auch damit zusammen, dass die bescheinigte Rechtsstellung u.a. vom anwendbaren Recht abhängt. Dieses kann aber trotz des an sich gewollten und regelmäßig auch vorliegenden Gleichklangs zwischen den Mitgliedstaaten abweichen. Dies sind insbesondere Fälle, in denen aus Sicht eines Mitgliedstaates vorrangige Staatsverträge zu beachten sind, die aber im Verhältnis zum anderen Mitgliedstaat nicht gelten, so dass sich das anwendbare Recht unterscheidet (dazu iE F. V.2.). Des Weiteren kann dies eine Rolle spielen in Fällen, in denen die Stellung als Erbe oder der Umfang dieser Erbenstellung vom jeweiligen ehelichen Güterrecht abhängt, das von unterschiedlichen Mitgliedstaaten unterschiedlich beurteilt werden kann, ohne dass dies nach überwiegender Auffassung von der EuErbVO geregelt wird (dazu F. V.3.).

2. Angaben zu Antragsteller und Erblasser

Im Antrag sind zunächst die Daten des **Antragstellers** aufzuführen (Art. 65 Abs. 3 lit. a) EuErbVO), die sich mit Ausnahme der Staatsangehörigkeit bereits aus dem Urkundeneingang ergeben. Darüber hinaus sind die üblichen Informationen zum **Erblasser** wie Name, Staatsangehörigkeit, Geburts- und Todesdatum, Familienstand im Todeszeitpunkt sowie die letzte Anschrift anzugeben (Art. 65 Abs. 3 lit. b) EuErbVO). Die letzte Anschrift ist nicht zu verwechseln mit dem gewöhnlichen Aufenthalt, auch wenn beide in der Praxis in aller Regel – aber nicht immer – übereinstimmen werden. Denn der Ort des letzten gewöhnlichen Aufenthalts ist das Ergebnis der Subsumtion der Ausstellungsbehörde, die vom Antragsteller nicht verlangt wird.⁸⁰ Dieser hat lediglich den Sachverhalt zu „liefern“ (*da mihi facta, dabo tibi ius*).

3. Ehegatten und Eheverträge

Nach Art. 65 Abs. 3 lit. d) EuErbVO sind Angaben zum Ehegatten oder Partner des Erblassers und ggf. zu etwaigen ehemaligen Ehegatten oder Partnern zu machen. Nach lit. j) ist zudem die Angabe erforderlich, ob der Erblasser einen Ehevertrag geschlossen hatte und – falls dem so ist – die entsprechende Urschrift oder Abschrift dieses Vertrags beizufügen bzw. anzugeben, wo sich die Urschrift befindet. Sofern die amtlichen Formblätter verwendet werden,

80 *Buschbaum/Simon Rpfleger* 2015, 444 (445).

ist insofern die Anlage IV beizufügen, ansonsten können die Angaben schlicht in den Antrag aufgenommen werden.

Insofern stellt sich die Frage, ob nur die im Zeitpunkt des Todes bestehende Ehe oder auch sämtliche ehemaligen Ehegatten bzw. Partner und sämtliche geschlossenen Eheverträge aufgeführt werden müssen. Prinzipiell sieht die Norm keine Einschränkung vor. Auch die amtlichen Formulare scheinen davon auszugehen, dass sämtliche anzugeben sind (in Fußnote 16 zur Anlage IV wird gefordert, dass bei mehr als einer Person ein weiteres Blatt beizufügen sei). Insofern spielt aber der Einleitungssatz des Art. 65 Abs. 3 EuErbVO eine wichtige Rolle, wonach der Antrag die entsprechenden Angaben enthalten muss, soweit sie von der Ausstellungsbehörde zur Beschreibung des Sachverhalts, dessen Bestätigung der Antragsteller begehrt, benötigt werden (und dem Antragsteller bekannt sind). Sofern die vorherigen Ehen aber ersichtlich auf den zu bescheinigenden Sachverhalt keine Auswirkung haben, ist deren Angabe mE entbehrlich. Aus diesem Grund sind auch die genauen Angaben zu Ehen (Tag, Staatsangehörigkeit und Anschrift bei Eheschließung) entbehrlich, die bereits durch Tod oder Scheidung beendet sind; insofern können allenfalls die Daten zur Person des ehemaligen Ehegatten gefordert werden. Das Gericht muss diese Angaben auch nicht zwingend im ENZ ausweisen, obwohl das nach dem Formular möglich ist. Denn das ENZ muss nach Art. 68 Abs. 1 EuErbVO die Angaben nur enthalten, soweit dies für die Zwecke, zu denen es ausgestellt wird, erforderlich ist.

4. Sonstige mögliche Berechtigte

Anzugeben sind „sonstige mögliche Berechtigte“ aufgrund einer Verfügung von Todes wegen und/oder nach gesetzlicher Erbfolge (Art. 65 Abs. 3 lit. e) EuErbVO). Berechtigte sind generell die in Art. 63 Abs. 1 EuErbVO genannten Personen. Hier ist mE zu differenzieren zwischen der gesetzlichen Erbfolge und der Erbfolge aufgrund einer Verfügung von Todes wegen.

- Bei gesetzlicher Erbfolge sind die weiteren gesetzlichen Erben aufgrund der vom Antragsteller angenommenen Erbfolge anzugeben. Analog zu § 352 Abs. 1 Nr. 4 iVm S. 2 FamFG wird man auch die Angabe verlangen können, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde.
- Bei Verfügungen von Todes wegen sind zunächst die Erben zu nennen, die sich aus der Verfügung von Todes wegen ergeben, auf die sich der Antragsteller beruft. Da nach dem Wortlaut auch „mögliche“ Berechtigte anzugeben sind, sollten mE auch Erben aufgrund anderer Verfügungen von Todes wegen anzugeben, die nach Ansicht des Antragstellers unwirksam bzw. überholt sind. Die gesetzlichen Erben sind in diesem Fall mE nicht anzugeben, das „und/oder“ in lit. e) wird in diesem Fall zu einem bloßen „oder“. Zu einem „und“ wird es dann, wenn die Verfügung von Todes wegen die Berechtigten, also zB die Erben nicht abschließend benennt.

5. Zweck

Der beabsichtigte Zweck des ENZ ist gem. Art. 65 Abs. 3 lit. f) EuErbVO offen zu legen. Dies dient der Nachprüf-

barkeit, ob auch ein für die Ausstellung notwendiger grenzüberschreitender Bezug (s. o. C. I.) vorliegt. Fraglich ist, welche Anforderungen an die Angabe des Zwecks zu stellen sind. Nicht ausreichen wird die pauschale Behauptung, dass ENZ werde im Ausland benötigt; vielmehr ist der Verwendungszweck substantiiert darzulegen⁸¹ und uU auch nachzuweisen.⁸² Das Vorhandensein von Auslandsvermögen ist allerdings nicht erforderlich,⁸³ ausreichend ist, dass sich der Berechtigte im Ausland auf seine Stellung berufen will bzw. muss.

Die Angabe des Zwecks wird wohl im Regelfall in der Praxis keine größeren Probleme bereiten, da die Berechtigten zumeist nicht anlasslos ein ENZ auf Vorrat beantragen, sondern ein konkretes Bedürfnis haben und oftmals sogar bereits aufgefordert worden sind, sich zu legitimieren.

6. Anderes Gericht, Berufungsgrund, Verfügung von Todes wegen und Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft

Zu nennen sind die Kontaktangaben des Gerichts oder der Behörde, die mit der Erbsache als solcher befasst ist oder war (Art. 65 Abs. 3 lit. g) EuErbVO). Dies zielt zwar u. a. auch auf vorrangige Zuständigkeiten ab und die Absicherung, ob ggf. schon Einwände anhängig sind, die die Ausstellung des ENZ verhindern (dazu s. u. E. III.); nicht erforderlich ist aber die beim Erbscheinsantrag immer erforderliche Angabe, ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist (§ 352 Abs. 1 Nr. 6 FamFG).

Anzugeben ist auch der Berufungsgrund, dh ob der Berechtigte aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen berechtigt ist. Wie im Erbscheinsverfahren ist auch anzugeben, ob der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen errichtet hatte (Art. 65 Abs. 3 lit. i) EuErbVO). Die entsprechende Urschrift oder Abschrift dieses Vertrags ist beizufügen bzw. anzugeben, wo sich die Urschrift befindet. Ausdrücklich anzugeben ist (so jetzt auch parallel § 352 Abs. 1 Nr. 7 FamFG), ob einer der Berechtigten die Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen hat (Art. 65 Abs. 3 lit. k) EuErbVO).

7. Sonstige nützliche Angaben

Die Aufzählung der Angaben ist nicht abschließend. Nach Art. 65 lit. m) EuErbVO sind auch sonstige vom Antragsteller für „nützlich“ erachtete Angaben zu machen. Dies ist selbstverständlich keine Pflichtangabe im eigentlichen Sinne, da das, was der Antragsteller für nützlich erachtet, seiner subjektiven Anschauung entspringt und eben auch nichts Weiteres sein kann, obwohl objektiv weitere Angaben erforderlich sind. Diese kann und muss dann das Gericht gem. Art. 66 Abs. 1 EuErbVO im Rahmen der Nachforschungen zur Aufklärung des Sachverhalts erfragen. Die Aufnahme der „sonstigen nützlichen“ Angaben entspringt dem Formularcharakter; ein Formular kann eben nie alles ausdrücklich abfragen, sondern muss am Ende Platz lassen für „Sonstiges“.

81 OLG München 4.8.2016 – 34 Wx 139/16, FGPrax 2016, 254; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, Anh zu §§ 2353 ff., Rn. 4 zu Art. 62, 63 EuErbVO.

82 Simon/Buschbaum NJW 2012, 2393 (2397).

83 Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, Anh zu §§ 2353 ff., Rn. 4 zu Art. 62, 63 EuErbVO.

VII. Beizufügende Unterlagen

Dem Antrag sind auch die „einschlägigen“ Schriftstücke in Urschrift oder Abschrift, die die erforderlichen Voraussetzungen für ihre Beweiskraft erfüllt, beizufügen (Art. 65 Abs. 3 EuErbVO). Die Form der beizufügenden Schriftstücke richtet sich nach der *lex fori*, damit nach deutschem Recht. Daher sind Privaturkunden in Urschrift nach § 420 ZPO und öffentliche Urkunden in beglaubigter Abschrift nach § 30 Abs. 1 FamFG iVm § 435 ZPO vorzulegen, sofern das Nachlassgericht nicht gem. Art. 66 Abs. 2 EuErbVO eine andere Form des Nachweises akzeptiert.⁸⁴ Letztlich steht es damit im Ermessen der Ausstellungsbehörde, welche Unterlagen sie in welcher Form anfordert.

VIII. Antrag auf Verlängerung der Gültigkeitsfrist oder Ausstellung einer neuen beglaubigten Abschrift

Die vom Nachlassgericht ausgestellte beglaubigte Abschrift hat nur eine zeitlich begrenzte Gültigkeit von in der Regel sechs Monaten (s. u. E. V.). Wird nach Ablauf der Frist noch eine beglaubigte Abschrift benötigt, muss der Berechtigte eine Verlängerung der Gültigkeitsfrist oder die Ausstellung einer neuen beglaubigten Abschrift beantragen (Art. 70 Abs. 3 EuErbVO). In beiden Fällen ist kein vollständiger neuer Antrag notwendig, es reicht aus – formlos –, die Verlängerung oder die Neuausstellung zu beantragen. Eine eidesstattliche Versicherung kann das Nachlassgericht idR auch nicht fordern, soweit der Sachverhalt unverändert ist.⁸⁵

IX. Gerichts- und Notar-Kosten

Kostenrechtlich ist das ENZ mit dem Erbschein gleichgestellt.⁸⁶ Als Geschäftswert ist für den Antrag wie für die Ausstellung der Netto-Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde zu legen (§ 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GNotKG). Es fällt wie beim Erbschein eine 1,0 Gebühr an (KV 12210 GNotKG).

Wird zunächst ein Erbschein und anschließend ein ENZ ausgestellt, wird die Gebühr für die Ausstellung des Erbscheins mit 75 % auf die Gebühr für die Ausstellung des ENZ angerechnet (KV 12210 Abs. 2 GNotKG), wenn sich der Erbschein und das ENZ nicht widersprechen. Gleiches gilt auch im umgekehrten Fall, wenn zuerst ein ENZ und dann ein Erbschein beantragt wird.

Die Anrechnung erfolgt allerdings nicht bei den Kosten der Antragstellung mit eidesstattlicher Versicherung.⁸⁷ Ist also absehbar, dass beide Erbnachweise beantragt werden sollen (weil man zB im Inland von der leichteren Handhabbarkeit und dem weitgehenden Gutgläubensschutz profitieren will), empfiehlt es sich, beide Anträge in einer Urkunde zusammenzufassen. Ist das nicht erfolgt, wird das Nachlassgericht in der Regel aber auch auf eine erneute ei-

desstattliche Versicherung verzichten können, da die Anträge deckungsgleich sein müssen.⁸⁸

Die Erteilung oder Verlängerung einer beglaubigten Abschrift des ENZ löst gem. KV 12218 GNotKG eine Festgebühr beim Gericht von 20 EUR aus. Der entsprechende Antrag wird in aller Regel formlos zum Gericht ohne erneute eidesstattliche Versicherung gestellt werden können (s. o.). Wird doch eine eidesstattliche Versicherung beurkundet, ist der Geschäftswert nach billigem Ermessen zu bestimmen, wobei hier 10 % bis 20 % als angemessen bezeichnet werden.⁸⁹ Es fällt hierfür eine 0,5 Gebühr an gem. KV 21201 Nr. 6 GNotKG.

D. Muster eines Antrags auf Erteilung eines ENZ

Das nachstehende Muster⁹⁰ geht von der Anwendbarkeit deutschen Erbrechts aus und legt die Antragstellung durch einen Berechtigten zugrunde. Aufgrund der Vielschichtigkeit der Lebenssachverhalte kann das Muster nicht sämtliche denkbaren Varianten abbilden, so dass es im jeweiligen Einzelfall zu prüfen und anzupassen ist.

Urkundseingang

Der/Die Erschienene erklärte zur Beurkundung folgenden Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses:

1. Sachverhalt

1.1 Angaben zum Erblasser

Herr/Frau ***, ***/geborene/r ***, geboren am *** in ***, mit letzter Anschrift im Zeitpunkt des Todes in ***, ***/ Staatsangehörige/r, Identifikationsnummer⁹¹ *** („Erblasser“), ist am *** in *** verstorben.

1.2 Angaben zum Antragsteller

Ich, der Antragsteller, bin *** Staatsangehöriger, meine Identifikationsnummer lautet ***. Ich bin *** der Ehegatte/ *** das Kind / *** [Angabe des Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisses] des Erblassers.

1.3 Angaben zum Ehegatten⁹² des Erblassers

Var. 1: Der Erblasser war zum Zeitpunkt seines Todes ledig.

Var. 2: Der Erblasser war zum Zeitpunkt seines Todes

- Alt. 1: mit *** Herrn/Frau ***, ***/geborene/r ***, geboren am *** in ***, Anschrift ***, ***/ Staatsangehörige/r, Identifikationsnummer ***, verheiratet.
- Alt. 2: mit mir, dem Antragsteller, verheiratet.

Zum Zeitpunkt der Eheschließung am *** vor dem Standesamt in *** hatten die Ehegatten die *** Staatsangehörigkeit und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in ***.

⁸⁴ Lutz BWNNotZ 2016, 34 (43).

⁸⁵ Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A. d. ö. R., NotBZ 2015, 295.

⁸⁶ Vgl. Seebach RNotZ 2015, 342 (345 f.); zu den Gerichtskosten ausführlich Schneider Rpfleger 2015, 454 ff.

⁸⁷ BeckOK KostR/Rupp, 17. Ed., Stand 13.2.2017, GNotKG KV 12210 Rn. 13.

⁸⁸ BeckOK KostR/Rupp, 17. Ed., Stand 13.2.2017, GNotKG KV 12210 Rn. 13.

⁸⁹ Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A. d. ö. R., NotBZ 2015, 295.

⁹⁰ Ein Muster findet sich zB auch bei Lutz BWNNotZ 2016, 34.

⁹¹ Möglich sind hier die Nummer der Geburts- oder der Sterbeurkunde, die Sozialversicherungsnummer, Steuernummer oder eine sonstige Nummer.

⁹² Aus Vereinfachungsgründen sieht das Muster lediglich die Ehe vor; bei einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ist das Muster entsprechend sprachlich anzupassen.

- Alt. 1: Einen Ehevertrag haben die Ehegatten nicht geschlossen. Eine Rechtswahl ebenso nicht, auch nicht in Gestalt einer Teilrechtswahl gemäß Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB. Sie lebten also im Güterstand der ***.
- Alt. 2: Die Ehegatten haben am *** zur Urkunde des Notars *** in ***, UR Nr. *** einen Ehevertrag abgeschlossen und ***deutsches Recht gewählt ***sowie den Güterstand der *** vereinbart.

Var. 3: Der Erblasser war zum Zeitpunkt seines Todes verwitwet. Der Ehegatte, Herr/Frau ***, ***geborene/r ***, geboren am *** in ***, Anschrift ***, *** Staatsangehörige/r, ist am *** verstorben.

Var. 4: Der Erblasser war mit Herrn/Frau ***, ***geborene/r ***, geboren am *** in ***, Anschrift ***, *** Staatsangehörige/r, verheiratet. Zum Zeitpunkt des Todes war die Ehe rechtskräftig geschieden.

Hinweis: Bei strenger Wortlautinterpretation könnte angenommen werden, dass auch bei den Var. 3 und 4 die Angaben zur Eheschließung und zum Ehevertrag aufgenommen werden müssen (s.o. das Muster zu Var. 2 dort Abs. 2). Das ist mE aber nicht notwendig (dazu C. VI.3.).

1.4 Grundlage für den Anspruch / die Befugnis

Var. 1: Gesetzliche Erbfolge:

Der Erblasser hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen.

Var. 2: Gewillkürte Erbfolge:

Der Erblasser hat folgende Verfügung***en von Todes wegen hinterlassen: ***

Weitere Verfügungen von Todes wegen sind und waren nicht vorhanden.

Eine Rechtswahl hat der Erblasser ***nicht getroffen. In der Verfügung von Todes wegen hat der Erblasser mich als alleinigen Erben eingesetzt.

Var. 3: Testamentsvollstreckung:

In der Verfügung von Todes wegen hat der Erblasser mich zum Testamentsvollstrecker ernannt. Ich nehme das Amt an.

1.5 Sonstige Berechtigte

Var. 1: Weitere Miterben sind nicht vorhanden.

Var. 2: Weitere/r Miterbe ist/sind geworden: ***

2. Rechtsfolge

Var. 1: Ich bin daher Erbe nach dem Erblasser in Anwendung *** Rechts geworden.

Var. 2: Erben nach dem Erblasser sind in Anwendung *** Rechts geworden:

- a) Ich als Miterbe zu *** sowie
- b) *** als Miterbe zu ***.

[Bei gesetzlicher Erbfolge:] Weitere Personen, durch die die vorbezeichneten Erben von der Erbfolge ausgeschlossen oder deren Erbteile gemindert werden würden, sind und waren nicht vorhanden.

Die vorbezeichneten Erben haben die Erbschaft angenommen.

Ein Gericht oder eine sonstige Behörde war und ist nicht mit der Erbsache als solcher befasst.

3. Zweck des Zeugnisses

Var. 1: Erben

Das Zeugnis wird in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich ***, als Nachweis der Rechtsstellung und/oder der Rechte des Erben benötigt, weil ***.

Var. 2: Vermächtnisnehmer

Das Zeugnis wird in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich ***, als Nachweis der Rechtsstellung und/oder der Rechte des Vermächtnisnehmers, der unmittelbare Ansprüche aus dem Nachlass hat, benötigt, weil ***.

Var. 3 und 4: Testamentsvollstrecker / Nachlassverwalter

Das Zeugnis wird in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich ***, für die Ausübung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers / Nachlassverwalters benötigt, weil ***.

4. Eidesstattliche Versicherung

Über die Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung und die Strafbarkeit einer unrichtig abgegebenen eidesstattlichen Versicherung belehrt, versichere ich hiermit an Eides statt, dass mir nichts bekannt ist, was der Richtigkeit meiner vorstehenden Angaben entgegensteht.

5. Antrag

Ich beantrage die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nach dem Erblasser und die Zusendung von *** beglaubigten Abschriften zu Händen des Notars.

Wert des Nachlasses, Vollmacht, Schlussformel

E. Ausstellung des ENZ

I. Prüfungsumfang des Nachlassgerichts

Die Ausstellungsbehörde, in Deutschland also das Nachlassgericht, überprüft die vom Antragsteller übermittelten Angaben, Erklärungen, Schriftstücke und sonstigen Nachweise und führt von Amts wegen die für diese Überprüfung erforderlichen Nachforschungen durch, soweit das nach der *lex fori* anwendbare nationale Recht dies zulässt (Art. 66 Abs. 1 EuErbVO). In Deutschland gilt insofern wie im Erbscheinsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 26 FamFG.⁹³

II. Unterrichtung, Anhörung und öffentliche Bekanntmachung

Das Nachlassgericht hat zunächst die „Berechtigten“ gem. Art. 66 Abs. 4 S. 1 EuErbVO zu unterrichten und hört jeden „Beteiligten, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter“ an und gibt „anderen möglichen Berechtigten“ Gelegenheit, ihre Rechte geltend zu machen. Berechtigte in diesem Sinne sind Erben, Vermächtnisnehmer sowie Pflichtteilsberechtigte (Erwägungsgrund 47 EuErbVO).⁹⁴

⁹³ Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, Anh. zu §§ 2353 ff., Rn. 5 zu Art. 63; Dorsel ZErB 2014, 212; abweichend offenbar Lutz BWNZ 2016, 34 (43), dem zufolge es im Ermessen des Gerichts steht, ob es die erforderlichen Nachweise von Amts wegen beschafft bzw. erforderlichen Tatsachen ermittelt oder dies dem Antragsteller auferlegt wird.

⁹⁴ Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 66 Rn. 6.

In Deutschland sind die Verfahrensbeteiligten in § 37 IntErbRVG konkretisiert. Im Einzelnen sei hier für das vom Gericht einzuhaltende Verfahren auf die weiterführende Literatur verwiesen.⁹⁵

III. Anhängige Einwände als Ausstellungshindernis

Nach Art. 67 Abs. 1 S. 3 EuErbVO ist die Ausstellung des ENZ ausgeschlossen, sofern Einwände anhängig sind. Umstritten ist zunächst, ob nur Einwände in anderen Verfahren als dem Ausstellungsverfahren (zB im Rahmen einer Feststellungsklage) zur Versagung führen⁹⁶ oder – wovon die überwiegende Meinung ausgeht – auch Einwände im eigentlichen Ausstellungsverfahren.⁹⁷ Geht man mit der überwiegenden Meinung davon aus, dass auch Einwände im Ausstellungsverfahren ein Ausstellungshindernis darstellen, gelangt man zu einem für den deutschen Rechtsanwender relativ überraschenden Ergebnis. Denn im deutschen Erbscheinsverfahren wird gerade auch über solche Einwände entschieden. Folglich werden Erbstreitigkeiten häufig im Rahmen des Erbscheinsverfahrens ausgefochten.⁹⁸ Beim ENZ scheint dem Nachlassgericht aber die Ausstellung des ENZ versagt zu sein.

Eine andere – ebenfalls streitige – Frage ist, ob das Beschwerdegericht über die Einwände entscheiden und das ENZ entsprechend erteilen kann. Hier ist das Bild ebenfalls uneinheitlich. Die überwiegende Meinung geht davon aus, dass jedenfalls das Beschwerdegericht die Einwände „streitig“ entscheiden kann.⁹⁹ *Milzer* zufolge soll allerdings auch dem Beschwerdegericht eine solche Kompetenz nicht zukommen, dieses habe den Antrag auch zurückzuweisen, wenn nach wie vor Einwände gegen die Erteilung des ENZ anhängig sind.¹⁰⁰

Eine Entscheidung dieser Fragen wird man abwarten müssen; hier sei nur angemerkt, dass es aus deutscher Sicht auf den ersten Blick befremdlich erscheint, wenn die Rechtsmittelinstanz erstmalig über Einwände entscheiden muss, wozu es diese erst einmal festzustellen hat. Denn das Nachlassgericht erster Instanz muss dies nicht tun, wenn man davon ausgeht, dass Einwände im Ausstellungsverfahren auch ein Versagungsgrund sind. Allerdings mag dies aus Sicht anderer Mitgliedstaaten ganz natürlich sein, wenn nämlich kein Gericht, sondern ein Notar oder eine andere Behörde für die Erteilung des ENZ zuständig ist. Dann ist die Rechtsmittelinstanz die erste gerichtliche Instanz, der die Kompetenz zur Entscheidung des streitigen Sachverhalts zukommt. Vor dem Hintergrund dieses rechtstatsächlichen Befundes mag die Auffassung *Steiners* uU hilfreich sein, der es durchaus für möglich hält, dass es eine unterschiedliche Prüfungstiefe der Ausstellungsbehörde in unterschiedlichen Mitgliedstaaten geben kann; er zieht hieraus den Schluss, dass Einwände iSd Art. 67

Abs. 1 S. 3 EuErbVO in Deutschland nur solche in anderen Verfahren seien.¹⁰¹

IV. Inhalt des ENZ

Den Inhalt des ENZ beschreibt Art. 68 EuErbVO; dabei ist gem. Art. 67 Abs. 1 S. 2 EuErbVO – anders als beim Antrag – zwingend das Formblatt zu verwenden, das nicht gerade übersichtlich ist; aus den 15 Seiten Formular muss man sich die zehn relevanten Zeilen herausuchen.¹⁰²

1. Arten des ENZ

Die möglichen Arten des ENZ sind das Alleinerben-ENZ, das gemeinschaftliche ENZ, das Teil-ENZ und das gemeinschaftliche Teil-ENZ (s. o. C. V. 2.).¹⁰³ Das gegenständlich beschränkte ENZ gibt es hingegen grds. nicht (s. o. C. IV. 1.). Das quotenlose ENZ sollte mE anerkannt werden (s. u. E. IV. 4.).

2. Angaben zu einem Ehevertrag und Güterstand

In das ENZ sind auch Angaben zu einem Ehevertrag und zum Güterstand aufzunehmen (Art. 68 lit. h) EuErbVO). Diese Angaben sind stets erforderlich, auch wenn sie aus Sicht des Mitgliedstaates, dessen Behörde das ENZ ausstellt, für die an sich zu bescheinigende Rechtsstellung als Erbe irrelevant sind,¹⁰⁴ weil zB eine gewillkürte Erbeinsetzung vorliegt. Denn aus Sicht des Verwendungsmitgliedstaates mag der Güterstand Auswirkungen haben, und bescheinigt wird eben nicht nur die Rechtsstellung, sondern auch der Sachverhalt. Zudem ist die Angabe essentiell, wenn sich der Erbteil nach dem anwendbaren Güterrecht erhöht, dies aber nicht im ENZ ausgewiesen werden kann bzw. dies ausgewiesen werden darf (zu dieser Frage s. u. E. IV. 4.).

Fraglich ist, welches Recht für die Bestimmung des Güterstands entscheidend ist. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Frage des Güterstands als kollisionsrechtliche Vorfrage im Bereich der EuErbVO unselbständig anzuknüpfen sei.¹⁰⁵ Das hätte zur Folge, dass das maßgebende Recht dem anwendbaren Erbrecht nach der EuErbVO entsprechen würde. Dies hätte den praktischen Vorteil, dass sich die unten unter E. IV. 4. geschilderten Probleme nicht stellen. Allerdings gibt die EuErbVO für diese unselbständige Anknüpfung keinen Anhaltspunkt. Vielmehr enthalten Art. 1 Abs. 2 lit. a) und d) EuErbVO Bereichsausnahmen für den Personenstand, die Familienverhältnisse und Fragen des Güterrechts.¹⁰⁶ Damit gilt nach der vorzuzugewärtigen Auffassung autonomes Kollisionsrecht.¹⁰⁷

95 Ausführlich zB Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 66 Rn. 6; Lutz BWNNotZ 2016, 34.

96 Beck OGK/Schmidt, Stand 1.3.2017, Art. 67 Rn. 9; Steiner ZEV 2016, 487 (488).

97 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 67 Rn. 5; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 67 Rn. 5; wohl auch Volmer notar 2016, 323 (325).

98 Volmer notar 2016, 323 (325).

99 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 67 Rn. 6; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 67 Rn. 6; Volmer notar 2016, 323 (326).

100 Milzer NJW 2015, 299 (299); Milzer notar 2017, 38.

101 Steiner ZEV 2016, 487 (488).

102 Volmer notar 2016, 323.

103 Geimer/Schütze/Dorsel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, Art. 67 Rn. 10.

104 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 68 Rn. 5.

105 Dutta IPRax 2015, 32 (36); Dörner ZEV 2012, 505 (513); Kleinschmidt RabelsZ 77 (2013), 723 (764 ff.).

106 Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (447).

107 Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (447); Döbereiner MittBay-Not 2013, 358 (361); allgemein für eine selbständige Anknüpfung bei Vorfragen Dutta/Herrler/Hellner, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 107 (109).

3. Anzuwendendes Recht

Ebenfalls anzugeben ist das anzuwendende Recht sowie die Umstände, auf deren Grundlage das anzuwendende Recht bestimmt wurde (Art. 68 lit. i) EuErbVO). Hier zeigt sich exemplarisch, dass das ENZ nicht lediglich das Ergebnis der Subsumtion, also zB bei Erben die Personen und die jeweilige Erbquote ausweist, sondern darüber hinausgehende Informationsfunktionen hat.¹⁰⁸ Die Angabe des anzuwendenden Rechts ist zum einen bedeutsam im Falle vorrangiger Staatsverträge, bei der im Verwendungsstaat im Ergebnis ein anderes Recht anzuwenden sein kann, als im ENZ angegeben (dazu F. V.2.). Zum anderen ist das anwendbare Recht entscheidend für die Frage, welche Rechte der Berechtigte hat und welchen Beschränkungen er unterliegt.

4. Erbteil jedes Erben und „güterrechtliches Viertel“

Als eine der wesentlichsten Informationen ist selbstverständlich auch der Erbteil anzugeben gem. Art. 68 lit. l) EuErbVO (in Anlage IV Nummer 8). Dass auch gemeinschaftliche Teilerbenzeugnisse zulässig sind, in der nicht die Erbteile jedes im Sinne aller Erben anzugeben sind, wurde bereits oben behandelt (C. V.2.). Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob es auch ein quotenloses ENZ (analog zum quotenlosen Erbschein nach § 352 a Abs. 2 S. 2 FamFG) gibt. Zwar ist dessen Zulässigkeit nicht ausdrücklich geregelt, entscheidend ist aber mE, dass nicht zwingend geregelt ist, dass die Erbquoten ausgewiesen werden müssen. Das quotenlose ENZ sollte daher anerkannt werden.

In der Praxis verlangen teilweise ausländische Grundbuchämter (zB in Österreich), dass eine Eintragung aufgrund eines ENZ voraussetze, dass das betreffende Grundstück selbst im ENZ ausgewiesen wird. Dies entbehrt jedoch einer gesetzlichen Grundlage. Der Ausweis einzelner Vermögenswerte ist in Art. 68 lit. l) EuErbVO nur vorgesehen, wenn diese „einem bestimmten Erben“ zustehen; gemeint ist eindeutig der Fall dinglich wirkender Teilungsanordnungen. Nicht erfasst sind aber Fälle, in denen die Vermögensgegenstände aufgrund einer Universalsukzession auf den bzw. die Erben übergehen. Im Sinne einer schnellen Lösung mit dem ausländischen Grundbuchamt könnte es sich mE aber anbieten, den Vermögensgegenstand bei der Angabe des Zwecks im Antrag und im ENZ zu bezeichnen; ob dies ausreicht, sollte man besprechen.

Umstritten ist, ob auch Erbteile ausgewiesen werden dürfen oder können, die auf nationalem Güterrecht beruhen, in Deutschland also insbesondere das sog. güterrechtliche Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB. Letztlich wird dies der EuGH zu klären haben auf Grundlage des Vorlagebeschlusses des Kammergerichts.¹⁰⁹ Bereits nach deutschem IPR war und ist es umstritten, ob dieses erbrechtlich oder güterrechtlich zu qualifizieren ist.¹¹⁰ Die hM (und insbesondere der BGH) befürwortet eine güterrechtliche Qualifikation.¹¹¹ Dem folgt die wohl überwiegende Mei-

nung auch unter Geltung der EuErbVO,¹¹² eine andere Ansicht spricht sich dagegen für eine erbrechtliche Qualifikation aus.¹¹³ Bei erbrechtlicher Qualifikation könnte das Viertel im ENZ ausgewiesen werden, bei güterrechtlicher Qualifikation hingegen ist dies fraglich.

Gegen eine erbrechtliche Qualifikation spricht, dass gem. Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO Fragen des ehelichen Güterrechts vom Anwendungsbereich EuErbVO ausgenommen sind. Auch Erwägungsgrund 12 Satz 1 EuErbVO besagt, dass die EuErbVO nicht für Fragen des ehelichen Güterrechts gilt. Jenseits der dogmatischen Einordnung besteht aber zweifellos aber ein praktisches Bedürfnis für eine Ausweisung des güterrechtlichen Viertels – zumal der deutsche Nachlassrichter andernfalls aus seiner Sicht gewissermaßen ein „falsches“ Zeugnis ausstellen müsste. Auch würden unterschiedliche Erbquoten zu demselben Sachverhalt im ENZ und im Erbschein angegeben werden.¹¹⁴ Wären beide Erbnachweise im Umlauf hätte diese Divergenz u. a. den Wegfall der Richtigkeitsvermutung und des Gutgläubensschutzes zur Folge (s.u. F.V.1.). In der Literatur wird daher – mE zu Recht – vertreten, dass das güterrechtliche Viertel zumindest informatorisch im ENZ auszuweisen sei; *Weber*¹¹⁵ schlägt zB Folgendes vor: „Erbquote: 1/4 (ohne Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts des Staates der ausstellenden Behörde). Erbquote 1/2 (unter Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts des Staates der ausstellenden Behörde).“ Zur Vereinfachung könnte darüber nachgedacht werden, hier noch das angewendete materielle Güterrechtsstatut zu ergänzen, das sich auch aus Anlage III des ENZ ergibt (zugrunde liegt Art. 68 lit. h) EuErbVO). Ab Geltung der Güterrechtsverordnungen¹¹⁶ ab dem 29.1.2019 (Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 EuGüVO) müsste die Formulierung insofern angepasst werden, als in den teilnehmenden Mitgliedstaaten nicht mehr auf das internationale Ehegüterrecht des Staates, sondern auf jene Verordnung verwiesen werden müsste.

Das Kammergericht lehnt in seinem o. g. Vorlagebeschluss eine solche informatorische Angabe jedoch ab und ist der Auffassung, der erhöhte Erbteil solle dann mit angegeben werden, wenn der Sachverhalt so liegt, dass sich das Erbstatut nach der EuErbVO und das Güterstatut der Eheleute – unabhängig davon, welches Kollisionsrecht zur Anwendung kommt – nach dem Recht desselben Mitgliedstaates bestimmen.¹¹⁷ Der rechtspraktische Nachteil der beiden letztgenannten Lösungen, die von einer güterrechtlichen Qualifikation ausgehen, den erhöhten Erbteil aber stets informatorisch bzw. nur in bestimmten Konstellationen ausweisen wollen, liegt darin, dass der erhöhte Erbteil im Gegensatz zur erbrechtlichen Qualifikation nicht am Gutgläubensschutz teilnimmt.¹¹⁸

108 Vgl. auch Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Vorb Art. 62 Rn. 15.

109 KG 25.10.2016 – 6 W 80/16, FGPrax 2017, 33.

110 Ausführlich zum Ganzen *Mankowski* ZEV 2014, 121.

111 BGH 13.5.2015 – IV ZB 30/14, MittBayNot 2015, 507 mAnm Süß.

112 *Weber* DNotZ 2016, 424, (430, 434); *Mankowski* ZEV 2014, 121 (125 f.).

113 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 30; Süß ZEuP 2013, 725 (743); Kleinschmidt RabelsZ 77 (2013), 723 (757 f.).

114 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 EuErbVO Rn. 8, 16.

115 *Weber* DNotZ 2016, 424 (440 Fn. 92).

116 Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands sowie im Wesentlichen inhaltsgleiche Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates zu eingetragenen Lebenspartnerschaften.

117 KG 25.10.2016 – 6 W 80/16.

118 *Dörner* ZEV 2012, 505 (508).

5. Beschränkungen

Nach Art. 68 lit. n) EuErbVO sind die Beschränkungen der Rechte der Erben und ggf. Vermächtnisnehmer, denen diese nach dem anzuwendenden Erbrecht oder der Verfügung von Todes wegen unterliegen, im ENZ anzugeben. Diese Bestimmung ist problematisch, weil erstens unklar ist, ob damit nur Beschränkungen im Außenverhältnis gemeint sind oder sämtliche Beschränkungen, und zweitens, in welchem Umfang diese Beschränkungen angegeben werden müssen. *Dorsel* plädiert insoweit für eine restriktive Auslegung, nach der Angaben zu Beschränkungen der Rechte der Erben und der Vermächtnisnehmer nur erforderlich sind, soweit sich die Beschränkungen nicht bereits aus dem Gesetz ergeben.¹¹⁹ In der Tat würde eine lehrbuchartige Beschreibung aller möglichen Beschränkungen das ENZ überlasten und überfordern.¹²⁰ Aus meiner Sicht sollte es ausreichen, wenn im Grundsatz wie bisher das konkrete beschränkende Rechtsinstitut genannt wird, also zB die Vor- und Nacherbschaft oder die Testamentvollstreckung. Die entsprechenden Folgerungen daraus kann und muss – will er sich nicht dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ausliefern – der Empfänger des ENZ selbst ziehen; dies ist auch ohne Weiteres möglich, weil auch das anwendbare Recht ausgewiesen wird.

6. Befugnisse des Testamentvollstreckers und Nachlassverwalters

Nach Art. 68 lit. o) EuErbVO sind die Befugnisse des Testamentvollstreckers und/oder des Nachlassverwalters und die Beschränkungen dieser Befugnisse nach dem anzuwendenden Erbrecht oder der Verfügung von Todes wegen im ENZ anzugeben. Auch hier stellt sich wie oben die Frage, ob jedes ENZ, das zB einen Testamentvollstrecker ausweist, sämtliche Befugnisse und Beschränkungen nach deutschem Recht angeben muss. Wie oben bei den Beschränkungen wird auch hier eine stichwortartige Erwähnung der Befugnisse und Beschränkungen ausreichend sein.¹²¹

V. Ausstellung befristeter beglaubigter Abschriften

Liegen die Voraussetzungen vor, stellt das Gericht das ENZ in Form *einer* Urschrift aus. Diese Urschrift bewahrt das Gericht auf und stellt dem Antragsteller und jeder anderen Person, die ein berechtigtes Interesse nachweist, eine oder mehrere beglaubigte Abschriften aus (Art. 70 Abs. 1 EuErbVO). Die beglaubigte Abschrift in diesem Sinne ist übersetzt in die deutsche Diktion eine Ausfertigung, die die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt, und ist von der beglaubigten Abschrift nach § 42 BeurkG zu unterscheiden. Daher entfaltet eine vom Notar erstellte beglaubigte Abschrift (iSd § 42 BeurkG) der beglaubigten Abschrift iSd Art. 70 EuErbVO nicht die Wirkungen der EuErbVO. Der Bundesrat hatte insofern vorgeschlagen, den Begriff der Ausfertigung in den Umsetzungsgesetzen und insbesondere im IntErbRVG zu benutzen.¹²² Die Bundesregierung ist dem nicht gefolgt, weil aus der Sicht des Empfängers des

ENZ in einem anderen Mitgliedstaat die Terminologie der EuErbVO verwendet werden sollte, um die Akzeptanz des ENZ im Ausland sicherzustellen.¹²³

Ein Problem der praktischen Verwendbarkeit ist die zwingende Befristung der beglaubigten Abschriften: Nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO sind die beglaubigten Abschriften nur für einen begrenzten Zeitraum von sechs Monaten gültig, der durch ein Ablaufdatum auf dem ENZ angegeben wird. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann das Gericht eine längere Gültigkeitsfrist beschließen; ein solcher Fall soll zB die Dauertestamentsvollstreckung sein. Eine unbegrenzte Gültigkeit ist in keinem Fall vorgesehen. Ist die Frist abgelaufen, so ist eine Verlängerung der Gültigkeitsfrist oder eine neue beglaubigte Abschrift zu beantragen. „Vergisst“ die ausländische Behörde die Frist auf dem ENZ zu vermerken, stellt sich die Frage, ob die beglaubigte Abschrift ihre Wirkungen trotzdem entfaltet. Das wird man mE aus Verkehrsschutzgründen bejahen müssen, weil ein „Nichtvermerk“ der Gültigkeitsfrist für den Rechtsverkehr nicht erkennbar ist. Es sei aber darauf hingewiesen, dass Grundbuchämter in der Praxis in solchen Fällen eine Eintragung abgelehnt und eine beglaubigte Abschrift verlangt haben, die eine Frist enthielt.

Die Befristung soll wohl den Missbrauchsgefahren des ENZ begegnen,¹²⁴ die sich insbesondere auch daraus ergeben, dass das ENZ nach hM nicht eingezogen werden kann (hierzu s. G.). Ob die Befristung hierzu geeignet ist, steht auf einem anderen Blatt,¹²⁵ die Entscheidung des Verordnungsgebers ist jedenfalls hinzunehmen.

F. Wirkungen des ENZ

I. Automatische Wirkung

Nach seiner Ausstellung entfaltet das ENZ seine Wirkungen automatisch in allen Mitgliedstaaten – auch in dem Ausstellungsmitgliedstaat (s. o.) –, und zwar ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf (Art. 69 Abs. 1 EuErbVO), dh auch eine Legalisation/Apostille ist nicht erforderlich¹²⁶ (Art. 74 EuErbVO). Weil es keiner „Anerkennung“ oder vergleichbarer Mechanismen bedarf, gibt es auch keine Anerkennungsversagungsgründe, insbesondere ist das ENZ auch nicht am *ordre public* des Verwendungsstaates zu messen.¹²⁷ Das mag etwa relevant sein bei als Berechtigte eingetragenen Lebenspartnern. Dabei hindern weder verfahrensrechtliche noch inhaltliche Mängel bei der Ausstellung der ENZ die Wirkung nach Art. 69 Abs. 1 EuErbVO, ausreichend ist, dass das ENZ von einer Ausstellungsbehörde im Ausstellungsmitgliedstaat stammt.¹²⁸

Fraglich ist, ob eine Übersetzung verlangt werden kann, etwa vom Grundbuchamt oder vom Handelsregister („die Gerichtssprache ist deutsch“, § 184 GVG). Bei Apostillen darf eine Übersetzung der Apostille angesichts der Verein-

119 *Dorsel* ZErB 2014, 212 (215).

120 So zu Recht *Buschbaum/Simon* Rpfleger 2015, 444 (451).

121 So auch *Dorsel* ZErB 2014, 212 (215).

122 BT-Drs. 18/4201, S. 73.

123 S. die ausführliche Gegenäußerung der Bundesregierung zum Änderungsantrag des Bundesrates, BT-Drs. 18/4201, S. 82 f.

124 *Lange* in Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, 161 (173).

125 Zu Recht krit. *Lange* DNotZ 2012, 168 (176); *Süß* ZErB 2009, 342 (347).

126 Vgl. auch BeckOK GBO/*Wilsch*, 28. Ed., Stand 1.11.2016, § 35 Rn. 34.

127 MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 3 mwN.

128 MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 2.

heitlichung der Apostille und der Anordnung nach Art. 3 Abs. 1 des sog. Apostillenübereinkommens,¹²⁹ dass als Förmlichkeit nur verlangt werden darf, dass die in Artikel 4 vorgesehene Apostille angebracht wird, nicht verlangt werden. Da das ENZ zwingend auf dem EU-weit einheitlichen Formblatt gemäß der Durchführungsverordnung zu erteilen ist, kann mE auch insoweit keine Übersetzung verlangt werden, als es um die einzelnen vorgegebenen Bestandteile des Formblatts geht. Soweit dort also lediglich Namen und persönliche Daten enthalten sind, bedarf es damit keiner Übersetzung.¹³⁰ Sofern im ENZ allerdings darüber hinausgehende Angaben gemacht werden, kann auch eine Übersetzung verlangt werden, bspw., sofern das ENZ tatsächliche Angaben zum Güterstand bzw. Güterrechtsstatut enthält.

II. Vermutungswirkungen

Art. 69 Abs. 2 enthält zwei – widerlegliche¹³¹ – Vermutungen, die insbesondere bei der prozessualen Beweisbarkeit der bescheinigten Rechtsposition eine Rolle spielen: Nach Art. 69 Abs. 2 S. 1 EuErbVO wird zunächst vermutet, dass das ENZ die Sachverhalte, die festgestellt wurden, zutreffend ausweist. Dabei ist umstritten, ob diese Regelung neben Satz 2 überhaupt eine eigenständige Bedeutung hat; so geht ein Teil der Literatur davon aus, dass der bescheinigte Sachverhalt lediglich die Rechtsstellung meint, die in Satz 2 geregelt ist. Dem ist entgegen zu halten, dass das Gesetz nichts Überflüssiges regelt.¹³² Dem auch systematisch an erster Stelle stehende Satz 1 muss mE eine gesonderte Bedeutung zukommen. Dafür spricht auch die Grundkonzeption des ENZ, das eben nicht nur allein die Rechtsstellung bescheinigt, sondern auch den zugrunde liegenden Sachverhalt, was durch die im Vergleich zum Erbschein umfangreichen Sachverhaltsangaben im ENZ belegt wird. Auch der im ENZ bescheinigte Sachverhalt nimmt also an der Vermutungswirkung teil.

Darüber hinaus enthält Art. 69 Abs. 2 S. 2 EuErbVO eine Rechtsvermutung; hiernach wird zum einen *positiv* vermutet, dass die Person, die im ENZ als Berechtigter genannt ist, die im ENZ genannte Rechtsstellung und/oder die genannten Befugnisse hat und zum anderen *negativ* vermutet, dass diese Befugnisse keinen anderen Bedingungen und Beschränkungen unterliegen.

III. Gutgläubenswirkung

1. Umfang

Das ENZ gewährt einen Gutgläubensschutz erstens zugunsten desjenigen, der an einen Berechtigten als passiv Beteiligter leistet (Art. 69 Abs. 3 EuErbVO) und zweitens zugunsten desjenigen, der über Nachlassvermögen als aktiv Beteiligter verfügt (Art. 69 Abs. 4 EuErbVO). Prozessual wird der gute Glaube aufgrund der jeweiligen negativen Formulierung vermutet. Der gute Glaube überwindet lediglich die fehlende Berechtigung des im ENZ ausgewie-

senen (Schein-)Berechtigten bei der Frage, ob die Leistung an ihn bzw. seine Verfügung wirksam ist. Die weiteren Voraussetzungen hinsichtlich der Wirksamkeit des konkreten Rechtsgeschäfts müssen vorliegen.

Bei Art. 69 Abs. 3 EuErbVO ist zu beachten, dass das ENZ den Gutgläubensschutz anders als § 2367 BGB beim Erbschein nicht für sämtliche Leistungen an den Scheinberechtigten schützt, sondern nur „Zahlungen“ und die „Übergabe von Vermögenswerten“ erfasst.¹³³ Unter die Übergabe fällt allerdings auch die Abtretung nach §§ 398, 413 BGB.¹³⁴

Bei der Verfügung über Nachlassvermögen wird – wie beim Erbschein – der gute Glaube an die Zugehörigkeit des Gegenstands zum Nachlass nicht geschützt, weil die Verfügung über Nachlassvermögen Tatbestandsvoraussetzung ist; dies ergibt sich iÜ auch aus Erwägungsgrund 71 Satz 3 EuErbVO. Insofern sind die sachenrechtlichen Gutgläubensvorschriften der *lex rei sitae* heranzuziehen, in Deutschland also beim Grundstücksverkehr die §§ 892, 932 ff. BGB zB bei einer Verfügung eines Erben über ein Grundstück.¹³⁵ Der fehlende Gutgläubensschutz für die Zugehörigkeit eines Gegenstands zum Nachlass dürfte selbst dann gelten, wenn das ENZ aufgrund der Geltung eines ausländischen Erbstatuts einzelne Vermögensgegenstände auflistet.¹³⁶

Zu beachten ist, dass das ENZ keine Vermutung über einen aufgrund ehelichen Güterrechts erhöhten Erbteil aufstellt, sofern man – wie die wohl überwiegende Meinung – davon ausgeht, dass dieses nur informatorisch ausgewiesen werden kann (dazu s. E. IV.4).¹³⁷

2. Konkreter Gutgläubensschutz

Voraussetzung für den Gutgläubensschutz ist, dass der Dritte „auf Grundlage der im ENZ enthaltenen Angaben handelt“ (Art. 69 Abs. 3 und 4 EuErbVO). Damit wird bereits deutlich, dass ein abstrakter Gutgläubensschutz wie beim Erbschein, bei dem der Dritte nicht einmal die Existenz des Erbscheins kennen muss,¹³⁸ nicht gewährt wird. Der Dritte muss also das ENZ kennen.¹³⁹ Er muss darüber hinaus aber auch den Inhalt des ENZ kennen (die „enthaltenen Angaben“). Das muss mE auch die Gültigkeitsdauer des ENZ umfassen, da der Gutgläubensschutz nach Ablauf der Frist nicht mehr gewährleistet ist.

Fraglich ist aber, ob darüber hinaus sogar die Vorlage des ENZ notwendig ist (wie es Erwägungsgrund 71 letzter Satz EuErbVO nahelegt). Hierzu liefert die Gesetzgebungshistorie Erkenntnisse. Nach dem ursprünglichen Entwurf sollten nur Verfügungen durch den „Inhaber eines Nachlasszeugnisses“ geschützt sein.¹⁴⁰ Dieser Wortlaut wurde geändert, so dass der Gutgläubensschutz bei entsprechender Kenntnis des ENZ nicht auch die Vorlage des ENZ erfordert.¹⁴¹ Für notarielle Praxis dürfte diese Proble-

129 Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation.

130 Vgl. auch BeckOK GBO/Wilsch, 28. Ed., Stand 1.11.2016, § 35 Rn. 34.

131 Dorsel ZErB 2014, 212 (216); MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 9; Janzen DNotZ 2012, 484 (493).

132 Sog. Postulat der Nichtredundanz, s. etwa Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 71.

133 Hierzu näher MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 14.

134 S. MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 14 mit überzeugenden Argumenten.

135 Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525.

136 Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525.

137 Lange DNotZ 2012, 168 (176); Mankowski ZEV 2014, 121.

138 Kindler/Paulus JuS 2013, 490 (494) mwN.

139 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 68 Rn. 22 mwN.

140 Hierzu Lange DNotZ 2012, 168 (177); MPI, RabelsZ 74 2010, 522 (696).

141 Simon/Buschbaum NJW 2012, 2393 (2397 f.); Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525; Schmidt ZEV 2014, 389 (393).

matik jedoch letztlich häufig keine größere Rolle spielen. Sofern ein ENZ existiert, wird sich der Notar dieses bei Beurkundung vorlegen lassen, um selbst die entsprechende Prüfung der Berechtigung in diesem Zeitpunkt vorzunehmen. Ist dies nicht der Fall, muss das ENZ nachgereicht werden (verbunden mit einem Rücktrittsrecht des Käufers bei Nichtvorlage innerhalb einer bestimmten Frist), um die Voreintragung des Erben als Fälligkeitsvoraussetzung beim Kaufvertrag (die mE beim ENZ unumgänglich ist, näher dazu unten J.I.1.) zu bewirken. Sofern von einer Voreintragung abgesehen werden soll (wovon nur abgeraten werden kann), bedarf es aber wenigstens anderer Sicherungsmaßnahmen bei der Fälligkeit (dazu J.I.2.).

3. Ausgewiesene Befugnisse und Beschränkungen

Nach Art. 69 Abs. 3 bzw. 4 EuErbVO muss die Person als zur Entgegennahme berechtigt bzw. als zur Verfügung über Nachlassvermögen berechtigt bezeichnet sein. Der Wortlaut ist insoweit etwas missverständlich als eine diesbezügliche konkrete Bezeichnung der Berechtigung im ENZ in aller Regel nicht enthalten sein wird. Aus dem ENZ selbst wird sich regelmäßig nur die Position des Berechtigten ergeben, zB als Erbe oder Testamentsvollstrecker. Ob die so bezeichnete Person zur Entgegennahme bzw. zur Verfügung berechtigt ist, ergibt sich aus dem zugrunde liegenden anwendbaren materiellen Erbrecht.¹⁴² Die sich daraus ergebenden Beschränkungen (bei Erben) bzw. Befugnisse und Beschränkungen dieser Befugnisse (bei Testamentsvollstreckern und Nachlassverwaltern) müssen allerdings auch im Prinzip im ENZ angegeben werden (Art. 68 lit. n) und o) EuErbVO). Wenn sich die entsprechenden Angaben auf die Angabe der Position und im Übrigen auf einen Verweis auf das anwendbare Recht beschränken (zum notwendigen Umfang der Angaben s. o. E. IV.5. und 6.), ist der Empfänger des ENZ selbst verantwortlich, sich über die Beschränkungen und Befugnisse aufzuklären. Soweit ein ENZ aber Beschränkungen und Befugnisse ausweist, nehmen auch diese Angaben an der Vermutungswirkung teil (Art. 69 Abs. 2 EuErbVO). Daraus ist mE zu folgern, dass der Empfänger des ENZ auf eine unrichtig beschriebene Rechtslage vertrauen darf.¹⁴³

Bei Testamentsvollstreckern gilt auf den ersten Blick überraschenderweise im Ergebnis ein im Vergleich zum Testamentsvollstreckerzeugnis umfassenderer Gutgläubenschutz, da dieser anders als nach § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB nicht mit Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker endet.¹⁴⁴ Auch wenn das Amt des Testamentsvollstreckers beendet sein sollte, greift der Gutgläubenschutz nach Art. 69 Abs. 4 EuErbVO. Darüber hinaus gilt, dass wenn das ENZ die „Rechte und Befugnisse“ eines Testamentsvollstreckers konkret benennen sollte, diese aber im Einzelfall unrichtig wiedergibt, sogar das Vertrauen in eine eigentlich nicht vorhandene Verfügungsbefugnis geschützt wird.¹⁴⁵ Hiernach könnte man vermeintlich davon ausgehen, dass die Gestaltung und Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags unter Beteiligung eines Testamentsvollstreckers, dessen Rechtsstellung durch ein ENZ belegt ist, einfacher sei als bei Vorlage eines Erbscheins. Dies ist aber im Ergebnis nicht der Fall, was an der potentiellen

Widerrufflichkeit und des dann möglicherweise nicht mehr gegebenen Gutgläubenschutzes liegt (dazu s.u. G.II.).

4. Gutgläubigkeit des Dritten

Die Gutgläubigkeitswirkungen treten nicht ein, wenn der Dritte entweder wusste, dass das ENZ inhaltlich unrichtig ist oder ihm dies infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war. Der Gutgläubenschutz ist daher im Vergleich zum Erbschein geringwertiger ausgestaltet, dem ENZ haftet daher ein „praktischer Makel“¹⁴⁶ an. Wann eine grobe Fahrlässigkeit noch zu verneinen bzw. schon zu bejahen ist, ist eine Tatsachenfrage. Zu berücksichtigen ist, dass auch der Begriff der groben Fahrlässigkeit autonom ausgelegt werden muss und es unklar ist, welche Anforderungen der EuGH an die grobe Fahrlässigkeit stellen wird, zumal dieser Begriff dem Unionsrecht bisher fremd ist.¹⁴⁷ Nach der – unmaßgeblichen – üblichen Definition des nationalen deutschen Rechts handelt grob fahrlässig, wer auch das Naheliegende an Erkundigung und Nachfragen übersehe und nicht einhalte.¹⁴⁸ Auch sonst sucht man praktisch handhabbare Aussagen vergebens.¹⁴⁹ In der Tat liegt die Krux in der Frage, welche Nachforschungen dem Dritten auferlegt werden können. Dabei wird man davon ausgehen müssen, dass der Dritte auf die Angaben im ENZ vertrauen darf und dass ihn zunächst einmal keine Nachforschungspflichten treffen. Zweifelhaft ist dies jedoch bereits in Bezug auf die Rechtslage. Besteht eine Pflicht, sich über die Befugnisse und Beschränkungen des ausländischen Rechts zu informieren, auch wenn diese nicht explizit im ENZ angegeben sind? Muss ein Dritter also in dem Fall, in dem eine Person als „befreiter Vorerbe“ nach deutschem Recht ausgewiesen ist, sich über die Beschränkungen im Einzelnen informieren? ME ist eine solche Pflicht grundsätzlich zu bejahen. Andernfalls würde man die Ausstellungsbehörden auch dazu zwingen, „lehrbuchartig“ die Befugnisse und Beschränkungen des jeweiligen Berechtigten nach dem nationalen Recht aufzuführen und das ENZ so deutlich überlasten.¹⁵⁰

IV. Eintragungen in Grundbüchern und Registern

1. Eintragung aufgrund ENZ

Nach Art. 69 Abs. 5 EuErbVO stellt das ENZ ein wirkungsvolles Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register dar. Der deutsche Gesetzgeber hat das für Grundbuchzwecke umgesetzt und führt in § 35 Abs. 1 S. 1 GBO als tauglichen Nachweis für die Erbfolge neben dem Erbschein auch das ENZ auf. Ein in einem ENZ ausgewiesener Erbe kann und muss daher als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden. Gleiches gilt für das Handelsregister, auch hier ist die Vorlage des ENZ (zusammen mit einem entsprechenden Antrag auf Eintragung) ausreichend, um eine entsprechende Änderung herbeizuführen.

Ob beim Immobiliarsachenrecht für die Eigentumsbeschreibung die Einreichung der beglaubigten Abschrift

142 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 17.

143 So auch MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 17.

144 Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525.

145 Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525.

146 Lange, DNotZ 2016, 111.

147 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 19.

148 Volmer notar 2016, 323 (329).

149 So zu Recht krit. Volmer notar 2016, 323 (329).

150 Vgl. auch Dorsel ZErB 2014, 212 (217).

iSd Art. 70 EuErbVO notwendig ist oder ob die Einreichung einer notariell beglaubigten Abschrift dieser beglaubigten Abschrift iSd Art. 70 EuErbVO jedenfalls bei der Abwicklung eines Kaufvertrags ausreicht, wird auch beim ENZ wie beim Erbschein von der Praxis des jeweiligen Grundbuchamtes abhängen (zur Handhabung des ENZ beim Kaufvertrag s.u. J.).

Stark umstritten ist die Frage, ob nach dem Erbstatut dinglich wirkende Vermächtnisse (sog. Vindikationslegate) oder dinglich wirkende Teilungsanordnungen unmittelbare Wirkung insofern entfalten, als der Eigentumsübergang hinsichtlich des Nachlassgegenstandes, der sich nach ausländischem Erbrecht unmittelbar mit dem Erbgang vollzieht, direkt im Grundbuch vollzogen werden kann, ohne dass es eines separaten Vollzugsaktes der Übertragung auf den Bedachten bedarf.¹⁵¹ Neben der in der Praxis wahrscheinlich wichtigsten Frage des unmittelbaren Eigentumsübergangs sind aber auch andere Fälle zu beachten, so zB im Wege eines dinglich wirkenden Vermächtnisses zugewandte Nutzungsrechte ausländischen Rechts o.Ä.¹⁵² Über die Frage der Anerkennung eines Vindikationslegats ist bereits ein Verfahren vor dem EuGH anhängig auf Vorlage eines polnischen Gerichts (Rechtssache C-218/16, „Aleksandra Kubicka“). Dieses dürfte für einige Klarstellungen sorgen, die wesentlichen Problembereiche seien gleichwohl im Folgenden kurz umrissen:

Gegen die unmittelbare Wirkung und Anerkennung solcher Vindikationslegate und Teilungsanordnungen wird zu Recht eingewandt, dass damit eine unverhältnismäßige Überlagerung des Sachenrechts durch das Erbstatut einhergeht, eine massive Verletzung des Grundsatzes *lex rei sitae*, da das deutsche Sachenrecht dinglich wirkende Vermächtnisse und Teilungsanordnungen nicht kennt.¹⁵³ Darüber hinaus sprechen auch praktische Erwägungen gegen eine derartige unmittelbare Wirkung. Denn ausländische erbrechtliche Institute müssen im Inland angepasst werden gem. Art. 31 EuErbVO; sofern das ENZ bei – unterstellter – unmittelbarer dinglicher Wirkung solcher Vermächtnisse bei Grundstücken alleinige Eintragungsgrundlage wäre, müsste das Grundbuchamt entscheiden, wie diese Anpassung vorzunehmen und wie das ausländische Recht in deutsches Sachenrecht zu „übersetzen“ ist. Eine mE offensichtlich auch wenig effiziente Herangehensweise einer Behörde, die mit diesen Fragen ansonsten nicht betraut ist.¹⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass teilweise bei ausländischen Vindikationslegaten das Eigentum an dem Vermächtnisgegenstand zwar auf den ersten Blick unmittelbar auf den Vermächtnisnehmer übergeht, es aber noch weiterer Handlungen bedarf. So geht zwar beim französischen „legs particulier“ das Eigentum nach Art. 1014 Abs. 1 CC bereits mit dem Tod auf den Vermächtnisnehmer über, zur Ausübung seiner Rechte bedarf es jedoch gem. Art. 1014 Abs. 2 CC noch der „délivrance“ durch den Beschwerten, auch wenn er sich bereits im Besitz des Ge-

genstandes befindet.¹⁵⁵ Voraussetzungen dieser Art sind jedoch grundsätzlich grundbuchrechtlich nicht überprüfbar, so dass jedenfalls fraglich ist, wie solche Vermächtnisse in Deutschland vollzogen werden sollen.

2. Befristung: Gilt Vorlage oder Eintragung?

Die nur begrenzte Gültigkeitsdauer bringt potentiell erhebliche Beeinträchtigungen im Grundbuchverkehr mit sich. Unproblematisch ist noch der Fall, dass die Gültigkeit des ENZ nach Eintragung im Grundbuch abläuft. Denn entweder ist das Grundbuch nun richtig (weil der Berechtigte laut ENZ tatsächlich Erbe ist) oder es ist unrichtig (weil er eben nicht Erbe ist); für den letztgenannten Fall gelten die auch sonst geltenden Vorschriften, also insbesondere § 894 BGB. Dritte sind ab dem Zeitpunkt durch die Gutglaubensvorschriften der § 891 ff. BGB geschützt.

Problematisch ist aber, wenn das ENZ im Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Eigentumsumschreibung zum Grundbuchamt noch gültig ist, die Gültigkeitsfrist aber vor der tatsächlichen Eintragung im Grundbuch abläuft. Die Frage ist umstritten. Teilweise wird davon ausgegangen, dass allein die Gültigkeit bei Antragseingang entscheidend sei; hierfür wird insbesondere die gesetzliche Wertung des § 878 BGB ins Feld geführt.¹⁵⁶ Die aA geht hingegen davon aus, dass die Gültigkeit bei Antragseingang grundbuchrechtlich nicht ausreichend ist, vielmehr müsse das ENZ bei der Eintragung ins Grundbuch auch noch gültig sein.¹⁵⁷

ME ist der letztgenannten Auffassung – trotz ihrer Probleme für die Praxis – zuzustimmen. Legitimationsgrundlage für die Eintragung nach § 35 GBO ist der gesetzlich zugelassene Erbnachweis, hier in Form des ENZ. Dieses muss im Zeitpunkt der Eintragung vorliegen; bei Ablauf der Gültigkeit liegt dieses aber nur noch in Form eines „Stück Papiers“ vor, es existiert in diesem maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung als rechtliches Instrument nicht mehr stellt und kann daher keine Eintragungsgrundlage mehr sein. Auch § 878 BGB hilft hier nicht. Zum einen ist *Böhringer*¹⁵⁸ darin zuzustimmen, dass § 878 BGB nur für Verfügungsbeschränkungen gilt und mE – trotz der beachtlichen Ausführungen von *Volmer*¹⁵⁹ zur Gesetzgebungsgeschichte – nicht analog auf sämtliche Fälle angewendet werden kann, in denen nach Stellung des Eintragungsantrags Hindernisse auftreten. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass § 878 BGB materiell-rechtlicher Natur ist und letztlich die an sich erforderliche Verfügungsbefugnis im Zeitpunkt des Rechtsübergangs überwindet. Hier geht es aber nicht um die materiell-rechtliche Frage, wer im Zeitpunkt der Eintragung materiell-rechtlicher Eigentümer des Grundstücks ist, sondern um die grundbuchverfahrensrechtliche Frage des Nachweises der Eigentümerstellung. Der Nachweis muss aber in gehöriger Form im Zeitpunkt der Eintragung vorliegen, dies tut er aber nicht.

151 Gegen eine unmittelbare Wirkung zB *Döbereiner* ZEV 2015, 559; *Hertel* ZEV 2013, 539; *Simon/Buschbaum* NJW 2012, 2393 (2394); für eine unmittelbare Wirkung ohne Vollzugsakt dagegen *Dutta* IPRax 2015, 32 (35) und *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 77 (2013), 723 (761 f.).

152 Hierzu bereits *Volmer* notar 2016, 323 (324).

153 *Schöner/Stöber*, *Grundbuchrecht*, 2012, Rn. 3137 a.

154 Vgl. auch *Volmer* notar 2016, 323 (324); diese praktischen Probleme werden aus meiner Sicht von *Dutta/Weber/J. Schmidt*, *Internationales Erbrecht*, 2016, Art. 31 Rn. 11 und *MüKoBGB/Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 31 mwN, zu Unrecht marginalisiert.

155 *Süß/Döbereiner*, *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl. 2016, Frankreich, Rn. 95.

156 *BeckOK GBO/Wilsch*, 28. Ed., Stand 1.11.2016, § 35 GBO Rn. 34; *Volmer* notar 2016, 323 (325).

157 *Lange* DNotZ 2016, 103 (112); *Buschbaum/Simon* Rpfleger 2015, 444 (453); *Zimmermann* FGPrax 2015, 145 (147); *Böhringer* NotBZ 2015, 281 (287).

158 *Böhringer* NotBZ 2015, 284 (287).

159 *Volmer* notar 2016, 323 (325).

V. Einzelne Problembereiche

1. Divergierende Erbnachweise

Idealerweise sollte es keine divergierenden Erbnachweise geben, also weder sich widersprechende ENZ noch mit ENZ unvereinbare nationale Erbnachweise. Die Gefahr divergierender Nachweise wird zunächst durch verschiedene Maßnahmen vermindert (einheitliche Zuständigkeitsvorschriften, Möglichkeiten der Verfahrensaussetzung, zwingende Angabe des mit der Erbsache befassten Gerichts bzw. Behörde im Antrag gem. Art. 65 Abs. 3 lit. f) EuErbVO, keine Ausstellung bei Unvereinbarkeit mit anderer Entscheidung gem. Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) EuErbVO).¹⁶⁰ Trotz dieser Sicherungsmaßnahmen verbleibt faktisch gleichwohl die Möglichkeit, dass zwei oder mehr divergierende ENZ bzw. nationale Erbnachweise kursieren. Um dies auszuschließen, ist teilweise versucht worden, die Koexistenz von ENZ und nationalen Erbnachweisen rechtlich auszuschließen. Dazu sollten nur einem Instrument rechtliche Wirkungen zukommen, wobei dem ENZ grundsätzlich der Vorzug zu gewähren sein sollte: ein nationaler Erbnachweis würde dementsprechend durch ein späteres ENZ abgelöst werden, ein nationaler Erbnachweis könnte nur erlassen werden, wenn ein erlassenes ENZ zuvor aufgehoben wurde.¹⁶¹ Das vermag angesichts des erklärten Willens, dass das ENZ vorhandene Erbnachweise nicht ersetzen soll (vgl. B.) nicht zu überzeugen.

Das Problem ist daher auf anderer Ebene zu lösen. In der deutschen Rechtspraxis ist das Problem divergierender Erbscheine durchaus bekannt (wenngleich praktisch sehr selten); auf die hierzu entwickelten Grundsätze¹⁶² kann mE auch für Zwecke des ENZ zurückgegriffen werden, und zwar sowohl im Hinblick auf divergierende ENZ als auch auf divergierende ENZ und nationale Erbnachweise. Beim Erbschein ist die hM der Auffassung, dass wenn mehrere Erbscheine widersprüchlichen Inhalts in Kraft sind, die Richtigkeitsvermutung und damit auch der öffentliche Glaube im Umfang des Widerspruchs entfällt.¹⁶³ Gleiches sollte auch bei einem ENZ widersprechenden anderen ENZ und nationalen Erbnachweisen gelten.¹⁶⁴

2. Vorrangige Staatsverträge

Ein ganz erhebliches Problem kann bei vorrangigen Staatsverträgen entstehen.¹⁶⁵ Beispiel: Ein ENZ, das in einem Mitgliedstaat ausgestellt wird, wird in einem anderen Staat verwendet, der für das anwendbare Recht einen der EuErbVO vorgehenden (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO) bilateralen Vertrag geschlossen hat, dem zufolge ein anderes Recht anwendbar ist.¹⁶⁶ Deutschland verfügt bekanntermaßen über drei solche Staatsverträge mit dem

Iran, der ehemaligen Sowjetunion und der Türkei. Entsprechend kommt das Problem bspw. dann zum Vorschein, wenn ein Türke oder ein Iraner oder ein Ukrainer mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich verstorbt, aber über Grundbesitz und/oder sonstiges Vermögen in Deutschland verfügt.¹⁶⁷ Der französische Notar wird in diesem Fall aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts französisches Erbrecht anwenden, die genannten Staatsverträge binden ihn nicht. Die Behörden und Gerichte im Verwendungsstaat, im Beispiel Deutschland, haben aber den entsprechenden Staatsvertrag als geltendes Recht zu beachten.¹⁶⁸ Umgekehrt wäre beim Tod eines Iraners in Deutschland mit französischem Grundbesitz vom deutschen Nachlassgericht nach dem deutsch-persischen Nachlassabkommen aufgrund der allein maßgebenden Staatsangehörigkeit iranisches Erbrecht anzuwenden.¹⁶⁹

Das ENZ enthält die entsprechenden Informationen, die eine diesbezügliche selbständige Prüfung im Verwendungsstaat ermöglichen. Das wiederum kann die Praktikabilität des ENZ stark einschränken, muss mE aber hingenommen werden. Daher ist die Richtigkeitsvermutung des Art. 69 Abs. 2 EuErbVO im Verwendungsstaat im besagten Fall aus rechtlichen Gründen widerlegt.¹⁷⁰ Dies ist letztlich eine Folge daraus, dass das ENZ nicht dem Anerkennungsprinzip folgt, bei dem die Entscheidungen (im weitesten Sinne) anderer Mitgliedstaaten anerkannt werden müssten, sondern dem verweisungsrechtlichen Prinzip.¹⁷¹

Die Gretchenfrage ist in diesem Zusammenhang, ob sich denn ein Dritter in einem solchen Fall auf den Gutgläubensschutz berufen kann, schließlich wäre er andernfalls zu detaillierten Nachforschungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts verpflichtet. Es mag auf den ersten Blick überzogen scheinen, solche Anforderungen beim Tatbestand der groben Fahrlässigkeit anzulegen; indes ist wohl davon auszugehen, dass ein Gutgläubensschutz eher zu verwehren ist,¹⁷² zumal zumindest die deutsche Rechtsprechung auch bei divergierenden Erbscheinen die Gutgläubenswirkung entfallen lässt (s. o. F. V.1.).

3. Güterkollisionsrecht

Ähnliche Probleme können sich ergeben, wenn das maßgebende Güterkollisionsrecht aus Sicht der Mitgliedstaaten abweichend beurteilt wird.¹⁷³ Denn die Harmonisierung des Güterkollisionsrechts durch die zwischenzeitlich verabschiedeten Güterrechtsverordnungen wird erstens erst für ab dem Zeitpunkt ihrer Geltung (29.1.2019) geschlossene Ehen gelten; zweitens ist der räumliche Anwendungsbereich der Güterrechtsverordnungen noch enger als der der EuErbVO (die Güterrechtsverordnungen finden lediglich in 18 Mitgliedstaaten Anwendung).

160 Ausführlich zum Ganzen Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 62 Rn. 13 ff.; zur Funktion der Zuständigkeitsregelungen s.a. J. Schmidt ZEV 2014, 389.

161 So Kleinschmidt in RabelsZ 77 (2013), 723 (749).

162 Hierzu MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2365 Rn. 4.

163 BGH 13.6.1990 – IV ZR 241/89, NJW-RR 1990, 1159; MüKoBGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, § 2365 Rn. 4.

164 Dorsel ZErB 2014, 212 (222); explizit auch für die Vermutungswirkung gem. Art. 69 Abs. 2 EuErbVO Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 62 Rn. 20.

165 Hierzu eingehend etwa Dutta/Herrler/Süß, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 181.

166 Vgl. Lechner DNotZ-Sonderheft 2016, 102 (116).

167 Vgl. Lechner DNotZ-Sonderheft 2016, 102 (116).

168 Teilweise wird daher die Forderung erhoben, man solle diese Staatsverträge kündigen oder reformieren, s. MPI, RabelsZ 77 (2013), 522 (532 ff.); Dutta IPRax 2015, 32 (39).

169 Vgl. Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (449).

170 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Vorb. Art. 62 Rn. 18.

171 S.a. allgemein hierzu Buschbaum in FS Martiny (2014), S. 259.

172 Volmer notar 2016, 323 (330).

173 Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (453), führen hier insbesondere den Fall auf, in dem das Güterrecht nach dem autonomen Kollisionsrecht dynamisch an den jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltsort der Ehegatten anknüpft.

Wenn nun die Erbquote unter Berücksichtigung eines Güterstands angegeben wird, aber nach dem Recht des Verwendungsstaats kollisionsrechtlich ein anderes Güterrecht Anwendung findet und daher eine andere Erbquote gilt, ergeben sich Probleme. Die Frage ist auch, inwieweit dies in der Praxis bei Vorlage des ENZ überhaupt auffallen kann. Denn das ENZ enthält nicht die für die Ermittlung des Güterstands erforderlichen Daten; es wäre zwar wünschenswert gewesen, dass die vom Antragsteller insoweit notwendigerweise zu machenden Angaben auch in das ENZ übernommen würden, die EuErbVO sieht dies aber nicht vor.¹⁷⁴ Da sich die Angaben aus dem Antrag ergeben, könnte sich uU anbieten, sich auch diesen vorlegen zu lassen, notwendig ist dies aber natürlich nicht, weil das ENZ alleine nach der Konzeption der EuErbVO ausreichende Legitimationsgrundlage ist.

4. Folgen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis bedeutet das im Ergebnis, dass sofern ein ausländisches ENZ in Deutschland verwendet werden soll, mE die Ergebnisse des ENZ nicht unbesehen übernommen werden dürfen, sondern selbständig geprüft werden muss, ob im konkreten Fall nicht aus deutscher Sicht wegen eines vorrangigen Staatsvertrags von einem anderen anwendbaren Recht ausgegangen werden muss als im ENZ angegeben. Die notwendigen Informationen für diese Prüfung sind im ENZ enthalten. Gleiches gilt mit Abstrichen für die Frage der Erbquote beim Ehegatten als Erben. Auch in diesem Fall müsste grds. noch einmal geprüft werden, ob die Angabe der Erbquote auch aus deutscher Sicht zutreffend ist oder ob eine güterrechtliche Komponente ausgewiesen ist. Wenigstens für Grundbuchzwecke ist allerdings die Frage der Erbquote letztlich irrelevant, weil diese bekanntermaßen nicht in das Grundbuch eingetragen wird.

G. Berichtigung, Änderung, Widerruf und Wirkungsaussetzung

I. Unrichtigkeit des ENZ

Ist ein ENZ unrichtig, kann es berichtigt (bei bloßen Schreibfehlern), geändert oder widerrufen werden (bei inhaltlicher Unrichtigkeit) gem. Art. 71 Abs. 1 und 2 EuErbVO. Die Ausstellungsbehörde unterrichtet in diesem Fall unverzüglich alle Personen, denen beglaubigte Abschriften ausgestellt wurden, hierüber (Art. 71 Abs. 3 EuErbVO). Zudem können als Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes die Wirkungen des ENZ ausgesetzt werden nach Art. 73 Abs. 1 EuErbVO, entweder von der Ausstellungsbehörde auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse nachweist (lit. a)) oder vom Rechtsmittelgericht während der Anhängigkeit des Rechtsbehelfs (lit. b)).

Eine Einziehung oder eine Kraftloserklärung (wie beim Erbschein nach § 2361 BGB, § 353 Abs. 1 S. 1 FamFG) ist hingegen nicht ausdrücklich vorgesehen. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass eine Einziehung trotzdem möglich sein bzw. zwingend erfolgen müsse.¹⁷⁵ Die hM ist jedoch der Auffassung, dass eine Einzie-

hung nicht möglich ist.¹⁷⁶ Dem ist mE zu folgen, weil eine solche Regelung nicht vorgesehen ist, und zwar bewusst, weil der Verordnungsgeber in den Vorschriften über den Widerruf erteilter Nachlasszeugnisse, die Rechtsbehelfe und die Aussetzung der Wirkungen ein vollständiges Regelwerk geschaffen hat.¹⁷⁷ Hiervon ging auch der deutsche Gesetzgeber aus, der deshalb von einer Regelung zur Einziehung abgesehen hat.¹⁷⁸

II. Wirkungen einer Änderung, eines Widerrufs und einer Wirkungsaussetzung

Umstritten ist, welche Wirkungen eine Änderung, ein Widerruf und eine Wirkungsaussetzungen für die bereits ausgestellten Abschriften haben. Relevant ist hier insbesondere, ob der Gutgläubensschutz auch noch greift, wenn das ENZ geändert, widerrufen oder ausgesetzt wurde, die beglaubigte Abschrift aber vorgelegt wird.

Eine strenge Auffassung geht davon aus, dass auch beglaubigte Abschriften Wirkungen nur in dem Umfang entfalten können, wie das Europäische Nachlasszeugnis in dem jeweiligen Moment tatsächlich existiert.¹⁷⁹ Die aA geht hingegen davon aus, dass der Dritte auf eine ihm vorgelegte beglaubigte Abschrift bis zum Fristablauf vertrauen darf.¹⁸⁰

Für eine unmittelbare Wirkung der Änderung, bzw. des Widerrufs oder der Wirkungsaussetzung wird vorgebracht, dass Art. 70 Abs. 3 EuErbVO nur den Gültigkeitszeitraum der Abschriften im Falle eines wirksamen Nachlasszeugnisses regelt, aber zur Gültigkeit der Abschriften im Falle eines Widerrufs, einer Änderung oder Wirkungsaussetzung des ENZ schweige.¹⁸¹ Insbesondere die Wirkungsaussetzung nach Art. 73 Abs. 1 EuErbVO sei praktisch ein stumpfes Schwert, wenn die Abschriften immer noch Wirkungen entfalten würden, obwohl die Wirkungen des ENZ ausgesetzt wurden. Dem wird insbesondere das praktische Argument entgegen gehalten, dass damit das System der Ausstellung beglaubigter Abschriften völlig entwertet werde.¹⁸² Der Rechtsverkehr könnte sich nie auf solche beglaubigten Abschriften verlassen, sondern müsste sich – mangels eines Europäischen Nachlasszeugnisregisters¹⁸³ – immer erst bei der Ausstellungsbehörde erkundigen, ob nicht zwischenzeitlich eine Berichtigung, eine Änderung oder ein Widerruf erfolgt ist. In der Tat spricht mE mehr dafür, dass eine beglaubigte Abschrift Wirkungen entfaltet, sofern sie im Rechtsverkehr innerhalb ihrer Gültigkeitsfrist verwendet wird.

176 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 71 Rn. 7; Dutta/Weber/Formasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 71 Rn. 13; Steiner ZEV 2016, 487 (489).

177 Vgl. auch Steiner ZEV 2016, 487 (489).

178 BR-Drs. 644/14, S. 59.

179 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 2, Rn. 19 aE; Geimer/Schütze/Dorsel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen, Loseblatt, 51. EL (Februar 2016), III, Art. 69 Rn. 31 ff., insbes. Rn. 41 jedenfalls für den Fall der Wirkungsaussetzung; Volmer Rpfleger 2013, 432 (432).

180 Dutta/Weber/Formasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 69 Rn. 17; Buschbaum/Simon ZEV 2012, 525 (526); BeckOGK/J. Schmidt, Stand 1.3.2017, Art. 71 EuErbVO Rn. 37.

181 MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 Rn. 2.

182 BeckOGK/J. Schmidt, Stand 1.3.2017, Art. 71 EuErbVO Rn. 37.

183 Ein solches Register ist auf europäischer Ebene immer einmal wieder in der Diskussion, wobei dies noch nicht zu konkreten Handlungen seitens der Kommission geführt hat. Auf nationaler Ebene haben einige Mitgliedstaaten aber offenbar solche Register eingeführt.

174 Hierzu Buschbaum/Simon Rpfleger 2015, 444 (453).
175 J. Schmidt, ZEV 2014, 389 (394).

Denn die begrenzte Gültigkeitsfrist sowie auch die Unterrichtungspflicht nach Art. 70 Abs. 3 und 71 Abs. 3 sollen eine missbräuchliche Verwendung der Abschriften verhindern (vgl. Erwägungsgrund 72 EuErbVO). Eine missbräuchliche Verwendung wäre aber ohnehin von vornherein ausgeschlossen – so dass es keiner Gültigkeitsfrist bedürfte –, wenn eine Änderung, ein Widerruf oder eine Wirkungsaussetzung immer unmittelbare Wirkungen entfaltete.¹⁸⁴ Auch soll die Gültigkeitsfrist gerade die Einziehung ersetzen – dies ist zwar untauglich, aber die damit verbundenen Gefahren für den wahren Erben nimmt die EuErbVO mE offenbar in Kauf und sichert dies nur durch die Frist ab.

Letztlich wird man bis zu einer gerichtlichen Entscheidung mit der Unsicherheit leben müssen. Für die Vertragsgestaltung heißt das, den sichersten Weg zu wählen und Vorkehrungen dafür zu treffen, dass sich die Auffassung durchsetzt, die den Gutgläubensschutz bereits mit der Entscheidung der Behörde entfallen lässt. Es ist daher dringend zu empfehlen, die Erbfolge spätestens mit Eintragung der Vormerkung berichtigen zu lassen (s. dazu unten I.).¹⁸⁵ Die Vormerkung schützt den Käufer andernfalls nicht, wenn die Geltungsdauer abläuft, wenn das ENZ geändert, widerrufen oder ausgesetzt wird oder er zwischenzeitlich bösgläubig wird.

H. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung der Ausstellungsbehörde, also insbesondere gegen die Ausstellung oder die Ablehnung der Ausstellung des ENZ, kann innerhalb eines Monats (bei gewöhnlichem Aufenthalt des Beschwerdeführers im Inland) bzw. innerhalb von zwei Monaten (bei gewöhnlichem Aufenthalt des Beschwerdeführers im Ausland) Beschwerde zum OLG eingelegt werden (§ 43 Abs. 1 und 2 IntErbRVG). Das Beschwerdegericht kann das ENZ ändern oder widerrufen oder das Nachlassgericht hierzu anweisen bzw. (im Falle der Ablehnung der Ausstellung) das ENZ ausstellen oder die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Ausgangsgericht zurückverweisen (§ 43 Abs. 5 IntErbRVG). Hiergegen ist die Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig, sofern sie das OLG zugelassen hat (§ 44 IntErbRVG).

Nicht geregelt ist ein Rechtsbehelf gegen die Verlängerung der Gültigkeit einer beglaubigten Abschrift. *Dutta* will – mE zu Recht – auch für diesen Fall eine Beschwerdemöglichkeit annehmen analog Art. 70 Abs. 1 UAbs. 1 EuErbVO,¹⁸⁶ *Steiner* lehnt dies hingegen ab.¹⁸⁷

Als Maßnahme einstweiligen Rechtsschutzes kann das Beschwerdegericht bis zur Änderung oder zum Widerruf auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse nachweist, die Wirkungen des Zeugnisses aussetzen (Art. 73 Abs. 1 lit. b) EuErbVO). Bei der Ermessensentscheidung hierüber dürfte eine Abwägung der Interessen der Beteiligten entscheidend sein, bei der insbesondere der wahrscheinliche Ausgang des Hauptsacheverfahrens zu berück-

sichtigen ist.¹⁸⁸ Zu den Folgen einer Wirkungsaussetzung für die Wirkungen des ENZ s. G. II.

I. Wesentliche Unterschiede zwischen Erbschein und ENZ

Zusammenfassend können folgende wesentliche Unterschiede zwischen Erbschein und ENZ ausgemacht werden hinsichtlich der Wirkungen, soweit sie für die notarielle Praxis bedeutsam sind:¹⁸⁹

1. Das ENZ ist automatisch wirksam und bedarf weder einer Legalisation, auch nicht in Form einer Apostille.
2. Gültigkeitsdauer: Die dem Berechtigten erteilte Ausfertigung des Erbscheins gilt zeitlich unbefristet, die beglaubigte Abschrift des ENZ gilt dagegen nur befristet (grds. nur sechs Monate). Nach Ablauf der Frist kann zB auch eine Eintragung im Grundbuch auf Grundlage des ENZ nach hM nicht mehr erfolgen.
3. Gutgläubenswirkung: Der Erbschein begründet abstrakten Gutgläubensschutz, das ENZ konkreten. Beim Erbschein ist lediglich die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit schädlich, beim ENZ auch die grob fahrlässige Unkenntnis. Soweit Beschränkungen und Befugnisse nach ausländischem Recht ausgewiesen sind, ist auch insoweit der gute Glaube geschützt.
4. Beim ENZ können im Verwendungsstaat (ggf. andere) vorrangige Staatsverträge zu beachten sein, die im Ausstellungsstaat nicht gelten. Die Ergebnisse im ENZ stehen daher unter dem Vorbehalt, dass das im ENZ angegebene anwendbare Recht auch nach dem Recht im Verwendungsstaat anwendbar ist; auch der Gutgläubensschutz hilft hier nicht (str.).
5. Anders als beim Erbschein gibt es beim ENZ weder Einziehung noch Kraftloserklärung. Stattdessen kann das ENZ geändert, widerrufen oder die Wirkungen ausgesetzt werden. In allen diesen Fällen soll der Gutgläubensschutz unmittelbar entfallen, auch wenn noch beglaubigte Abschriften zirkulieren (str.).

J. ENZ beim Grundstückskaufvertrag

I. Erben als Verkäufer

1. Voreintragung der Erben

Zunächst ist fraglich, ob eine Umschreibung des Eigentums auf die Erben aufgrund eines ENZ erforderlich ist oder ob hierauf bei Vorlage eines ENZ gem. § 40 Abs. 1 GBO verzichtet werden kann. Sofern der Käufer die Eintragung eines Finanzierungsgrundpfandrechts benötigt, ist die Voreintragung ohnehin erforderlich, weil § 40 Abs. 1 GBO nur für die Übertragung des Eigentums gilt, nicht aber für die Belastung.

Krauß empfiehlt die Voreintragung auch beim Erbschein, u. a. weil der gute Glaube mit der Kraftloserklärung des Erbscheins erlischt, auch wenn er noch im Umlauf ist.¹⁹⁰ *Hertel* hingegen sieht einen Verzicht auf die Voreintragung bei Vorliegen eines Erbscheins als unproblematisch

184 BeckOGK/J. *Schmidt*, Stand 1.3.2017, Art. 71 EuErbVO Rn. 37.

185 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 799 ff.

186 MüKoBGB/*Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 3.

187 *Steiner* ZEV 2016, 487 (488).

188 *Steiner* ZEV 2016, 487 (488).

189 Vgl. auch *Bredemeyer* ZEV 2016, 65.

190 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 798.

an, weil einerseits der gute Glaube an die Eigentümerstellung des Erblassers geschützt aufgrund der Grundbucheintragung (§ 892 BGB) und andererseits auch der gute Glaube an die Erbenstellung aufgrund des Erbscheins (§ 2366 BGB).¹⁹¹

Beim ENZ erscheint mir hingegen die Voreintragung unumgänglich zu sein, um dem Käufer einen adäquaten Gutgläubensschutz zukommen zu lassen. Neben der schädlichen grob fahrlässigen Unkenntnis würde auch der Ablauf der Gültigkeitsfrist vor einer Eintragung bedeuten, dass der Gutgläubensschutz nicht mehr gewährleistet ist (eine neue beglaubigte Abschrift müsste erst beantragt und erteilt werden). Gleiches gilt für den Fall, dass das ENZ widerrufen, geändert oder dessen Wirkungen ausgesetzt werden, zumindest, sofern man der Auffassung folgt, nach der in diesen Fällen der Gutgläubensschutz ohne Weiteres entfällt (s. o. G. II.); nach der aA entfielen der Gutgläubensschutz in diesen Fällen jedenfalls bei Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der Änderung bzw. des Widerrufs.

Wird das Eigentum hingegen bereits vor oder mit Eintragung der Vormerkung auf den (Schein-)Erben lt. ENZ umgeschrieben, führt dies dazu, dass sich der gutgläubige Erwerb allein auf Grundlage der §§ 893, 892 BGB vollzieht und der ggf. lückenhafte Gutgläubensschutz nach der EuErbVO nicht mehr notwendig ist. Denn die Vormerkung würde in diesem Fall gutgläubig erworben gem. §§ 893 Alt. 2, 892 BGB (nach aA unmittelbar gem. § 892 BGB). Im Ergebnis sollte daher als Fälligkeitvoraussetzung angenommen werden, dass der Verkäufer (= Erbe) als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

2. Verwendung des ENZ ohne Voreintragung

Soll trotz der o. g. Empfehlung keine Voreintragung der Erben erfolgen (bspw. aus Kostengründen, weil die Zweijahresfrist zur kostenlosen Umschreibung gem. KV 14110 GNotKG abgelaufen ist), besteht wie beschrieben insbesondere das Risiko des Widerrufs, der Änderung oder der Wirkungsaussetzung des ENZ. Hierüber sollte der Notar die Beteiligten belehren, zB wie folgt.¹⁹²

„Der Notar hat empfohlen, das Grundbuch hinsichtlich der eingetretenen Erbfolge aufgrund des Europäischen Nachlasszeugnisses („ENZ“) spätestens mit der Eintragung der Vormerkung berichtigen zu lassen. Er hat den Käufer auf die Risiken hingewiesen, die bei fehlender Voreintragung bestehen, insbesondere darauf, dass ihn die Vormerkung nicht schützt, wenn vor Eintragung im Grundbuch die Gültigkeit des ENZ abläuft, das ENZ widerrufen, geändert oder seine Wirkungen ausgesetzt werden oder er bösgläubig wird; ferner dass er nicht davor geschützt ist, dass ein im ENZ aufgeführter Erbe nicht mehr Inhaber seines Anteils ist oder über diesen nicht allein verfügen kann, z. B. aufgrund von Pfändungen.“

Die Frage ist, ob das beschriebene Risiko abgesichert werden soll. Letztlich wird man dies im Einzelfall anhand des konkreten Sicherungsbedürfnisses zu entscheiden haben. Denn dass der Gutgläubensschutz entfällt, obwohl der

Erbnachweis vorgelegt wird, ist auch beim deutschen Erbschein möglich, ohne dass in der Praxis standardmäßig Sicherungsmaßnahmen eingebaut würden. So wird der Erbschein – wenn die Einziehung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgen könnte – bei der Kraftloserklärung einen Monat nach mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger unwirksam (§ 353 Abs. 1 S. 2 FamFG) und kann dementsprechend auch nicht mehr Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein.

Entscheidet man sich für eine Absicherung, bietet es sich an, eine Bestätigung der Ausstellungsbehörde zu verlangen, dass das ENZ im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung noch inhaltlich unverändert bestanden hat und die entsprechende Bestätigung ebenfalls zur Fälligkeitvoraussetzung zu machen (ähnlich wie beim Kauf vom Testamentsvollstrecker¹⁹³). Eine solche Fälligkeitvoraussetzung könnte zB wie folgt lauten:

„Die Gültigkeitsdauer des vorbezeichneten ENZ war zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung nicht abgelaufen und die Ausstellungsbehörde hat bestätigt, dass es zu diesem Zeitpunkt weder widerrufen noch geändert war und auch seine Wirkungen nicht ausgesetzt waren.“

War das ENZ im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung in diesem Sinne noch in Kraft und der Käufer weiterhin gutgläubig, erwirbt er die Vormerkung mE gutgläubig. Denn der BGH hat den gutgläubigen Ersterwerb einer Vormerkung aufgrund §§ 2366, 2367 BGB anerkannt, mit der Folge, dass der gute Glaube auch für den späteren Erwerb des dinglichen Rechts maßgebend ist.¹⁹⁴ Diese Entscheidung lässt sich mE auf Art. 69 Abs. 4 EuErbVO übertragen, auch auf dieser Grundlage kann also eine Vormerkung gutgläubig erworben werden. Der spätere Wegfall des guten Glaubens, die Änderung, der Widerruf oder die Wirkungsaussetzung dürften damit nicht mehr schaden.¹⁹⁵

Die praktischen Nachteile dieser Lösung liegen jedoch auf der Hand: im Rahmen der Abwicklung muss sich der Notar mit einer ausländischen Behörde in einer fremden Sprache auseinandersetzen; die entsprechende Bestätigung wird uU ggf. weitere Kosten auslösen, ggf. wird man auch auf Unwillen bei der Behörde stoßen, möglicherweise werden entsprechende Ansinnen sogar abgelehnt; denn ein Anspruch gegenüber der Behörde ist in der Verordnung nicht geregelt. Bei einem französischen Notar als Ausstellungsbehörde mag dies noch relativ problemlos funktionieren, man kann sich aber auch schwierigere Konstellationen in anderen Staaten denken. Wenn man das o. g. Risiko aber absichern will, gibt es mE keine einfachere Alternative, auch die Absicherung über ein Anderkonto würde hier nichts bringen. Man könnte allenfalls überlegen, ob nicht statt der Bestätigung weniger spezifisch verlangt wird, dass eine Anfrage bei der Ausstellungsbehörde ergeben hat, dass das ENZ zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung nicht widerrufen, nicht geändert und auch seine Wirkungen nicht ausgesetzt waren. Der Notar geht bei dieser Variante allerdings ein höheres Risiko ein.

¹⁹³ Zu einer Fälligkeitsregelung für den Fall der Testamentsvollstreckung vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 602.

¹⁹⁴ Vgl. BGH 10.12.1971 – V ZR 90/69, DNotZ 1972, 365; dazu s.a. Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 552 ff.

¹⁹⁵ Vgl. auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 798, insbes. Fn. 1757, für den Erbschein.

¹⁹¹ WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rn. 621.

¹⁹² In Anlehnung zur von Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 799, vorgeschlagenen Formulierung zum Erbschein.

II. Verkauf durch Testamentsvollstrecker

Die üblichen Vorkehrungen im Grundstückskaufvertrag bei einem Verkauf durch einen Testamentsvollstrecker (Fälligkeit hängt ab von der Bestätigung, dass er bei Eintragung der Vormerkung noch im Amt war, zudem Löschung der Vormerkung erst nach Eigentumsumschreibung und Feststellung des Fortbestehens des Amtes zum Eintragungszeitpunkt¹⁹⁶) könnten auf den ersten Blick überflüssig sein, da die EuErbVO eine Regelung wie die des § 2368 S. 2 HS. 2 BGB, nach der das Zeugnis ohne Weiteres mit Beendigung des Amtes kraftlos wird, nicht kennt (vgl. bereits oben F. III.3.). Allerdings bestehen beim ENZ die Risiken des Ablaufs der Gültigkeitsfrist vor endgültigem Vollzug des Vertrags und nicht zuletzt auch das Risiko des Widerrufs, der Änderung oder der Aussetzung des ENZ.

Damit entsteht beim Testamentsvollstrecker folgende etwas kuriose Situation: Einerseits gewährt die EuErbVO einen besseren Schutz, weil der gute Glaube auch dann besteht, wenn das Amt beendet wurde. Andererseits könnte der Schutz aber entfallen sein, wenn das ENZ zwischenzeitlich widerrufen oder geändert worden ist. Im Ergebnis sollten daher auch hier ähnliche Schutzmechanismen im Kaufvertrag getroffen werden, wie sie auch sonst beim Kauf vom Testamentsvollstrecker üblich sind; zwar nicht im Hinblick auf § 2368 S. 2 HS. 2 BGB, aber im Hinblick auf die anderen genannten Risiken beim ENZ. Im Falle des ENZ muss abgesichert werden, dass das ENZ nicht geändert, widerrufen oder ausgesetzt wurde. Hierzu kommt praktisch mE allein eine entsprechende Bestätigung der Ausstellungsbehörde in Betracht mit den oben skizzierten Problemen. Diese Bestätigung muss nicht die Angabe beinhalten, dass der Testamentsvollstrecker noch im Amt war, es reicht aus, dass die Behörde bestätigt, dass das ENZ nicht geändert, widerrufen oder ausgesetzt war; denn

196 Vgl. zB Kessler RNotZ 2013, 480 (481).

die Gutgläubenswirkungen greifen wie oben beschrieben im Gegensatz zum Erbschein auch dann, wenn das Amt beendet ist. Die oben verwendete Formulierung (s. J. I.2.) kann damit unverändert auch bei der hier zu verwendenden Fälligkeitsvoraussetzung verwendet werden. Bei der Anweisung an den Notar zur Eigentumsumschreibung könnte wie folgt formuliert werden:

„Der Notar wird angewiesen, die Löschung der Vormerkung erst zu beantragen, wenn

- a) *die Ausstellungsbehörde des vorbezeichneten ENZ bestätigt hat, dass dieses zum Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels nicht widerrufen, nicht geändert und auch seine Wirkungen nicht ausgesetzt waren,*
- b) *der Testamentsvollstrecker dem Notar nach Eintragung des Eigentumswechsels schriftlich bestätigt hat, dass er im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung sein Amt noch innehatte.*

K. Fazit

Inwiefern das ENZ seine ihm zugedachte Rolle als Kernbaustein zur Verwirklichung der Ziele der EuErbVO erfüllen kann, bleibt abzuwarten. Das ENZ bleibt rechtlich und praktisch hinter dem deutschen Erbschein zurück und ist daher aus meiner Sicht die zweite Wahl, sofern im konkreten Einzelfall die beabsichtigten Ziele mit dem Erbschein erfüllt werden können. Beim Einsatz eines ENZ im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags sollte das ENZ nur als Legitimationsgrundlage für die Voreintragung der Erben genutzt werden; wegen der begrenzten Gültigkeitsdauer und der schwächer ausgestalteten Gutgläubenswirkungen kann ein angemessener Schutz des Käufers andernfalls nicht ausreichend erreicht werden. Beim ENZ „als Testamentsvollstreckerzeugnis“ beim Grundstückskaufvertrag ist ebenfalls Vorsicht geboten; die insofern vorgeschlagene Lösung ist sicher mit praktischen Problemen behaftet, ich sehe indes keine Alternative. ■

DIPLOM-RECHTSPFLER JOACHIM VOLPERT, BEZIRKSREVISOR BEI DEM
LANDGERICHT DÜSSELDORF, WILLICH

GNotKG – Ausgewählte kostenrechtliche Problemstellungen aus Sicht der Kostenprüfung (Update) – Teil 1

Inhaltsübersicht

A. Beteiligungsverträge

- I. Wesen des Beteiligungsvertrages
- II. Geschäftswert und Zusammentreffen mehrerer Erklärungen
 1. Verpflichtung zur Kapitalerhöhung und Aufgeld
 2. EXIT-Vereinbarungen
 - a) An- und Vorkaufsrechte
 - b) Verfügungsbeschränkungen
 - c) Mitverkaufsrechte/Mitverkaufsverpflichtungen (tag along und drag along)
 - d) Call- und Put-Option
 - e) Liquidationspräferenz (liquidation preference)

- f) Verwässerungsschutz (Anti-Dilution-Klausel)
- g) Verpflichtung zur Geschäftsführertätigkeit
- h) Verpflichtung zur Satzungsneufassung
3. Austauschverhältnis oder nebeneinander stehende Vereinbarungen
4. Bewertungszeitpunkt

III. Höchstwert

IV. Zitiergebot

B. Rechtswahlen in sonstigen Fällen

- I. Anwendungsbereich
- II. Gebührensatz und Geschäftswert

III. Einzelne Fälle

1. Art. 3 Rom I-VO
2. Art. 8, 7 UnthProt
3. Rechtswahl zum Scheidungsstatut
4. Rechtswahl in Unternehmenskaufverträgen
 - a) Beurkundungszwang
 - b) Besonderer Beurkundungsgegenstand
 - c) Rechtswahl ja oder nein?

C. Gründungsbescheinigungen

D. Bescheinigungsgebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG für Wirksamkeitsbescheinigung gem. § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG?

E. Einholung der IHK-Stellungnahme

- I. Vollzugsgebühr
- II. Kumulative Tätigkeiten

F. HR-Anmeldung: Auflösung der GmbH, Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer, Liquidatoren

- I. Überblick
- II. Geschäftswert bei Zusammentreffen mehrerer Anmeldungen

1. Geborene Liquidatoren
2. Gekorene Liquidatoren
3. Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer/Prokura

III. Betreuungsgebühr

G. HR-Anmeldung: Wahlen

H. HR-Anmeldung: Sonderrechtsnachfolge und Teilung einer Kommanditeinlage

I. Wertmitteilungen der Beteiligten

- I. Mitwirkungspflicht
 1. Tatsächliche Umstände
 2. Mitwirkung an der Wertermittlung
 3. Auskunft zu sonstigen Umständen und Hilfskriterien
 4. Zusammensetzung einer Vermögensmasse
 5. Dokumentationspflichten des Notars
- II. Richtige Wertfestsetzung
- III. Mitteilungspflicht und Zitiergebot
- IV. Verletzung der Mitteilungspflicht

A. Beteiligungsverträge

I. Wesen des Beteiligungsvertrages

In einem Beteiligungsvertrag werden Vereinbarungen über den **Beitritt von Investoren** als Gesellschafter zu Kapitalgesellschaften getroffen. Der Beitritt erfolgt dabei in der Regel im Wege einer **Kapitalerhöhung** unter Übernahme eines neu zu bildenden Geschäftsanteils durch den Investor nebst Zuzahlung eines **Aufgeldes** in die freie Kapitalrücklage der Gesellschaft (§ 272 HGB), wobei der Betrag des Aufgeldes den Betrag der Kapitalerhöhung regelmäßig um ein Vielfaches übersteigt.

Enthalten ist in Beteiligungsverträgen idR die Verpflichtung zur Stammkapitalerhöhung nebst der Zulassung des Gesellschafters oder Investors zur Übernahme des neu zu bildenden Geschäftsanteils sowie die Verpflichtung zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils. Weil ein Investor häufig einen zeitlich begrenzten Anlagehorizont hat und deshalb bereits beim Eingehen des Investments seinen späteren Ausstieg (Exit) vor Augen hat, enthält der Beteiligungsvertrag häufig auch sog. **EXIT-Vereinbarungen**.

Die **EXIT-Vereinbarung** enthält insbesondere die gegenseitige Einräumung von Optionen für den Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen oder zur Verwertung der Gesellschaft durch Veräußerung aller Geschäftsanteile in Form von wechselseitigen **An- oder Vorkaufsrechten** für den Investor und die übrigen Gesellschafter durch **Mitverkaufsrechte** (Mitveräußerungsrecht, **tag along**)¹ und **Mitverkaufsverpflichtungen** (Mitnahmerecht, **drag along**)² in Form von **Verfügungsbeschränkungen** sowie durch **Call-Optionen**³ und **Put-Optionen**.⁴ Ferner können Vereinbarungen über eine **Liquidationspräferenz (Liquidation-**

Preference)⁵ zum Verwässerungsschutz (**Anti-Dilution-Klausel**)⁶ sowie Verpflichtungen zu einer Geschäftsführertätigkeit und einer Satzungsneufassung enthalten sein.⁷

II. Geschäftswert und Zusammentreffen mehrerer Erklärungen

Hinsichtlich des bei Beurkundung des Vertrages der 2,0 Gebühr Nr. 21100 KV GNotKG zugrunde zu legenden **Geschäftswerts** gilt Folgendes:

1. Verpflichtung zur Kapitalerhöhung und Aufgeld

Bei der Übernahme der **Verpflichtung zur Kapitalerhöhung** ist Geschäftswert der **Nominalbetrag der Erhöhung** bzw. der Ausgabewert des neuen Geschäftsanteils (§ 97 Abs. 1 GNotKG). Hat der Übernehmer zusätzliche Leistungen zu erbringen, sind diese zusätzlich zu berücksichtigen. Hierzu gehört insbesondere die Verpflichtung zur Zahlung eines **Aufgeldes (Agio)**, wobei unerheblich ist, ob es sich um ein **echtes Agio** (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB: Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft) oder ein **unechtes Agio** (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB: Einzahlungspflicht besteht nur gegenüber den Gesellschaftern) handelt.⁸ Das Agio ist wegen § 97 Abs. 1 GNotKG ebenfalls mit dem Nennbetrag zu bewerten.

1 Recht des Investors zu verlangen, dass beim Verkauf von Geschäftsanteilen seine Geschäftsanteile zu denselben Konditionen oder ab einem bestimmten Wert vollständig mitveräußert werden.
 2 Verpflichtung der Altgesellschafter sowie der übrigen Gesellschafter, ihre Anteile auf Verlangen des Investors zu den gleichen Bedingungen an einen Interessenten zu verkaufen.
 3 Kaufoption.
 4 Verkaufsoption.

5 Recht der Investoren, im Falle der Abwicklung der Zielgesellschaft seine Investition vorab zu erlösen bzw. bei der Verteilung des Exit-Erlöses vorrangig berücksichtigt zu werden.
 6 Recht der Investoren bei einer weiteren Finanzierungsrunde zum Erwerb weiterer Geschäftsanteile, um einer Verwässerung seiner Beteiligung entgegenzuwirken. Bei einer schlechteren Pre-Money-Bewertung einer zukünftigen Finanzierungsrunde als der im Rahmen der vorherigen Finanzierungsrunde vorgenommenen Post-Money-Bewertung sind die Investoren berechtigt, im Rahmen einer kompensierenden Kapitalerhöhung Stammanteile zum Nennwert zu erwerben.
 7 Vgl. Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, § 107 Rn. 70; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rn. 1280; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1350 ff.; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. Jahr, § 107 Rn. 31.
 8 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 31; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1353; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 b, 1289.

Weitere Vereinbarungen im Rahmen der Verpflichtung zur Kapitalerhöhung sind gegenstandsgleich iSv § 109 Abs. 1 GNotKG und nicht gesondert berücksichtigungsfähig, zB die Verpflichtung zur Zulassung zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils und die Verpflichtung zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils. Hierbei handelt es sich um Durchführungserklärungen iSv § 109 Abs. 1 GNotKG.

2. EXIT-Vereinbarungen

Die EXIT-Vereinbarung stellt keine gem. § 109 Abs. 1 GNotKG gegenstandsgleiche Durchführungserklärungen zu der Verpflichtung zur Kapitalerhöhung, sondern ein grundsätzlich gem. § 86 Abs. 2 GNotKG gesondert zu bewertendes Rechtsverhältnis dar:⁹

a) An- und Vorkaufsrechte

In der Beteiligungsvereinbarung enthaltene An- und Vorkaufsrechte werden gem. § 51 Abs. 1 GNotKG bewertet.¹⁰ Der Wert eines Vorkaufrechts für einen Geschäftsanteil ist gem. § 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG die Hälfte des Werts des Geschäftsanteils (ggf. § 54 GNotKG). Der Wert eines Ankaufsrechts oder eines sonstigen Erwerbs- oder Veräußerungsrechts ist der volle Wert des Anteils maßgebend.¹¹

b) Verfügungsbeschränkungen

In der Vereinbarung enthaltene Verfügungsbeschränkungen über Geschäftsanteile sind nach § 50 Nr. 1 GNotKG mit 10 % des Werts der betroffenen Geschäftsanteile zu bewerten.¹²

c) Mitverkaufsrechte/Mitverkaufsverpflichtungen (tag along und drag along)

In der Vereinbarung enthaltene Mitverkaufsrechte sind als bedingte Veräußerungsrechte gem. § 36 Abs. 1 iVm § 51 Abs. 1 S. 1 GNotKG je nach Eintrittswahrscheinlichkeit mit einem Teilwert des Werts der betroffenen Geschäftsanteile zu berücksichtigen. Das gilt für die Mitverkaufsverpflichtungen entsprechend.¹³

d) Call- und Put-Option

In der Vereinbarung enthaltene Kauf- und Verkaufsoptionen sind als bedingte Erwerbsrechte gem. § 36 Abs. 1 iVm § 51 Abs. 1 S. 1 GNotKG je nach Eintrittswahrscheinlichkeit mit einem Teilwert des Werts der betroffenen Geschäftsanteile zu berücksichtigen.¹⁴

e) Liquidationspräferenz (liquidation preference)

Maßgebend ist die Investition des Investors als Bezugsgröße, von der gem. § 36 Abs. 1 GNotKG ein Teilwert je nach Eintrittswahrscheinlichkeit einer Insolvenz anzusetzen ist.¹⁵

f) Verwässerungsschutz (Anti-Dilution-Klausel)

Maßgebend ist der Betrag der geschützten Beteiligung als Bezugsgröße, von der gem. § 36 Abs. 1 GNotKG ein Teilwert anzusetzen ist.¹⁶

g) Verpflichtung zur Geschäftsführertätigkeit

In der Vereinbarung enthaltene Verpflichtungen zur Tätigkeit als Geschäftsführer sind nach § 99 Abs. 2 GNotKG zu bewerten.¹⁷

h) Verpflichtung zur Satzungsneufassung

Eine in der Vereinbarung enthaltene Verpflichtung zur Satzungsneufassung ist wegen § 109 Abs. 1 GNotKG nicht gesondert zu bewerten, sofern die Satzungsbestimmungen bereits bewertete Gesellschafterpflichten betreffen. Geht die Verpflichtung darüber hinaus, beträgt der Wert insoweit 30.000 EUR.¹⁸

3. Austauschverhältnis oder nebeneinander stehende Vereinbarungen

Teilweise werden die unter Ziffer 2 lit. a)–h) genannten Regelungen als nebeneinander stehende und so zu bewertende Regelungen angesehen. Dann muss gem. § 35 Abs. 1 GNotKG die Addition der jeweiligen Einzelwerte erfolgen.¹⁹ Liegen den Vereinbarungen aber Austauschleistungen iSv § 97 Abs. 3 GNotKG zugrunde, liegen mehrere Austauschverhältnisse vor.²⁰ Zu bewerten sind dann die höherwertigen Leistungen. Betrifft die Beteiligungsvereinbarung mehr als zwei Gesellschafter, bleibt die Beteiligung mit dem geringsten Wert dabei außer Betracht.²¹

4. Bewertungszeitpunkt

Weil die EXIT-Vereinbarungen Regelungen für den späteren Ausstieg (Exit) des Investors enthalten, ist es zutreffend, auf den Wert der Anteile nach der neuen Finanzierungsrunde abzustellen. Die Kapitalerhöhung nebst Aufgeld ist deshalb zu berücksichtigen. Der Wert der Anteile der vorhandenen Gesellschafter (Alt-Gesellschafter) ist unter Berücksichtigung der Kapitalerhöhung entsprechend hochzurechnen. Ggf. erfolgt die Bewertung unter Berücksichtigung von § 54 GNotKG.²²

III. Höchstwert

Der in § 107 Abs. 1 S. 1 GNotKG geregelte Höchstwert in Höhe von 10 Mio. EUR gilt nur für Gesellschaftsverträge. Eine ausschließlich unter den vorhandenen Gesellschaftern (Alt-Gesellschaftern) getroffene Beteiligungsvereinbarung unterfällt im Ergebnis § 107 Abs. 1 S. 1

9 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 f.
 10 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 11 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 c.
 12 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 13 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 14 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 15 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.

16 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 17 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 18 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 19 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1354.
 20 Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 d; Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, § 107 Rn. 70; wohl auch Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 31.
 21 Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 d; Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, § 107 Rn. 70; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 31.
 22 Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 e.

GNotKG, weil diese Regelungen auch Inhalt des Gesellschaftsvertrages sein könnten. Das gilt auch für EXIT-Vereinbarungen.²³

Eine Beteiligungsvereinbarung, die nicht ausschließlich zwischen den Altgesellchaftern getroffen wird, sondern an der auch Investoren als Dritte beteiligt sind, ist keine gesellschaftsvertragliche Regelung iSv § 107 Abs. 1 S. 1 GNotKG. Für diese schuldrechtliche Vereinbarung gilt der Höchstwert in § 107 Abs. 1 S. 1 GNotKG daher nicht.²⁴

IV. Zitiergebot

§ 19 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GNotKG verlangen zur Wahrung des **Zitiergebots** die Angabe der den Gebühren jeweils zugrunde gelegten Geschäftswertvorschriften sowie im Fall der Geschäftswertaddition gem. § 35 Abs. 1 GNotKG die Angabe der Werte der einzelnen Gegenstände.²⁵ Weil die Beteiligungsvereinbarung aus gegenstandsverschiedenen Vereinbarungen besteht, ist zur Wahrung des **Zitiergebots** in der Kostenberechnung unter Nennung der angewandten Wertvorschriften der Wert (Betrag) jedes Beurkundungsgegenstands aufzuführen. Dabei muss der jeweilige Gegenstand zwar nicht gesondert genannt oder beschrieben werden.²⁶ Die Nennung erhöht allerdings die Transparenz der Kostenberechnung. Es müssen auch nicht für jeden der einzelnen Gegenstände die angewandten Wertvorschriften angegeben werden; es genügt deren gemeinsame Nennung.²⁷ Denn § 19 Abs. 2 Nr. 2 GNotKG verlangt lediglich die Angabe der Geschäftswertvorschriften für die jeweilige Gebühr, nicht aber für einzelne Beurkundungsgegenstände.²⁸

B. Rechtswahlen in sonstigen Fällen

I. Anwendungsbereich

Die Beurkundung einer Rechtswahl **in sonstigen Fällen** wird nach § 104 Abs. 3 GNotKG bewertet. Gemeint sind Rechtswahlen **im Schuldrecht**, die nicht die allgemeinen oder güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe (§ 104 Abs. 1 GNotKG – Rechtswahl im Familienrecht) oder die nicht eine **Rechtsnachfolge von Todes wegen** (§ 104 Abs. 2 GNotKG – Rechtswahl im Erbrecht) betreffen.

Durch allgemeine Rechtswahl, etwa nach Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates (**Art. 3 Rom I-VO**), kann zB das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Abl. EU 2009 Nr. L 10, S. 22) festgelegt werden.²⁹ § 104 Abs. 3

GNotKG erfasst auch Rechtswahlen nach **Art. 8 bzw. 7 UnthProt**.³⁰

Rechtswahlen nach Art. 46 d EGBGB iVm. Art. 5 **Rom III-VO**³¹ zum **Scheidungsstatut** sind gem. Art. 46 d Abs. 1 EGBGB notariell zu beurkunden und unterfallen ebenfalls § 104 Abs. 3 GNotKG.³²

II. Gebührensatz und Geschäftswert

Die Beurkundung der Rechtswahl in sonstigen Fällen löst eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG aus. Die **spezifische Mindestgebühr** beträgt 120,00 EUR.

Bei der Beurkundung einer Rechtswahl in sonstigen Fällen beträgt der Geschäftswert nach § 104 Abs. 3 GNotKG 30 % des Geschäftswerts für die Beurkundung des Rechtsgeschäfts, für das die Rechtswahl bestimmt ist. Es muss also zunächst der Geschäftswert für die Beurkundung des Rechtsgeschäfts ermittelt werden. 30 % dieses Geschäftswerts bilden den Geschäftswert für die Beurkundung der Rechtswahl. Für die Berechnung der Gebühr sind die Geschäftswerte anschließend zusammenzurechnen (§ 35 Abs. 1 GNotKG).

Der Notar muss nicht darauf hinweisen, dass eine Rechtswahl gem. § 104 GNotKG zu einer Erhöhung des Geschäftswerts führt.³³

III. Einzelne Fälle

1. Art. 3 Rom I-VO

Bei der Rechtswahl nach **Art. 3 Rom I-VO** beträgt der Geschäftswert 30 % vom Wert des Rechtsverhältnisses. Abzustellen ist auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft (§ 97 GNotKG).³⁴

2. Art. 8, 7 UnthProt

Bei der Rechtswahl nach **Art. 8 bzw. 7 UnthProt** ist Bezugswert der nach § 52 GNotKG ermittelte Wert (Unterhalt).³⁵ Fehlen ausreichende Anhaltspunkte für den Unterhalt, ist insoweit der Auffangwert des § 36 Abs. 3 iHv 5.000 EUR Bezugswert.³⁶ Wegen § 104 Abs. 3 GNotKG beträgt der Geschäftswert 30 % davon mit 1.500 EUR.

3. Rechtswahl zum Scheidungsstatut

Bei der Rechtswahl nach Art. 46 d EGBGB iVm Art. 5 **Rom III-VO**³⁷ zum **Scheidungsstatut** wählen die Ehegatten

23 Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 g.

24 Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, § 107, Rn. 69; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1281 i; wohl auch Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 31, 30.

25 Vgl. zu § 154 Abs. 2 KostO bereits BGH DNotZ 2009, 315; BGH DNotZ 2003, 234 = NJW 2003, 976.

26 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 72.

27 Diehn, Notarkostenberechnungen, 2. Aufl. Jahr, Rn. 72; Diehn/Sikora/Tiedtke, Das neue Notarkostenrecht, 2013, Rn. 1011; aA HK-GNotKG/Macht, 1. Aufl. 2013, § 19 Rn. 30.

28 Volpert RNotZ 2015, 146 (148).

29 RegE, BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 184; Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 26.

30 Haager Unterhaltsprotokoll vom 23.11.2007, Abl. 2009 Nr. L 331, 19; Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 27; Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 34; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 6.

31 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010, Abl. Nr. L 343,10.

32 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 28; Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 33; ausf. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 3.

33 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 6.

34 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 26; Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 31.

35 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 27.

36 Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 34.

37 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010, Abl. Nr. L 343,10.

das auf die Scheidung anzuwendende Recht, das gem. Art. 17 Abs. 1 und Abs. 3 EGBGB dann auch für **unselbständige Scheidungsfolgen**³⁸ und den **Versorgungsausgleich** gilt.³⁹ Der Geschäftswert für das anzuwendende Scheidungsrecht kann über §§ 104 Abs. 3, 36 Abs. 3 GNotKG mit 30 % von 5.000 EUR (1.500 EUR) angenommen werden. Unselbständige Scheidungsfolgen sind nur dann zusätzlich zu berücksichtigen, wenn sie nach dem gewählten Recht überhaupt in Betracht kommen. Zusätzlich zu berücksichtigen ist aber der Versorgungsausgleich mit 30 % des danach ermittelten Werts.⁴⁰

4. Rechtswahl in Unternehmenskaufverträgen

a) Beurkundungszwang

Unternehmenskaufverträge, bei denen GmbH-Anteile übertragen werden, sind gem. § 15 Abs. 4 GmbHG notariell zu beurkunden. Für den Umfang der Beurkundungspflicht gem. § 15 Abs. 4 GmbHG gilt nach hM der sog. Vollständigkeitsgrundsatz.⁴¹ Danach ist der gesamte Unternehmenskaufvertrag mit sämtlichen Nebenabreden wie insbesondere der Rechtswahl diesem Formzwang unterworfen.⁴²

b) Besonderer Beurkundungsgegenstand

Gem. § 111 Nr. 4 GNotKG gilt eine Rechtswahl nach dem internationalen Privatrecht stets als besonderer Beurkundungsgegenstand. Eine sonstige Rechtswahl iSv § 104 Abs. 3 GNotKG liegt dabei auch vor, wenn eine Rechtswahl im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages erfolgt.⁴³ Dadurch erhöht sich bei Aufnahme einer Rechtswahlklausel der Wert gem. § 104 Abs. 3 GNotKG grundsätzlich um 30 %. Bezugswert ist der Geschäftswert des Geschäftsanteilskauf- und Übertragungsvertrages. Erst bei Erreichen des Höchstwerts in Höhe von 60 Mio. EUR wirkt sich die Rechtswahl nicht mehr werterhöhend aus.⁴⁴

c) Rechtswahl ja oder nein?

Ob eine Rechtswahl vorliegt oder nicht hängt davon ab, ob die Erklärung tatsächlich die „Wahl“ im Sinne von **Selektion** einer bestimmten Rechtsordnung bedeutet oder nur eine Bestätigung bzw. Klarstellung des ohnehin anwendbaren Rechts. Eine bloße Bestätigung der Anwendbarkeit des ohnehin geltenden Rechts ist keine Rechtswahl nach § 104 Abs. 3 GNotKG, weil es an der – wenn auch nur potentiell – konstitutiven Wirkung der Erklärung fehlt.⁴⁵ Wenn das durch die Rechtswahl bestimmte

Recht auch nach der Anwendung der allgemeinen kollisionsrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommt, und die Rechtswahl somit nur deklaratorisch erfolgt, tritt also eine geschäftswerterhöhende Wirkung durch die klarstellende Aufnahme der Rechtswahlklausel nicht ein.⁴⁶ Die Rechtswahl muss also tatsächlich zu einer materiell relevanten Unterstellung eines Rechtsgeschäfts unter eine Rechtsordnung führen, die nach Anwendung der Regelungen des Internationalen Privatrechts nicht ohnehin Anwendung finden würde. Denn nur in derartigen Fällen enthält die Rechtswahlklausel eine „Wahl“, die ggf. Prüfungsaufwand des Notars begründet und damit auch eine Geschäftswerterhöhung rechtfertigen kann. Rein deklaratorische Rechtswahlklauseln unterfallen deshalb nicht § 104 Abs. 3 GNotKG.⁴⁷ Insbesondere wenn sich der Vertrag auf einen rein inländischen Sachverhalt bezieht, gilt § 104 Abs. 3 GNotKG nicht.⁴⁸ Auch die bloße Protokollierung der Rechtsauffassung der Beteiligten zum anwendbaren Recht ist keine Rechtswahl.⁴⁹ Dasselbe gilt, wenn sich das anzuwendende Recht aus den Umständen ergibt.⁵⁰

Ist die Rechtswahl aber **vorsorglich** vorgenommen worden, erfolgt die Bewertung ebenfalls grundsätzlich nach § 104 Abs. 3 GNotKG.⁵¹ § 36 GNotKG ist neben § 104 GNotKG nicht anzuwenden. Auch der Auffangwert aus § 36 Abs. 3 GNotKG iHv 5.000 EUR kommt nicht zum Tragen.⁵²

C. Gründungsbescheinigungen

Bei der Gründung einer Gesellschaft verlangen Banken im Rahmen der Eröffnung eines Geschäftskontos häufig einen Nachweis darüber, dass die Gesellschaft formgerecht gegründet worden ist. Dieser Nachweis kann durch eine Bescheinigung des Notars über die von ihm beurkundete Gründung der Gesellschaft geführt werden.

Nach Nr. 25104 KV GNotKG entsteht eine 1,0 Gebühr für die Erteilung von Bescheinigungen über Tatsachen oder Verhältnisse, die urkundlich nachgewiesen oder offenkundig sind, einschließlich der Identitätsfeststellung, wenn sie über die §§ 10 und 40 Abs. 4 BeurkG hinaus selbständige Bedeutung hat. Der Notar erstellt demnach mit der Gründungsbescheinigung eine Bescheinigung über urkundlich nachgewiesene Tatsachen bzw. Verhältnisse.⁵³

Der Geschäftswert richtet sich nach § 36 Abs. 1 GNotKG und kann bei der GmbH regelmäßig mit 10–30 % des Stammkapitals angenommen werden. Bei einer GmbH & Co. KG ist die Summe des Stammkapitals sowie der Haftenlagen als Bezugswert maßgebend. Auch hier sind 10–30 % als Teilwert angemessen.⁵⁴

38 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 3; zB Schadensersatzpflicht unter einem fremden Scheidungsstatut bei verschuldensabhängiger Scheidung.

39 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 28; Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 33; ausf. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 3.

40 Ausf. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 3.

41 Begemann/Nölle BB 2016, 137.

42 BGH DNotZ 2001, 952 = ZNotP 2001, 399; OLG Hamburg RNotZ 2007, 415; Begemann/Nölle BB 2016, 137.

43 Vgl. Begemann/Nölle BB 2016, 137.

44 Begemann/Nölle BB 2016, 137, auch zur Frage, wie die Verteuerung der Beurkundung durch die Rechtswahl ggf. umgangen werden kann.

45 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 4; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1814.

46 Begemann/Nölle BB 2016, 137.

47 Vgl. Ulrich GmbHR 2013, R357; Pfeiffer NZG 2013, 244.

48 Begemann/Nölle BB 2016, 137; Vgl. auch Engelstädter/Lubberich NZG 2014, 546 (566).

49 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 4.

50 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 4.

51 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 13; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 1; Diehn/Sikora/Tiedtke, Notarkostenrecht, 2013, Rn. 728.

52 Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 104 Rn. 5; aA Leipziger-GNotKG/Reetz/Riss, 2. Aufl. 2016, § 104 Rn. 22, 26.

53 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1058, 1157.

54 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1058, 1157.

D. Bescheinigungsgebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG für Wirksamkeitsbescheinigung gem. § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG?

Fällt für die Erteilung der Wirksamkeitsbescheinigung gem. § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG keine **Betreuungsgebühr** nach Nr. 22200 Ziff. 6 KV GNotKG an, weil **keine Umstände außerhalb der Urkunde zu prüfen** sind, entsteht insoweit nach einer im **Schrifttum** tlw. vertretenen Auffassung aber eine 1,0-Bescheinigungsgebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG.⁵⁵ Das **LG Düsseldorf** und dem folgend das **OLG Düsseldorf** sehen das allerdings insbesondere aus folgenden Gründen anders:⁵⁶

Die Anwendbarkeit von Nr. 25104 KV GNotKG auf die Erteilung einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG, wenn Nr. 22200 KV GNotKG nicht eingreife, unterstelle ein vom Gesetzgeber nicht zum Ausdruck gebrachtes Alternativverhältnis. Allein dass ein Tatbestand durch einen anderen Tatbestand nicht gesperrt sei, führe nicht zu dessen Anwendbarkeit. Vielmehr sei es überzeugend, dass die Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG, da diese ausschließlich auf gesetzlicher Anordnung beruhe und nicht auf einem Antrag wie für Nr. 25104 KV GNotKG erforderlich, als unselbstständige Nebentätigkeit grundsätzlich kostenfrei sei, wenn nicht ausnahmsweise aufgrund Nr. 22200 KV GNotKG Notargebühren anfielen. Ein strenges Alternativverhältnis würde zudem zu widersinnigen Ergebnissen führen: Eine „Untätigkeit“ des Notars würde eine höhere Gebühr auslösen (1,0 nach Nr. 25104 KV GNotKG) als dessen Tätigkeit (0,5 nach Nr. 22200 KV GNotKG).

E. Einholung der IHK-Stellungnahme

I. Vollzugsgebühr

Die auftragsgemäße Einholung und Prüfung der Stellungnahme der IHK zur Firmengestaltung löst nach Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KV GNotKG (Anforderung und Prüfung einer Erklärung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften) eine **Vollzugsgebühr** aus.⁵⁷ Die Vollzugsgebühr beträgt 0,5 nach Nr. 22110 KV GNotKG, höchstens aber 50 EUR nach Nr. 22112 KV GNotKG, wenn der Notar für das zugrunde liegende Beurkundungsverfahren eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG erhält.

Bei der Gründung eines Unternehmens ist die Einholung der Stellungnahme der IHK Vollzug der Gründung.⁵⁸ Sie ist zB bei der Gründung einer GmbH keine Vollzugstätigkeit zur Anmeldung der neu gegründeten GmbH zum

Handelsregister.⁵⁹ Denn im Rahmen der firmenrechtlichen Abstimmung mit der IHK werden Umstände geklärt, die nicht in der Anmeldung, sondern in der Gründung ihre Ursache haben und dort berücksichtigt werden müssen.⁶⁰

Wird daher zB für die Anmeldung der neu gegründeten GmbH zum Handelsregister ein separater Entwurf gefertigt, berechnet sich der Geschäftswert der Vollzugsgebühr für die Einholung der Stellungnahme der IHK gem. § 112 GNotKG nach dem vollen Geschäftswert der Gründungsurkunde (idR Gründung und Geschäftsführerbestellung), nicht nach dem für den Entwurf der Handelsregisteranmeldung geltenden Geschäftswert.⁶¹ Teilwertbildungen finden bei der Vollzugsgebühr nicht statt.⁶²

Geht die Tätigkeit über die Anforderung und Prüfung der IHK-Stellungnahme hinaus, zB bei Abstimmung der Firmierung mit der IHK durch den Notars zwecks Erlangung eines Registerfähigkeitszeugnisses,⁶³ kann nach Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 KV GNotKG die Vollzugsgebühr ohne Beschränkung auf den Höchstbetrag iHv 50 EUR anfallen.

Fertigt der Notar sowohl die Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) und holt er auch die Stellungnahme der IHK zur Firmengestaltung ein, wird gem. § 93 Abs. 1 S. 1 GNotKG **nur eine Vollzugsgebühr** erhoben, weil **daselbe Beurkundungsverfahren** (Gründung der GmbH) betroffen ist. Da in Nr. 22112 KV GNotKG und in Nr. 22113 KV GNotKG für die beiden Vollzugstätigkeiten unterschiedliche Höchstgebühren geregelt werden (IHK-Stellungnahme: 50 EUR; Fertigung der Gesellschafterliste: 250 EUR), darf die Vollzugsgebühr insoweit einen Betrag iHv insgesamt 300 EUR (50 EUR + 250 EUR) nicht übersteigen.⁶⁴

Holt der Notar neben der Stellungnahme der IHK zur Firmengestaltung aufgrund der Einbringung eines Grundstücks als Sacheinlage auch das Negativattest der Gemeinde gem. § 28 BauGB ein, darf für jede der Vollzugstätigkeiten nach Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 KV GNotKG höchstens ein Betrag iHv 50 EUR erhoben werden.

II. Kumulative Tätigkeiten

Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KV GNotKG fordert für die Vollzugsgebühr die **Anforderung und Prüfung** ei-

55 Ausf. Volpert RNotZ 2015, 276 (285); Leipziger-GNotKG/Harder, 2. Aufl. 2016, Nr. 25104 KV Rn. 14 ff.; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Pfeiffer, 2. Aufl. 2016, Nr. 25104 KV Rn. 4; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1318.

56 OLG Düsseldorf 19.11.2015 – I-10 W 136/15, n. v.; vorgehend LG Düsseldorf RNotZ 2015, 531 = MittBayNot 2016, 269 = NotBZ 2015, 476; so auch Korintenberg/Sikora, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 25104 KV Rn. 8; Leipziger Kostenspiegel, Teil 13 Rn. 15 f.

57 Vgl. RegE, BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 221; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1162; Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65.

58 Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1162; Vgl. zur Fertigung der Gesellschafterliste bei Gründung der GmbH auch Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 12 und 41; Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 56; Diehn/Tiedtke/Sikora, Das neue Notarkostenrecht, 2013, Rn. 558; Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 Rn. 35; aA Wudy NotBZ 2013, 201 (243); Waldner, Das GNotKG für Anfänger, 9. Aufl. 2015, Rn. 236; wohl auch Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 52.

59 Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1162; offen gelassen Wudy NotBZ 2013, 201 (243); aA Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 52; wohl auch Leipziger Kostenspiegel, Teil 21 Rn. 29.

60 Zutr. Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65.

61 Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65.

62 Vgl. LG Düsseldorf RNotZ 2016, 197; LG Düsseldorf RNotZ 2015, 666.

63 BT-Drs. 17/11471, S. 221; Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 Rn. 49.

64 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 806.

ner Erklärung oder Bescheinigung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Beide Tätigkeiten (anfordern und prüfen) müssen **kumulativ** vorliegen.⁶⁵ Legen die Beteiligten die von Ihnen eingeholte Stellungnahme der IHK dem Notar vor, erhält dieser allein für die Prüfung der Stellungnahme keine Vollzugsgebühr, weil es am „Anfordern“ durch den Notar fehlt.⁶⁶ Fordert der Notar die Stellungnahme der IHK an, wird diese aber nicht abgegeben, entsteht die Vollzugsgebühr mangels Prüftätigkeit des Notars nicht.⁶⁷

Unerheblich ist aber, wo der Notar die Stellungnahme der IHK anfordert. Deshalb reicht die Anforderung bei den Beteiligten aus.⁶⁸ Die Anforderung kann **schriftlich**, auch durch **Telefax** oder **E-Mail**, oder **mündlich/telefonisch** erfolgen.⁶⁹ Es muss aber in jedem Fall eine dem Notar übersandte **Unterlage** geprüft werden.⁷⁰ Denn der Notar muss prüfen, ob die übersandte Unterlage für den Vollzug geeignet ist.⁷¹

F. HR-Anmeldung: Auflösung der GmbH, Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer, Liquidatoren

I. Überblick

Gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG wird die GmbH durch Beschluss der Gesellschafter aufgelöst. Die werbende GmbH wird dadurch in eine Abwicklungsgesellschaft überführt, die die Gesellschaft beenden soll.⁷² Gem. § 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist die Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister ist für die Auflösung nicht konstitutiv, sondern der Gesellschafterbeschluss.⁷³ Ferner sind gem. § 67 Abs. 1 S. 1 GmbHG die ersten Liquidatoren sowie ihre Vertretungsbefugnis durch die Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Weil die Geschäftsführer durch die Auflösung ihre Vertretungsbefugnis verlieren

und zu den „geborenen Liquidatoren werden, ist dieser Funktionswechsel aus Gründen der Publizität zum Handelsregister anzumelden; die Anmeldung der Liquidatoren führt zugleich zum Erlöschen der Vertretungsbefugnisse als Geschäftsführer.“⁷⁴

Im Zusammenhang mit der Auflösung der GmbH ist gem. § 67 Abs. 1 GmbHG auch die abstrakte, dh die generell für ein mehrköpfiges Organ geltende Vertretungsregelung anzumelden, und zwar auch dann, wenn zunächst nur ein (erster) Liquidator bestellt ist.⁷⁵

Wenn eine von § 66 Abs. 1 GmbHG abweichende Liquidationsvertretung beschlossen wird (Dritter als gekorener Liquidator), also nicht der Geschäftsführer zum Liquidator bestellt wird (Geschäftsführer = geborener Liquidator, Grundsatz der Amtskontinuität),⁷⁶ ist der Wegfall der Vertretungsbefugnis des früheren Geschäftsführers analog § 39 Abs. 1 GmbHG zur Löschung im Handelsregister anzumelden.⁷⁷

II. Geschäftswert bei Zusammentreffen mehrerer Anmeldungen

1. Geborene Liquidatoren

Bei der **Anmeldung zum Handelsregister** betrifft die Anmeldung

- der Auflösung der GmbH (§ 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG) und
- der **geborenen Liquidatoren** einschließlich ihrer Vertretungsbefugnis (§ 67 Abs. 1 GmbHG)

nach der Rechtsprechung des BGH **dieselbe Tatsache**.⁷⁸

Bei der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft, der Bestellung des bisherigen Geschäftsführers zum Liquidator sowie des Erlöschens der Geschäftsführung des bisherigen Geschäftsführers liegt eine Erklärungseinheit vor. Denn schon der Gesellschafterbeschluss über die Auflösung gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG löst die Gesellschaft auf. Die Eintragung im Handelsregister ist zwar erforderlich, aber für die Auflösung nicht konstitutiv.⁷⁹ Außerdem führen die Geschäftsführer gem. § 66 Abs. 1 GmbHG mangels abweichender Regelung ihr Amt für die Gesellschaft in Amtskontinuität als Liquidatoren weiter.⁸⁰

65 Leipziger-GNotKG/Harder, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 20 d; Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 23; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 14; wohl auch Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 107 Rn. 65.

66 Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 23.

67 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 21.

68 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 14.

69 Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 22; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 15.

70 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 22; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl., Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 21; Leipziger-GNotKG/Harder, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 20 c; Vgl. auch BT-Drs. 17/11471, S. 221: *Ferner soll hiernach auch die Einholung einer entsprechenden Unterlage von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zB der Industrie- und Handelskammer oder der Kirchenaufsicht, zum Ansatz dieser Gebühr führen.*

71 Korintenberg GNotKG/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 22; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 21.

72 Vgl. BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

73 BGH, RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24; OLG Hamm JurBüro 2016, 538.

74 BGH, RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

75 BGH, RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.; BGH ZNotP 2009, 24 = DNotZ 2009, 300 = Rpfleger 2009, 156 = NJW-RR 2009, 333; BGH DNotZ 2008, 75 = ZNotP 2007, 316 = MittBayNot 2008, 66 = NJW-RR 2007, 1261 = NotBZ 2007, 326; OLG München MittBayNot 2011, 161.

76 BGH DNotZ 2008, 75 = ZNotP 2007, 316 = MittBayNot 2008, 66 = NJW-RR 2007, 1261 = NotBZ 2007, 326.

77 OLG Köln MittBayNot 1984, 203 = Rpfleger 1984, 319; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 39 Rn. 3 und § 38 Rn. 94; Buchberger Rpfleger 1995, 25; aA BayObLG DNotZ 1995, 219 = MittBayNot 1994, 349 = Rpfleger 1994, 419; In der Anmeldung der Auflösung sowie der Liquidatoren liegt in allen Fällen (geborene und gekorene Liquidatoren) die Erklärung, dass die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer erlöschen ist.

78 BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

79 BGH NJW 1999, 1481 = NZG 1999, 262.

80 Vgl. BGH DNotZ 2009, 300 = ZNotP 2009, 24 = MittBayNot 2009, 160.

Ihre Stellung als vertretungsberechtigte Liquidatoren setzt keinen Bestellungsbeschluss der Gesellschafter und insbesondere ebenfalls keine Eintragung im Handelsregister voraus. Die Auflösung ist zum Handelsregister anzumelden und einzutragen, auch wenn nicht angemeldet wird, dass der bisherige Geschäftsführer nicht Liquidator ist. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, die Anmeldung der Auflösung mit der Anmeldung der Geschäftsführer als Liquidatoren und des Erlöschens ihrer Vertretungsbefugnis als Geschäftsführer als Erklärungseinheit anzusehen.⁸¹

Sind die Geschäftsführer entsprechend § 66 Abs. 1 GmbHG **geborene Liquidatoren**, war unter Geltung der KostO nach OLG Oldenburg⁸² die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Liquidators gegenstands-gleich. Unter Geltung des GNotKG war die Frage zunächst umstritten, ist aber durch den BGH höchstrichterlich ge-klärt.

Für nur eine Tatsache spricht auch der Vergleich der Anmeldung der Auflösung und des geborenen Liquidators mit der Erstanmeldung einer GmbH mit den ersten Ge-schäftsführern einschließlich ihrer abstrakten Vertretungs-befugnis.⁸³

2. Gekorene Liquidatoren

Ob eine Erklärungseinheit auch dann vorliegt, wenn nicht der Geschäftsführer, sondern ein Dritter zum Liquidator bestellt wird (**gekorener Liquidator**), hat der BGH zwar nicht ausdrücklich entschieden bzw. offen gelassen.⁸⁴ Weil der BGH davon ausgegangen ist, dass die Geschäftsführer im Falle der Auflösung zu geborenen Liquidatoren werden, ihre Vertretungsbefugnis als Geschäftsführer verlieren und die Auflösung sich vor diesem Hintergrund nur als einheitlicher Rechtsvorgang und damit kostenrechtlich als Erklärungseinheit begreifen lässt, stellt sich die Frage, ob die Anmeldung von gekorenen Liquidatoren anders zu beurteilen ist.⁸⁵

Sollen nicht die Geschäftsführer die Liquidation der GmbH übernehmen (keine Amtskontinuität), ist die Li-liquidation gem. § 66 Abs. 1 GmbHG durch Gesellschafts-vertrag oder Gesellschafterbeschluss Dritten zu übertragen. Neben dem Gesellschafterbeschluss über die Auf-lösung, der zur Beendigung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer und ihrer Vertretungsbefugnis als Liqui-

datoren führt (Funktionswechsel), reicht der Auflösungs-beschluss für die Bestellung von gekorenen Liquidatoren nicht aus. In diesem Fall erfolgt nämlich ein Wechsel in der Person des Vertretungsorgans. Die Vertretungsbefug-nis der Geschäftsführer setzt sich nicht im Wege der Amtskontinuität (§ 66 Abs. 1 GmbHG) fort, sondern es tritt ein Wechsel der vertretungsberechtigten Person ein. Das führt schon unter Berücksichtigung der früheren Rechtsprechung des BGH zur KostO⁸⁶ zwingend zur An-nahme von zwei Beurkundungsgegenständen. Aber auch nach der neuen Entscheidung des BGH⁸⁷ fehlt es an der Erklärungseinheit der beiden Anmeldungen, weil die Ein-tragung der Auflösung in das Handelsregister ohne den Dritten als Liquidator eingetragen werden muss. Außer-dem geht der Bestellung eines Dritten als Liquidator regel-mäßig ein entsprechender Gesellschafterbeschluss vo-raus.

3. Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer/Prokura

Die Anmeldung des Erlöschens der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers bildet keine weitere zu bewertende Tatsache, wenn die Geschäftsführer **geborene Liquidato-ren** sind.⁸⁸

Bei gleichzeitiger Anmeldung der Auflösung der GmbH und der Bestellung eines **gekorenen Liquidators** ist aber auch das Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Ge-schäftsführer anzumelden. Weil ein Wechsel in der organ-schaftlichen Vertretung vorliegt, führt dieser Personen-wechsel wie bei der Abberufung und der Neubestellung ei-nes Geschäftsführers⁸⁹ zwingend zu drei Beurkundungs-gegenständen. Maßgebend ist allein das Verhältnis jeder einzelnen vertretungsberechtigten Person zum vertretenen Unternehmen, nicht das Unternehmen selbst.⁹⁰

Bei gleichzeitiger Anmeldung der Auflösung der GmbH, der Bestellung eines **gekorenen Liquidators**, des Er-löschens der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer so-wie der Erteilung einer **Prokura**⁹¹ liegen damit vier Beur-kundungsgegenstände vor.

III. Betreuungsgebühr

Gem. § 65 Abs. 2 GmbHG ist die Auflösung der GmbH von den Liquidatoren in den **Gesellschaftsblättern be-kanntzumachen**. Durch die Bekanntmachung sind zu-gleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei derselben zu melden. Die auftragsmäßige Erledigung des in § 65 Abs. 2 GmbHG geregelten Gläubigeraufrufs durch den Notar löst die **Betreuungsgebühr** Nr. 22200 Ziff. 5 KV GNotKG aus.⁹² Durch den Aufruf an die Gläubiger in den Gesellschaftsblättern wird gem. § 73 Abs. 1 GmbHG

81 BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

82 ZNotP 2005, 159 = MittBayNot 2006, 71.

83 BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24; OLG München ZNotP 2015, 438; Schmidt JurBüro 2015, 565; Fackelmann, Anm. zu OLG München ZNotP 2015, 438; offen gelassen: LG Düsseldorf RNotZ 2016, 699 = MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289.

84 BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

85 Für verschiedene Tatsachen OLG München ZNotP 2015, 438; LG Bochum RNotZ 2016, 263; Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 111 Rn. 27; Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 105 Rn. 67; Böhringer BWNotZ 2014, 166 (176); Korintenberg GNotKG/Tiedtke, 19. Aufl. 2015, § 105 Rn. 98 – dritt-letzter Spiegelstrich – und Rn. 99 – vorletzter Spiegelstrich; NK-GK/Macht, 2. Aufl. 2017, § 111 GNotKG Rn. 20; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1370; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 996 a und 1009; Leipziger Kosten-spiegel, Teil 21 Rn. 148; aA, nur eine Tatsache OLG Hamm JurBüro 2016, 538; Schmidt JurBüro 2015, 565; Fackelmann, Anm. zu OLG München ZNotP 2015, 438.

86 BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

87 BGH, RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

88 Vgl. BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

89 BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

90 Vgl. Volpert, Anm. zu BGH RNotZ 2017, 113 (117).

91 Vgl. LG Düsseldorf RNotZ 2016, 699 = MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289.

92 LG Düsseldorf RNotZ 2016, 699 = MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289.

das Sperrjahr in Gang gesetzt. Der Geschäftswert ist gem. § 113 Abs. 1 GNotKG wie bei der Beurkundung zu bestimmen. Er beträgt deshalb gem. §§ 108 Abs. 1 S. 1 GNotKG – maßgebend ist der **Auflösungsbeschluss**, unabhängig davon, ob er vom Notar beurkundet worden ist – § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG ein Prozent des Stammkapitals, mindestens aber 30.000,00 EUR.⁹³ Wird als Wert der Betreuungsgebühr der Wert der Anmeldung zum Handelsregister angesehen, ist der volle Wert der Anmeldeurkunde und nicht nur der auf die Anmeldung der Auflösung der GmbH entfallende Wert zugrunde zu legen.⁹⁴

G. HR-Anmeldung: Wahlen

Bei der **Anmeldung zum Handelsregister** betrifft die Anmeldung von Wahlen (Neubestellung von Geschäftsführern oder Prokuristen, Geschäftsführerwechsel, Änderung der Vertretungsbefugnis, Befreiung von § 181 BGB) nach wohl übereinstimmender Auffassung im Schrifttum **verschiedene Tatsachen**.⁹⁵

Die neue Rechtsprechung des BGH zur Erklärungseinheit bei Anmeldungen zum Handelsregister⁹⁶ ändert daran trotz hiergegen erhobener Bedenken⁹⁷ nichts:

Es liegen verschiedene Rechtsverhältnisse und damit verschiedene Beurkundungsgegenstände vor. Es sind die betroffenen Personen zu zählen, weil es für die Frage der Erklärungseinheit nur auf die Vertretungsorgane und nicht die Gesellschaft bzw. Organschaft als solche ankommt, vgl. § 39 Abs. 1 GmbHG. Maßgebend ist das Verhältnis jeder einzelnen vertretungsberechtigten Person zum vertretenen Unternehmen, nicht das Unternehmen selbst.⁹⁸ Es kommt ausschließlich darauf an, ob insoweit mehrere Anmeldungen bei Vertretungsorganen untereinander materiell-rechtlich verknüpft sind. Das ist stets zu verneinen. Wird die Neubestellung eines Geschäftsführers angemeldet, kann das ins Register ohne das Erlöschen der Vertretungsbefugnis eines anderen Geschäftsführers eingetragen werden.⁹⁹ Denn nicht einmal die Abberufung des einzigen Geschäftsführers einer GmbH erfordert zwingend die Bestellung eines neuen Geschäftsführers.¹⁰⁰ Die Gesellschaft kann die Abberufung des alten Geschäftsführers beschließen, ohne zum Zweck der Anmeldung einen neuen zu bestellen. Auch wenn zwei neu bestellte Geschäftsführer mit Gesamtvertretungsbefugnis angemeldet werden, liegen zwei Beurkundungsgegenstände vor, weil keine materielle Verknüpfung zu einer Erklärungseinheit vorliegt. Es ist schon entsprechend der vom BGH angestellten Erwägung

gen nicht feststellbar, welche Anmeldung hier wesensprägend sein soll. Außerdem – und das ist wesentlich – bezieht sich die Anmeldepflicht nicht auf das abstrakte Vertretungsorgan, sondern auf die konkreten Personen der Geschäftsführer und die bei ihnen eingetretenen Änderungen.¹⁰¹ Es kommt nicht darauf an, ob bei der Anmeldung nur eines der beiden Geschäftsführer die Gesellschaft handlungsfähig ist. Deshalb verbleibt es auch im Lichte der neuen Rechtsprechung des BGH zur Erklärungseinheit bei Anmeldungen¹⁰² bei dem Grundsatz, dass bei Anmeldungen von Änderungen bei Vertretungsorganen Köpfe zu zählen sind.¹⁰³

Gegenstandsgleich ist aber die Anmeldung eines Geschäftsführers, Prokuristen oder Liquidators und der konkreten Vertretungsregelung.¹⁰⁴ Diese Anmeldungen sind wiederum gegenstandsverschieden zur Anmeldung von Satzungsänderungen. Die Anmeldung der Bestellung des Prokuristen zum neuen Geschäftsführer und die Anmeldung des dadurch bedingten Erlöschens seiner Prokura betreffen verschiedene Tatsachen.¹⁰⁵

H. HR-Anmeldung: Sonderrechtsnachfolge und Teilung einer Kommanditeinlage

Beispiel:

Der Notar entwirft die Anmeldung, in der das Ausscheiden des Kommanditisten A mit einer Einlage über 10.000 EUR und der Eintritt der Kommanditisten B und C mit den geteilten Einlagen iHv je 5.000 EUR im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die KG angemeldet wird.

Der Notar beglaubigt die Unterschriften und sendet die Anmeldung elektronisch mit XML-Strukturdaten an das Handelsregister.

Der Geschäftswert richtet sich gem. § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 HS. 2 GNotKG bei der Anmeldung eines Kommanditistenwechsels nach dem Betrag der einfachen Kommanditeinlage: Ist ein Kommanditist als Nachfolger eines anderen Kommanditisten einzutragen, ist die einfache Kommanditeinlage maßgebend. Allerdings ist der Mindestwert nach § 105 Abs. 1 S. 2 GNotKG iHv 30.000 EUR zu berücksichtigen.

Fraglich ist, ob der Betrag der Kommanditeinlagen bzw. der Mindestwert iHv 30.000 EUR mehrfach anzusetzen ist, wenn eine Kommanditeinlage geteilt und im Wege der Sonderrechtsnachfolge oder Gesamtrechtsnachfolge auf mehrere neue Kommanditisten übergeht (zB Kommanditeinlage wird geteilt und wird zu gleichen Teilen auf die neuen Kommanditisten übertragen; Kommanditist mit Einlage iHv 10.000 EUR wird zu gleichen Teilen von zwei Personen beerbt).¹⁰⁶

93 *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1367; aA LG Düsseldorf RNotZ 2016, 699 = MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289, voller Wert der Anmeldung zum Handelsregister.

94 LG Düsseldorf RNotZ 2016, 699 = MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289.

95 Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl., § 105 Rn. 67; *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1230 ff.; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 999 f.; NK-GK/Macht, 2. Aufl. 2017, § 111 Rn. 19; Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Bormann, 2. Aufl. 2016, § 111 Rn. 15; Korintenberg GNotKG/Diehn, 19. Aufl. 2015, § 111 Rn. 27; vgl. bereits zur KostO BGH RNotZ 2003, 147 = ZNotP 2003, 119 = DNotZ 2003, 297 = JurBüro 2003, 270.

96 BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

97 Zweifelnd *H. Schmidt*, Anm. zu BGH GmbHR 2017, 95.

98 So schon zu § 44 KostO BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

99 BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

100 BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

101 BGH RNotZ 2003, 147 = DNotZ 2003, 297.

102 BGH, RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

103 Vgl. auch *Volpert*, Anm. zu BGH RNotZ 2017, 113 (117).

104 Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 105 Rn. 65.

105 NK-GK/Macht, 2. Aufl. 2017, § 111 Rn. 20.

106 Für Wert iHv 60.000 EUR: Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 933; Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 770; für Wert iHv 30.000 EUR: *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 1096.

Es kommt hier darauf an, ob verschiedene Tatsachen/Beurkundungsgegenstände iSv § 86 Abs. 2 GNotKG betroffen sind oder nicht. Wird eine **notwendige Erklärungseinheit** bejaht,¹⁰⁷ beträgt der Wert der Anmeldung 30.000 EUR.

Wird aber (zutreffend) davon ausgegangen, dass es nicht auf die übergegangene Kommanditeinlage, sondern auf die konkreten Personen der neu eintretenden Kommanditisten ankommt, ist der (Mindest)Wert entsprechend zu vervielfältigen und beträgt im Beispiel damit 60.000 EUR. Hierfür spricht auch der Wortlaut von § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 6, HS. 2 GNotKG: Ist ein Kommanditist als Nachfolger eines anderen Kommanditisten einzutragen, ist die einfache Kommanditeinlage maßgebend. Es wird also auf den bzw. die nachfolgenden Kommanditisten abgestellt.

Übertragen mehrere Kommanditisten ihre Anteile an denselben Rechtsnachfolger, ist der Geschäftswert ebenfalls entsprechend zu vervielfachen.¹⁰⁸ Es werden verschiedene Kommanditeinlagen übertragen, so dass verschiedene Rechtsverhältnisse betroffen sind.

I. Wertmitteilungen der Beteiligten

I. Mitwirkungspflicht

1. Tatsächliche Umstände

Gem. § 95 GNotKG sind die Beteiligten verpflichtet, bei der Wertermittlung des Notars mitzuwirken. Sie haben ihre Erklärungen über **tatsächliche Umstände** vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben. Kommen die Beteiligten ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, ist der Wert vom Notar nach billigem Ermessen zu bestimmen.

§ 95 S. 2 GNotKG verpflichtet die Beteiligten, **tatsächliche Umstände** vollständig und wahrheitsgemäß anzugeben.¹⁰⁹ Die für die Wertermittlung wesentlichen tatsächlichen Umstände ergeben sich also aus §§ 97 ff. GNotKG und den einschlägigen Bewertungsvorschriften.¹¹⁰

2. Mitwirkung an der Wertermittlung

Die Beteiligten schulden alle Handlungen, die zur Festsetzung des richtigen Werts durch den Notar führen. Sie müssen deshalb bspw. Auskunft geben über den Wert von **Sachen** (§§ 46, 47 S. 3 GNotKG)¹¹¹, den **Jahreswert** von Nutzungen oder Leistungen (§ 52 GNotKG), den Wert von **Gesellschafts- und Kommanditanteilen** (§ 54 GNotKG) und beim Ehevertrag, bei **Verfügungen von Todes wegen und Vollmachten** (§§ 98 Abs. 3, 100, 102 GNotKG) über die Höhe des Vermögens.

3. Auskunft zu sonstigen Umständen und Hilfskriterien

Die Mitwirkungspflicht geht aber noch weiter. Es sind auch Informationen zu **sonstigen Umständen** oder **Hilfs-**

kriterien abzugeben, die für die Wertbemessung nötig sind. Hierzu gehört insbesondere die Angabe von **Verbindlichkeiten** (zB §§ 100, 102 GNotKG)¹¹², im Übrigen bspw. die Angabe des Unternehmensgegenstands (§ 54 GNotKG: Werbende oder überwiegend vermögensverwaltende Gesellschaft) nebst Vorlage verfügbarer Bilanzen sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse (§ 36 GNotKG).¹¹³

4. Zusammensetzung einer Vermögensmasse

Setzt sich das den Wert bildende Vermögen der Beteiligten aus **verschiedenen Vermögensgegenständen** zusammen, sind die Beteiligten verpflichtet, jeweils die einzelnen Gegenstände zu benennen und aufzulisten, die zum Vermögen gehören und die Einzelwerte dieser Gegenstände anzugeben.¹¹⁴ Auch die Verbindlichkeiten der Beteiligten sind bei Eheverträgen ggf. aufzulisten, wenn nur so festgestellt werden kann, von welchem Vermögen sie inwieweit abzuziehen sind (§ 100 Abs. 1 S. 4 GNotKG).¹¹⁵ Ohne diese Aufschlüsselung kann der Notar die Angabe der Beteiligten zum Vermögenswert nicht daraufhin überprüfen, ob die Vermögenswerte entsprechend §§ 36 ff. GNotKG (zutreffend) bewertet worden sind.

5. Dokumentationspflichten des Notars

Aus dem Umstand, dass für den Notar keine Möglichkeit besteht, die Mitwirkungspflicht des § 95 GNotKG förmlich durchzusetzen, wird teilweise geschlossen, dass der Notar auch nicht verpflichtet ist, im Rahmen einer detaillierten Befragung der Beteiligten Aktennotizen zu deren Angaben zu fertigen oder gar standardisierte Wertermittlungsbögen, die differenzierte Notizen zu den Bereichen Grundvermögen, Bankvermögen und weiteren Vermögensgegenständen enthalten, zu nutzen.¹¹⁶ Ebenso wenig seien die Notare verpflichtet, in Formularen Schulden getrennt aufzulisten, um den **Kostenprüfern** die Berechnung des höchstens hälftigen Abzugs nachvollziehbar zu gestalten. Solche Dokumentationspflichten sehe das GNotKG nicht vor; sie könnten allenfalls durch den Gesetzgeber angeordnet werden.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als der Notar nicht verpflichtet ist, im Rahmen der Mitwirkung der Beteiligten nach § 95 GNotKG standardisierte Wertermittlungsbögen zu nutzen.¹¹⁷ Es kommt letztlich auch nicht darauf an, ob im Rahmen der Geschäftsprüfung verlangt werden kann, dass der Notar die Erklärungen der Beteiligten über **tatsächliche Umstände** nach § 95 S. 2 GNotKG im Rahmen der Wertermittlung in einer bestimmten Art und Weise dokumentiert.¹¹⁸

¹¹² Vgl. OLG Düsseldorf 16.1.2017 – I-25 Wx 78/16 –, juris.

¹¹³ Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 4 f.

¹¹⁴ Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 5; vgl. auch OLG Düsseldorf 16.1.2017 – I-25 Wx 78/16 –, juris.

¹¹⁵ Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl., § 95 Rn. 4.

¹¹⁶ Vgl. die Hinweise der Westfälischen Notarkammer zur Wertermittlung durch Notarinnen und Notare (August 2015), Anlage zum Newsletter 11/2015 v. 4.8.2015.

¹¹⁷ Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 7.

¹¹⁸ Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 7.

¹⁰⁷ Vgl. BGH RNotZ 2017, 113 = MittBayNot 2017, 181 = DNotZ 2017, 229 = ZNotP 2016, 420 = NJW-RR 2017, 162 = JurBüro 2017, 24.

¹⁰⁸ Leipziger-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 105 Rn. 33.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Düsseldorf 16.1.2017 – I-25 Wx 78/16 –, juris.

¹¹⁰ Leipziger-GNotKG/Bauer, 2. Aufl. 2016, § 100 Rn. 5

¹¹¹ Vgl. OLG Düsseldorf 16.1.2017 – I-25 Wx 78/16 –, juris.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gehört es zu den Amtspflichten des Notars, den Aufsichtsbehörden bei der Prüfung und Überwachung der Amtsführung Amtshilfe zu leisten und die erforderlichen Auskünfte zu geben.¹¹⁹ Zur Erteilung von Auskünften ist der Notar daher auch im Rahmen der Prüfung des gesetzlichen Ansatzes der Notarkosten und deren Einziehung bei dem Kostenschuldner verpflichtet.¹²⁰ Zur Prüfung des gesetzlichen Ansatzes der Notarkosten gehört es dabei auch, den vom Notar den erhobenen Gebühren zugrunde gelegten Geschäftswert und dessen Zustandekommen zu prüfen. Deshalb ist der Notar verpflichtet, im Rahmen der Geschäftsprüfung auch ggf. Auskünfte zum Geschäftswert zu machen. Diese Auskünfte ermöglichen die Prüfung, ob die Berechnung des Geschäftswerts den gesetzlichen Vorschriften folgt. Hat der Notar den Geschäftswert unter Beachtung dieser Vorschriften ermittelt und beruht das auf den Angaben der Beteiligten zu den tatsächlichen Umständen, wird der Notar diese Angaben nicht auf eine bestimmte, aber auf irgendeine Art und Weise schriftlich dokumentiert haben. Ggf. ist der Geschäftswert im gerichtlichen Verfahren gem. §§ 127 ff. GNotKG zu überprüfen.

II. Richtige Wertfestsetzung

Ein allein auf den Angaben der Beteiligten beruhender und vom Notar nicht überprüfter zu niedriger Wert kann als **verbotene Geschäftswertvereinbarung** § 125 GNotKG unterfallen.¹²¹ Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass den Wertangaben der Beteiligten hohes Gewicht zukommt und diese deshalb vom Notar regelmäßig zu beachten sind.¹²² Wertangaben, denen Vorstellungen der Beteiligten zugrunde liegen, haben idR auch höhere Richtigkeitsgewähr als die Ermittlung des Werts durch Hilfskriterien.¹²³ Der Notar ist aber andererseits nicht an die Angaben gebunden und kann zur Wertbemessung auch weitere, eigene Ermittlungen anstellen, zB die Finanzverwaltung gem. § 46 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG um eine Auskunft zum Verkehrswert eines Grundstücks bitten.¹²⁴

III. Mitteilungspflicht und Zitiergebot

Bei den Wertangaben der Beteiligten ist vom Notar insbesondere auch das **Zitiergebot** zu berücksichtigen. Bei zusammengesetzten Werten (verschiedene Beurkundungsgegenstände) ist (schon zur Erfüllung des Zitiergebots) Erfassung der Einzelwerte erforderlich, so dass entsprechende Angaben der Beteiligten hierzu nötig sind. § 19 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GNotKG verlangen zur Wahrung des Zitier-

gebots neben der Angabe der den Gebühren jeweils zugrunde gelegten Geschäftswertvorschriften im Fall der Geschäftswertaddition gem. § 35 Abs. 1 GNotKG auch die Angabe der Werte der einzelnen Gegenstände.¹²⁵ Nach § 19 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG sind die Werte der einzelnen Gegenstände anzugeben, wenn sich der Geschäftswert aus der Summe der Werte mehrerer Verfahrens- bzw. Beurkundungsgegenstände ergibt, gilt aber nicht für die Zusammensetzung des Geschäftswerts innerhalb desselben Beurkundungsgegenstands.¹²⁶

IV. Verletzung der Mitteilungspflicht

Kommen die Beteiligten ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, ist der Wert vom Notar nach § 95 S. 3 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen. Erfasst sind die Fälle, in denen die Beteiligten ihrer Mitwirkungspflicht überhaupt nicht oder unvollständig nachkommen oder unwahre Angaben machen. Der Strafcharakter liegt darin, dass der Notar bei verweigerter Mitwirkung der Beteiligten insoweit eine eigene Schätzung vornehmen kann, die sich allerdings an den Wert- und Bewertungsvorschriften des GNotKG orientieren muss.¹²⁷

Die Regelung in § 95 S. 3 GNotKG stellt klar, dass eine fehlende, unvollständige oder erkennbar unwahre Mitwirkung der Beteiligten nur durch eine Wertbestimmung des Notars nach billigem Ermessen sanktioniert ist.¹²⁸ § 95 GNotKG gibt dem Notar also keine Mittel an die Hand, die Mitwirkung der Beteiligten zu erzwingen. Die Mitwirkung der Beteiligten an der Wertermittlung darf grundsätzlich auch nicht dadurch erzwungen werden, dass der Notar einen **extrem hohen Wert** zugrunde legt, von dem er annimmt, dass dieser zu einer Reaktion der Beteiligten führen muss.¹²⁹ Der Notar ist aber durchaus berechtigt, bei fehlenden oder nur mit größerem Aufwand zugänglichen Anhaltspunkten eine rein subjektive und grobe Schätzung vorzunehmen, wobei der Sanktionscharakter von § 95 S. 3 GNotKG auch einen nicht allzu milden Ansatz rechtfertigt¹³⁰ und lücken- und mangelhafte Darlegungen zu Lasten des Kostenschuldners gehen.¹³¹ Allerdings sollte der Notar den von ihm geschätzten Wert vor der Kostenberechnung den Beteiligten mitteilen, um diesen hierdurch nochmals Gelegenheit zu geben, ihre Mitwirkungspflicht wahrzunehmen.¹³² Denn Sinn und Zweck des § 95 GNotKG ist es, das gemeinsame Interesse von Notar, Beteiligten und der Allgemeinheit an der richtigen und gleichförmigen Kostenberechnung zu wahren.¹³³ ■

119 BGH DNotZ 1993, 465; BGH DNotZ 1987, 438.

120 Vgl. BGH DNotZ 2004, 235 = ZNotP 2004, 68.

121 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 125 Rn. 3 a; vgl. auch NK-GK/Teubel, 2. Aufl. 2017, § 125 GNotKG Rn. 5.

122 OLG Celle JurBüro 2015, 320 = ZNotP 2015, 197.

123 Vgl. OLG Celle JurBüro 2015, 320 = ZNotP 2015, 197, zu Hochrechnungen des Verkehrswerts aufgrund von Vervielfältigungen der Jahresmiete oder Bodenrichtwerten.

124 OLG Celle JurBüro 2015, 320 = ZNotP 2015, 197.

125 Vgl. zu § 154 Abs. 2 KostO bereits BGH DNotZ 2009, 315; BGH DNotZ 2003, 234 = NJW 2003, 976.

126 Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 70.

127 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 12.

128 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 10.

129 Vgl. hierzu LG Koblenz 28.6.2006 – 2 T 454/06, juris, zur fehlenden Mitwirkung im Rahmen von § 92 KostO.

130 Korintenberg GNotKG/Heyl, Aufl. Jahr, § 95 Rn. 6.

131 Vgl. OLG Düsseldorf 16.1.2017 – I-25 Wx 78/16 –, juris.

132 Korintenberg GNotKG/Heyl, 19. Aufl. 2015, § 95 Rn. 6.

133 Bormann/Diehn/Sommerfeldt GNotKG/Diehn, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 2.

1. Liegenschaftsrecht – Zur Zustimmung nachrangiger Gläubiger zur Inhaltsänderung einer Erbbauzinsreallast

(BGH, Beschluss vom 9.6.2016 – V ZB 61/15)

ErbbauRG § 9 Abs. 1

BGB §§ 873 Abs. 1, 876 S. 2, 877, 1105 Abs. 1 S. 2, 1107

ErbbauVO aF § 9 Abs. 2

GBO § 18

1. Soll eine Vormerkung, die für einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch Eintragung neuer Reallasten bestellt worden ist, künftig den Anspruch sichern, eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast zu bestellen, bedarf es der Eintragung der Änderung des Anspruchs in das Grundbuch, die entsprechend der für die Änderung des einzutragenden Rechts selbst geltenden Vorschrift (§ 877 BGB) vorzunehmen ist.
2. Die Inhaber gleich- oder nachrangiger dinglicher Rechte am Erbbaurecht müssen einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast nicht zustimmen, wenn sich aus der neuen (wertgesicherten) Erbbauzinsreallast kein höherer Erbbauzins als derjenige aus der bisherigen Reallast und dem durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses ergeben kann.

Zur Einordnung

Der BGH befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Inhaltsänderung von Erbbauzinsreallasten und dem Erfordernis der Zustimmung nachrangig Berechtigter. Dem Beschluss liegt insofern eine besondere Konstellation zu Grunde, als die Beteiligten nicht den dinglichen Erbbauzins selbst änderten, sondern sich zu einer solchen Änderung verpflichteten und diese Verpflichtung durch die bereits im Grundbuch eingetragene Vormerkung sichern ließen.

Bis zum 30.9.1994 bestimmte § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauVO, dass der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im Voraus bestimmt sein muss. Eine Anpassung des Erbbauzinses an die allgemeine Preisentwicklung konnte daher mit dinglicher Wirkung nicht vereinbart werden (BeckOK BGB/Maaß, Stand 1.11.2016, § 9 ErbbauRG Rn. 8). Die Praxis behalf sich damit, im Erbbaurechtsvertrag die schuldrechtliche Verpflichtung zur Anpassung an einen bestimmten Preisindex vorzusehen und die Eintragung künftiger Erhöhungen durch eine Vormerkung im Grundbuch zu sichern (BGH NJW-RR 1987, 74; DNotI-Report 1995, 21 f.). Nach heutiger Rechtslage muss der Erbbauzins dinglich nicht mehr bestimmt sein, Bestimmbarkeit im Sinne einer Anbindung an eine Wert sicherungsklausel reicht nunmehr aus (§ 9 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG iVm § 1105 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. im Einzelnen zur Rechtsentwicklung v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 78 ff.).

Soll im Zuge einer Änderung des Erbbaurechtsvertrages ein nach alter Rechtslage vereinbarter Erbbauzins in einen wertgesicherten umgewandelt werden, ist zu prüfen, inwieweit Dritte dieser Umwandlung zustimmen müssen. Grundsätzlich bedarf die rangwahrende Inhaltsänderung eines dinglichen Rechts der Zustimmung

gleich- und nachrangiger Gläubiger (nach BeckOGK BGB/Enders, Stand 1.1.2017, § 877 Rn. 38 folgt dies aus § 877 BGB; aA Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 877 Rn. 75: allgemeiner Rechtsgedanke); hierunter fällt grundsätzlich auch die Änderung der Erbbauzinsreallast (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1802). Ausnahmsweise ist – in Anlehnung an § 876 S. 2 BGB – die Zustimmung entbehrlich, wenn der jeweilige Gläubiger in seiner dinglichen Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (BGH NJW 1984, 2409 [2410]; BeckOGK BGB/Enders, Stand 1.1.2017, § 877 Rn. 38). Ob dieser Ausnahmetatbestand erfüllt ist, wenn eine Erbbauzinsreallast nach alter Rechtslage (statischer Zins nebst Erhöhungsvormerkung) in eine dinglich wertgesicherte umgewandelt werden soll, ist umstritten. Teilweise wird dies unter Verweis auf die Wirkungen der Vormerkung (§ 883 Abs. 2 BGB) bejaht (Wilke DNotZ 1995, 654 [661 f.]). Andere raten stets zur Einholung der Zustimmung, weil nur schwer zu bestimmen sei, ob durch die Inhaltsänderung eine Erweiterung des bisherigen Rechtszustandes eintrete (Eichel RNotZ 2001, 535 [538]).

Der BGH geht in seiner Entscheidung davon aus, dass eine Zustimmung entbehrlich sei, wenn sich aus der neuen Reallast kein höherer Zins ergebe als der aus der bisherigen Reallast unter Einbeziehung des durch die Vormerkung gesicherten Erhöhungsanspruchs. Im konkreten Fall war die Zustimmung nur deshalb erforderlich, weil die ursprüngliche Klausel lediglich eine Angemessenheitsprüfung am Maßstab eines Preisindex vorsah, die Änderung hingegen eine automatische Anpassung.

Für die notarielle Praxis dürfte es ratsam sein, die Zustimmung nachrangig Berechtigter vorsichtshalber einzuholen (Wilsch FGPrax 2016, 248 [249]), falls nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann, ob das Grundbuchamt von deren fehlender Betroffenheit ausgehen wird. Alternativ kann, falls die Zustimmung aller Gläubiger nicht zu erreichen ist, in solchen Fällen überlegt werden, die Erhöhungsvormerkung nicht zur Löschung zu bewilligen.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die allgemeinen Zustimmungsprinzipien bei Änderungen der Erbbauzinsreallast nicht ausnahmslos Geltung beanspruchen. Für die Vereinbarung der Versteigerungsfestigkeit des Erbbauzinses nach § 9 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ErbbauRG (zum Zweck der Regelung vgl. DNotI-Gutachten Nr. 349 v. 16.2.1996) ist die Zustimmung der dinglich vorrangig oder gleichrangig Berechtigten erforderlich (§ 9 Abs. 3 S. 2 ErbbauRG). § 877 BGB ist daneben nach hM nicht anwendbar, so dass es insoweit auf die Zustimmung nachrangig Berechtigter nicht ankommt (MüKoBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 9 ErbbauRG Rn. 24; BeckOK BGB/Maaß, Stand 1.11.2016, § 9 ErbbauRG Rn. 18; v. Oefele DNotZ 1995, 643 [646]; aA Eichel MittRhNotK 1995, 193 [199]).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte zu 2 ist Erbbauberechtigte; der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des Erbbaugrundstücks. In dem Erbbaurechtsvertrag vom 24. September/ 4. Oktober 1993 ist die Eintragung einer Erbbauzinsreallast sowie einer Vor-

merkung zur Sicherung des Anspruchs auf Anpassung des Erbbauzinses vereinbart. Beide Vertragsparteien sollten grundsätzlich alle fünf Jahre eine Überprüfung des Erbbauzinses auf seine Angemessenheit verlangen können, wobei als Maßstab der Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen vereinbart wurde. Für den jeweiligen Grundstückseigentümer wurde zudem ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt.

Der Vertrag wurde vollzogen. Das Erbbaurecht ist mit dem Vorkaufsrecht, zwei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und zwei Grundschulden belastet worden. Die Erbbauzinsreallast und die Vormerkung gehen den anderen Belastungen des Erbbaurechts im Rang vor. In Ausübung des Anpassungsanspruchs wurden nachfolgend zwei weitere Erbbauzinsreallasten über Erhöhungsbeträge eingetragen. In § 1 eines 3. Nachtragsvertrags vereinbarten die Beteiligten eine weitere Erhöhung des jährlichen Erbbauzinses um 675,99 €. In § 2 nahmen sie eine Änderung der Wertsicherung vor, nach der mit Wirkung vom 1. April 2014 nach Ablauf von jeweils fünf Jahren eine automatische Anpassung des schuldrechtlichen und dinglichen Erbbauzinses von insgesamt 7.439,39 € nach dem Verbraucherpreisindex für Deutschland erfolgen soll. Die Vertragsparteien waren sich einig, dass die eingetragene Vormerkung künftig den Rang des sich automatisch ändernden Erbbauzinses sichere. In § 3 des Nachtragsvertrags bewilligten die Parteien und beantragte der Beteiligte zu 1 die Eintragung eines weiteren Erbbauzinses von 675,99 € als selbständige Reallast sowie die Änderung der Vormerkung gemäß der in § 2 vereinbarten Wertsicherungsklausel.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 7. April 2014 die Eintragung der Wertsicherungsklausel von folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht:

- der Löschung der eingetragenen Erbbauzinsreallasten,
- der Löschung der Vormerkung,
- der Neueintragung einer wertgesicherten Erbbauzinsreallast über den Gesamtbetrag an erster Rangstelle,
- der Beibringung von Rangrücktrittserklärungen des Beteiligten zu 1 für das Vorkaufsrecht sowie der Inhaber aller anderen im Erbbaugrundbuch eingetragenen nachrangigen dinglichen Rechte.

Das Oberlandesgericht hat auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 die Zwischenverfügung des Grundbuchamts insoweit aufgehoben, als ihm aufgegeben worden ist, unter Beantragung der Löschung der Einzelreallasten eine erst-rangige Gesamtreallast zu beantragen. Die weitergehende Beschwerde hat es zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser beantragt der Beteiligte zu 1, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Beschwerde in vollem Umfang stattzugeben.

II. Das Beschwerdegericht meint, die Beschwerde sei insoweit zurückzuweisen, als der Beteiligte zu 1 sich auch gegen die Auflage zur Löschung der Vormerkung und gegen die Einreichung von Rangrücktrittserklärungen der nachrangig Berechtigten wende. Die Vormerkung könne nicht zur Sicherung der Gleitklausel verwendet werden, weil sie mit deren Eintragung gegenstandslos werde. Eine nachträglich vereinbarte dingliche Wertsicherung des Erbbauzinses bedürfe nach § 877, § 876 Satz 1 BGB der Zustimmung der Inhaber der nachrangigen dinglichen Rechte am Erbbaurecht. Das gelte auch für eine dingliche Gleitklausel, die einen durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anpassungsanspruch ersetzen solle. Maßgebend für das Zustimmungserfordernis sei, dass das nachrangige

Recht durch die beabsichtigte Änderung rechtlich beeinträchtigt werde. Das sei schon deshalb zu bejahen, weil die rechtlichen Modalitäten der Erhöhung des Erbbauzinses bei einer dinglichen Gleitklausel andere als bei einer durch Vormerkung gesicherten Anpassungsvereinbarung seien.

Aus den Gründen:

III. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i.V.m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass der Beteiligte zu 1 die in Abt. II Nr. 2 eingetragene Sicherungsvormerkung zur Löschung zu bringen habe.

Unzulässig ist eine Zwischenverfügung, die auf die Löschung eines Rechts zielt, wenn dessen Änderung Gegenstand des Antrags der Beteiligten ist

a) Der angefochtene Beschluss ist bereits im Ausgangspunkt fehlerhaft, weil sowohl die Zwischenverfügung des Grundbuchamts als auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf einem falschen Verständnis der gestellten Eintragungsanträge beruhen. Der Beteiligte zu 1 hat nicht die Eintragung der Vereinbarungen über die Wertsicherung in § 2 des 3. Nachtragsvertrags beantragt, nach denen die einzelnen Reallasten und die Vormerkung zu einer neuen einheitlichen wertgesicherten Reallast zusammengeführt werden sollen. Bewilligt und beantragt sind nach § 3 des 3. Nachtragsvertrags allein die Eintragung einer weiteren nicht wertgesicherten Reallast sowie die Änderung der Vormerkung.

b) Vor diesem Hintergrund ist die auf die Löschung der Vormerkung zielende Zwischenverfügung unzulässig. Dem Antragsteller kann nicht nach § 18 GBO aufgegeben werden, für die Löschung eines Rechts zu sorgen, auf das sich sein Antrag (§ 13 GBO) und die Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) beziehen. Dem steht schon entgegen, dass eine Zwischenverfügung grundsätzlich nicht mit dem Inhalt ergehen darf, einen Eintragungsantrag zurückzunehmen; denn das zielt nicht auf die Behebung eines Eintragungshindernisses, sondern auf die Vermeidung einer sofortigen Zurückweisung ab (OLG Hamm, OLGZ 1970, 447, 448; OLG Oldenburg, Rpfleger 1975, 361; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 18 GBO Rn. 34).

c) Die Zwischenverfügung ist jedoch auch materiell-rechtlich zu beanstanden. Fehlt es an dem mit der Zwischenverfügung von dem Grundbuchamt geltend gemachten Eintragungshindernis, ist die angefochtene Zwischenverfügung ungerechtfertigt und unterliegt aus diesem Grund der Aufhebung (vgl. BayObLGZ 1984, 136, 137 f.; KG, JFG 8, 236, 239). So verhält es sich hier.

Die Erbbauzinserhöhungsvormerkung ist nicht gegenstandslos geworden

aa) Der beantragten Eintragung steht nicht entgegen, dass mit der Buchung der wertgesicherten Erbbauzinsreallast die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Anpassung des Erbbauzinses gegenstandslos würde (vgl. BayObLGZ 1996, 114, 117 = MittRhNotK 1996, 277) und dass eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs, der sich bereits aus dem im Grundbuch eingetragenen dinglichen Recht selbst ergibt, inhaltlich unzulässig und deswegen nicht eintragungsfähig ist (vgl. OLG Celle, DNotZ

1977, 548, 549; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbaurechts, 5. Aufl., Rn. 6.85 a; Staudinger/Mayer, BGB [2009], § 1105 Rn. 46). Daraus ergibt sich – entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts – nämlich kein Eintragungshindernis, wenn nur die Änderung der Vormerkung, nicht aber diejenige des dinglichen Rechts bewilligt und beantragt ist.

bb) Die beantragte Eintragung bei der Vormerkung über die Änderung des Inhalts des gesicherten Anspruchs ist gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 877 BGB inhaltlich zulässig.

(1) Nach der vereinbarten Änderung soll die Beteiligte zu 2 nicht mehr verpflichtet sein, alle fünf Jahre zur Anpassung des Erbbauzinses an die Geldentwertung der Bestellung weiterer Reallasten zuzustimmen und deren Eintragung zu bewilligen (zum Inhalt des gesicherten Anspruchs: Senat, Urteil vom 18. April 1986 – V ZR 8/85, NJW-RR 1987, 74, 75 = DNotZ 1987, 360; BayObLGZ 1977, 93, 95). Sie soll vielmehr nur noch einmal der Eintragung einer wertgesicherten Gesamtreallast nach § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB zustimmen, aus der sich dann die sich nach dem Verbraucherpreisindex verändernden Ansprüche auf die Einzelleistungen (§ 1107 BGB) ergeben.

Ziel des durch § 2 des 3. Nachtragsvertrags geänderten Anspruchs ist nicht die Neubegründung einer Erbbauzinsreallast, sondern eine Änderung ihres Inhalts nach § 877 BGB. Die Identität der Belastung des Erbaurechts bleibt auch bei einer Zusammenführung der einzelnen Reallasten zu einem Gesamtrecht und der Eintragung einer dinglichen Wertsicherung statt des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Erbbauzinsanpassung unverändert (vgl. BayObLGZ 1996, 114, 116 und 1996, 159, 164 = MittRhNotK 1996, 326). Geändert werden nur die Modalitäten bei der Anpassung des Erbbauzinses im Hinblick auf die seit dem 1. Oktober 1994 veränderte Rechtslage, nach der der dingliche Erbbauzins nicht mehr – wie nach § 9 Abs. 2 ErbbauVO aF – nach Zeit und Höhe für die gesamte Dauer des Erbaurechts im Voraus bestimmt sein muss.

(2) Die eingetragene Vormerkung kann genutzt werden, um den Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung einer wertgesicherten Gesamtreallast zu sichern.

Der Anspruch auf Bestellung neuer Reallasten und derjenige auf Umwandlung in eine wertgesicherte Reallast sind nicht deckungsgleich

(a) Das folgt allerdings nicht aus der Rechtsprechung des Senats zur Wiederverwendung einer erloschenen Vormerkung. Denn eine solche setzt voraus, dass die Eintragung und die geänderte Bewilligung den gleichen sicherungsfähigen Anspruch betreffen; Bewilligung und Eintragung müssen kongruent sein (vgl. Senat, Urteil vom 26. November 1999 – V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 181 = MittRhNotK 2000, 28; Beschluss vom 3. Mai 2012 – V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 Rn. 18 = DNotZ 2012, 609).

Hieran fehlt es vorliegend. Der durch die Vormerkung zur Wertsicherung des Erbbauzinses gesicherte Anspruch ist – auch wenn die Anpassung unter denselben Voraussetzungen und nach demselben Maßstab (Index) erfolgen soll – nach der Änderung nicht mit dem früheren in jeder Hinsicht deckungsgleich. Er unterscheidet sich von dem bisher gesicherten Anspruch in der Art der geschuldeten sachenrechtlichen Verfügung (bisher: Zustimmung zur Bestellung neuer statischer Erbbauzinsreallasten nach § 9 Abs. 2 ErbbauVO aF; künftig: Zustimmung zu einer einmaligen Umwandlung in eine einheitliche wertgesicherte Reallast

nach § 9 Abs. 1 ErbbauRG i.V.m. § 1105 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG).

Die Voraussetzungen für die Änderung einer Vormerkung entsprechen denen der Änderung des Rechts, auf deren Verwirklichung der Anspruch gerichtet ist

(b) Soll eine Vormerkung, die für einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch Eintragung neuer Reallasten bestellt worden ist, künftig den Anspruch sichern, eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast zu bestellen, bedarf es der Eintragung der Änderung des Inhalts des Anspruchs in das Grundbuch, die entsprechend der für die Änderung des einzutragenden Rechts selbst geltenden Vorschrift (§ 877 BGB) vorzunehmen ist. Der Senat tritt der in der Literatur vertretenen Ansicht bei, dass eine eingetragene Vormerkung auch der Sicherung eines nach ihrer Eintragung geänderten Anspruchs dienen kann, wenn die Änderung die Art der geschuldeten sachenrechtlichen Verfügung betrifft. Die Voraussetzungen für die Änderung der Vormerkung entsprechen denen der Änderung des Rechts, auf deren Verwirklichung der Anspruch gerichtet ist (vgl. MüKoBGB/Köhler, 6. Aufl., § 885 Rn. 32; NK-BGB/Krause, 4. Aufl., § 883 Rn. 113; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 883 Rn. 355, 360). Die Rechte der Inhaber von Drittrechten werden durch das Zustimmungserfordernis nach § 877 i.V.m. § 876 BGB geschützt; die Publizität des Grundbuchs wird durch die Eintragung der Änderung der Vormerkung gewahrt. Eine solche – nach dem Vorstehenden zulässige – Eintragung beantragt der Beteiligte zu 1.

(3) Ein der beantragten Eintragung entgegenstehendes Hindernis ergibt sich auch nicht daraus, dass die für die Änderung der wertgesicherten Reallast erforderliche Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB) in § 2 des 3. Nachtragsvertrags bereits enthalten ist. Die Beteiligten können zwar sogleich beide Rechte (die Reallast und die Vormerkung) zu einem einheitlichen Recht zusammenführen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 26. Juni 2006 – 12 U 446/04, juris Rn. 11, insoweit nicht in NotBZ 2007, 374 abgedruckt). Sie müssen das aber nicht. Solange das nicht geschieht, werden allerdings – auch nach der Eintragung der Inhaltsänderung der Vormerkung – aus den unveränderten Stammrechten (§ 1105 Abs. 1 BGB) nur die sich nach den eingetragenen Beträgen ergebenden Einzelleistungen (§ 1107 BGB) aus dem Erbaurecht geschuldet (vgl. OLG Koblenz, aaO, Rn. 9 = NotBZ 2007, 374, 375).

cc) Die Zwischenverfügung ist demnach insoweit aufzuheben, als das Grundbuchamt die Vormerkung als Eintragungshindernis angesehen und deren Löschung angeregt hat. Eine solche beschränkte Aufhebung ist möglich (Senat, Beschluss vom 3. Februar 1994 – V ZB 31/93, NJW 1994, 1158 = MittRhNotK 1994, 145 – insoweit nicht in BGHZ 125, 69 ff. abgedruckt) und aus den vorstehenden Gründen auch geboten.

Zur Inhaltsänderung der Vormerkung ist grundsätzlich die Zustimmung der am Erbaurecht nachrangig dinglich Berechtigten erforderlich

2. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde dagegen, dass das Beschwerdegericht die Zwischenverfügung mit dem Inhalt aufrechterhalten hat, die Zustimmung der Inhaber der Erbbauzinsreallast und der Sicherungsvormerkung nachrangigen dinglichen Rechte beizubringen.

a) Die Zwischenverfügung ist zulässig. Mit ihr kann dem Antragsteller aufgegeben werden, die Bewilligungen der von der einzutragenden Rechtsänderung mittelbar betrof-

fenen Inhaber anderer Rechte beizubringen (vgl. BayObLGZ 1990, 6, 8 und BayObLG, DNotZ 1997, 324).

b) Die Zwischenverfügung ist auch in der Sache begründet.

aa) Die Eintragung einer Wertsicherung bei der Erbbauzinsreallast bedarf als Inhaltsänderung des dinglichen Rechts nach § 877 i.V.m. § 876 BGB grundsätzlich der Zustimmung der Inhaber gleich- und nachrangiger Rechte an dem Erbbaurecht (allg. Meinung: BayObLGZ 1996, 159, 164; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rn. 364; Eichel, RNotZ 2001, 535, 538; Ingens-tau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl., § 9 Rn. 27; Kluge, MittRhNotK 2000, 409, 425; Mohrbutter/Mohrbutter, ZIP 1995, 806, 810; v.Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rn. 6.84; Wilke, DNotZ 1995, 654, 662). Im Grundbuchverfahren zur Eintragung der Rechtsänderung ist deren Eintragungsbewilligung nötig (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 347).

Die Zustimmung ist entbehrlich, wenn die Rechtsstellung des Dritten durch die Änderung nicht berührt wird

Aus dem Schutzzweck der die Inhaltsänderung eines Rechts an die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte bindenden Vorschriften, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346; BayObLGZ 1959, 520, 529; 1991, 313, 317 = MittRhNotK 1991, 287).

bb) Vor diesem Hintergrund bestehen unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, ob es der Zustimmung der Inhaber nachrangiger Rechte an dem Erbbaurecht bei der Umstellung einer schuldrechtlichen Wertsicherung auf eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast auch bedarf, wenn – wie hier – der Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch eine den Rechten im Range vorgehende Vormerkung abgesichert ist. Das wird von Böttcher (Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rn. 366) und Wilke (DNotZ 1995, 654, 662) mit der Begründung verneint, dass sich die Rechtsstellung der Inhaber der nachrangigen Rechte durch die Verdinglichung der Wertsicherung nicht verschlechtere, wenn der Anpassungsanspruch bisher durch eine Vormerkung gesichert gewesen sei und die Anpassungsvereinbarung durch die nachträgliche Änderung nicht in ihrem Umfang verändert werde. Kluge (MittRhNotK 2000, 409, 425) und Eichel (RNotZ 2001, 535, 538) sind dagegen der Ansicht, dass die Zustimmung der Inhaber der nachrangigen Rechte auch in diesen Fällen unverzichtbar sei, weil die Wertsicherung der dinglichen Erbbauzinsreallast über die einer schuldrechtlichen Anpassungsvereinbarung hinausgehe und sich auch nicht sicher feststellen lasse, ob und inwieweit mit der Änderung der Wertsicherung eine Einschränkung oder Erweiterung des bisher bestehenden Rechtszustands einhergehe.

Die Rechtsstellung ist nicht berührt, wenn sich aus der neuen Reallast kein höherer Erbbauzins als der bisherige unter Berücksichtigung des durch die Vormerkung gesicherten Anpassungsanspruchs ergibt

cc) Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass die Inhaber gleich- oder nachrangiger dinglicher Rechte am Erbbaurecht einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast nicht zustimmen müssen, wenn sich aus der neuen (wertgesicherten) Erbbauzinsreallast kein höherer Erbbauzins

als derjenige aus der bisherigen Reallast und dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses ergeben kann.

(1) Die Zustimmung der Inhaber solcher Rechte zu einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast ist nach § 877 i.V.m. § 876 BGB zwar grundsätzlich geboten, weil § 876 Satz 2 BGB von dem Zustimmungserfordernis nur befreit, wenn eine Beeinträchtigung dieser Rechte ausgeschlossen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346; BGH, Urteil vom 9. Juni 1969 – III ZR 231/65, LM § 3 ZPO Nr. 40). Die Änderung des Inhalts der Reallast muss aber die Rechtsstellung und nicht bloß die wirtschaftliche Lage der Inhaber solcher Rechte beeinträchtigen oder beeinträchtigen können (vgl. RG, JW 1936, 2343, 2344; KG, KGJ 52 A, S 197, 201; BayObLGZ 1959, 520, 529). Letzteres ist grundsätzlich nur der Fall, wenn ein gleich- oder vorrangiges Recht durch die Inhaltsänderung in seinem Umfang erweitert wird (KG, aaO; BayObLG aaO), während ein lediglich formelles Betroffensein die Zustimmung zu einer Inhaltsänderung entbehrlich machen kann (vgl. BayObLGZ 1974, 217, 221; 1991, 313, 317).

Eine Zustimmung ist nicht allein deshalb erforderlich, weil der Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses durch eine automatisierte Erhöhung ersetzt wird

(2) Das Erfordernis der Zustimmung der Inhaber der nachrangigen Rechte kann daher nicht – wie von dem Beschwerdegericht angenommen – damit begründet werden, dass ein durch Vormerkung gesicherter schuldrechtlicher Anspruch auf Anpassung der Erbbauzinsreallast dessen Geltendmachung voraussetzt, während bei einer wertgesicherten Reallast nach § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB die Anpassung in der Regel ohne Zutun des Gläubigers eintritt (zu den auch bei dieser Gestaltung möglichen Ausnahmen: vgl. Senat, Urteil vom 1. Juni 1990 – V ZR 84/89, BGHZ 111, 324, 326 f. = MittRhNotK 1990, 275). Dass sich für die Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte ohne die Inhaltsänderung der Erbbauzinsreallast ein Vorteil in den Zeiträumen ergibt, in denen der Gläubiger seinen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses (noch) nicht geltend macht, begründet kein Betroffensein in ihren Rechten, sondern stellt lediglich einen wirtschaftlichen Vorteil aus der nach früherer Gesetzeslage allein möglichen Wertesicherung des Erbbauzinses durch einen durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruch dar.

Anders ist es dagegen, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht in jedem Fall eine Erhöhung des Erbbauzinses mindestens in dem Umfang zulässt, wie er nach der beabsichtigten Änderung der Reallast eintreten kann. Die beantragte Rechtsänderung geht über eine bloß technische Änderung der Wertsicherung hinaus, wenn nach der Änderung des dinglichen Rechts (§ 1105 BGB) höhere Ansprüche auf Einzelleistungen (§ 1107 BGB) entstehen können, als es bei einer Anpassung nach dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch möglich wäre.

Die Notwendigkeit einer Zustimmung ergibt sich hier daraus, dass der Index bislang lediglich Maßstab für die Angemessenheit der Erbbauzinsenerhöhung war

dd) Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts zwar auch in diesem Punkt auf einer Rechtsverletzung beruht, sich aber im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 74 Abs. 2 FamFG). Ob die Inhaber der nachrangigen Rechte der Änderung der Vormerkung zustimmen müssen, richtet sich, wie dargelegt (siehe 1.c) bb) (2) (b)), nach den für die Änderung

des Inhalts der Erbbauszinsreallast geltenden Vorschriften (§§ 877, 876 BGB). Maßgeblich ist daher, ob sich aus der vereinbarten wertgesicherten Reallast kein höherer Erbbauszins als aus dem – durch die Vormerkung bisher gesicherten – Anspruch aus dem ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag ergeben kann.

Diese Prüfung, die das Beschwerdegericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – unterlassen hat, kann der Senat durch Vergleich der bewilligten Wertsicherungen selbst vornehmen. Er ergibt, dass die beabsichtigte automatische Wertsicherung zu einem höheren Erbbauszins als nach der ursprünglichen Vereinbarung führen kann. Nach jener war der Preisindex lediglich der Maßstab für die Angemessenheit der Änderung des Erbbauszinses; die Erbbaurechtsausgeberin konnte eine günstigere Regelung zulassen, wenn besondere Gründe vorliegen. Damit kann sich aus der bisherigen Regelung ein Anspruch des Erbbauberechtigten ergeben, den Erbbauszins nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang nach dem vereinbarten Index anzupassen. Demgegenüber führt die wertgesicherte Reallast zu einer automatischen Anpassung. Vor diesem Hintergrund ist die Zwischenverfügung berechtigt, die Zustimmung der Inhaber der Reallasten und der Vormerkung nachrangigen dinglichen Rechte beizubringen. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit von Miteigentümervereinbarungen als Belastung der Miteigentumsanteile

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 12.10.2016 – I-15 W 182/16)

BGB §§ 741, 744, 745, 746, 749, 1010 Abs. 1
GBO §§ 16 Abs. 2, 78 Abs. 2
WEG § 10 Abs. 3

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung (DNotZ 1973, 549) fest, dass satzungähnliche Bestimmungen, die die interne Willensbildung der Miteigentümer und deren Vertretung gegenüber Dritten regeln, nicht als Verwaltungsvereinbarung im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB qualifiziert und dementsprechend nicht als Belastung der Miteigentumsanteile in Abt. II des Grundbuchs eingetragen werden können.

Zur Einordnung

Treffen Miteigentümer eines Grundstücks Vereinbarungen über die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums, besteht oftmals ein Interesse an der Eintragung dieser Vereinbarungen als Belastung der Miteigentumsanteile in Abteilung II des Grundbuchs, damit die getroffenen Vereinbarungen über die unmittelbar Beteiligten hinaus auch gegenüber späteren Erwerbern wirken. Das OLG Hamm hat sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Eintragungsfähigkeit derartiger Vereinbarungen von Miteigentümern beschäftigt.

Miteigentümer einer Bruchteilsgemeinschaft nach § 741 BGB können durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss gem. § 745 BGB die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes regeln. Nach § 746 BGB wirken derartige Vereinbarungen grundsätzlich auch für und gegen Sondernachfolger und damit insbesondere spätere Erwerber des Miteigentumsanteils. Von diesem Grundsatz weicht § 1010 Abs. 1 BGB für den Fall ab, dass die Regelungen die Verwaltung und Benutzung eines Grundstücks betreffen. Bei Grundstücksmitigentum wirken die getroffenen Verwaltungs- und Be-

nutzungsregelungen nur dann gegen Sondernachfolger eines Miteigentümers, wenn sie als Belastung des Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen sind. Normzweck dieser gesetzlichen Sonderregelung ist der Schutz des Erwerbers eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück vor unbekanntem Vereinbarungen oder Ansprüchen (MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 1010 Rn. 1).

Eintragungsfähig iSd § 1010 Abs. 1 BGB sind nur Verwaltungs- und Benutzungsregelungen (§§ 744 ff. BGB) sowie Beschränkungen des Aufhebungsanspruchs (§§ 749 ff. BGB). Dabei ist stets im Einzelfall auf Grund der Art, Beschaffenheit und konkreten Umstände des gemeinschaftlichen Grundstücks zu bestimmen, ob eine Vereinbarung in eine dieser beiden Kategorien fällt (MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, §§ 744, 745 Rn. 4). Nicht eintragungsfähig sind nach einer früheren Entscheidung des OLG Hamm sowie der hM in der Literatur organisatorische Vereinbarungen der Miteigentümer, die vergleichbar einer Satzung die innere Verfassung der Gemeinschaft regeln, da derartige Vereinbarungen weder die Benutzung noch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes selbst betreffen (OLG Hamm DNotZ 1973, 549 ff.; MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 1010 Rn. 9; BeckOGKBGB/Müller, Stand 15.2.2017, § 1010 Rn. 66; zweifelnd Staudinger/Eickelberg, BGB, 2015, § 746 Rn. 21).

In der vorliegenden Entscheidung bekräftigt das OLG Hamm sein früheres Verständnis des § 1010 Abs. 1 BGB und erkennt nur solche Vereinbarungen als eintragungsfähig an, die unmittelbar die Verwaltung oder Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks betreffen oder damit in zwingendem Zusammenhang stehen. Dieses enge Normverständnis stützt das Gericht auf den Ausnahmecharakter des § 1010 BGB im Verhältnis zu § 746 BGB sowie den Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 1010 Rn. 17). Danach können Regelungen zur Vergabe der Reinigung und Verkehrssicherung an einen Dritten sowie des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung im Grundbuch als Belastung eingetragen werden. Nicht eintragungsfähig seien demgegenüber satzungähnliche Organisationsregelungen, die die innere Struktur und Willensbildung der Miteigentümergeinschaft sowie die Außenvertretung regeln.

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung in Erinnerung, dass gem. § 1010 BGB bei Vereinbarungen von Miteigentümern eines Grundstücks nur Verwaltungs- und Benutzungsregelungen sowie Beschränkungen des Aufhebungsanspruchs gegen einen Erwerber wirken, die im Grundbuch eingetragen sind. Fällt eine Vereinbarung nicht in eine dieser beiden Kategorien oder fehlt die Eintragung, wirkt die Vereinbarung selbst dann nicht gegen einen Erwerber, wenn dieser bei dem Erwerb die Abreden der Miteigentümer positiv kannte (OLG München NZG 1999, 395; MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 1010 Rn. 1). Um eine Bindung des Erwerbers an derartige Vereinbarungen der Miteigentümer herbeizuführen, ist eine spezifische Verpflichtung in der notariellen Urkunde erforderlich. Die wegen der grundsätzlichen Bedeutung zugelassene Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung ist nach Auskunft des BGH nicht eingelegt worden.

Die Schriftleitung (CL)

Zum Sachverhalt:

I.) Die Beteiligten sind die Miteigentümer der beiden im Rubrum näher bezeichneten Grundstücke, die als Verkehrsfläche genutzt werden. Sie haben sukzessive eine Vereinbarung geschlossen, die folgenden Inhalt hat:

a) ... Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft ist für immer ausgeschlossen, den Fall eines wichtigen Grundes ausgenommen. ...

b) Die zwischen uns bei Eintragung aller Miteigentümer an den Grundstücken Gemarkung A Flur X Flurstücke ... 1 und ...2 entstehende und mit künftigen weiteren Miteigentümern fortgesetzte Miteigentümergeinschaft erhält folgende Gemeinschaftsordnung:

(1) Die nach der erstmaligen Herstellung anfallenden Kosten, einschließlich der Unterhaltung, Reparatur und Erneuerung, tragen die Miteigentümer im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Nutzung.

(2) Die den Miteigentümern obliegende Säuberung und Verkehrssicherung ist einem geeigneten Unternehmen in Auftrag zu geben.

(3) Eine Haftpflichtversicherung ist abzuschließen.

(4) Es wird festgelegt, dass Entscheidungen der Miteigentümer durch Beschlüsse getroffen werden, und zwar in Miteigentümerversammlungen oder auf schriftlichem Weg im Umlaufverfahren. Einladungen zu einer Miteigentümerversammlung erfolgen durch Miteigentümer, die zusammen mindestens 3/13 Anteile haben. Die Einladung erfolgt schriftlich mit einer Frist von zwei Wochen zwischen dem Tag der Absendung und dem Tag der Versammlung unter Angabe der Tagesordnung. Miteigentümer können sich durch eine mit schriftlicher Vollmacht ausgestattete Person vertreten lassen. Auf je 1/13-Miteigentumsanteil entfällt eine Stimme; soweit ein Anteil von 1/13 einer Gemeinschaft, z.B. Eheleuten gehört, können sie das Stimmrecht nur gemeinsam ausüben. Beschlüsse werden mit der Mehrheit der anwesenden Stimmen gefasst, ausgenommen Ziff.6.

(5) Die Miteigentümergeinschaft wird bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen Dritten gegenüber durch jeweils drei Miteigentümer vertreten, ohne Rücksicht auf die Anteilsgröße.

(6) Änderungen oder Ergänzungen dieser Gemeinschaftsordnung bedürfen einer Mehrheit von 3/4 der anwesenden Stimmen und von 3/4 aller Stimmen der Miteigentümergeinschaft.“

Weiter heißt es unter d):

„... Deshalb bewilligen und beantragen wir erneut die Eintragung der Gemeinschaftsordnung gem. Buchstabe b) ergänzend zu Buchstabe a), als Belastung sämtlicher Miteigentumsanteile. Dieser Antrag gilt als nicht einheitlich gestellt und soll, wenn wir nichts anderes bestimmen, durch den amtierenden Notar oder einen seiner Sozien gestellt werden, sobald die Umschreibung aller Anteile vorgenommen ist.“

Die Regelungen unter a) und b)(2)-(6) sind neben anderen Erklärungen ursprünglich am 6.11.2014 in der Urkunde UR-Nr. ...4/2014 des Notars Z (Blatt 73 ff in A Blatt ...3) von einer Notarangestellten namens der Beteiligten zu 3) bis 6), 12) bis 14) und 16) bis 19) erklärt worden und zwar

unter Berufung auf Vollmachten aus verschiedenen Grundstückskaufverträgen.

Am 6.11.2014 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Vorlage einer Ausfertigung der o. a. Urkunde zunächst nur die Eintragung der unter a) enthaltenen Vereinbarung (Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft) beantragt, die am 17.11.2014 erfolgte. Bereits im Vorfeld war die Eintragung einer weitergehenden „Gemeinschaftsordnung“ beantragt gewesen, durch das Grundbuchamt aber abgelehnt worden.

Am 13.11.2015 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten sodann in dem vorliegenden Verfahren beantragt, die Gemeinschaftsordnung zu Ziff. 1 b) der o. a. Urkunde in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat im Wege der Hinweisverfügung die Zurückweisung des Antrags angekündigt. Es hat seine bereits früher geäußerte Auffassung bekräftigt, dass eine satzungsförmige Gestaltung der Organisation der Gemeinschaft nicht eintragungsfähig sei. Weiter hat es darauf hingewiesen, dass eine Eintragung bei allen Miteigentumsanteilen auch daran scheitert, dass (bis zu diesem Zeitpunkt) lediglich die Beteiligten zu 3) bis 6), 12) bis 14) und 16) bis 19) der Vereinbarung zugestimmt hatten.

Mit Schriftsatz vom 22.3.2016 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die notariell beglaubigten „Genehmigungen“ seiner Urkunde URNr. ...5/2014 durch die Beteiligten zu 1), 2), 7) bis 11), 15) und 20) vorgelegt, die zudem den beglaubigenden Notar zur Abgabe weiterer erforderlicher Erklärungen bevollmächtigten. Weiter widersprach er der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes.

Mit Beschluss vom 31.3.2016 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass u. a. Regelungen über die Einberufung und Abhaltung von Versammlungen, die Beschlussfassung und die Vertretung der Gemeinschaft im Außenverhältnis eintragen und damit verdinglicht werden sollten. Diese würden über eine bloße Verwaltungsregelung hinausgehen und seien daher nicht eintragungsfähig, so dass der Antrag insgesamt zurückzuweisen sei.

Hiergegen haben sich die Beteiligten mit der Beschwerde vom 5.4.2016 gewandt, mit der zugleich der Antrag auf Eintragung der Regelung zu 1 b) (1) (Kostentragung) zurückgenommen wurde.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. In dem Nichtabhilfebeschluss hat es ergänzend ausgeführt, dass die (teilweise) Rücknahme des Antrags ebenfalls nicht zu einer Eintragung führen könne. Denn nunmehr fehle die notwendige Übereinstimmung zwischen der Bewilligung und dem Antrag. Zudem hat es die Stellvertretung der Beteiligten zu 3) bis 6), 12) bis 14) und 16) bis 19) in der Urkunde UR-Nr. ...4/2014 als vollmachtlos bezeichnet, da die Vollmachten aus den Erwerbsverträgen den Abschluss der konkreten Vereinbarungen nicht abdeckten. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat daraufhin mit Schriftsatz vom 13.7.2016 notariell beglaubigte Genehmigungserklärungen auch der Beteiligten zu 3) bis 6), 12) bis 14) und 16) bis 19) vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.) Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

Die Miteigentümergeeinbarungen sind auf Grund der nachträglichen Genehmigungen aller Beteiligten wirksam

Vorab ist zu bemerken, dass die Frage der Stellvertretung der Beteiligten bei dem Abschluss der Vereinbarungen und der Bewilligung der Eintragungen sich dadurch erledigt hat, dass nunmehr Genehmigungserklärungen aller Beteiligten selbst vorliegen. Zwar ist die Formulierung als „Genehmigung“ hinsichtlich der Beteiligten zu 1), 2), 7) bis 11), 15) und 20) rechtstechnisch nicht ganz treffend. Denn diese sind bei dem Abschluss der ursprünglichen Vereinbarung nicht vertreten worden. Der Sache nach war von ihrer Seite vielmehr der Beitritt zu der Vereinbarung, der in derselben angelegt ist, erforderlich, grundbuchrechtlich die Bewilligung der Eintragung auf ihrem Miteigentumsanteil. Die Genehmigungen lassen jedoch zwanglos den Willen erkennen, dass die Vereinbarungen für und gegen sie gelten sollen, und die Eintragung auf allen Miteigentumsanteilen bewirkt werden soll. Die Auslegung der Genehmigung ergibt danach, dass jeder dieser Beteiligten auch die Eintragung auf seinem Miteigentumsanteil bewilligt hat.

Der Eintragungsantrag ist kein einheitlicher Antrag, sondern jede Vereinbarung ist isoliert zur Eintragung bewilligt und beantragt worden

In der Sache hat das Amtsgericht den Antrag zu Unrecht insgesamt zurückgewiesen. Nach dem Verständnis des Senats enthält die Urkunde vom 6.11.2014 entgegen der zunächst in diese Richtung weisenden Formulierung in ihrem Eingang keine einheitliche Bewilligung und keinen einheitlichen Antrag. Denn die weitere Formulierung in Ziff. d) der Urkunde, dass der Antrag zur Regelung b) nicht als einheitlich gelte, macht andernfalls keinen Sinn. Diese Formulierung, die erkennbar auf § 16 Abs. 2 GBO abzielt, ergibt vielmehr nur dann Sinn, wenn man die Erklärungen so versteht, dass jede der einzelnen Regelungen für sich stehen und ggf. auch alleine im Grundbuch eingetragen werden soll. Dies zwingt dann aber auch zu einem Verständnis der Bewilligung dahingehend, dass die Eintragung jeder einzelnen Regelung gesondert bewilligt worden ist und durch die Formulierung nur eines Antrags kein Antragsverbund im Sinne des § 16 Abs. 2 GBO hergestellt werden sollte.

Die Eintragungsfähigkeit ist daher für jede Miteigentümergeeinbarung isoliert zu prüfen

Bei diesem Verständnis bedarf es für jede einzelne Regelung der Prüfung, ob diese eintragungsfähig ist. Die Miteigentümer einer Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) können durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss gemäß § 745 BGB die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes regeln; diese Vereinbarung wirkt nach § 746 BGB auch für und gegen die Sondernachfolger. Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung nach § 1010 Abs. 1 BGB gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers aber nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist; dasselbe gilt nach § 1010 Abs. 1 BGB, wenn die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben. Sinn und Zweck des § 1010 BGB ist es, den Erwerber eines Miteigentumsbruchteils gegen ihm unbekanntere Vereinbarungen oder Ansprüche zu schützen (MünchKommBGB/Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 1010 Rn. 1), und umgekehrt, es

Bruchteilsgemeinschaften umfassend zu ermöglichen, Regelungen über die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, sondern aufgrund einer Vereinbarung der Bruchteilseigentümer nur in ihrem Verhältnis untereinander wirksam sind, zu verdinglichen, d. h. „Drittwirkung“ zu verschaffen, so dass sie auch gegenüber Sondernachfolgern gelten. Die Eintragungsfähigkeit hängt danach entscheidend davon ab, ob man die jeweilige Regelung als eine solche der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks einordnen kann.

Zwei Vereinbarungen können als Verwaltungs- und Benutzungsregelungen ins Grundbuch eingetragen werden

Eintragungsfähig sind danach die Regelungen zu b) (2) und (3) (Vergabe der Säuberung und Verkehrssicherung an ein Unternehmen sowie Abschluss einer Haftpflichtversicherung). Denn die Nutzung der Grundstücke als Verkehrsflächen setzt notwendigerweise deren Säuberung voraus und bedingt durch die Eröffnung des Verkehrs zwingend die Verkehrssicherungspflicht und das hieraus folgende Haftungsrisiko. Die gestaltende Regelung dieser mit der Nutzung zwingend verbundenen Aspekte ist danach sachlich der Verwaltung zuzurechnen, da es sich um die notwendige Kehrseite der bestimmungsgemäßen Nutzung handelt. Insoweit war der angefochtene Beschluss daher aufzuheben.

Im Übrigen sind die Vereinbarungen nicht eintragungsfähig

Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet. Die Regelungen zu (4) bis (6) sind nicht eintragungsfähig.

Satzungsähnliche Vereinbarungen betreffen nicht die Verwaltung selbst

Es entspricht, wie vom Grundbuchamt zutreffend ausgeführt, der Rechtsprechung des Senats (vgl. Beschluss vom 16.1.1973 – 15 W 21/72 = DNotZ 1973, 549 ff.), dass Vereinbarungen der Miteigentümer über die interne Willensbildung und die Vertretung nach außen hin, die eine Art Satzung der Gemeinschaft bilden sollen, auch wenn sie im weitesten Sinne auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes abzielen, keine Vereinbarung betreffend die Verwaltung selbst darstellen und deshalb nicht unter § 1010 BGB fallen, mithin auch nicht eintragungsfähig sind. Diese Auffassung hat in der Literatur teils Zustimmung und teils Ablehnung erfahren (zustimmend Schmidt a.a.O. Rn. 9, wohl auch Bauer/v.Oefele/Bayer/Lieder, GBO, 3. Aufl., AT III Rn. 609; zweifelnd Staudinger/Mayer, 2015, § 746 BGB Rn. 21; ablehnend Döbler MittRhNotK 1983, 181, 182).

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass satzungsähnliche Vereinbarungen nicht eintragungsfähig sind

Entgegen der Einschätzung, die mit der Beschwerde vertreten wird, hat der Senat seine bisherige Rechtsprechung bislang auch nicht aufgegeben. Die Annahme beruht vermutlich auf einem Missverständnis. Im Heft 9 der DNotZ 1973 sind unmittelbar hintereinander zwei Entscheidungen des Senats veröffentlicht. Die erste Entscheidung (Seite 546 ff. zu 15 W 126/72) betrifft die Frage der Eintragungsfähigkeit von Regelungen über die Kosten- und Lastentragung. Beide der zweiten handelt es sich um den vorgenannten Beschluss zu 15 W 21/72. Mit seinem Beschluss vom 20.1.2011, auf den sich die Beschwerde bezieht, hat der Senat lediglich seinen Standpunkt hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit von Kostenregelungen im Zusammen-

hang mit Verwaltungsregelungen modifiziert und sich insoweit der Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 1993, 391 ff.) angeschlossen. Die Frage der Eintragungsfähigkeit satzungsmäßiger Regelungen ist hiervon nicht betroffen.

Auch nach erneuter Überprüfung hält der Senat an seinem bisherigen Standpunkt fest, dass derartige Vereinbarungen nicht eintragungsfähig sind. Der Ausnahmecharakter des § 1010 BGB im Verhältnis zu § 746 BGB sowie der Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte (vgl. Staudinger/Gursky, § 1010 BGB Rn. 17) verbietet aus seiner Sicht eine Ausdehnung der Eintragungsfähigkeit über den Bereich der eigentlichen Verwaltungs- und Benutzungsregelungen hinaus auf eine innere Gestaltung der Gemeinschaft, die allgemein die personelle Interaktion betrifft. Die Verdinglichung einer schuldrechtlichen Vereinbarung ist nach den genannten Grundsätzen nur dort und nur insoweit zulässig als sie gesetzlich zugelassen ist. Dies zwingt nach Auffassung des Senats zu einem engen Verständnis des § 1010 Abs. 1 BGB. Als Regelung der Nutzung und Verwaltung können dann aber nur Vereinbarungen angesehen werden, die diese Regelungsgegenstände unmittelbar betreffen oder mit ihnen in einem zwingenden Zusammenhang stehen, so dass sie quasi die andere Seite desselben Gegenstands betreffen. Dies ist bei Regelungen, die selbst weder die Verwaltung noch die Nutzung regeln, sondern die insoweit notwendigen Entscheidungen oder Ausführungsmaßnahmen lediglich ordnen oder erleichtern sollen, nicht der Fall.

Auch bei einem Vergleich mit § 10 Abs. 3 WEG ist § 1010 Abs. 1 BGB eng auszulegen

Dass § 1010 Abs. 1 BGB ein solch enges Verständnis zugrunde liegt, zeigt nach Auffassung des Senats auch ein Vergleich des Wortlauts mit demjenigen des § 10 Abs. 3 WEG. Letzterer knüpft nämlich trotz des ähnlichen Regelungsgehalts nicht an bestimmte Vereinbarungsgegenstände an, sondern allgemein an das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

Eine Eintragungsfähigkeit ist nicht aus praktischen Erwägungen geboten

Der Senat kann sich auch der Argumentation der Beschwerde nicht anschließen, dass das praktische Bedürfnis die Eintragung gebiete. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass hier nicht die schuldrechtliche Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen, sondern allein ihre Verdinglichung in Form der Grundbucheintragung in Frage steht. Ein zwingendes Bedürfnis, die innere Struktur und Willensbildung der Gemeinschaft sowie ihre Außenvertretung zu verdinglichen, kann der Senat nicht erkennen. Da die wesentlichen Nutzungs- und Verwaltungsfragen, die jede Gemeinschaft in unterschiedlicher Weise hat, durch eine eintragungsfähige Vereinbarung geregelt werden können und diese damit verdinglicht werden kann, und die schlichten Miteigentümergeinschaften in ihrem Regelungsbedarf und der rechtlichen Interaktion ihrer Angehörigen in aller Regel weit hinter Wohnungseigentümergeinschaften zurückbleiben, sind die Probleme dieser Gemeinschaften mit den gesetzlichen Regeln des BGB durchaus zu handhaben. Einer Anleihe bei dem Recht des Wohnungseigentums, auf der die Regelungen zu (4) bis (6) erklärtermaßen beruhen, bedarf es daher nicht.

Auch Abgrenzungsschwierigkeiten sprechen nicht gegen eine enge Auslegung des § 1010 Abs. 1 BGB

Auch die Überlegung, die den kritischen Stimmen in der Literatur zugrunde zu liegen scheint, dass die Gestaltung

der inneren Willensbildung der Gemeinschaft und ihrer Außenvertretung letztlich der Verwaltung dient, so dass sich beides nicht trennen lasse, hält der Senat nicht für tragfähig. Allgemein ist zunächst festzuhalten, dass Abgrenzungsschwierigkeiten bei Ausnahmevorschriften kein Grund für eine erweiternde Auslegung sein können. Hinzu kommt, dass die Verknüpfung zwischen der inneren Willensbildung der Gemeinschaft und der Verwaltung gedanklich voraussetzt, dass sich eine satzungsmäßig verfasste Körperschaft ausschließlich auf ihren Zweck, nämlich die Verwaltung des Grundstücks beschränkt. Dies ist jedoch keineswegs zwingend und hier in der Vereinbarung auch nicht (ausdrücklich) vorausgesetzt. Von daher ist eine solche Vereinbarung nach Einschätzung des Senats, die sich insoweit auch auf die Erfahrung aus seiner früheren Befassung mit Wohnungseigentumssachen stützen kann, ausgesprochen streitanfällig. Dies würde in erhöhtem Maße gelten, wenn man die Verdinglichung derartiger Vereinbarungen und damit die Bindung von Rechtsnachfolgern zuließe.

Aus Kostengründen erfolgt eine Zurückverweisung an das Grundbuchamt

Die Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt im Umfang der erfolgten Abänderung dient dem Ziel zu vermeiden, das Grundbuchamt vor Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über den weitergehenden Beschwerdegegenstand zu einem Teilverzug des Eintragungsantrags zu zwingen, der im Hinblick auf die in KV-GNotKG Nr. 1460 Nr. 4 angeordnete mehrfache Gebührenerhebung zu einer erheblichen zusätzlichen Kostenbelastung der Beteiligten führen würde.

Eine Wertfestsetzung ist mit Rücksicht auf KV-GNotKG Nr. 19116 i.V.m. Vorbemerkung 1.4.5 und Nr. 14160 nicht veranlasst. Der Senat hat von der in KV-GNotKG Nr. 19116 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, im Hinblick auf den Teilerfolg des Rechtsmittels von der Erhebung einer Gebühr für das Beschwerdeverfahren abzusehen.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, da die Frage der Abgrenzung der Eintragungsfähigkeit im Rahmen des § 1010 Abs. 1 BGB grundsätzliche Bedeutung hat (§ 78 Abs. 2 GBO). Es existiert weder eine gesicherte Linie der Rechtsprechung, noch wird die Frage in der Literatur einheitlich beantwortet (vgl. oben). Die Frage hat auch eine erhebliche praktische Relevanz, auch wenn der Senat diese geringer einschätzt als der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit von Klauseln einer Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 21.12.2016 – 15 W 590/15)

BGB §§ 134, 138, 242

WEG §§ 8, 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 27 Abs. 3 Nr. 7, 43

Zur Eintragungsfähigkeit von Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung über die

- a) Ermächtigung des Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners zur Wahrnehmung der Rechte aus dem Wohnungseigentum,
- b) Wirksamkeit von Zustellung an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Anschrift,

- c) Ermächtigung des bisherigen Wohnungseigentümers zur Wahrnehmung der Rechte bis zum Nachweis des Eigentumswechsels durch öffentliche Urkunden,
 d) Bevollmächtigung des Verwalters zum Erwerb von Wohnungs- bzw. Teileigentum innerhalb und außerhalb der Gemeinschaft.

Zur Einordnung

Im Rahmen der Verdinglichung der Gemeinschaftsordnung nach § 10 Abs. 3 WEG werden die dort getroffenen Bestimmungen in gewissem Umfang auch vom Grundbuchamt geprüft. In diesem Kontext hatte sich das OLG Hamm in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit verschiedener Klauseln einer Gemeinschaftsordnung zu beschäftigen.

Von den Vorschriften des WEG abweichende oder ergänzende Vereinbarungen werden in ihrer Gesamtheit als Gemeinschaftsordnung bezeichnet (Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, Anh. zu § 3 Rn. 25). Sie können durch Eintragung im Grundbuch „verdinglicht“ und zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. (Nur) dann gelten sie auch gegen spätere Sonderrechtsnachfolger (§§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 WEG). Da das Grundbuchamt an unrichtigen Eintragungen nicht mitwirken darf, hat es bei der Eintragung zu prüfen, ob eine Vereinbarung gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt (Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, Anh. zu § 3 Rn. 25). Ist auch nur eine Bestimmung der Gemeinschaftsordnung unwirksam, kann die Eintragung insgesamt nicht vorgenommen werden (BayObLG Rpfleger 1986, 220). Als Prüfungsmaßstab kommen insbesondere die §§ 134, 138 und 242 BGB in Betracht (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2857). Das Grundbuchamt darf die Eintragung jedoch nur ablehnen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die fragliche Vereinbarung unwirksam ist und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde. Zu erforschen, ob die Interessen der Wohnungseigentümer in gebührendem Maße berücksichtigt sind oder ob die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer in unangemessener Weise ausgehöhlt wird, ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts. Sofern die Prüfung – wie insbesondere im Rahmen des § 242 BGB – eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände erfordert, ist das Grundbuchamt dazu wegen der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsantragsverfahren regelmäßig nicht in der Lage (OLG Frankfurt MittBayNot 1998, 443 [445]). Die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit der Vereinbarung ist in diesem Fall dem Verfahren nach §§ 43 ff. WEG überlassen (OLG Frankfurt MittBayNot 1998, 443 [445]; OLG Köln NJW-RR 1989, 780 [781]; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, Anh. zu § 3 Rn. 25).

Das OLG Hamm kommt in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass eine in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene Ermächtigung an den am Wohnungseigentum beteiligten Ehegatten oder Lebenspartner, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentumsrechts unvereinbar und daher unwirksam ist. Gleiches gilt für eine bis zum Nachweis des Eigentumswechsels geltende umfängliche Ermächtigung des bisherigen Eigentümers. Eine Regelung zur Wirksamkeit der Zustellung an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse ist nach Ansicht des Gerichts dagegen nicht offensichtlich unzulässig und daher nicht zu beanstanden. Dies gilt auch

für eine Berechtigung des Verwalters, im Namen der Eigentümergemeinschaft Wohnungs- und Teileigentum inner- und außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben. Denn nach verständiger Auslegung sei eine solche Ermächtigung auf Angelegenheiten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränkt.

Die Entscheidung verdeutlicht nochmals den Prüfungsmaßstab des Grundbuchamts im Rahmen der „Verdinglichung“ der Gemeinschaftsordnung als Inhalt des Sondereigentums. Die entschiedenen Einzelfälle können der Praxis als Anhaltspunkte für die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit ähnlicher Klauseln dienen. Zur Überprüfung der Praxistauglichkeit der vorgesehenen Regelungen kann es sich zudem anbieten, die Gemeinschaftsordnung vorab auch dem designierten Verwalter vorzulegen.

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligten sind in Erbengemeinschaft eingetragene Eigentümer des genannten Grundbesitzes. Mit notariell beurkundeter Teilungserklärung vom 26. März 2015 (UR.-Nr. ... des Notars C) haben die Beteiligten den Grundbesitz in zwei Wohnungseigentumsanteile zu je 50/100 aufgeteilt und sich in dem Erbauseinandersetzungsvertrag vom gleichen Tage (UR.-Nr. .../... des Notars C) dahin auseinandergesetzt, dass beide jeweils einen der Wohnungseigentumsanteile zu Alleineigentum erhalten sollen.

Die Teilungserklärung enthält unter Abschnitt III („Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums, Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, Verwaltung“) u. a. folgende Regelungen:

§ 3 Nr. 2

„Sind Ehegatten oder Lebenspartner nach dem LPartG an einem Wohnungseigentum beteiligt, so sind diese gegenseitig ermächtigt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührende Rechte wahrzunehmen, insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen.“

§ 3 Nr. 3

„Zustellungen sind stets wirksam, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse erfolgen.“

§ 3 Nr. 4

„Wechseln die Inhaber eines Wohnungseigentums auf andere Weise als durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, so gilt der bisherige Wohnungseigentümer so lange als ermächtigt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen und insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen, bis dem Verwalter der Eigentumswechsel durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist.“

§ 12 Nr. 4

„Der Verwalter ist auch berechtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

1. Wohnungs- und Teileigentum innerhalb der Gemeinschaft zu erwerben;
2. Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben.

Im Innenverhältnis bedürfen Maßnahmen nach Ziffer 1 und 2 eines vorherigen Beschlusses der Eigentümerver-

sammlung. Das Grundbuchamt ist insoweit von jeder Prüfungspflicht befreit.“

Nach Abschnitt IV der Teilungserklärung sollen die Vereinbarungen nach Abschnitt III zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und mit dinglicher Wirkung in das Grundbuch eingetragen werden.

Mit Anträgen vom 16. April 2015 hat der Notar C die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nebst Eintragung von Sondernutzungsrechten aufgrund der Teilungserklärung vom 26. März 2015 sowie die Eigentumsumschreibung in den neu zu gründenden Wohnungseigentumsbüchern beantragt.

Mit Zwischenverfügungen vom 7. Mai 2015 und 17. November 2015 hat das Grundbuchamt dem Urkundsnotar mitgeteilt, dass seinen Anträgen noch nicht entsprochen werden könne. Der mit dinglicher Wirkung einzutragende Inhalt des Sondereigentums entspreche in Teilen nicht den Maßstäben des § 242 BGB, weil er die Rechte der Wohnungseigentümer bzw. der zukünftigen Erwerber des Wohnungseigentums zu weitgehend einschränke:

Die in § 3 Nr. 2 erteilte Ermächtigung an den Ehegatten oder Lebenspartner, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen und insbesondere Zustellungen entgegen zu nehmen, stelle eine mit dem Zweck des WEG nicht mehr vereinbare Eigentumsbeschränkung dar.

Die in § 3 Nr. 3 getroffene Regelung, dass Zustellungen stets wirksam seien, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse erfolgen, berge die Gefahr, dass dem Empfänger das Recht auf Information genommen werde und er keine Kenntnis von eventuellen Verpflichtungen erhalte. Damit würden die Persönlichkeitsrechte des Empfängers zu stark eingeschränkt.

Mit § 3 Nr. 4, wonach der bisherige Wohnungseigentümer bis zum Nachweis des Eigentumswechsels durch öffentliche Urkunden so lange als ermächtigt gelte, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, würden die Rechte des Erwerbers zu stark eingeschränkt.

Auch mit der in § 12 Nr. 4 eingeräumten Berechtigung des Verwalters, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben, würden die Rechte der Eigentümer in einer mit dem Zweck des WEG nicht vereinbaren Weise eingeschränkt. Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung sei erforderlich, dass der Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum oder Grundbesitz außerhalb der Gemeinschaft eine genau beschriebene Sachnähe zur Wohnungseigentumsanlage aufweise.

Das Grundbuchamt hat danach die entsprechenden Regelungen für nicht eintragungsfähig erachtet und dem Urkundsnotar eine Frist zur entsprechenden teilweisen Antragsrücknahme oder Vorlage einer Änderung der Teilungserklärung durch die Eigentümer gesetzt. Nach Ablauf dieser Frist hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum nebst Eintragung der Sondernutzungsrechte sowie die Eintragung der Eigentumsumschreibung durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 10. Dezember 2015, die der Notar für die Beteiligten eingelegt hat. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum zu Recht abgelehnt

Das Grundbuchamt hat die Anträge der Beteiligten auf Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum nebst Sondernutzungsrechten und Eigentumsumschreibung vom 16. April 2015 zu Recht zurückgewiesen. Zwar durfte das Grundbuchamt die beantragten Eintragungen nicht wegen Unwirksamkeit der in Abschnitt III § 3 Nr. 3 und § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung vom 26. März 2015 enthaltenen Regelungen ablehnen, weil im Rahmen der im Grundbuchverfahren vorzunehmenden Prüfung insoweit keine Unwirksamkeit dieser Regelungen festzustellen ist. Etwas anderes gilt jedoch für die unter Abschnitt III § 3 Nr. 2 und Nr. 4 gefassten Regelungen. Diese sind wegen Verstoßes gegen zwingende gesetzliche Vorschriften unwirksam. Aus diesem Grund durfte die Eintragung insgesamt nicht vorgenommen werden (vgl. Demharter GBO, 30. Auflage, 2016, Anh. zu § 3 Rn. 25).

Das Grundbuchamt hat nur zu prüfen, ob ein Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorschriften vorliegt

Das Grundbuchamt, das mit dem Antrag auf Eintragung einer Teilungserklärung in das Grundbuch befasst ist, hat nach allgemeiner Meinung (nur) zu prüfen, ob eine in der Teilungserklärung enthaltene Vereinbarungsregelung gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt. In diesem Fall würde nämlich das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig; dabei darf das Grundbuchamt nicht mitwirken. Als Prüfungsmaßstab kommen insbesondere die §§ 134, 138 BGB sowie § 242 BGB in Betracht (OLG Zweibrücken MittBayNot 1994, 44; BayObLG ZMR 1997, 369 = Rpfleger 1997, 375 = MittRhNotK 197, 358 = DNotZ 1997, 970; Demharter GBO, 30. Auflage, 2016, Anh. zu § 3 Rn. 25; Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 14. Auflage, 2008, Rn. 2815). Dabei ist es jedoch keinesfalls Aufgabe des Grundbuchamts zu erforschen, ob die Interessen der Wohnungseigentümer in gebührendem Maße berücksichtigt sind oder ob die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer in unangemessener Weise ausgehöhlt wird (OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552). Das Grundbuchamt darf daher die Eintragung nur ablehnen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde; bloße Zweifel genügen nicht (Demharter a.a.O. Anh. zu § 13 Rn. 25). Sofern die Prüfung, wie insbesondere eine solche anhand des § 242 BGB, eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände erfordert, ist das Grundbuchamt dazu wegen der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsantragsverfahren in der Regel nicht in der Lage; alsdann muss es die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer Vereinbarung dem Richter im Verfahren nach § 43 WEG überlassen (OLG Stuttgart MittBayNot 2013, 306 f; OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552; BayObLG ZMR 1997, 369 = Rpfleger 1997, 375 = MittRhNotK 197, 358 = DNotZ 1997, 970; Demharter a.a.O. Anh. zu § 3 Rn. 25).

Die vom Grundbuchamt beanstandeten Regelungen halten dieser Prüfung (nur) teilweise stand

Der unter Berücksichtigung dieser Grundsätze vom Grundbuchamt vorzunehmenden Prüfung halten im vorliegenden Fall die Bestimmungen in Abschnitt III § 3 Nr. 3 sowie § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung stand. Diese Regelungen verstoßen weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), noch ergibt sich

die Unwirksamkeit aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Demgegenüber sind die Regelungen in § 3 Nr. 2 und Nr. 4 zweifelsfrei unwirksam.

Die Regelung zur Wirksamkeit der Zustellung an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse ist nicht offenbar unzulässig

1. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist die Regelung in § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung nicht offenbar unzulässig.

Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander durch Vereinbarung regeln. Zulässig sind Vereinbarungen jeder Art, sofern sie nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Anders als für die dingliche Aufteilung besteht für die Gemeinschaftsordnung weitgehend Gestaltungsfreiheit. Die in § 10 Abs. 2 WEG zum Ausdruck kommende Dispositionsbefugnis in Bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer beinhaltet die Möglichkeit, durch Vereinbarungen auf mit dem Wohnungseigentum verbundene Rechte zu verzichten. Ihre Grenze findet die Autonomie der Wohnungseigentümer dort, wo die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung eines Wohnungseigentümers völlig ausgehöhlt wird (Hügel in Beck'scher Online Kommentar BGB, Bamberger/Roth, § 10 Rn. 32) oder die Regelung mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentums unvereinbar ist (Lafontaine in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, § 10, Rn. 78).

Im gegebenen Fall kann nicht festgestellt werden, dass die Regelung in § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung, wonach Zustellungen stets wirksam sind, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilten Adresse erfolgen, offenbar grob unbillig ist und offensichtlich die sich aus dem BGB ergebenden allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet (§ 242 BGB). Nach Wortlaut und Kontext erfasst die Regelung nur Zustellungen, die von dem Verwalter an den jeweiligen Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Es begegnet keinen Bedenken, für diese Zustellungen, die ausschließlich Angelegenheiten der Wohnungseigentümer untereinander betreffen können, eine Zugangsfiktion zu vereinbaren. Bei der im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB vorzunehmenden Abwägung der verschiedenen Interessen überwiegt das dringende praktische Bedürfnis. Gerade bei einem größeren Kreis von Wohnungseigentümern muss damit gerechnet werden, dass Wohnsitzwechsel stattfinden, die nicht angezeigt werden. Insbesondere für den praktisch bedeutsamen Fall der Einberufung von Wohnungseigentümerversammlungen kann dies zu unangemessenen Schwierigkeiten und gegebenenfalls auch zu Einberufungsmängeln führen, die die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der in der Versammlung getroffenen Beschlüsse begründen. Es sprechen danach dringende Gründe der Praktikabilität dafür, im Fall einer nicht angezeigten Adressenänderung nicht auf den Zugang einer Einladung, sondern deren Absendung abzustellen. Dadurch wird der einzelne Wohnungseigentümer auch nicht unangemessen benachteiligt. Denn es steht ihm frei, durch Mitteilung einer Anschriftenänderung für eine ordnungsgemäße Zustellung Sorge zu tragen und seinem Informationsinteresse Geltung zu verschaffen. Die Vereinbarung einer Zugangsfiktion für den Fall der Einberufung der Eigentümerversammlung wird daher in Rechtsprechung und Literatur für zulässig erachtet (OLGR Hamburg 2007, 678 f.; LG Magdeburg Rpfleger 1997, 306 f.; Basty, Mitt-BayNot 1996, 421 f.). Gründe, dies für die übrigen vom

Verwalter vorzunehmenden Zustellungen abweichend zu beurteilen, sind nicht ersichtlich.

Auch die Berechtigung des Verwalters, im Namen der Eigentümergemeinschaft Wohnungs- und Teileigentum zu erwerben, ist nicht offenbar unzulässig

2. Auch die Regelung in § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung ist nicht offenbar unzulässig. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes besteht keine Unvereinbarkeit mit Grundprinzipien des Wohnungseigentums, auch soweit darin die Berechtigung des Verwalters begründet wird, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben. Eine solche Ermächtigung kann dem Verwalter zulässigerweise nach § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG im Wege einer Vereinbarung in der Teilungserklärung nach § 8 WEG erteilt werden.

Gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG kann der Verwalter durch Vereinbarung zu weiteren Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ermächtigt werden. Der Wortlaut sieht keine Begrenzung vor. Dem Verwalter kann deshalb sogar eine „Generalvollmacht“ für die Gemeinschaft erteilt werden (Heinemann in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., 2017, § 27 Rn. 117; Hügel, DNotZ 2007, 326, 357; Merle/Becker in Bärmann, WEG, 13. Auflage, 2015, § 27 Rn. 268). Damit bestehen keine Bedenken, ihm auch die Ermächtigung zum Erwerb von Teil- oder Wohnungseigentum innerhalb der Gemeinschaftsanlage oder auch eines Grundstücks außerhalb der Gemeinschaft zu erteilen. Denn wie der Senat bereits in seinen Entscheidungen vom 20. Oktober 2009 (DNotZ 2010, 130 ff. = RNotZ 2010, 48 mAnm Kaufmann) und vom 4. Mai 2010 (WuM 2010, 441 f. = DNotl-Report 2010, 127) entschieden hat, folgt aus der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft deren Berechtigung zum Erwerb von Grundeigentum innerhalb und außerhalb der Anlage. Daraus folgt, dass die Gemeinschaft auch ihren Verwalter in diesem Umfang ermächtigen kann und darf. Die Einräumung einer solchen Ermächtigung stellt sich nicht – wie das Grundbuchamt gemeint hat – als Aushöhlung der höchstpersönlichen Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer dar. Die notwendige Legitimation der jeweiligen Maßnahme im Einzelfall wird dadurch gewährleistet, dass die Einzelmaßnahme im Innenverhältnis eines vorherigen Beschlusses der Eigentümerversammlung bedarf.

Die Ermächtigung ist so auszulegen, dass sie sich auf Angelegenheiten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränkt

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist es auch nicht erforderlich, die Ermächtigung zu einem Hinzuerwerb von Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu beschränken auf Fälle einer genau beschriebenen Sachnähe zur Wohnungseigentumsanlage. Richtig ist zwar, dass eine so eingeräumte Vertretungsmacht des Verwalters wegen der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft nur Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfasst (vgl. BT-Drucks. 16/3843, S. 27; OLG Hamm DNotZ 2010, 130 ff. = RNotZ 2010, 48 mAnm Kaufmann; WuM 2010, 441 f. = DNotl-Report 2010, 127; Thomas Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG § 27, Rn. 42; aA Merle/Becker in Bärmann, WEG, 13. Auflage, 2015, § 27, Rn. 268). Dies folgt aus der insoweit beschränkten Entscheidungskompetenz des nur teilrechtsfähigen Verbandes. Bei verständiger Auslegung ist die in Rede stehende Regelung in der Teilungserklärung aber in

dem Sinne auszulegen, dass sich die Ermächtigung des Verwalters zum Hinzuerwerb von Grundbesitz nur auf die Angelegenheiten bezieht, die im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgen. Bei diesem Verständnis ist die in Rede stehende Vereinbarung ohne ausdrückliche Einschränkung von der Entscheidungskompetenz der Gemeinschaft gedeckt.

Die Ermächtigung des Ehegatten oder Lebenspartners, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, ist dagegen offensichtlich unwirksam

3. Demgegenüber ist die Regelung in § 3 Nr. 2 der Teilungserklärung offensichtlich unwirksam. Die darin erklärte Ermächtigung an den am Wohnungseigentum beteiligten Ehegatten oder Lebenspartner nach dem LPartG, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen, ist in dieser Form zu weitgehend gefasst. Denn in dieser nicht eingeschränkten Form läuft die Ermächtigung auf eine Blankovollmacht hinaus, die sämtliche sachenrechtliche Eigentumsrechte, Mitgliedschaftsrechte und gemeinschaftsbezogene Drittrechte erfasst. Die Vereinbarung einer solchen umfassenden Ausübungsermächtigung mit dinglicher Wirkung auch für den Sonderrechtsnachfolger ist mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentums nicht mehr vereinbar und danach offensichtlich nichtig.

Die bis zum Nachweis des Eigentumswechsels vereinbarte Ermächtigungsfiktion des bisherigen Eigentümers ist ebenfalls offensichtlich unwirksam

4. Offensichtlich unzulässig ist schließlich die in § 3 Nr. 4 der Teilungserklärung enthaltene Vereinbarung, wonach bei einem Wechsel der Inhaberschaft eines Wohnungseigentums der bisherige Wohnungseigentümer so lange als ermächtigt gilt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, bis dem Verwalter der Eigentumswechsel durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Die Vereinbarung setzt sich in nicht zulässiger Weise über den Eigentumswechsel hinweg und verletzt den neuen Eigentümer in seinen Eigentumsrechten und führt zur Aushöhlung seiner sachenrechtlichen Eigentumsrechte ebenso wie seiner personenrechtlichen Gemeinschaftsstellung. In dieser uneingeschränkten Form ist sie offensichtlich unwirksam.

Aufgrund der offenkundig unwirksamen Regelungen war die Teilungserklärung insgesamt nicht eintragungsfähig

Da die Teilungserklärung danach Regelungen enthält, die offenkundig unzulässig sind, ist sie in ihrer derzeitigen Form insgesamt nicht eintragungsfähig. Nachdem die Beteiligten eine Änderung der Teilungserklärung in der vom Grundbuchamt gesetzten Frist nicht vorgenommen haben, musste das Grundbuchamt die Anträge auf Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum sowie auf Eigentumsumschreibung in die neu angelegten Wohnungsgrundbücher zurückweisen. Dies ist die verfahrensrechtliche Konsequenz daraus, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die der Antragszurückweisung vorausgegangenen Zwischenverfügungen nicht mit der Beschwerde angegriffen hat, obwohl dies zulässig gewesen wäre. Im Beschwerdeverfahren gegen eine Zwischenverfügung bildet jede erhobene Beanstandung einen selbstständigen Verfahrensgegenstand, so dass in diesem Rahmen die Beschwerde zu einem Teilerfolg mit einer für die Beteiligten günstigeren Kostenfolge für die ohnehin nur nach GNotKG KV Nr. 19116 zu erhebenden Festgebühr hätte führen müssen. ■

4. Erbrecht – Zur Angabe des güterrechtlichen Viertels aus § 1371 Abs. 1 BGB im Europäischen Nachlasszeugnis

(KG, Vorlagebeschluss vom 25.10.2016 – 6 W 80/16)

EuErbVO Art. 1 Abs. 1, Art. 21, Art. 22, Art. 63, Art. 67 Abs. 1 S. 2, Art. 68, Art. 69 Abs. 2 u. 3

BGB §§ 1371 Abs. 1, 1931

AEUV Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3

- 1.) § 1371 Abs. 1 BGB dürfte nicht in den Anwendungsbereich der EuErbVO fallen mit der Folge, dass die Vorschrift bei Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses grundsätzlich unberücksichtigt bleibt.
- 2.) Eine Berücksichtigung könnte möglich sein, wenn Erb- und Güterkollisionsrecht zur Anwendung desselben Rechts führen.
- 3.) Fraglich ist, ob jedenfalls die informatorische Ausweisung des güterrechtlichen Viertels im Nachlasszeugnis zulässig ist.
- 4.) Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung (RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Vorlageentscheidung des Kammergerichts befasst sich mit der Frage, inwieweit das Zugewinnausgleichsviertel nach § 1371 Abs. 1 BGB im europäischen Nachlasszeugnis auszuweisen ist.

Seit Inkrafttreten der EuErbVO am 17.8.2015 eröffnet das Europäische Nachlasszeugnis u. a. die Möglichkeit, dass sich Erben unionsweit (mit Ausnahme Großbritanniens, Irlands und Dänemarks, vgl. Erwägungsgründe 82 f.) als solche legitimieren können (vgl. umfassend zum Nachlasszeugnis *Schmitz* RNotZ 2017, 269 ff.). Zu diesem Zweck ist das Zeugnis mit der Vermutung der Richtigkeit der ausgewiesenen Erbfolge und bestimmten Gutgläubenswirkungen zu Gunsten des Rechtsverkehrs ausgestattet (Art. 69 EuErbVO; vgl. im Einzelnen etwa *Buschbaum/Simon* ZEV 2012, 525 [527 f.]). Vorrangiges Ziel der Einführung des Zeugnisses ist es, die grenzüberschreitende Abwicklung von Nachlassfällen zu vereinfachen (Erwägungsgrund 67; *Lange* DNotZ 2012, 168 [169]).

Anwendungsbereich der EuErbVO ist die Rechtsnachfolge von Todes wegen (Art. 1 Abs. 1 S. 1), allerdings sind Fragen des ehelichen Güterrechts ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 lit. d). Im Hinblick auf den pauschalen Zugewinnausgleich des überlebenden Ehegatten durch Erhöhung seines Erbteils um ein Viertel (§ 1371 Abs. 1 BGB) kommt es für die Höhe der im Nachlasszeugnis auszuweisenden Erbquote daher entscheidend darauf an, ob es sich bei § 1371 Abs. 1 BGB um eine erbrechtliche oder eine güterrechtliche Regelung handelt. Aus Sicht des deutschen internationalen Privatrechts hat sich der BGH der wohl überwiegenden Auffassung angeschlossen, der zufolge die Vorschrift güterrechtlich zu qualifizieren ist (BGH DNotZ 2015, 624 [625 ff.] mwN zu den unterschiedlichen Meinungsnuancierungen in Rechtsprechung und Schrifttum). Auch im europarechtlichen Kontext wird die Vorschrift zumeist als eine solche des ehelichen Güterrechts verstanden, weil sie den Zweck habe, eine vereinfachte Durchführung des Zugewinnausgleichs im Todesfalle zu bewirken (*Weber* DNotZ 2016, 424 [431 ff.]; *Dörner* ZEV 2012, 505 [507]; *Mankowski* ZEV

2014, 121 [127]). Allerdings ermöglicht der 12. Erwägungsgrund der Verordnung, dass die Beendigung des Güterstandes bei der Bestimmung des Nachlasses berücksichtigt wird. Außerdem ist der Güterstand des Erblassers in das Nachlasszeugnis aufzunehmen (Art. 68 lit. h EuErbVO). Angesichts dessen wird gelegentlich vorgeschlagen, das güterrechtliche Viertel jedenfalls informatorisch im Nachlasszeugnis zu erwähnen, ohne, dass es an den Gutgläubenswirkungen des Nachlasszeugnisses teilhätte (Weber DNotZ 2016, 424 [433, 439 f.]; Dörner ZEV 2010, 212 [228]; Mankowski ZEV 2014, 121 [126]).

Das Kammergericht hatte als Beschwerdegericht einen Fall zu entscheiden, in dem das Nachlassgericht zwar einen nationalen Erbschein erteilte, der die Ehefrau des Erblassers neben dem gemeinsamen Kind als gesetzliche Erbin zur Hälfte auswies, jedoch ein inhaltsgleiches Nachlasszeugnis wegen der güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB abgelehnt hatte. Das Kammergericht rief zur Klärung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen den EuGH an.

Für die notarielle Praxis bleibt die Entscheidung des EuGH abzuwarten. Sollte die Vorschrift güterrechtlich zu qualifizieren und dennoch im Nachlasszeugnis auszuweisen sein, wären die Erbquoten ggf. nicht aus Sicht aller Mitgliedsstaaten korrekt wiedergegeben. Diese Problematik würde erst durch die Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts auf europäischer Ebene gelöst (vgl. MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 63 EuErbVO Rn. 8).

Die Schriftleitung (TH)

Aus den Gründen:

Die Beteiligte zu 1.) begehrt die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses aufgrund gesetzlicher Erbfolge, das in Anwendung deutschen Rechts sie und den Beteiligten zu 2.) als Erben je zur Hälfte ausweist.

Der am 29. August 2015 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Im Zeitpunkt seines Todes war der Erblasser mit der Beteiligten zu 1.) verheiratet und lebte mit ihr nach deutschem Recht im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Beide besaßen zum Zeitpunkt der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit und hatten ihren Wohnsitz in Deutschland. Einen Ehevertrag hatten sie nicht abgeschlossen.

Der Beteiligte zu 2.) ist das einzige gemeinsame Kind des Erblassers und der Beteiligten zu 1.) und zugleich der einzige Abkömmling des Erblassers.

Der Erblasser hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen.

Zum Nachlass des Erblassers gehört neben Vermögenswerten in Deutschland auch ein hälftiger Miteigentumsanteil an einer Immobilie in Schweden.

Auf Antrag der Beteiligten zu 1.) hat das Nachlassgericht unter dem 30.5.2016 (BI. 19 d. A.) einen nationalen Erbschein erteilt, wonach der Erblasser aufgrund gesetzlicher Erbfolge unter Anwendung deutschen Rechts von den Beteiligten zu 1.) und 2.) je zur Hälfte beerbt worden ist.

In notarieller Verhandlung vom 16.6.2016 (BI. 24/25 d. A.) hat die Beteiligte zu 1.) beantragt, ihr ein Europäisches Nachlasszeugnis nach der EuErbVO auszustellen,

das ebenfalls sie und den Beteiligten zu 2.) aufgrund gesetzlicher Erbfolge als Miterben je zur Hälfte ausweist. Als Zweck des Nachlasszeugnisses gibt sie an, es solle für die Umschreibung der Eigentümerstellung an dem in Schweden gelegenen Grundstück verwendet werden.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ist im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1931 BGB geregelt und lautet wie folgt:

§ 1931 BGB lautet (soweit für die Entscheidung im vorliegenden Fall relevant):

„(1) Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.

(2)...

(3) Die Vorschrift des § 1371 BGB bleibt unberührt.

(4)...“

§ 1371 BGB lautet (soweit für die Entscheidung im vorliegenden Fall relevant):

„(1) Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Falle einen Zugewinn erzielt haben.

(2) ...

(3)

(4) ...“

Das Nachlassgericht – Amtsgericht Schöneberg – hat den Antrag der Beteiligten zu 1.) auf Erlass des Europäischen Nachlasszeugnis zurückgewiesen mit der Begründung, der Erbteil der Beteiligten zu 1.) könne, soweit er auf der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB beruhe, nicht in das Nachlasszeugnis aufgenommen werden, weil es sich um eine Regelung des ehelichen Güterrechts handele, die nicht unter den Anwendungsbereich der EuErbVO falle.

Dagegen richtet sich die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1.) vom 27.7.2016 (BI. 35/36 d. A.), mit der sie ergänzend hilfsweise beantragt, das Europäische Nachlasszeugnis mit den Erbquoten wie beantragt zu erteilen mit dem Hinweis, dass das Erbrecht der Ehefrau zu einem Viertel auf einer güterrechtlichen Regelung beruht und dieses Viertel deshalb lediglich informatorisch aufgenommen worden sei.

Unter Aussetzung des Verfahrens ist gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Die Entscheidung über die Beschwerde der Antragstellerin hängt von der – weder offenkundigen noch bereits geklärten – Beantwortung der vorgelegten Fragen ab.

1. Das mit dem Hauptantrag verfolgte Begehren der Beteiligten zu 1.) ist auf die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gerichtet, das die Beteiligte zu 1.) und den Beteiligten zu 2.) als Miterben je zur Hälfte ausweist, wo-

bei die hälftige Miterbenstellung der Beteiligten zu 1.) auf § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB (ein Viertel) und 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht.

Entscheidungserheblich ist, ob das güterrechtliche Viertel aus § 1371 Abs. 1 BGB in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt

a.) Der Beschwerde der Beteiligten zu 1.) käme im Hauptantrag ohne weiteres Erfolg zu, wenn die Regelung in § 1371 Abs. 1 BGB, die im Falle der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten einen pauschalen Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten um ein Viertel vorsieht, in den Anwendungsbereich der EuErbVO fiel.

Der Senat würde dies mit dem Nachlassgericht verneinen wollen.

Fragen des ehelichen Güterrechts sind vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen

aa.) Gemäß Art. 1 Abs. 1 EuErbVO ist die Verordnung anzuwenden „auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen“. Gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO sind vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen „Fragen des ehelichen Güterrechts sowie des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten.“

Davon ausgehend kann der Erbteil der Beschwerdeführerin, soweit er auf der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht, dann in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden, wenn es sich bei § 1371 Abs. 1 BGB um eine Regelung der „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuErbVO, also um eine erbrechtlich zu qualifizierende Norm handelt.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a) bezeichnet der Begriff „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge.

Aus Sicht des deutschen Rechts wie aus europarechtlicher Sicht wird § 1371 Abs. 1 BGB überwiegend als güterrechtlich qualifiziert

In der deutschen Literatur ist streitig, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB danach als erbrechtliche oder als eine güterrechtliche Norm im Sinne des Art. 1 EuErbVO anzusehen ist.

Nationalrechtlich wird sie von der weit überwiegenden Meinung (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 13.5.2015 zum Az. IV ZB 30/14, ErbR 2015, 433–436 = DNotZ 2015, 624, zitiert nach juris, dort Leitsatz und Rn. 19 ff.) als güterrechtlich qualifiziert.

Auch aus europarechtlicher Sicht wird die Norm überwiegend nicht dem Erbrecht, sondern dem ehelichen Güterrecht zugeordnet (vgl. Weber, Interdependenzen zwischen Europäischer Erbrechtsverordnung und Ehegüterrecht, DNotZ 2016, 424 ff., 430, 434; Dutta, Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn, IPRax 2015, 32, 33 je m.w.N., insbesondere zur EuGH-Rspr.; Dörner, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 505 ff., 507; Mankowski, Das erbrechtliche Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen und europäischen Internationalen Privatrecht, ZEV 2014, 121 ff.,

125 f. m.w.N.; Looschelders in Nomos-Kommentar BGB, 2. Aufl., Art. 1 EuErbVO Rn. 29 ff., 31). Nur wenige sprechen sich für eine erbrechtliche Qualifikation aus (Fornasier in Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 30, Kleinschmidt, Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis, RabelsZ 77 (2013), 723 ff., 757; Süß, Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEuP 2013, 725 ff., 743).

Verlässliche Kriterien zur Grenzziehung zeigen weder die EuErbVO noch die zwischenzeitlich mit Wirkung ab 29. Januar 2019 in Kraft getretene Verordnung 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (EuGüVO) bzw. der entsprechenden, parallel erlassenen Verordnung zu den vermögensrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften auf (vgl. dazu anschaulich Mankowski, ZEV 2014 a. a. O., 126 f.).

Der Senat ist mit dem Nachlassgericht der Ansicht, die Frage, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuErbVO als erbrechtliche Norm zu qualifizieren ist, müsste im Hinblick auf ihren Zweck, den Ausgleich des ehelichen Zugewinns nach Beendigung der Gütergemeinschaft herbeizuführen, verneint werden. Denn der Sinn und Zweck der Regelung ist es, den ehelichen Zugewinn im Falle der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines der Ehegatten auszugleichen; sie soll immer dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Ehewirkungen, und damit auch die Fragen des ehelichen Güterrechts nach deutschem Recht richten. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn man die Regelung dem Erbstatut unterstellen würde, weil ihr Anwendungsbereich dann auf die Fälle beschränkt würde, in denen sich die Rechtsnachfolge gemäß Art. 21 und 22 EuErbVO nach deutschem Erbrecht bestimmt.

bb.) Die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den im Hauptantrag begehrten Quoten wäre aber auch dann möglich, wenn sich der Anwendungsbereich der EuErbVO – trotz des Wortlautes des Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO – jedenfalls auf solche güterrechtlichen Regelungen erstreckt, die – wie z.B. § 1371 Abs. 1 BGB – die Folgen der Auflösung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten regeln, indem sie eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten anordnen.

Die Erwägungsgründe der Verordnung lassen keinen eindeutigen Schluss zu

Aus der Sicht des Senates lassen die in der EuErbVO enthaltenen Bestimmungen allerdings eine solche Auslegung nicht zweifelsfrei zu.

Gegen eine solche Auslegung spricht zunächst der klare Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO, wonach Fragen des ehelichen Güterrechts umfassend aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen werden.

Auch die Erwägungsgründe (EG) 11 und 12 Satz 1 sprechen gegen eine solche Auslegung. Dort heißt es:

EG 11: „Diese Verordnung sollte nicht für Bereiche des Zivilrechts gelten, die nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen. Aus Gründen der Klarheit sollte eine Reihe von Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden könnten, ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden.“

EG 12 S. 1: „Dementsprechend sollte diese Verordnung nicht für Fragen des ehelichen Güterrechts, einschließlich der in einigen Rechtsverordnungen vorkommenden Eheverträge, soweit diese keine erbrechtliche Fragen regeln, und des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die mit der Ehe vergleichbare Wirkungen haben, gelten.“

Für eine solche Auslegung könnte jedoch der nachfolgende 2. Satz des Erwägungsgrundes 12 sprechen. Denn hier heißt es:

„Die Behörden, die mit einer bestimmten Erbsache nach dieser Verordnung befasst sind, sollten allerdings je nach den Umständen des Einzelfalls die Beendigung des ehelichen oder sonstigen Güterstandes des Erblassers bei der Bestimmung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen.“

Auch könnte die Formulierung in Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 lit. b) EuErbVO dafür sprechen, dass Regelungen zur Beendigung des ehelichen Güterstandes, soweit sie sich auf die jeweiligen Erbanteile auswirken, dem Anwendungsbereich der Verordnung unterfallen. Denn hier heißt es: Dem anwendbaren Recht unterliegen insbesondere „die Berufung der Berechtigten, die Bestimmung ihrer jeweiligen Anteile und etwaiger ihnen vom Erblasser auferlegter Pflichten sowie die Bestimmung sonstiger Rechte an dem Nachlass, einschließlich der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners;“ (Abs. 2 lit. b)).

Die Befürworter dieser Auslegung (z.B. Dutta in Münchener Kommentar BGB Bd. 10, 2015, Art. 1 Rn. 18, Art. 63 EuErbVO Rn. 8, 16; Looschelders in Nomos Kommentar BGB a.a.O., Rn. 35) weisen darauf hin, dass dadurch vermieden werden könnte, dass im deutschen Erbschein und dem Europäischen Nachlasszeugnis unterschiedlich große Erbanteile des überlebenden Ehegatten und damit auch möglicher anderer gesetzlicher Erben ausgewiesen werden müssen.

Nach dem Zweck der Verordnung kann das güterrechtliche Viertel nicht pauschal im Nachlasszeugnis ausgewiesen werden

Allerdings stellt es sich in diesem Zusammenhang als Problem dar, dass – solange es an einer Harmonisierung der Vorschriften zum ehelichen Güterrecht fehlt – jeder mit der Sache befasste Mitgliedstaat die Frage nach den Ehewirkungen bzw. nach dem anwendbaren Güterrecht nach seinem eigenen Kollisionsrecht prüfen müsste, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnte. Dadurch würde es an dem Entscheidungseinklang fehlen, den die EuErbVO in ihrem Anwendungsbereich herbeiführen soll, und der gerade die Basis für die Vermutungswirkung und den Gutgläubenschutz ist (Art. 69 Abs. 2 und 3 EuErbVO), die an die im Nachlasszeugnis enthaltenen Eintragungen anknüpfen. Deshalb verbietet es sich nach Ansicht des Senats, das güterrechtliche Ehegattenviertel des überlebenden Ehegatten im Nachlasszeugnis bei der Angabe des Erbteils generell zu berücksichtigen und den erhöhten Erbteil auszuweisen (so auch die überwiegende Auffassung in der Literatur, die dieses Viertel deshalb nur informatorisch aufnehmen will: Müller-Lukoscheck, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Aufl., § 2 Rn. 335; Mankowski, ZEV 2014 a. a. O., 126; Weber a. a. O., 439 f.; Dörner a. a. O., 508; Nordmeier in Nomos Kommentar BGB a. a. O., Art. 68 EuErbVO Rn. 20; für die Beschränkung auf ein gesetzliches Erbrecht, vergleichbar einem Teilerbschein: Krauß in Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2015, X. Erbschein und Europäisches Nachlasszeugnis, Rn. 311, zitiert nach juris).

Anderes könnte jedoch gelten, wenn Erb- und Güterkollisionsrecht zur Anwendung desselben Rechts führen

b) Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass der aufgrund einer güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil jedenfalls dann im Europäischen Nachlasszeugnis mit angegeben werden kann, wenn der Sachverhalt so liegt, dass sich das durch Art. 21/22 EuErbVO bestimmte Erbstatut und das Güterstatut der Eheleute – unabhängig davon, welches Kollisionsrecht zur Anwendung kommt – nach dem Recht desselben Mitgliedstaates bestimmen. Die Formulierungen in Art. 67 Abs. 1/69 Abs. 2 EuErbVO, wonach der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht „oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht“ feststeht bzw. festgestellt wurde, könnten für diese Auslegung sprechen. Gestützt wird diese Auslegung neben dem Erwägungsgrund (EG) 12 S. 2 auch durch den Sinn und Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses, eine Vereinfachung und Beschleunigung der Durchsetzung von Erbrechten mit grenzüberschreitendem Bezug zu fördern.

In der vorliegenden Fallkonstellation bestimmt sich das Erbstatut wie auch das Güterstatut der Eheleute ausschließlich nach deutschem Recht:

Deutsches Erbrecht ist nach Art. 21 EuErbVO anwendbar, weil der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin hatte;

Deutsches Güterrecht ist anwendbar, weil beide Eheleute zur Zeit der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen und ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik hatten. Das gilt im Inland nach Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1, 15 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB) und in Schweden nach § 4 des Gesetzes über internationale Fragen betreffend das eheliche Güterrecht und das Güterrecht Zusammenlebender vom 23. Mai 1990, (Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Mai 2015, Schweden, S. 45).

Da aufgrund der Zweckbestimmung, die die Beteiligte zu 1.) im Antrag angegeben hat, die Verwendung des Nachlasszeugnisses zudem auf den im Antrag genannten Einsatz in Schweden beschränkt bleibt, befürwortet der Senat im vorliegenden Fall die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den von der Beteiligten zu 1.) im Hauptantrag begehrten Quoten.

Möglicherweise kann das güterrechtliche Viertel informatorisch im Nachlasszeugnis angegeben werden

2. Nur wenn die Fragen zu 1. und 2. insgesamt verneint werden, müsste der Senat über den mit der Beschwerde gestellten Hilfsantrag der Beteiligten zu 1.) entscheiden. Dann stellt sich die Frage, ob Art. 68 lit. h) oder lit. I) EuErbVO in Verbindung mit dem Erwägungsgrund (EG) 12 eine „wenigstens“ informatorische Aufnahme des erhöhten Erbteils nach § 1371 A. bs. 1 BGB gestattet. Der Senat würde diese Frage verneinen wollen, weil eine solche „Information“, der ohnehin nicht die Vermutungswirkung und der Vertrauensschutz nach Art. 69 Abs. 2 und 3 EuErbVO zukommen könnte, dem Bestreben, mit dem Europäischen Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt (vgl. Art. 67 Abs. 1 S. 2 EuErbVO) zu schaffen, das in jedem Mitgliedstaat unproblematisch verwendet werden kann, zuwider liefe. ■

5. Familienrecht – Zur Adoption eines minderjährigen Kindes durch den Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

(BGH, Beschluss vom 8.2.2017 – XII ZB 586/16)

BGB §§ 1353 Abs. 1, 1360, 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 u. 4, 1615 Abs. 1, 1741 Abs. 2 S. 1, 1742, 1743 S. 1, 1751 Abs. 2 u. 4 S. 2, 1754 Abs. 1 u. 3, 1755 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2, 1756 Abs. 2, 1757 Abs. 2 S. 1, 1770 Abs. 2, 1772 Abs. 1 S. 1 c
 LPartG § 9 Abs. 7
 GG Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 u. 2 S. 1, Art. 100 Abs. 1
 EMRK Art. 8 Abs. 1 u. 2

1. Eine mit ihrem Partner weder verheiratete noch in einer Lebenspartnerschaft lebende Person kann dessen Kind nicht annehmen, ohne dass zugleich das Verwandtschaftsverhältnis zwischen ihrem Partner und seinem Kind erlischt.
2. Die in diesem Fall das Erlöschen des Verwandtschaftsverhältnisses anordnenden Regelungen des §§ 1741 Abs. 2, 1755 Abs. 1 BGB sind weder verfassungswidrig (im Anschluss an BVerfG FamRZ 2013, 521) noch konventionswidrig (Abgrenzung zu EGMR FamRZ 2008, 377).

Zur Einordnung

Der BGH befasst sich in diesem Beschluss mit der Versagung der Adoption eines minderjährigen Kindes durch den nicht mit dem leiblichen Elternteil verheirateten, aber in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden Partner. Schwerpunkt der Entscheidung ist die Überprüfung der gesetzlichen Vorschriften zur gemeinsamen Adoption von Kindern ausschließlich durch Ehegatten und nicht durch nicht verheiratete Lebensgefährten im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und der EMRK.

Das Adoptionsrecht unterscheidet in § 1741 Abs. 2 BGB zwischen der Annahme eines Kindes durch Ehegatten gemeinschaftlich und der Annahme durch eine nicht verheiratete Person. Wer nicht verheiratet ist, kann gem. § 1741 Abs. 2 S. 1 BGB ein Kind nur alleine annehmen. Die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes ist dagegen ausschließlich Ehepaaren gem. § 1741 Abs. 2 S. 2 BGB möglich. Denn nur aufgrund der Ehe der Eltern kann sichergestellt werden, dass das anzunehmende Kind eine Familienbeziehung zu beiden Elternteilen aufbaut (Schulze u. a./Kemper, BGB, 9. Aufl. 2017, § 1741 Rn. 1). Um außerdem die gemeinsame Elternschaft verheirateter Partner zu ermöglichen, sieht § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB für die Stiefkindadoption ausnahmsweise die Adoption durch einen Ehegatten alleine vor (BeckOK BGB/Enders, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 1741 Rn. 30). Zudem kann ein Lebenspartner gem. § 9 Abs. 7 S. 1 LPartG das Kind seines Lebenspartners allein annehmen. Lebenspartnern ist zwar die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes verwehrt, die Sukzessivadoption aber inzwischen für zulässig erklärt worden (BVerfG NJW 2013, 847; s. hierzu auch Schulze u. a./Kemper, BGB, 9. Aufl. 2017, § 1741 Rn. 9 zur zu erwartenden Klärung der Zulässigkeit der gemeinschaftlichen Annahme durch Lebenspartner durch das BVerfG).

Auch die Regelungen über die Folgen der Adoption in §§ 1754, 1755 Abs. 2 BGB (iVm § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG) dif-

ferenzieren zwischen der Adoption durch verheiratete und nicht verheiratete Personen: Bei Adoption eines Kindes durch beide Ehegatten oder Annahme des Kindes des anderen Ehegatten oder Lebenspartners erlangt das Kind gem. § 1754 Abs. 1 BGB (iVm § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG) die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten bzw. Lebenspartner. In den anderen Fällen erlangt das Kind gem. § 1754 Abs. 2 BGB die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden. § 1754 Abs. 3 BGB unterscheidet hinsichtlich der elterlichen Sorge, die bei Annahme durch Ehegatten oder bei einer Stiefkindadoption den Ehegatten gemeinsam, in den anderen Fällen dem Annehmenden alleine zusteht.

Das Erlöschen von Verwandtschaftsverhältnissen beinhaltet ebenfalls eine Sonderregelung bei verheirateten Annehmenden: Grundsätzlich erlischt mit der Adoption das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen, insbesondere leiblichen Verwandten (vgl. § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB, sa MüKoBGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1755 Rn. 4). Bei Adoption durch einen Annehmenden alleine werden die bisherigen Verwandtschaftsbeziehungen zu beiden Elternteilen durch eine einzige Verwandtschaftsbeziehung ersetzt (BeckOK BGB/Enders, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 1755 Rn. 2). Dies gilt aber gem. § 1755 Abs. 2 BGB nicht im Falle der Stiefkindadoption. Denn in diesem Fall erlischt nur das Verwandtschaftsverhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten, nicht jedoch zum Ehegatten, der leiblicher Elternteil des Kindes ist (BeckOK BGB/Enders, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 1755 Rn. 4).

Diese gesetzlichen Regelungen knüpfen allerdings ausdrücklich an die Ehe oder Lebenspartnerschaft der Eltern an. Entsprechende gesetzliche Regelungen für nicht verheiratete Lebensgefährten existieren nicht. Daher ist die gemeinschaftliche Annahme eines Kindes für Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausgeschlossen (Schulze u. a./Kemper, BGB, 9. Aufl. 2017, § 1741 Rn. 7; MüKoBGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1741 Rn. 41). Nimmt eine Person das leibliche Kind des Partners in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft an, führt die Adoption dazu, dass das Verwandtschaftsverhältnis des anderen Partners und Elternteils zu seinem Kind erlischt. Diese Folge ist Gegenstand der BGH-Entscheidung. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass die §§ 1741 Abs. 2, 1755 Abs. 1 BGB das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder (s. zum Schutzbereich umfassend BVerfG NJW 2013, 847 [848]), das Recht auf Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG), das Grundrecht des Kindes auf Pflege und Sorge durch Eltern (Art. 2 iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens nicht verletzen (aA hinsichtlich des Verstoßes gegen Art. 8 EMRK BeckOK BGB/Enders, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 1741 Rn. 30.1). Aus den genannten Grundrechten ergebe sich keine Verpflichtung, durch Adoption in jedem Fall eines faktischen Eltern-Kind-Verhältnisses die rechtliche Elternschaft zu ermöglichen (vgl. hierzu auch umfassend schon BVerfG NJW 2013, 847 [850]). Auch die Ungleichbehandlung nicht verheirateter und verheirateter Paare verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da der erstrebte Zweck der Vorschriften legitim sei, dem anzunehmenden Kind eine stabile Elternbeziehung aufgrund der Ehe oder Lebenspartnerschaft zu sichern.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

Die nicht miteinander verheirateten Antragsteller begehren die Adoption der minderjährigen Kinder J. und G. durch den Antragsteller zu 1 mit der Maßgabe, dass diese die Stellung gemeinsamer Kinder der Antragsteller erlangen.

Die Antragstellerin zu 2 ist die leibliche Mutter der Anzunehmenden. Der leibliche Vater der Anzunehmenden ist im Jahr 2006 verstorben. Der Antragsteller zu 1 lebt seit 2007 mit der Kindesmutter in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der Antragsteller zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Begründung des Oberlandesgerichts

Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung damit begründet, eine Adoption mit der Rechtsfolge, dass die Anzunehmenden die Stellung gemeinschaftlicher Kinder der Antragsteller erlangen, sei nach derzeitiger Gesetzeslage nicht möglich.

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs sei der Gesetzgeber bei der Reform des Adoptionsrechts im Jahre 1976 von der Vorstellung ausgegangen, dass den Belangen des Kindeswohls bei der Annahme durch ein Ehepaar am besten Rechnung getragen werden könne. Das anzunehmende Kind solle mit dem Ziel, ihm ein beständiges und ausgeglichenes Zuhause zu verschaffen, in eine harmonische und lebensstüchtige Familie aufgenommen werden. Diese Familie gruppiere sich „in der Regel“ um ein Ehepaar, so dass die Annahme des Kindes durch ein Ehepaar die besten Voraussetzungen für seine Entwicklung biete. Jede andere Lebensgemeinschaft als die Ehe sei rechtlich nicht abgesichert, um eine gemeinschaftliche Aufnahme des Kindes durch ihre Mitglieder zu rechtfertigen; es fehlten die Voraussetzungen, um das Kind rechtlich in diese Gemeinschaft einordnen zu können.

Das Bundesverfassungsgericht habe bislang nicht in Zweifel gezogen, dass der Gesetzgeber in typisierender Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind ansehen dürfte, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trage als eine rechtlich unverbindliche Paarbeziehung.

Zwar werde unter anderem in Anbetracht der sich wandelnden familiären Lebensformen die fortdauernde Rechtfertigung des Verbots der gemeinschaftlichen Adoption durch unverheiratete Paare in jüngerer Zeit auch im deutschen Schrifttum in Zweifel gezogen. Insbesondere werde geltend gemacht, dass der Gesetzgeber mit seiner typisierenden Annahme, die Bereitschaft der Annehmenden zur Eingehung einer rechtlich verbindlichen Lebensgemeinschaft und zur Übernahme der damit verbundenen familienrechtlichen Pflichten biete die beste Gewähr für stabile und Kindeswohlverträgliche Lebensverhältnisse, eine Beurteilung des Kindeswohls vorwegnehme, die besser im Einzelfall getroffen werden sollte. Dennoch könne die seitens der Antragsteller begehrte Adoption – jedenfalls derzeit – mangels gesetzlicher Grundlage nicht angeordnet werden.

Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

§ 1741 Abs. 2 S. 1 BGB ist weder verfassungs- noch konventionswidrig

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die Regelung des § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB eindeutig; sie lässt keine Auslegung im Sinne der Antragsteller zu. Die Regelung ist nicht verfassungswidrig. Schließlich gebietet auch die Europäische Menschenrechtskonvention keine andere Entscheidung.

Das Adoptionsrecht sieht vor, dass eine nicht verheiratete oder verpartnerte Person ein Kind nur alleine annehmen kann

1. Gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB kann derjenige, der nicht verheiratet ist, ein Kind nur allein annehmen. Ein Ehepaar kann ein Kind nur gemeinschaftlich annehmen (§ 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB). Außerdem kann ein Ehegatte ein Kind seines Ehegatten allein annehmen (§ 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB – so genannte Stiefkindadoption). Nach § 1754 Abs. 1 BGB erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten, wenn ein Ehepaar ein Kind gemeinschaftlich oder ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten allein annimmt. In den übrigen Fällen erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden (Absatz 2). § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnet an, dass mit der Annahme das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten erlöschen. § 1755 Abs. 2 BGB regelt schließlich für die Stiefkindadoption, dass das Erlöschen nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten eintritt, wenn ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten annimmt. Für die Lebenspartnerschaft regelt § 9 Abs. 7 LPartG, dass ein Lebenspartner ein Kind seines Lebenspartners allein annehmen kann; für diesen Fall gelten die §§ 1742, 1743 Satz 1, § 1751 Abs. 2 und 4 Satz 2, § 1754 Abs. 1 und 3, § 1755 Abs. 2, § 1756 Abs. 2, § 1757 Abs. 2 Satz 1 und § 1772 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe c BGB entsprechend.

Die Annahme des Kindes des Lebensgefährten durch eine nicht verheiratete und nicht verpartnerte Person hat die Folge, dass das Verwandtschaftsverhältnis des anderen Lebensgefährten zu seinem leiblichen Kind erlischt

a) Daraus folgt, dass de lege lata eine nicht verheiratete und nicht verpartnerte Person das Kind ihres Lebensgefährten nur mit der Folge annehmen kann, dass das Verwandtschaftsverhältnis des anderen zu seinem Kind erlischt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber lediglich gegen die gemeinschaftliche Annahme eines (fremden) Kindes durch nicht miteinander verheiratete Personen ausgesprochen habe.

Für diesen Fall fehlt eine gesetzliche Regelung, dass das Verwandtschaftsverhältnis nur im Verhältnis zum anderen Elternteil und dessen Verwandten erlischt

In § 1741 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber ausdrücklich zwischen nicht verheirateten und verheirateten Personen unterschieden. Während er für erstere pauschal geregelt hat, dass diese ein Kind „nur allein“ annehmen können, hat er für Ehegatten differenziert. Diese können ein (fremdes) Kind gemeinschaftlich oder ein Ehegatte kann das Kind seines Ehegatten allein annehmen. Demgemäß ist in § 1755 Abs. 2 BGB für den Fall der Stiefkindadoption angeordnet, dass das Verwandtschaftsverhältnis in diesem Fall nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten erlischt. Für den Fall der Annahme eines

Kindes durch eine nicht verheiratete oder verpartnerte Person fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung.

Diese Normen ermöglichen damit verheirateten Annehmenden, gemeinsam Eltern zu werden, sei es für ein (fremdes) Kind, sei es im Fall der Annahme des Kindes eines der Ehegatten (oder im Fall der Lebenspartnerschaft eines der Lebenspartner); in beiden Fällen sollen die Kinder – so die ausdrückliche Regelung des § 1754 Abs. 1 BGB – die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes erlangen. Bei dieser Regelungssystematik hat sich der Gesetzgeber von dem Gedanken leiten lassen, dass das anzunehmende Kind in eine „harmonische und lebensstüchtige Familie“ aufgenommen werden soll. Diese Familie gruppiert sich in der Regel um ein Ehepaar, so dass die Annahme des Kindes durch ein Ehepaar die besten Voraussetzungen für seine Entwicklung biete (BT-Drucks. 7/3061 S. 28; zur Lebenspartnerschaft vgl. BT-Drucks. 15/3445 S. 15). Wenn ein Ehegatte das eheliche oder nichteheliche Kind des anderen Ehegatten annehme, erlange das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten (§ 1754 BGB-E), also die gleiche Stellung wie bei der Annahme durch das Ehepaar. Auch insoweit bestehe kein Anlass für eine Einschränkung dieser Rechtsfolge (BT-Drucks. 7/3061 S. 30). Hieraus und aus den bereits dargestellten flankierenden Regelungen folgt, dass der Gesetzgeber insoweit keinen Unterschied zwischen der Fremdkind- und der Stiefkindadoption gemacht hat.

Eine der Stiefkindadoption vergleichbare Regelung für nicht verheiratete oder verpartnerte Paare fehlt im Gesetz

b) Demgegenüber hat der Gesetzgeber für nicht verheiratete Personen keine der Stiefkindadoption vergleichbare Regelung geschaffen. Deshalb kann eine nicht verheiratete Person ein Kind de lege lata nur allein annehmen, so dass das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zum Lebensgefährten gemäß § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB erlischt (so klarstellend auch Dethloff Familienrecht 31. Aufl. § 15 Rn. 16). Diese nach dem Wortlaut, nach Sinn und Zweck, nach der systematischen Stellung der Normen und nach dem Willen des Gesetzgebers eindeutigen Regelungen lassen eine teleologische Reduktion nicht zu.

§§ 1741 Abs. 2 und 1755 Abs. 1 BGB verletzen keine Grundrechte

2. Entgegen der Anregung der Rechtsbeschwerde besteht auch kein Anlass für eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. Der Senat erachtet die §§ 1741 Abs. 2 und 1755 Abs. 1 BGB nicht für verfassungswidrig.

Die Antragsteller werden durch die Versagung der beantragten Adoption weder in ihrem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG noch aus Art. 6 Abs. 1 GG oder aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Ebenso wenig werden die anzunehmenden Kinder in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt.

Die Eltern werden durch Versagung der Adoption nicht in ihrem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verletzt

a) Gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.

aa) Personen sind schon nicht deshalb Eltern im Sinne des Grundgesetzes, weil sie gegenüber dem Kind ihres Lebensgefährten die soziale Funktion eines zweiten Elternteils wahrnehmen. Zwar misst das Grundgesetz der sozialen Eltern-Kind-Beziehung verfassungsrechtliche Bedeutung bei.

Konkurriert ein leiblicher Elternteil mit dem bisherigen rechtlichen Elternteil um die einfachrechtliche Zuweisung der Elternposition, kann das Bestehen einer sozialfamiliären Beziehung zum Kind von Verfassungs wegen über diese Zuweisung entscheiden, weil auch die soziale und personale Verbundenheit zwischen Eltern und Kind Voraussetzung dafür ist, entsprechend dem Elternrecht Verantwortung für das Kind tragen zu können (vgl. § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4 BGB). Kann soziale Elternschaft demnach verfassungsrechtlich notwendige Bedingung für die einfachgesetzliche Zuweisung der Elternrolle sein, so ist sie doch für sich genommen nicht hinreichende Voraussetzung verfassungsrechtlicher Elternschaft. Soziale Elternschaft allein begründet mithin grundsätzlich keine Elternposition im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und vermittelt damit auch kein Recht auf Adoption. Dem verfassungsrechtlichen Schutzbedarf der familiären Bindungen zwischen einem Kind und der Person, die ihm gegenüber eine soziale Elternrolle übernommen hat, ohne rechtlich Elternteil zu sein, wird vielmehr durch den Familienschutz des Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung getragen, der vom formalen Elternstatus unabhängig ist (BVerfG FamRZ 2013, 521, 524 f. mwN).

bb) Hieraus folgt, dass der Antragsteller zu 1 allein wegen seiner sozialen Elternschaft nicht in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG fällt. Die Antragstellerin zu 2 ist demgegenüber in ihrem Elternrecht ersichtlich nicht beeinträchtigt, weil in ihre Rechtsposition durch die Versagung der Adoption nicht eingegriffen wird.

Auch das Recht auf Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht verletzt

b) Ebenso wenig ist Art. 6 Abs. 1 GG verletzt, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung stehen.

aa) Die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern ist als Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Die leibliche und seelische Entwicklung der prinzipiell schutzbedürftigen Kinder findet in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage. Weil das Familiengrundrecht auf den Schutz der spezifisch psychologischen und sozialen Funktion familiärer Bindungen zielt, setzt der Grundrechtsschutz den Bestand rechtlicher Verwandtschaft nicht voraus. Der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG reicht insofern über das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hinaus, als er auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne einbezieht, die als „soziale Familien“ vom Bestehen rechtlicher Elternschaft unabhängig sind (BVerfG FamRZ 2013, 521, 525 mwN = NJW 2013, 847).

Eine versagte Adoption greift nicht in das Familiengrundrecht ein

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift eine versagte Adoption allerdings nicht in das Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG ein (vgl. BVerfG FamRZ 2013, 521, 525 f. mwN = NJW 2013, 847 zur Sukzessivadoption). Dieses garantiert als Abwehrrecht insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden. Der Ausschluss der Möglichkeit einer Adoption betrifft das tatsächliche Zusammenleben des Paares und des Kindes nicht unmittelbar. Zwar hat der Adoptionsausschluss insofern Einfluss auf das familiäre Zusammenleben, als dem Lebensgefährten des rechtlichen Elternteils gegenüber dessen Kind bestimmte elterntypische rechtliche Befugnisse

verwehrt bleiben, so dass die beiden Lebensgefährten die Erziehungsaufgaben nicht ohne Weiteres gleichberechtigt wahrnehmen können. Im Ergebnis ist die Verwehrung der Adoption jedoch von der insoweit maßgebenden Befugnis des Gesetzgebers zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie gedeckt (vgl. BVerfG FamRZ 2013, 521, 525 f. mwN = NJW 2013, 847).

Mit der Regelung der Adoptionsmöglichkeiten definiert der Gesetzgeber eine Form der Erlangung des Elternstatus. Die Adoption ist ein rechtlicher Vorgang, der dem Einzelnen überhaupt erst durch gesetzliche Regelung verfügbar wird. Regelungen über Adoptionsmöglichkeiten nehmen keine familiäre Freiheit, sondern gestalten diese aus, indem sie weitere Möglichkeiten rechtlich anerkannter Familienbeziehungen eröffnen. Auch die Entscheidung des Gesetzgebers, eine Adoptionsmöglichkeit nicht zu gewähren, ist grundsätzlich noch der Ausgestaltungsdimension des Grundrechts zuzurechnen; Ausgestaltung schließt die Verwehrung bestimmter Entfaltungsmöglichkeiten ein (BVerfG FamRZ 2013, 521, 526 mwN = NJW 2013, 847).

Der gesetzgeberische Spielraum zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie ist durch Versagung der Adoption nicht überschritten

bb) Der gesetzgeberische Ausgestaltungsspielraum ist durch die Verwehrung der Adoption nicht überschritten. Gerade weil das Familiengrundrecht Beziehungen einschließt, die – wie hier zwischen dem Antragsteller und den anzunehmenden Kindern – einem Eltern-Kind-Verhältnis gleichkommen, ohne vom Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) erfasst zu sein, ist der Gesetzgeber nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet, in jedem Fall einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung das volle Elternrecht zu gewähren. Ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 GG schon für den Ehegatten eines rechtlichen Elternteils kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Ermöglichung einer Adoption, gilt dies erst recht für den nicht mit dem rechtlichen Elternteil verheirateten Lebensgefährten (vgl. BVerfG FamRZ 2013, 521, 526 mwN zur Sukzessivadoption = NJW 2013, 847).

Auch das Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht verletzt

c) Ferner werden die Antragsteller durch die Regelungen der §§ 1741 Abs. 2 und 1755 Abs. 1 BGB auch nicht in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

aa) Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen

Freiheitsrechten ergeben (BVerfG FamRZ 2013, 521, 526 mwN = NJW 2013, 847).

Im Rahmen der Adoption ist aufgrund der Grundrechte des Kindes und der Familie bei Beurteilung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Ungleichbehandlung ein strengerer Prüfungsmaßstab anzuwenden

Nach diesen Grundsätzen ist im Rahmen einer Adoption ein gegenüber dem bloßen Willkürverbot deutlich strengerer Prüfungsmaßstab anzuwenden. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen gehen schon deshalb über das bloße Willkürverbot hinaus, weil die Verwehrung der Adoption für die Persönlichkeitsentfaltung wesentliche Grundrechte des Kindes betrifft. Berührt ist insbesondere die Gewährleistung elterlicher Pflege (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG); die Verwehrung der Adoption schließt aus, dass das Kind einen zweiten rechtlichen Elternteil erhält, der die von der Verfassung zuvörderst den Eltern zugeordnete Sorge für die Entfaltung des Kindes in vollem Umfang übernehmen könnte. Die mit der Verwehrung der rechtlich vollwertigen Elternstellung verbundenen Beschränkungen elterlicher Befugnisse erschweren auch das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte familiäre Zusammenleben des Kindes mit seinen Eltern, weil sie einer gleichberechtigten Wahrnehmung der Elternverantwortung durch beide Lebenspartner entgegenstehen. Beeinträchtigt ist zudem die für die Entwicklung des Kindes wichtige, durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Stabilisierungsfunktion der Familie, weil der in einem solchen Fall geltende Ausschluss einer Adoption durch den Stiefelternteil dem Kind den Eindruck vermitteln kann, sein Familienverhältnis sei weniger wertvoll als das Familienverhältnis anderer Stiefkindfamilien, in denen die Eltern verheiratet sind (vgl. BVerfG FamRZ 2013, 521, 526 mwN zur Sukzessivadoption = NJW 2013, 847).

Die Ungleichbehandlung des Gesetzgebers ist im Hinblick auf den erstrebten Zweck, den anzunehmenden Kindern eine stabile Elternbeziehung zu gewährleisten, zulässig

bb) Gemessen hieran ist es von Rechts wegen allerdings nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber verheirateten oder in einer Lebenspartnerschaft lebenden Personen eine gemeinsame Adoption ermöglicht, während er bei nicht verheirateten Personen nur eine alleinige Annahme vorsieht.

Der Gesetzgeber durfte die beiden Vergleichsgruppen ungleich behandeln. Der von ihm erstrebte Zweck, den anzunehmenden Kindern eine stabile Elternbeziehung zu gewährleisten, ist legitim. Wenn der Gesetzgeber hierfür maßgeblich auf eine rechtlich abgesicherte Partnerschaft in Form einer Ehe bzw. einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (vgl. § 9 Abs. 7 LPartG) abstellt, liegt das noch in seinem gesetzgeberischen Ermessen. Auch wenn sich ein gesellschaftlicher Wandel vollzieht, wonach immer mehr Kinder aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften hervorgehen und deshalb möglicherweise eine gemeinschaftliche Adoption auch für diese Partner denkbar erscheint (vgl. dazu Senatsbeschluss BGHZ 206, 86 = FamRZ 2015, 1479 Rn. 41 = NJW 2015, 2800; Dethloff Familienrecht 31. Aufl. § 15 Rn. 17; Erman/Saar BGB 14. Aufl. § 1741 Rn. 18; s. auch Staudinger/Frank BGB [2007] § 1741 Rn. 36 mwN), ändert das nichts daran, dass sich die Ehe von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft rechtlich deutlich abhebt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Beschränkung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für künstliche Befruchtung auf Ehepaare (BVerfG FamRZ 2007, 529, 531 = NJW

2007, 1343) ausgeführt, dass der Gesetzgeber auch in typischer Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind ansehen darf, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. So sei die Ehe nach § 1353 Abs. 1 BGB auf Lebenszeit angelegt und nur unter den Voraussetzungen der Aufhebung (§§ 1313 ff. BGB) oder Scheidung (§§ 1564 ff. BGB) wieder auflösbar, während nichteheliche Lebensgemeinschaften jederzeit beendet werden könnten, auch wenn diese sich im konkreten Fall als eine feste Bindung erwiesen. Die ehelichen Bindungen böten einem Kind grundsätzlich mehr rechtliche Sicherheit, von beiden Elternteilen betreut zu werden. Auch seien Ehegatten einander nach § 1360 BGB gesetzlich verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie zu unterhalten. Dieser Unterhalt sei mit auf die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder ausgerichtet, begünstige auch sie und bestimme maßgeblich ihre wirtschaftliche und soziale Situation. Eine solche Verpflichtung bestehe bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht. Hier beschränke sich die Pflicht zur Unterhaltszahlung auf den Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB, den derjenige Elternteil für begrenzte Zeit beanspruchen könne, der das Kind allein betreue. Zudem werde die wirtschaftliche und soziale Situation eines ehelichen Kindes durch die für die Ehe geltenden besonderen güter-, versorgungs- und erbrechtlichen Regelungen gestärkt (BVerfG FamRZ 2007, 529, 531 mwN = NJW 2007, 1343).

Eine Verletzung des Grundrechts des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG scheidet ebenfalls aus

d) Ebenso wenig werden die anzunehmenden Kinder in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt.

aa) Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verleiht dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.

Die staatliche Verpflichtung, die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung durch die Eltern zu sichern, wurzelt in der grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber dem Kind. Wie der Staat seine Verpflichtung zu einem effektiven Grundrechtsschutz erfüllt, ist in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden. Zunächst befindet er darüber, welche Schutzmaßnahmen er für zweckdienlich und geboten hält, um einen wirksamen Schutz zu gewährleisten. Die aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der Grundrechte ergebenden Schutzpflichten andererseits unterscheiden sich insofern grundlegend voneinander, als das Abwehrrecht in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten fordert, während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist. Wie die staatlichen Organe ihre Schutzpflicht erfüllen, ist von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht betont deshalb in ständiger Rechtsprechung, dass die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts Sache des Gesetzgebers ist, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen (BVerfG FamRZ 2013, 521, 523 = NJW 2013, 847).

bb) Die Grenzen des dem Gesetzgeber zustehenden Spielraums sind hier indes schon deshalb nicht überschritten,

weil die betroffenen Kinder nicht elternlos sind, sondern mit der Antragstellerin einen Elternteil im Rechtssinne haben (vgl. BVerfG FamRZ 2013, 521, 523 = NJW 2013, 847). Außerdem bleibt es den Antragstellern unbenommen, die Ehe zu schließen und so in eine gemeinschaftliche Elternstellung einzurücken.

Auch das von Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist nicht verletzt

3. Schließlich verletzen die Regelungen der §§ 1741 Abs. 2 und 1755 Abs. 1 BGB die Antragsteller auch nicht in ihrem von Art. 8 EMRK geschützten Recht auf Achtung des Familienlebens.

Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährt jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens

a) Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jede Person unter anderem das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Nach Absatz 2 darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

aa) In der von der Rechtsbeschwerde bemühten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgendem: Gerichtshof) hatte dieser die Adoption einer behinderten Volljährigen nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, dass es gegen Art. 8 EMRK verstößt, wenn das maßgebende nationale Recht die Rechte und Pflichten der leiblichen Mutter gegenüber dem Kind als Folge der Adoption erlöschen lässt (EGMR FamRZ 2008, 377 f. = BeckRS 2008, 25586).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs beschränkt sich der Begriff der „Familie“ in Art. 8 EMRK nicht auf Beziehungen, die auf einer Ehe beruhen, sondern schließt auch faktische „Familienbande“ ein, wenn die Parteien nichtehelich zusammenleben. Den Staat trifft dort, wo ein Familienband zu einem Kind besteht, die Verpflichtung, so zu handeln, dass dieses Band sich entwickeln kann, und die Integration des Kindes in seine Familie durch rechtliche Schutzmaßnahmen zu ermöglichen (EGMR FamRZ 2008, 377, 378 = BeckRS 2008, 25586).

Ein Abbruch der Mutter-Kind-Beziehung als Folge der Adoption stellt nach Auffassung des Gerichtshofs einen Eingriff in das Recht der Betroffenen auf Achtung ihres Familienlebens dar. Ein solcher Eingriff lässt sich nur rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK vorliegen. Danach muss der Eingriff „vorgesehen sein durch das Gesetz“, motiviert durch ein legitimes Ziel und „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“, um dieses Ziel zu erreichen (EGMR FamRZ 2008, 377, 378 = BeckRS 2008, 25586).

Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zwar anerkannt, dass „die Logik dieser Konzeption der Adoption“ (also der Abbruch der Beziehung des Kindes zu seinen leiblichen Eltern) für minderjährige Personen gültig ist und überdies der von der großen Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarats vertretenen Auffassung entspricht. Im Folgenden hat er aber ausgeführt, „dass dieselbe Argumentation (...) auf die besonderen Umstände, wie sie im gegenwärtigen Fall vorliegen, der eine volljährige, aber behinderte Person betrifft, und zu deren Adoption alle Beteilig-

ten frei und klar ihr Einverständnis erklärt haben“, nicht angewandt werden könne. Hier liege eine Situation vor, welche die „Existenz von Elementen einer Abhängigkeit impliziert, die über die normalen affektiven Bindungen hinausgehen“ (EGMR FamRZ 2008, 377, 378 = BeckRS 2008, 25586).

bb) Das Verbot der gemeinschaftlichen Adoption durch Unverheiratete entsprach den seinerzeitigen Vorgaben durch Art. 6 Abs. 1 des Europäischen Adoptionsübereinkommens vom 24. April 1967 (BGBl. II 1980 S. 1094, 1096). Seither haben im europäischen Rechtskreis eine Reihe nationaler Rechtsordnungen auch Partnern einer rechtlich unverbindlichen Lebensgemeinschaft die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Annahme eines Kindes eröffnet, und zwar auch gleichgeschlechtlichen Partnern. Das revidierte Europäische Adoptionsübereinkommen vom 27. November 2008 trägt diesem Umstand in Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Rechnung und erlaubt den Vertragsstaaten, den Anwendungsbereich des Übereinkommens auf gleich- oder verschiedengeschlechtliche Paare auszudehnen, sofern diese „in einer stabilen Beziehung“ leben (BGBl. II 2015 S. 2, 6 – Senatsbeschluss BGHZ 206, 86 = FamRZ 2015, 1479 Rn. 40 mwN = NJW 2015, 2800). Dabei handelt es sich insoweit jedoch lediglich um eine Öffnungsklausel, nicht aber bereits um eine (bindende) Wertentscheidung.

§§ 1741 Abs. 2, 1755 Abs. 1 BGB stellen sich aber nicht als konventionswidrig dar

b) Gemessen hieran stellen sich die Regelungen der §§ 1741 Abs. 2 und 1755 Abs. 1 BGB nicht als konventionswidrig dar (aA BeckOK BGB/Enders [Stand: 1. November 2016] § 1741 Rn. 30.1; Henrich FamRZ 2008, 379).

Vielmehr hat der Gerichtshof den Abbruch der Beziehung des Kindes zu seinen leiblichen Eltern bei der Adoption Minderjähriger im Grundsatz anerkannt. Nur bei den von ihm bei seiner Entscheidung zugrunde liegenden besonderen Umständen des Falls, der eine volljährige, aber behinderte Person betraf, hat er eine Verletzung von Art. 8 EMRK erkannt. Jener Fall unterscheidet sich von dem vorliegenden allerdings in mehrfacher Hinsicht. Zum einen sind die Kinder minderjährig. Für diese hat der deutsche Gesetzgeber im Interesse des Kindeswohls eine Stiefkindadoption weiterhin an eine besonders gefestigte Beziehung der Annehmenden in Form einer Ehe oder Lebenspartnerschaft geknüpft. Zum anderen lässt das hier maßgebliche deutsche Recht bei einer Volljährigenadoption gemäß § 1770 Abs. 2 BGB die verwandtschaftlichen Beziehungen des Angenommenen grundsätzlich unberührt.

Es fehlt bereits an einem Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention

c) Mithin fehlt es bereits an einem Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention. Deshalb kann die Frage unbeantwortet bleiben, ob der Senat ein seiner Auffassung nach zwar verfassungsgemäßes, aber gleichwohl konventionswidriges – und einer konventionskonformen Auslegung nicht zugängliches – Gesetz entsprechend Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen hat (so Klinkhammer ZfPW 2015, 5, 22 f.).

Den Antragstellern steht es frei, die Ehe zu schließen; das Argument des Wegfalls einer Witwenrente vermag im Hinblick auf die Absicherung durch den Ehegatten nicht überzeugen

4. Schließlich steht es den Antragstellern frei, die Ehe zu schließen und damit den Weg für eine gemeinschaftliche

Elternschaft zu eröffnen. Allein der Hinweis auf eine dann wegfallende Witwenrente vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die Ehe dadurch gekennzeichnet ist, dass die Eheleute – worauf das Amtsgericht zu Recht hingewiesen hat – auch wirtschaftlich füreinander eintreten, was nicht zuletzt mit entsprechenden Unterhaltsansprüchen und einem Versorgungsausgleich einhergeht (krit. allerdings EGMR FamRZ 2008, 377, 378 = BeckRS 2008, 25586). ■

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 GmbHG nF auf vor Inkrafttreten des MoMiG in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten

(OLG Dresden, Beschluss vom 1.6.2016 – 17 W 289/16)

GmbHG § 16 Abs. 1

§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nF, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter als Inhaber eines Geschäftsanteils nur derjenige gilt, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Liste eingetragen ist, erstreckt sich jedenfalls nicht auf Veränderungen, die schon vor dem 1. November 2008 nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF bei der Gesellschaft angemeldet wurden, aber nicht zur Aufnahme einer aktualisierten Gesellschafterliste im Handelsregister geführt haben.

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Die Frage, wer der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter gilt (sog. relative Gesellschafterstellung), ist für die Praxis von erheblicher Relevanz. Das MoMiG hat mit § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF eine Regelung geschaffen, die an die Angaben der letzten im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste anknüpft. Fraglich ist, ob diese Regelung auch auf Gesellschafterlisten Anwendung findet, die vor Inkrafttreten der Neuregelung ins Handelsregister aufgenommen wurden. Mit dieser Frage hatte sich als erstes Obergericht – fast acht Jahre nach Inkrafttreten des MoMiG – nun das OLG Dresden zu beschäftigen.

Seit Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF im Verhältnis zur Gesellschaft in allen Fällen einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Entscheidend für die Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Rechts zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und des Stimmrechts, ist seitdem also – unabhängig von der tatsächlich bestehenden materiellen Rechtslage – allein die formelle Legitimation aus der Gesellschafterliste (BeckOK GmbHG/Wilhelmi, 30. Ed., Stand 1.2.2017, § 16 Rn. 16). Nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF galt dagegen der Gesellschaft gegenüber im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet wurde. Bei allen anderen Formen der Veränderung war die materiell-rechtliche Rechtslage entscheidend. Der Gesellschafterliste kam nach altem Recht somit keine Rechts-

scheinwirkung zu (*Heidinger GmbH* 2017, 273; DNotI-Report 2016, 171).

Anders als in der Übergangsregelung in § 3 Abs. 3 EGGmbHG zum gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG nF fehlt es für § 16 Abs. 1 und 2 GmbHG nF an einer besonderen Übergangsvorschrift. Fraglich ist daher, ob eine vor dem 1.11.2008 erfolgte ordnungsgemäße Anmeldung bei der Gesellschaft bis zur Einreichung einer neuem Recht entsprechenden Gesellschafterliste auch weiterhin Legitimationswirkung hat oder ob diese mit Inkrafttreten der Neuregelung entfallen und durch Rückgriff auf die – in der Praxis häufig nicht aktuelle – zuletzt eingereichte Gesellschafterliste nach altem Recht ersetzt worden ist (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 16 Rn. 13). Nach einer Ansicht soll sich die Neuregelung allein auf nach § 40 GmbHG nF in elektronischer Form eingereichte Gesellschafterlisten beziehen, da durch § 16 Abs. 1 S.1 GmbHG nF keine bereits erworbenen Rechtspositionen entzogen werden sollten und andernfalls eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit bestehen würde (LG München NZG 2010, 394 [395]; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 16 Rn. 13, Mayer MittBayNot 2014, 24 [28 f.]). Die Gegenansicht geht dagegen davon aus, dass § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF auch auf bereits vor dem 1.11.2008 zum Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten anwendbar ist, da sich das Ziel des Gesetzgebers, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der Gesellschaft zu schaffen und Missbrauch zu bekämpfen (BT-Drs.16/6140, S. 37), nur auf diese Weise zeitnah verwirklichen lässt (MüKoGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2015, § 16 Rn. 129; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 16 Rn. 107 f.; Wachter ZNotP 2009, 82 [89 f.]; Saenger/Sandhaus DNotZ 2012, 346 [356]).

Das OLG Dresden schließt sich in seiner Entscheidung der erstgenannten Auffassung zumindest für diejenigen Fälle an, in denen es um eine nicht in einer aktualisierten Gesellschafterliste verlautbarte Veräußerung geht, die vor dem 1.11.2008 gem. § 16 Abs. 1 GmbHG aF angemeldet worden ist und daher die relative Gesellschafterstellung des Erwerbers begründet hat. Die Entstehungsgeschichte – so das Gericht – spricht gegen die Erfassung solcher Veränderungen von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF und eine andere Auslegung würde gegen das verfassungsrechtliche Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen verstoßen. Der Begriff der Veräußerung iSd § 16 Abs. 1 GmbHG aF soll zudem weit auszulegen sein und auch den Übergang des Anteils im Rahmen der Abspaltung bei einem Gesellschafter erfassen können.

Für die Praxis hat die Entscheidung zur Folge, dass vor dem 1.11.2008 ins Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten grundsätzlich nicht als Nachweis der (relativen) Gesellschafterstellung herangezogen werden können, da zwischenzeitliche Anmeldungen bei der Gesellschaft daraus nicht hervorgehen. Um daraus folgende Rechtsunsicherheiten zu vermeiden sowie im Hinblick auf eine noch ausstehende höchstrichterliche Klärung, dürfte es sich somit auch weiterhin anbieten, bei „Altfällen“ mit fehlerhaften Gesellschafterlisten vor einer Beschlussfassung eine aktualisierte Gesellschafterliste ins Handelsregister aufnehmen zu lassen (*Heckschen*, Anm. zu OLG Dresden NotBZ 2016, 463 [468], DNotI-Report 2008, 185 [187 f.]; Wachter ZNotP 2009, 82 [90]).

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

Die betroffene GmbH (Beteiligte zu 2; im Folgenden auch: Gesellschaft) wurde 1994 mit einem Stammkapital von 50.000,00 DM gegründet und in das Handelsregister eingetragen. Sie war und ist persönlich haftende Gesellschafterin der parallel gegründeten V. GmbH & Co. KG (AG Chemnitz HRA xxx; nachfolgend: Kommanditgesellschaft oder GmbH & Co. KG). Vor dem jetzigen Anmeldeverfahren war dem Registergericht letztmals im Jahre 1998 eine vom erstbeteiligten Alleingeschäftsführer der Gesellschaft (im Folgenden: Geschäftsführer) am 24.2.1998 unterzeichnete „Gesellschafterliste gem. § 40 GmbHG“ übermittelt worden. Diese aufgrund Anordnung des Rechtspflegers vom 26.2.1998 in den Sonderband der Registerakten eingelebte Liste (SB Bl. 24 rot) führte als Gesellschafter auf:

Landkreis ... DM 8.000,00 Stammkapital

A. ... e. V., ... DM 13.000,00 Stammkapital

T. ... GmbH, W. DM 13.000,00 Stammkapital

B. ... GmbH, C. DM 5.500,00 Stammkapital

B. — GmbH, G. DM 5.500,00 Stammkapital

V. ... GmbH & Co. KG, ... DM 5.000,00 Stammkapital

Im Januar 2016 hat der Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet: die Umstellung des Stammkapitals auf Euro, die Erhöhung des Stammkapitals von 25.564,59 € um 4.435,41 € auf 30.000,00 € (im Wege effektiver Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen durch Aufstockung der bestehenden Geschäftsanteile) und die Neufassung des Gesellschaftsvertrages. Der Anmeldung lagen entsprechende Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung vom 11.11.2014 zugrunde, an der ausweislich der notariell beurkundeten Versammlungsniederschrift als Gesellschafter mitgewirkt hatten:

Landkreis ...

V. ... GmbH (AG Chemnitz HRB ...)

A. ... e. V. (AG Dresden VR ...)

B. ... GmbH (AG München HRB ...)

B. — GmbH (AG München HRB ...)

M. ... GmbH & Co. KG (AG Stuttgart HRA ...)

Der einstige Landkreis Chemnitzer Land ist im Zuge der Kreisreform 2008 in dem Landkreis Zwickau aufgegangen. Der früher in L. ansässig gewesene A. ... e. V. heißt heute A. ... e. V. und sitzt in D.. Die B. ... GmbH mit früherem Sitz in C. ist seit einiger Zeit im Raum M. ansässig und registriert. Die V. ... GmbH & Co. KG hat im Jahre 2005 in M. ... GmbH & Co. KG umfirmiert.

Im Hinblick auf § 16 Abs. 1 GmbHG und Veränderungen in den Personen der zwei anderen Gesellschafterinnen hat der Registerrichter den Notar, der die Anmeldung beglaubigt und elektronisch übermittelt hatte, mit Schreiben vom 21.1.2016 unter Übersendung einer Kopie der letzten Gesellschafterliste auf Folgendes hingewiesen:

„Die B. ... GmbH ist entstanden durch Spaltungsplan vom 9.3.2001 durch Abspaltung von der B. ..., ... GmbH, wobei wahrscheinlich auch der Geschäftsanteil übertragen wurde. Hinsichtlich des Geschäftsanteils der österreichischen GmbH ist nichts bekannt. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gilt eine vom Erwerber vorgenommene

Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Rechtshandlung ist damit ohne die Möglichkeit der Heilung unwirksam. Es wird Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. Rücknahme der Anmeldung gegeben... Es sollte eine neue Liste der Gesellschafter übermittelt werden.“

Der Notar hat hierauf am 24.2.2016 erwidert: Die Abspaltung vom 9.3.2001 aus dem Vermögen der B. ... GmbH auf die dadurch neu gegründete B. ... GmbH habe in der Tat auch den Geschäftsanteil an der hier betroffenen Gesellschaft umfasst; die Abspaltung sei am 1.2.2002 in den Registerblättern der an der Abspaltung beteiligten Rechtsträger eingetragen worden. Der Geschäftsanteil der T. ... GmbH mit Sitz in W. sei nach dem 30.6.2005 an die T. ... GmbH mit Sitz in A. abgetreten worden; diese habe ihrerseits im Mai 2008 die Umfirmierung in V. ... GmbH sowie die Sitzverlegung nach Sachsen beschlossen und sei mit ihrer neuen Firma am 15.7.2008 im Chemnitzer Handelsregister unter HRB xxx eingetragen worden. Da sämtliche Veränderungen vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 erfolgt und bei der Gesellschaft auch im Sinne von § 16 Abs. 1 GmbHG aF angemeldet worden seien, andererseits § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF nur solche Änderungen erfasse, die sich ab dem 1.11.2008 einstellen, sei die Anmeldung in der beantragten Form zu vollziehen. Zugleich hat der Notar eine von ihm so bezeichnete, vom Geschäftsführer am 22.2.2016 unterschriebene „Gesellschafterliste für die heute (noch) bestehenden Geschäftsverhältnisse“ übermittelt. Darin sind die Geschäftsanteile fortlaufend nummeriert, die Nennbeträge der Anteile mit den DM-Beträgen wie in der Liste vom 24.2.1998 aufgeführt und die sechs Gesellschafter mit Namen und Sitz in der oben dargestellten Reihenfolge der Versammlungsniederschrift vom 11.11.2014 angegeben.

Während die neue Liste am 25.2.2016 in den Registerordner aufgenommen worden ist, hat der Registerrichter die Anmeldung am selben Tag zurückgewiesen; nach seiner Ansicht gilt § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch für Veränderungen aus der Zeit vor November 2008. Dagegen richtet sich die vom Notar namens und in Vollmacht der Gesellschaft form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde, der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der durch den angefochtenen Beschluss in unmittelbar eigenen Rechten betroffenen Gesellschaft ist begründet. Das Amtsgericht hat die Anmeldung des Geschäftsführers zu Unrecht zurückgewiesen.

Die den erstrebten Registereinträgen zugrunde liegenden Beschlüsse sind wirksam

Die Anmeldung ist zu vollziehen, weil die den erstrebten Registereinträgen zugrunde liegenden, in der Gesellschafterversammlung vom 11.11.2014 gefassten Beschlüsse wirksam sind und sonstige Eintragungshindernisse nicht bestehen. Zwar haben an den Beschlussfassungen nicht die in der im November 2014 im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 24.2.1998 ausgewiesenen Gesellschafterinnen „T. ... GmbH“ und „B. ... GmbH“ mitgewirkt, sondern statt ihrer die V. ... GmbH und die B... GmbH. Das führt aber trotz der schon

am 1.11.2008 in Kraft getretenen Regelungen des § 16 Abs. 1 GmbHG, nach dessen Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur gilt, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, nicht zur – anfänglich schwebenden und dann mangels Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister „unverzüglich“ nach Vornahme der Rechtshandlungen (§ 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG) endgültigen – Unwirksamkeit der Rechtshandlungen und damit insgesamt der am 11.11.2014 gefassten Beschlüsse. Denn an diesem Tag galten im Verhältnis zur Gesellschaft nicht mehr und auch nicht wieder die T. ... GmbH und die B. ... GmbH, sondern aufgrund vor November 2008 erfolgter Anmeldungen bei der Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF (d.h. in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung) die V. ... GmbH und die B. ... GmbH als Gesellschafterinnen. Aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG folgt nichts anderes, weil eine einzelne Voraussetzung dieser Vorschrift, die ihre aktuelle Fassung durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026) erhalten hat, nicht vorliegt.

§ 16 Abs. 1 GmbHG nF ist seit dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 anwendbar

1. Mangels einer besonderen Übergangsvorschrift, wie sie der MoMiG-Gesetzgeber etwa zu § 16 Abs. 3 GmbHG für die neu eingeführte Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen geschaffen hat (§ 3 Abs. 3 EGGmbHG), ist § 16 Abs. 1 GmbHG in der am 1.11.2008 in Kraft getretenen Fassung seit eben diesem Tag anwendbar.

Die letzte Gesellschafterliste wurde schon vor dem 1.11.2008 in das Handelsregister aufgenommen

2. Am 11.11.2014 waren die T. ... GmbH und die B. ... GmbH in der damals letzten Gesellschafterliste vom 24.2.1998 eingetragen. Diese Liste war im November 2014 auch im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Handelsregister aufgenommen. Dem steht nicht entgegen, dass die Liste mangels Einstellung in den Registerordner zu keinem Zeitpunkt elektronisch abrufbar gewesen ist. Entsprechend der amtlichen Begründung im Entwurf des MoMiG ging der Gesetzgeber davon aus, dass eine Gesellschafterliste „im Handelsregister aufgenommen“ ist, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestehenden Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) und/oder in den Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV in der bis zum 31.12.2006 geltenden Fassung vor Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister vom 10.11.2006 am 1.1.2007) aufgenommen ist (BR-Drs. 354/07 S. 84 f.). Das Abstellen auf diesen Zeitpunkt diene der „mit der Neufassung angestrebten Transparenz der Anteilsverhältnisse, da die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann“ (a. a. O. S. 85). Vorliegend war jedermann bereits ab Ende Februar 1998 und seither durchgängig berechtigt, die in den Sonderband eingelebte Gesellschafterliste vom 24.2.1998 einzusehen und darüber hinaus eine Abschrift der Liste zu fordern (§ 9 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 S. 1 Alt. 2 HGB in der vom 25.12.1993 bis zum 14.12.2001 und auch in der vom 15.12.2001 bis zum 31.12.2006 geltenden Fassung; entspricht im Wesentlichen § 9 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 4 S. 2 HGB in der vom 1.1.2007 bis zum 27.12.2012 sowie ebenso in der seither geltenden aktuellen Fassung).

Daher war die Liste vom 24.2.1998 schon bei Inkrafttreten des MoMiG und auch noch am 11.11.2014 im Handelsregister aufgenommen.

Den noch nach alter Rechtslage erlangten Gesellschafterstatus haben die Anteilserwerber nicht nachträglich wieder verloren

3. Verglichen mit der im Handelsregister aufgenommenen Liste vom 24.2.1998, hat es nach Darstellung der Beschwerde vor den Beschlussfassungen vom 11.11.2014 in den Personen von zwei Gesellschafterinnen Veränderungen gegeben (V. ... GmbH statt T. ... GmbH; B. ... GmbH anstelle von B. ... GmbH). Nach dem weiteren Vorbringen der Beschwerde waren diese beiden Veränderungen freilich schon vor November 2008 eingetreten und auch im Sinne von § 16 Abs. 1 HGB aF bei der Gesellschaft angemeldet worden. Dementsprechend hätten die V. ... GmbH und die B. ... GmbH, bevor das MoMiG in Kraft getreten sei, als Gesellschafterinnen gegolten. Den so erlangten Status hätten sie weder am 1.11.2008 noch in der Folgezeit eingebüßt. Daran ändere nichts, dass es der Geschäftsführer vor und auch nach dem 1.11.2008 (bis Ende Februar 2016) objektiv rechtswidrig versäumt habe, eine neue Gesellschafterliste einzureichen. Dem ist im Ergebnis sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht beizutreten.

Vor dem 1.11.2008 galten die Anteilserwerber der Gesellschaft gegenüber als neue Gesellschafter

a) Vor Inkrafttreten des MoMiG galten die V. ... GmbH und die B. ... GmbH der Gesellschaft gegenüber gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF als Erwerberrinnen und damit anstelle der früheren Anteilsinhaberinnen als neue Gesellschafterinnen.

Die erfolgte Abspaltung stellt eine „Veräußerung des Geschäftsanteils“ im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG aF dar

aa) In Bezug auf die B. ... GmbH kann § 16 Abs. 1 GmbHG aF von vornherein nur Bedeutung erlangen, wenn die den betreffenden Geschäftsanteil umfassende Abspaltung aus dem Vermögen der B. ... GmbH auf die dadurch neu gegründete B. ... GmbH eine „Veräußerung des Geschäftsanteils“ im Sinne der Vorschrift darstellte. Das lässt sich mit guten Gründen bejahen. Nach allgemeiner Ansicht war der Begriff der Veräußerung des Geschäftsanteils sehr weit zu verstehen; im Wesentlichen nur Gesamtrechtsnachfolgen unter Wegfall des bisherigen Geschäftsanteilsinhabers fielen nicht darunter und bedurften daher keiner Anmeldung (vgl. Preetz GmbHR 2006, 852, 854 f. m.w.N.). Die vorliegende Abspaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) bedeutete eine bloß partielle Gesamtrechtsnachfolge, bei der die B. ... Partner GmbH, die übertragende Rechtsträgerin und bisherige Geschäftsanteilsinhaberin, weiter existierte. Aus Sicht der hier betroffenen Gesellschaft stellte sich deshalb, im Kern nicht anders als bei einer Einzelübertragung, die Frage, ob der betreffende Geschäftsanteil im Zuge des Umwandlungsvorgangs übergegangen war oder nicht, wen sie insofern also fortan als Gesellschafterin zu behandeln hatte.

Die Anteilserwerbe wurden vor dem 1.11.2008 gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF bei der Gesellschaft angemeldet

bb) Beide Anteilserwerbe waren schon vor dem 1.11.2008 im Sinne von § 16 Abs. 1 GmbHG aF „unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet“. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung setzt eine solche, auch konkludent mögliche Anmeldung voraus, dass

das Vertretungsorgan der Gesellschaft von dem Rechtsübergang überzeugend unterrichtet wird (BGH ZIP 1991, 724 = MittRhNotK 1991, 223 = DNotZ 1992, 164; BGH NJW-RR 1996, 1377 = MittRhNotK 1997, 31; zuletzt BGH ZIP 2013, 117). Davon ist hier in Ansehung beider Erwerbsfälle schon zu einem Zeitpunkt vor November 2008 auszugehen. Offen bleiben kann dabei, inwieweit in einem Eintragungsverfahren wie dem vorliegenden die zuständigen Register- und Beschwerderichter – ähnlich wie Prozessrichter, vor denen Ansprüche von oder gegen Personen erhoben werden, die angeblich nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF als Gesellschafter gelten (so die den zitierten BGH-Entscheidungen zu Grunde liegenden Sachverhalte) – Tatsachenvorbringen des anmeldenden Geschäftsführers zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 GmbHG aF einer näheren Prüfung zu unterziehen haben, mit anderen Worten ob sie sich, gegebenenfalls nach amtsweiger Aufklärung, eine eigene Überzeugung verschaffen müssen, dass der fragliche Erwerb, hier noch dazu vor einem bestimmten Zeitpunkt, tatsächlich unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet wurde (vgl. insoweit OLG Hamm ZIP 2001, 1918 = MittBayNot 2002, 122 = DNotI-Report 2001, 167). Denn eine solche etwa nötige Überzeugung kann der Senat hier ohne Weiteres gewinnen:

Das Vorbringen des erstbeteiligten Geschäftsführers vor dem Registergericht verhielt sich zwar nicht spezifiziert zu den näheren Umständen und den genauen Zeitpunkten der beiden Anmeldungen bei der Gesellschaft. Gleichwohl gibt es keinen vernünftigen Zweifel, dass der Geschäftsführer zu beiden Erwerbsfällen schon vor dem 1.11.2008 vom Rechtsübergang überzeugend unterrichtet war. Zum einen hat der Geschäftsführer, der die Geschäfte der Gesellschaft – und mittelbar die der GmbH & Co. KG – seit fast zwanzig Jahren alleine führt, in der unlängst erstellten Gesellschafterliste vom 22.2.2016 zusätzlich sinngemäß erklärt, die Liste gebe den „unveränderten Stand seit 15.7.2008“ wieder. Zum anderen ist die Übertragung eines Geschäftsanteils nach § 13 Nr. 2 der Satzung vom 18.2.1994 „nur wirksam, wenn der übertragende Gesellschafter gleichzeitig seinen Geschäftsanteil an der V. am ... GmbH & Co. KG ... auf den Erwerber dergestalt überträgt, daß bei beiden Gesellschaften gleiche Beteiligungsverhältnisse gewährleistet sind“. Damit korrespondierend bestimmt § 12 Nr. 2 der Satzung, dass die Geschäftsanteile eines Gesellschafters einzuziehen sind, „wenn ein Gesellschafter der V. am ... GmbH & Co. KG aus jener Gesellschaft ausscheidet“. Die so in Bezug auf Komplementär-GmbH und Kommanditgesellschaft ersichtlich angestrebte dauerhafte Gleichheit des Kreises der Gesellschafter und des Verhältnisses ihrer Beteiligungen erlaubt im vorliegenden Zusammenhang Rückschlüsse. Zur GmbH & Co. KG waren im Handelsregister bis Anfang 2006 genau und nur die sechs in der zur Komplementärin existierenden Gesellschafterliste vom 24.2.1998 aufgeführten Personen als Kommanditisten eingetragen, und zwar jeweils mit einer Kommanditeinlage, deren Höhe exakt dem Nennbetrag des jeweils an der GmbH gehaltenen Geschäftsanteils entsprach. Am 14.2.2006 wurde im Register der Kommanditgesellschaft dann einerseits die Umstellung der Kommanditeinlagen auf Euro, andererseits und vor allem eingetragen, dass im Wege der Sonderrechtsnachfolge anstelle der ausgeschiedenen T. ... GmbH mit Sitz in W. die „T. ... GmbH, A.“ und im Wege der Abspaltung anstelle der ausgeschiedenen B. ... GmbH die B. ... GmbH als Kommanditistinnen eingetreten waren. Am 16.7.2008 verlautbarte das Registergericht im Handelsregister der Kommanditgesellschaft

schließlich die Sitzverlegung und Firmenänderung der „T. ... GmbH, A.“ und trug als Namen und Sitz dieser Kommanditistin nunmehr „V. ... GmbH, O. (Amtsgericht Chemnitz HRB xxx)“ ein; eben diese GmbH hatte es am Vortag (15.7.2008) mitsamt dem Beteiligten zu 1 als neuem und seither alleinigem Geschäftsführer in das neu angelegte Registerblatt HRB xxx eingetragen. Darüber hinaus sind die Prominenz des Gesellschafterkreises von Komplementärin und Kommanditgesellschaft sowie die Öffentlichkeitswirksamkeit der betriebenen Geschäfte (vgl. www.....de: „Der ... –!“) in die Würdigung einzubeziehen. Dann steht, weil in der Gesamtschau aller Umstände vernünftigerweise nicht zu bezweifeln, fest, dass der Beteiligte zu 1 in seiner Eigenschaft als Vertretungsorgan der betroffenen Gesellschaft über die beiden Anteilerwerb von Veräußerer- bzw. Erwerberseite bereits vor dem 1.11.2008 überzeugend unterrichtet war.

Durch Inkrafttreten des MoMiG hat sich an der zuvor geltenden Gesellschafterstellung der Erwerber nichts geändert

b) Galten die beiden Erwerberinnen daher im Verhältnis zur Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF noch am 31.10.2008 als Gesellschafterinnen, hat sich hieran weder mit Inkrafttreten der Neufassung der Vorschrift am Folgetag noch anschließend etwas geändert. Die Neuregelung in Satz 1, nach der im Verhältnis zur Gesellschaft „im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ als Inhaber eines Geschäftsanteils nur derjenige gilt, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Liste eingetragen ist, erstreckt sich nicht auch auf Veränderungen, die – wie hier – schon vor dem 1.11.2008 bei der Gesellschaft ordnungsgemäß angemeldet wurden, aber nach der Anmeldung nicht zu einer Aktualisierung auch der Gesellschafterliste geführt haben.

Ob § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF lediglich auf nach dem 1.11.2008 eingetretene Veränderungen anwendbar ist, ist umstritten

aa) Ob § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG lediglich bei künftigen oder auch bei in der Vergangenheit bis Oktober 2008 angemeldeten Veränderungen eingreifen kann, ist umstritten. Das Deutsche Notarinstitut hat unter anderem diese Frage frühzeitig aufgeworfen und näher beleuchtet (DNotI-Report 2008, 185 ff.), im Ergebnis die Rechtslage als unsicher eingestuft und dringend geraten, „dass der ... zuständige Geschäftsführer schnellstmöglich die alten – derzeit häufig fehlerhaften – Gesellschafterlisten auf den aktuellen korrekten Stand bringt“ (a.a.O. S. 188). Zu der von ihm erhofften Klarstellung der Rechtslage durch die Obergerichte ist es freilich bis zum heutigen Tag nicht gekommen. Soweit ersichtlich gibt es zur Problematik überhaupt nur eine einzige veröffentlichte Gerichtsentscheidung, nämlich den Beschluss des Landgerichts München I vom 24.9.2009 – 17 HKT 15914/09 (ZIP 2010, 930); die dortige Kammer für Handelssachen, seinerzeit (Erst-)Beschwerdegericht in Handelsregistersachen, hat gemeint, Veränderungen in den Personen der Gesellschafter aus der Zeit vor dem 1.11.2008 würden von der Neuregelung nicht erfasst. Derselben Ansicht ist ein Teil der Literatur (Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG 20. Aufl. § 16 Rn. 13; Pfisterer in: Saenger/Inhester GmbHG 2. Aufl. § 16 Rn. 7, jeweils m.w.N.). Wohl überwiegend wird im Schrifttum dagegen der gegenteilige Standpunkt eingenommen und teils umfangreich begründet (Löbke in: Ulmer/Habersack/Löbke GmbHG 2. Aufl. § 16 Rn. 191 ff.; MüKo-GmbHG/Ei-

ding 2. Aufl. § 16 Rn. 108 ff.; Bayer in: Lutter/Hommelhoff GmbHG 18. Aufl. § 16 Rn. 82, je m.w.N.).

§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nF ist jedenfalls nicht auf Veränderungen anzuwenden, die vor dem 1.11.2008 nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF angemeldet wurden

bb) Der Senat hält die erstgenannte Auffassung zumindest für diejenigen Fälle für richtig, in denen es um eine (nicht in einer aktualisierten Gesellschafterliste verlautebarte) Veränderung in den Personen der Gesellschafter geht, die – wie hier – vor dem 1.11.2008 im Sinne von § 16 Abs. 1 GmbHG aF angemeldet worden ist und daher die relative Gesellschafterstellung des Erwerbers anstelle des Veräußerers begründet hat.

(1) Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist nicht eindeutig.

Die Wendung „im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ lässt sich, gerade im Kontext der Neufassung, dahin verstehen, dass sie ausschließlich ab ihrem Inkrafttreten eintretende Veränderungen meint. Begrifflich ebenso möglich ist das Verständnis, dass es keine Rolle spielt, wann sich die Veränderung zugetragen hat (ob vor, am oder nach dem 1.11.2008), sondern es für die relative Gesellschafterstellung ab Inkrafttreten der Vorschrift allein auf die im Handelsregister aufgenommene

Gesellschafterliste ankommt.

Die historische Auslegung spricht gegen die Erfassung solcher Veränderungen von § 16 Abs. 1 GmbHG nF

(2) Die Entstehungsgeschichte spricht dagegen, dass auch Veränderungen, die schon vor dem 1.11.2008 unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet waren (und bis zum Inkrafttreten der Neuregelung nicht zur entsprechenden Änderung der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste geführt haben), von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfasst werden.

Wie schon erwähnt, existiert zu § 16 Abs. 1 GmbHG keine besondere Überleitungsvorschrift. In den Gesetzesmaterialien ist die spezifische Problematik nicht thematisiert. Dieses Schweigen legt freilich keineswegs nahe, dass der Gesetzgeber die an sich auf der Hand liegende und für die Praxis wichtige Frage, ob die strukturell neue Anknüpfung der Fiktionswirkung an die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste auch alle Veränderungen erfassen soll, die bei der Gesellschaft nach altem Recht vor November 2008 ordnungsgemäß angemeldet worden waren, übersehen hat. Vielmehr hat der Gesetzgeber eine besondere Übergangs-/Überleitungsregel und/oder eine ausdrückliche Äußerung im Gesetzgebungsverfahren offenbar für unnötig gehalten, und zwar deshalb, weil aus seiner Sicht die Neuregelung, derzufolge künftig allein die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste maßgeblich ist, selbstverständlich nicht im Falle „alter“, vor dem 1.11.2008 bei der Gesellschaft wirksam angemeldeter Veränderungen relevant sein soll.

Bestätigt wird dies durch einen vergleichenden Blick auf die mit dem MoMiG ebenfalls neu gefasste und ebenso ohne besondere Übergangsbestimmung gebliebene Vorschrift des § 40 GmbHG zur Gesellschafterliste. Im Kern unverändert gegenüber der alten Regelung verpflichtet Absatz 1 Satz 1 die Geschäftsführer, „unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen“. In Absatz 2 sind demgegenüber

neue Pflichten mitwirkender Notare statuiert. Satz 1 lautet: „Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln.“ Beide substantiell neuen Gesetzesbestimmungen sprechen von einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung. Während § 16 Abs. 1 S. 1 GmbH insoweit für die Frage, wer im Verhältnis zur Gesellschaft im Falle einer Veränderung als Gesellschafter gilt, ab dem 1.11.2008 die im Handelsregister aufgenommene Liste für ausschlaggebend erklärt, begründet § 40 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 GmbHG, gleichfalls mit Wirkung ab Inkrafttreten am 1.11.2008, bei Mitwirkung eines Notars an einer solchen Veränderung die genannten neuen Verhaltenspflichten des Notars. Zu § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG vertritt mit Recht niemand die Auffassung, Notare seien auch bei den von ihnen vor November 2008 beurkundeten Geschäftsanteilsabtretungen – gleichsam rückwirkend – verpflichtet, mit Inkrafttreten der Vorschrift das hierin neu Angeordnete nunmehr unverzüglich zu tun. Dann aber könnte schwerlich einleuchten, § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG – rückwirkend – auch auf alte, bei der Gesellschaft angemeldete Veränderungen zu erstrecken.

Existenz und Inhalt der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG zu § 16 Abs. 3 GmbHG erlauben im vorliegenden Kontext keine gegenteiligen Schlüsse. Sie bekräftigen eher zusätzlich den hier vertretenen Standpunkt. Richtig ist, dass der Gesetzgeber auch eine im Handelsregister aufgenommene „alte“ Gesellschafterliste als taugliche Rechtsscheinsgrundlage für einen gutgläubigen Anteilerwerb nach der neuen Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG angesehen und nicht zuletzt deshalb in § 3 Abs. 3 EGGmbHG eine Übergangsregelung geschaffen hat. Diese ermöglicht der Gesetzesbegründung zufolge „den Altgesellschaften ein allmähliches Hineinwachsen in die Möglichkeit des gutgläubigen Anteilerwerbs, ohne ... unangemessene Härten aufgrund nachlässiger Führung der Gesellschafterlisten in der Vergangenheit eintreten zu lassen“ (BR-Drs. 354/07 S. 111). Solche Härten drohten und drohen vor allem denjenigen, die dem materiellen Recht zuwider nicht in der bisherigen Gesellschafterliste aufgeführt sind und ihren Geschäftsanteil fortan, anders als nach früherem Recht, im Falle rechtsgeschäftlicher Übertragung durch einen Nichtberechtigten an einen gutgläubigen Erwerber verlieren können. Hat der Gesetzgeber also eindeutig zu erkennen gegeben, durch § 3 Abs. 3 EGGmbHG als unangemessen empfundene Härten im Zusammenhang mit den neuen Regelungen des § 16 Abs. 3 GmbHG nicht entstehen lassen zu wollen, kann und muss ihm ebenso, wenn nicht gar erst recht der Wille unterstellt werden, bei Einführung des § 16 Abs. 1 GmbHG und dem damit in puncto relativer Gesellschafterstellung verbundenen Systemwechsel verfassungsrechtlich bedenkliche Härten oder gar verfassungswidrige echte Rückwirkungen zu vermeiden. Eben hierzu würde es aber, wie sogleich dargelegt wird, kommen, erstreckte sich § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch auf alle vor Inkrafttreten des MoMiG bei der Gesellschaft angemeldeten Veränderungen.

Eine andere Auslegung würde zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Rückwirkung führen

(3) Sind Gesetzesauslegungen möglich, von denen eine ganz oder teilweise zur Verfassungswidrigkeit der Norm

führt, die andere(n) dagegen nicht, ist der verfassungskonformen Auslegung der Vorzug zu geben. Danach muss § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG so verstanden werden, dass eine „Veränderung“, die vor dem 1.11.2008 bei der Gesellschaft angemeldet wurde (und anschließend keine Berücksichtigung in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste gefunden hat), nicht erfasst ist. Mit dem gegenteiligen Inhalt würde die Norm gegen das grundsätzliche Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen verstoßen.

Eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (BVerfGE 11, 139, 145 f.; 95, 64, 86 f.). Das wäre hier der Fall, wenn die Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG nachträglich auf solche Veräußerer und Erwerber eines Geschäftsanteils Anwendung finden würde, die diese Veränderung spätestens im Oktober 2008 bei der Gesellschaft angemeldet und dadurch den Wechsel in der kraft alten Gesetzes fingierten Gesellschafterstellung erreicht hatten. Dieser Status war von einer Eintragung in die Gesellschafterliste unabhängig, also für Veräußerer und Erwerber mit der ordnungsgemäßen Anmeldung erlangt. In Bezug auf die auch nach altem Recht zu führende Gesellschafterliste und deren Inhalt trafen weder Veräußerer noch Erwerber Pflichten oder Obliegenheiten. Der so in der Vergangenheit abschließend begründete Status darf ihnen im Nachhinein nicht durch ein neues Gesetz (und eine bislang „falsche“ Gesellschafterliste) entzogen werden. Zwar verhält sich § 16 Abs. 1 GmbHG ebenso wie die Vorläufervorschrift „nur“ zur relativen Gesellschafterstellung; das wirkliche Innehaben des Geschäftsanteils bleibt unberührt und beurteilt sich nach materiellem Recht. Dies ändert an der verfassungsrechtlichen Bewertung aber schon und jedenfalls deshalb nichts, weil sich an die im Verhältnis zur Gesellschaft früher wie heute unwiderleglich vermutete Gesellschafterstellung nicht bloß ganz unbedeutende, sondern im Gegenteil erhebliche Folgen anknüpfen. Das reicht von der Legitimation zur Mitwirkung an Gesellschafterversammlungen über Gewinnbezugsrechte bis hin zu möglichen sonstigen Zahlungsansprüchen und -verpflichtungen der als Gesellschafter oder gerade nicht (mehr) als Gesellschafter geltenden Person. Gerade dem (auch) als relativem Gesellschafter schon vor mehr oder minder langer Zeit ausgeschiedenen Veräußerer würden mit Inkrafttreten der Neuregelung, bezöge sich diese auch auf solche alten Veränderungen, bei anhaltender Nachlässigkeit des Geschäftsführers in puncto Gesellschafterliste neue Haftungsrisiken drohen. Soweit angeführt wird, bei rechtskonformem Verhalten des Geschäftsführers, der im Falle von Veränderungen zur unverzüglichen Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste zum Handelsregister verpflichtet war und ist, hätten die jetzt in Rede stehenden Unzuträglichkeiten von vornherein nicht aufkommen können, trifft dies durchaus zu. Schutzbedürfnis und Schutzwürdigkeit der unmittelbaren Beteiligten eines in der Vergangenheit ordnungsgemäß angemeldeten Gesellschafterwechsels entfallen dadurch aber nicht. Das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen dieser Beteiligten in den Fortbestand der nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF einmal begründeten Fiktionswirkung ist auch nicht etwa deshalb entscheidend herabgemindert, weil der ausgeschiedene wie der neue Gesellschafter nach alter und auch nach neuer Rechtslage von der Gesellschaft und dem Geschäftsführer die „Berichtigung“ der Gesellschafterliste verlangen und darüber hinaus gegen letzteren im

Falle einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht einen Schadensersatzanspruch haben kann.

Die Argumente der Gegenansicht können daher nicht durchdringen

(4) Die durchaus vielfältigen Argumente, die die Befürworter der Gegenansicht für ihre Auffassung anführen, übersieht der Senat nicht. Er hält sie in weiten Teilen für sehr gut nachvollziehbar, ja für überzeugend. Sie vermögen indes für die hier gegebene Konstellation nicht die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine im besagten Punkt „weite“ Auslegung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu überwinden. ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Einziehung eines Gesellschaftsanteils bei Beendigung der partnerschaftlichen Mitarbeit

(OLG München, Endurteil vom 5.10.2016 – 7 U 3036/15)

GmbHG §§ 34 Abs. 1, Abs. 2, 48 Abs. 2
BGB §§ 138, 139

1. Eine Satzungsbestimmung, nach der die Einziehung eines GmbH-Gesellschaftsanteils, der maßgeblich im Hinblick auf die partnerschaftliche Mitarbeit des Gesellschafters in der Gesellschaft (hier: einer Unternehmensberatungsgesellschaft) eingeräumt wurde, an die Beendigung der Mitarbeit geknüpft ist, ist grundsätzlich wirksam (vgl. BGH v. 19.9.2005, II ZR 342/03).
2. Eine Satzungsbestimmung, wonach im Falle eines Streits über die Wirksamkeit der Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft die wirksame Beendigung fingiert wird und eine Einziehung des Geschäftsanteils durch Gesellschaftsbeschluss deshalb gerechtfertigt ist, ist unwirksam. Die Möglichkeit willkürlicher Einziehung begründet die Sittenwidrigkeit der Klausel.
3. Ein Gesellschafter, dessen Anteil durch Gesellschaftsbeschluss eingezogen wurde, kann sich jedoch im Falle faktischer Beendigung der Partnerschaft nach Treu und Glauben dann nicht mehr auf eine ungeklärte Beendigung des Vertragsverhältnisses berufen, wenn nach den Umständen des Falles nicht mehr zu erwarten ist, dass der Gesellschafter die tatsächliche Mitarbeit als Partner wieder aufnimmt.

Zur Einordnung

In Gesellschaftsverträgen bzw. Satzungen von Personengesellschaften oder GmbHs finden sich in der Praxis mitunter Klauseln, die den Ausschluss einzelner Gesellschafter gegen deren Willen durch Entscheidung anderer Gesellschafter ermöglichen (sog. Hinauskündigungsklauseln). Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG München beschäftigt sich mit der Wirksamkeit einer solchen Hinauskündigungsklausel in der Satzung einer GmbH, die die Einziehung eines Gesellschaftsanteils bei Beendigung der partnerschaftlichen Mitarbeit des Gesellschafters in dem Unternehmen ermöglicht.

Satzungsbestimmungen, die die Einziehung von GmbH-Gesellschaftsanteilen durch Mehrheitsbeschluss ohne sachlichen Grund vorsehen, sind grundsätzlich nach § 138 BGB nichtig (BGH NJW 1990, 2622; *Miesen* RNotZ 2006, 522 [523] mwN zu abweichenden Auffassungen). Dieser Grundsatz, der von der höchstrichterlichen Recht-

sprechung wiederholt bestätigt worden ist, stützt sich auf die Erwägung, dass derartige Hinauskündigungsklauseln von dem betroffenen Gesellschafter – vergleichbar einem „Damoklesschwert“ – als Disziplinierungsmittel empfunden werden können, was ihn daran hindern kann, von seinen Gesellschafterrechten nach eigenem Ermessen Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen. Ob dem ausscheidenden Gesellschafter eine angemessene Abfindung gezahlt wird oder nicht, ist für die Beurteilung der Nichtigkeit nach § 138 BGB grundsätzlich irrelevant (BGH NJW 1985, 2421; 1981, 2565 [2566]; einschränkend *Miesen* RNotZ 2006, 522 [532 f.]).

Ein sachlicher Grund für die Einziehung eines Gesellschaftsanteils liegt vor, wenn die Hinauskündigung wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Dies ist etwa der Fall bei einem Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung im Wege eines Managermodells für die Zeit seiner Stellung als Geschäftsführer oder im Rahmen eines Mitarbeitermodells für die Zeit seiner Tätigkeit als Mitarbeiter erworben hat und diese Geschäftsführer- bzw. Mitarbeitertätigkeit endet (BGH NJW 2005, 3641 = RNotZ 2005, 610; NJW 2005, 3644 = RNotZ 2005, 614; zur Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages bei einer Koppelung an die organschaftliche Stellung als Geschäftsführer vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.10.2016, 8 U 122/15, Forum in diesem Heft). Die konkreten inhaltlichen Anforderungen an den sachlichen Kündigungsgrund sind in Rechtsprechung und Literatur jedoch noch nicht abschließend geklärt (ausführlich hierzu *Miesen* RNotZ 2006, 522). Wohl für eine Kündigung nicht ausreichend ist jedenfalls ein sachlicher Grund, dessen Eintritt allein die übrigen Gesellschafter beeinflussen können, da dies zu einem freien und willkürlich ausübenden Hinauskündigungsrecht führt (so MHdB GesR *VPiehler/Schulte*, 4. Aufl. 2014, § 74 Rn. 69; Beck-OK HGB/*Häublein/Hoffmann-Theinert*, 15. Ed., Stand 1.11.2016, § 131 Rn. 51).

Das OLG München hat sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters auf Grund der Beendigung seiner Stellung als Partner des Unternehmens beschäftigt. In Anwendung der Grundsätze des BGH zu den Hinauskündigungsklauseln stellt das Gericht die Rechtmäßigkeit einer solchen Klausel auf Grund der Verknüpfung der Gesellschafterstellung mit der partnerschaftlichen Mitarbeit fest. Nach § 138 BGB unwirksam sei demgegenüber eine Klausel, die bei Streitigkeiten über die Beendigung des Vertragsverhältnisses diese Beendigung fingiert, da dies ein freies Hinauskündigungsrecht begründe und damit den anderen Gesellschaftern ein willkürliches Disziplinierungsmittel an die Hand gebe.

Für die notarielle Praxis empfiehlt es sich bei der Gestaltung von Hinauskündigungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, diejenigen Tatbestände, die zu einer Ausschlussmöglichkeit führen sollen, mit Blick auf die Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes möglichst konkret im Gesellschaftsvertrag festzulegen. Im Falle der Unwirksamkeit einer Hinauskündigungsklausel nach § 138 BGB bleiben die allgemeinen Ausschlussmöglichkeiten nach dem BGH hiervon unberührt, so dass ein Ausschluss aus wichtigem Grund in Beschlussform möglich bleibt (vgl. BGH NJW 1989, 2681).

Die Schriftleitung (CL)

Zum Sachverhalt:

A. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen.

Die beklagte Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Muttergesellschaft der Unternehmensgruppe R. B., einer international tätigen Unternehmens- und Strategieberatung. Die Klägerin war kraft Arbeitsvertrags in der französischen Niederlassung der R. B. St. Consultants GmbH, einer Tochtergesellschaft der Beklagten tätig. Seit 2012 war sie auch „Partnerin“ der Beklagten und deren Gesellschafterin mit einem Gesellschaftsanteil im Nennbetrag von 1.400,- €.

Am 17.2.2014 kündigte die R. B. St. Consultants GmbH das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Hiergegen wendet sich die Klägerin vor den französischen Arbeitsgerichten. Erinstanzlich wurde ihr Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung und Weiterbeschäftigung abgewiesen, ihr aber eine Entschädigung in Höhe von 200.000,- € zuerkannt, weil die Kündigung „keinen tatsächlichen und ernsthaften Grund“ gehabt habe. Auf das Urteil des Conseil de Prud'hommes de Paris vom 24.3.2016 (Anlage B 18 = BB 1) wird Bezug genommen. Dieses Urteil ist nicht rechtskräftig.

Mit Mail vom 26.8.2014 (Anlage K 15) stellte der damalige Vorsitzende des Aufsichtsrats der Beklagten (unter anderem) folgende Beschlussgegenstände zur (satzungsmäßig vorgesehenen) Beschlussfassung der Gesellschafter der Beklagten außerhalb von Gesellschafterversammlungen.

Beschluss 2 a: Der Gesellschaftsanteil der Gesellschafterin S. L. [die Klägerin, Anm. des Senats] im Nennbetrag von EUR 1.400,- (laufende Nr. 324 in der Gesellschafterliste) wird gemäß § 11.2.5. der Satzung der Gesellschaft eingezogen. ...

Beschluss 2 b Anstelle des eingezogenen Geschäftsanteils von Frau L. wird ein Geschäftsanteil im gleichen Nennbetrag von EUR 1.400,- mit der laufenden Nummer 324 in der Gesellschafterliste neu gebildet. Dieser neue Geschäftsanteil steht der Gesellschaft als eigener Geschäftsanteil zu. ...

Mit Protokoll vom 8.10.2014 (Anlage B 1) stellten der Vorsitzende des Aufsichtsrats der Beklagten und ein Protokollführer fest, dass vorstehender Beschlussantrag 2 a mit einer Mehrheit von 70,1 Prozent der Stimmen angenommen wurde und dass Beschlussantrag 2 b bei einer Mehrheit von 70,4 Prozent der Stimmen angesichts der erforderlichen Stimmenmehrheit von 75 Prozent abgelehnt wurde.

Die Satzung der Beklagten (Anlage K 2) hat auszugsweise den folgenden Wortlaut.

11.2. Die Einziehung eines Geschäftsanteils eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung ist nur zulässig, wenn

11.2.5. ein zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft oder einem mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen bestehender Anstellungsvertrag, Beratervertrag oder sonstiger Vertrag, nach dem der Gesellschafter den Status eines „Partners“ in der R. B.-Gruppe oder einer sonstigen Konzerngesellschaft oder einen vergleichbaren Status erhalten hat, egal aus welchen Gründen beendet wird (z. B. Eintritt des Gesellschafters in den Ruhestand, Kündigung des Anstellungsvertrages, des Beratervertrages oder eines sonstigen Vertrages durch die Gesellschaft oder

den Gesellschafter, Tod des Gesellschafters). ... Ist streitig, ob das Vertragsverhältnis beendet ist, gilt es für die Zwecke dieser Satzung als beendet, solange nicht eine gegenteilige gerichtliche Entscheidung rechtskräftig geworden ist.

Die Klägerin ist der Meinung, dass die vorstehenden Beschlüsse 2 a und 2 b aus formellen und materiellen Gründen nichtig seien. Insbesondere sei ihr Arbeitsverhältnis mit der R. B. Strategic Consultants GmbH nicht wirksam beendet worden. Dies werde auch nicht gemäß § 11.2.5. (letzter Satz) der Satzung der Beklagten fingiert, da diese Satzungsbestimmung unwirksam sei. Die Beklagte meint dem gegenüber, aufgrund wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zur Einziehung ihres Gesellschaftsanteils berechtigt gewesen zu sein.

Die Klägerin hat beantragt: 1. Der Beschluss im schriftlichen Verfahren der Gesellschafter der Beklagten vom 8.10.2014 zum Tagesordnungspunkt 2 a, wonach der Geschäftsanteil der Klägerin im Nennbetrag von EUR 1.400,- (laufende Nummer 324 der Gesellschafterliste) gemäß § 11.2.5. eingezogen wird, wird für nichtig erklärt.

2. Der Beschluss im schriftlichen Verfahren der Gesellschafter der Beklagten vom 8.10.2014 zu Tagesordnungspunkt 2 b, wonach anstelle des eingezogenen Geschäftsanteils der Klägerin ein Geschäftsanteil im Nennbetrag von EUR 1.400,- mit der laufenden Nummer 324 in der Gesellschafterliste neu gebildet wird, wird für nichtig erklärt. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat unter Kostenaufhebung der Klage in Klagantrag 1. stattgegeben und sie hinsichtlich Klagantrag 2. als unzulässig abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Die Klägerin nimmt die Teilabweisung der Klage hin. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage auch insoweit, als ihr das Landgericht stattgegeben hat. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Aus den Gründen:

B. Die Berufung erweist sich als begründet. Der nur noch Streitgegenständliche, schriftlich gefasste Beschluss der Gesellschafter der Beklagten vom 8.10.2014 zu Tagesordnungspunkt 2 a), wonach der Geschäftsanteil der Klägerin eingezogen wurde, ist wirksam. Die diesbezügliche Nichtigkeitsfeststellungsklage war daher unter teilweiser Aufhebung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

Der Einziehungsbeschluss ist formell wirksam

I. Anders als das Landgericht hat der Senat keine Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses.

Die Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen (auch per Fax oder E-Mail) ist in § 8.10 der Satzung der Beklagten vorgesehen. Die dort vorgesehenen Formalien wurden bei der gegenständlichen Beschlussfassung eingehalten; jedenfalls ist nichts Gegenteiliges vorgebracht oder aus den vorgelegten Anlagen ersichtlich. Relevante Informationsdefizite sieht der Senat ebenso wenig wie das Landgericht, auf dessen insoweit zutreffende Ausführungen Bezug genommen wird.

Die Satzung einer Abstimmungsfrist sieht die Satzung der Beklagten nicht vor. Daher ist deren Unterbleiben im ursprünglichen Beschlussantrag vom 26.8.2014 (Anlage K 15) unschädlich. Dahin stehen kann die vom Land-

gericht problematisierte Frage, ob die nachträgliche Setzung einer Abstimmungsfrist zulässig war. Die E-Mail des Aufsichtsratsvorsitzenden vom 9.9.2014 (Anlage K 16 b) enthält nicht die nachträgliche Setzung einer Abstimmungsfrist, sondern bringt nur den Wunsch zum Ausdruck, die Angelegenheit falls möglich bis 12.9.2014 abzuschließen; ein irgendwie gearteter Druck auf die Gesellschafter ist mit dieser Formulierung nicht verbunden. Weder ergibt sich hieraus ein definitives Abstimmungsende noch eine Aufforderung, mit „ja“ zu stimmen (die als solche aber ohnehin zulässig wäre). Soweit sodann mit E-Mail vom 7.10.2014 das Ende der Abstimmung auf den 8.10.2014 festgesetzt wurde, wird hierdurch die Klägerin nicht beschwert, weil zu diesem Zeitpunkt ausweislich des Inhalts der Mail die für den noch streitgegenständlichen Beschluss erforderliche Mehrheit bereits erreicht war.

Der Einziehungsbeschluss ist auch materiell wirksam, denn die Einziehung findet eine hinreichende Grundlage in der Satzung

II. Der angegriffene Beschluss ist auch materiell wirksam. Die Amortisation von GmbH-Anteilen ist nur zulässig, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (§ 34 Abs. 1, 2 GmbHG). Vorliegend findet der angegriffene Beschluss eine hinreichende Grundlage in § 11.2.5. der Satzung der Beklagten.

1. Die Wirksamkeit des Beschlusses ist dabei allein nach § 11.2.5. Satz 1 der Satzung zu beurteilen. Denn Satz 2 betrifft nicht die Klägerin, sondern nur den Gesellschafter Berger und Satz 3 ist nach § 138 BGB nichtig.

Das Einziehungsrecht einer Gesellschaft, das an das Ende der Stellung eines Gesellschafters als Partner der Unternehmensgruppe anknüpft, ist zulässig

a) Satzungsbestimmungen, die die Einziehung von GmbH-Gesellschaftsanteilen durch Mehrheitsbeschluss ohne sachlichen Grund vorsehen, sind grundsätzlich nach § 138 BGB nichtig, weil sie von dem betroffenen Gesellschafter als Disziplinierungsmittel empfunden werden können, was ihn daran hindern kann, von seinen Gesellschafterrechten und -pflichten nach eigenem Ermessen Gebrauch zu machen. Dieser Grundsatz gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn eine entsprechende Regelung wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Eine solche Ausnahme hat die Rechtsprechung insbesondere dann anerkannt, wenn die Gesellschafterstellung maßgeblich im Hinblick auf eine partnerschaftliche Mitarbeit des Gesellschafters oder dessen Mitarbeit als Geschäftsführer eingeräumt wurde und die Einziehungsmöglichkeit an die Beendigung der Mitarbeit geknüpft wird (vgl. BGH, Urteil vom 19.9.2005 – II ZR 173/04, zitiert nach juris, dort Rn. 10 ff.; Urteil vom 19.9.2005 – II ZR 342/03, zitiert nach juris, dort Rn. 13 ff.).

Vor diesem Hintergrund begegnet § 11.2.5. Satz 1 der Satzung der Beklagten keinen rechtlichen Bedenken. Dort wird das Einziehungsrecht der Beklagten vom Ende der Stellung eines Gesellschafters als Partner der Unternehmensgruppe der Beklagten abhängig gemacht. Gesellschafterstellung und partnerschaftliche Mitarbeit sind also nach dem Willen der Vertragsschließenden konnex verknüpft. Dem korrespondiert § 4.5 der Satzung der Beklagten, wonach Partner der Unternehmensgruppe grundsätzlich Gesellschafter sein sollen, allerdings mit kleinen Gesellschaftsanteilen (1.400,- € bis 7.000,- € bei einem Stammkapital von rund 800.000,- €). Dieser Befund zeigt deutlich die grundsätzliche Koppelung von Gesellschafter-

stellung und partnerschaftlicher Mitarbeit. Das Ende der partnerschaftlichen Mitarbeit stellt daher einen sachlichen Grund im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung dar, der die zur Einziehung ermächtigende Satzungsbestimmung rechtfertigt.

Eine Satzungsbestimmung, die die Beendigung des Vertragsverhältnisses im Streitfall fingiert, ist dahingegen sittenwidrig

b) Anders liegt es allerdings – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat – mit § 11.2.5. Satz 3 der Satzung der Beklagten. Satz 1 knüpft die Einziehungsmöglichkeit an die Beendigung des Vertragsverhältnisses (in der Regel wohl Dienst- oder Arbeitsvertrag), das dem Partnerschaftsverhältnis zugrunde liegt, und Satz 3 fingiert im Streitfall für Zwecke der Satzung die wirksame Beendigung dieses Vertragsverhältnisses. Diese Konstruktion führt aber gerade zu dem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung missbilligten Ergebnis, dass der Mehrheit der Gesellschafter ein willkürliches Disziplinierungsmittel an die Hand gegeben wird, dass mit anderen Worten auch eine grob rechtswidrige Kündigung des der Partnerschaft zugrunde liegenden Dienstvertrags aus sachwidrigen Erwägungen die Einziehung des Gesellschaftsanteils rechtfertigen würde. Diese Möglichkeit willkürlicher Einziehung begründet die Sittenwidrigkeit der Klausel.

Die Vermeidung derartiger Willkür liegt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde. Den Verlust der Geschäftsführerstellung als Einziehungsgrund für den nur wegen der Geschäftsführertätigkeit (quasi als Annex) eingeräumten Gesellschaftsanteil hat der BGH (nur) deshalb gebilligt, weil die Abberufung als Geschäftsführer nach § 38 Abs. 1 GmbHG ohnehin grundlos möglich ist (II ZR 173/04, a. a. O., Rn. 14), hier also der Gesetzgeber eine willkürliche Entscheidung ermöglicht. Den Verlust der Arbeitnehmereigenschaft als Einziehungsgrund für den hierwegen eingeräumten Gesellschaftsanteil würde deshalb für vertretbar angesehen, weil der Arbeitnehmergesellschaft durch die arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften vor einer willkürlichen Kündigung geschützt sei (II ZR 342/03, a. a. O., Rn. 15), also keine freie Hinauskündigungsmöglichkeit bestehe. Gerade diese von der höchstrichterlichen Rechtsprechung missbilligte freie Hinauskündigungsmöglichkeit bestünde aber vorliegend der Sache nach, wenn man die Fiktionsklausel in § 11.2.5. Satz 3 der Satzung der Beklagten für wirksam hielte.

Die Nichtigkeit eines Teils der Satzungsbestimmung führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit iSd § 139 BGB

c) Die Nichtigkeit von Satz 3 der genannten Satzungsbestimmung führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit der Klausel im Sinne von § 139 BGB. Denn es ist anzunehmen, dass die Vertragsschließenden die Regelung in Satz 1 der Klausel auch dann getroffen hätten, wenn sie die Unwirksamkeit von Satz 3 erkannt hätten. Hiervon ist der Senat überzeugt, weil wie dargestellt Gesellschafterstellung und partnerschaftliche Mitarbeit der Gesellschafter möglichst eng gekoppelt sein sollten.

Im vorliegenden Fall ist der Einziehungsbeschluss im Ergebnis rechtmäßig

2. Der streitgegenständliche Einziehungsbeschluss erweist sich aber auch allein auf der Basis von § 11.2.5. Satz 1 der Satzung der Beklagten nach dem Sach- und Streitstand bei Schluss der Berufungsverhandlung als gerechtfertigt.

Für die Einziehung ist nach der Satzung grundsätzlich sowohl die faktische Beendigung der Mitarbeit als auch die rechtliche Beendigung des Dienstvertrages erforderlich

a) Der in der genannten Bestimmung geregelte Einziehungsgrund enthält zwei Elemente, nämlich (1) die faktische Beendigung der Mitarbeit des Gesellschafters als Partner in der Unternehmensgruppe R.B. und (2) die rechtliche Beendigung des der Partnerstellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses. Die (im Streitfall sowohl bei Fassung des Einziehungsbeschlusses vorliegende als auch bis heute andauernde) Beendigung der Mitarbeit der Klägerin als Partnerin genügt für die Einziehung daher zunächst nicht, wie sich unzweifelhaft schon aus dem Wortlaut von Satz 1 („Anstellungsvertrag [usw.] ... beendet wird“), aber auch aus der Tatsache ergibt, dass andernfalls die Fiktionsregelung in Satz 3 keinen Sinn mehr machen würde und damit überflüssig wäre.

Eine rechtskräftige Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung des Dienstvertrages liegt noch nicht vor

Damit wäre grundsätzlich für die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses die Wirksamkeit der Kündigung des Dienstverhältnisses der Klägerin mit der R.B. Strategic Consultants GmbH erforderlich gewesen. Diese steht nicht fest (der diesbezügliche Kündigungsschutzprozess vor den französischen Arbeitsgerichten ist nicht rechtskräftig abgeschlossen) und wird wegen der Unwirksamkeit von Satz 3 der Regelung auch nicht fingiert.

Der klagende Gesellschafter kann sich wegen faktischer Beendigung des Partnerstatus nach Treu und Glauben nicht mehr auf die ungeklärte formelle Beendigung berufen

b) Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass die nachträgliche Feststellung der Wirksamkeit der rechtlichen Beendigung des Partnerverhältnisses je nach Fallgestaltung nicht unter allen Umständen Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Einziehungsbeschluss ist. Die Tatsache, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrages versucht haben, die Fiktionsklausel des Satzes 3 der gegenständlichen Regelung wirksam zu vereinbaren, zeigt trotz Unwirksamkeit der Klausel zumindest den Willen der Vertragsschließenden, dass es für die Wirksamkeit der Einziehung nicht auf eine rechtskräftige arbeitsgerichtliche Entscheidung ankommen soll, sondern dass der durch den Streit um eine wirksame Beendigung des Partnerverhältnisses entstehende gesellschaftsrechtliche Schwebezustand jedenfalls zeitnah aufgelöst werden können soll.

Deshalb ist der Senat der Auffassung, dass sich ein Gesellschafter, dessen Anteil durch Gesellschafterbeschluss eingezogen wurde, im Falle faktischer Beendigung des Partnerstatus nach Treu und Glauben jedenfalls dann nicht mehr auf dessen ungeklärte formelle Beendigung berufen kann, wenn nach den Umständen des Falles nicht mehr zu erwarten steht, dass der Gesellschafter eine tatsächliche Mitarbeit als Partner der Beklagten wieder aufnimmt.

Hier ist mit einer tatsächlichen Wiederaufnahme der Mitarbeit als Partner nicht mehr zu rechnen

c) Diese Konstellation ist vorliegend nach der Auffassung des Senats gegeben. Es ist nicht damit zu rechnen, dass die Klägerin wieder tatsächlich als Partnerin der R.B. Unternehmensgruppe tätig werden wird. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass seit dem faktischen Ausscheiden der Klägerin im Februar 2014 bereits mehr als zweieinhalb Jahre verstrichen sind. Ferner ist die Klägerin, wie die Be-

klage unwidersprochen vorgetragen hat (Berufungsbegründung, Bl. 125 ff. der Akten, dort S. 6), mittlerweile bereits für ein anderes Consultingunternehmen tätig. Schließlich fällt auch ins Gewicht, dass der von ihr vor den französischen Arbeitsgerichten geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch erstinstanzlich abgewiesen worden ist (vgl. Urteil des Conseil de Prud'hommes de Paris vom 24.3.2016, Anlage B 18 = BB 1).

Der Senat verkennt dabei nicht, dass dieses Urteil nicht rechtskräftig ist und die französische Rechtsmittelinstanz zu einem anderen Ergebnis kommen mag. Aber auch dann wäre mit einer faktischen Wiederbeschäftigung der Klägerin bei der Beklagten nach aller Lebenserfahrung nicht zu rechnen. Dies folgt zum einen aus dem weiteren Zeitablauf, zum anderen auch aus der Erfahrung des Senats mit Vorständen von Aktiengesellschaften, die sich erfolgreich gegen eine Abberufung aus wichtigem Grund wenden; dort kann eine praktikable Lösung wegen des gestörten Vertrauensverhältnisses nicht in Weiterbeschäftigung oder gar Neubestellung, sondern nur in einer pekuniären Abgeltung bestehen. Nichts anderes wird aus der Arbeitsgerichtsbarkeit berichtet.

Nach allem ist nicht damit zu rechnen, dass die Klägerin je wieder tatsächlich Mitarbeit als Partnerin in der Unternehmensgruppe der Beklagten leistet. Die Gesellschafterstellung ist aber nach der Gesamtkonzeption des Gesellschaftsvertrages mit der Mitarbeit als Partner in der Unternehmensgruppe der Beklagten verknüpft. Der Klägerin ist es daher nach Treu und Glauben verwehrt, gegen den streitgegenständlichen Beschluss die (mögliche) Unwirksamkeit der Kündigung ihres Dienstverhältnisses mit der R.B. Strategic Consultants GmbH einzuwenden.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen, da die Beklagte hier voll obsiegt hat. Die Aufhebung der Kosten der ersten Instanz erscheint nach dem Rechtsgedanken des § 97 Abs. 2 ZPO nach wie vor billig. Denn im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung waren die für die Wirksamkeit der Einziehung maßgeblichen Umstände von Treu und Glauben (insbesondere das Zeitmoment), welche eine Mitarbeit der Klägerin im Verbund der Beklagten nicht mehr erwarten lassen, längst nicht so ausgeprägt wie im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung, so dass damals die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses auch anders als nunmehr beurteilt werden konnte. ■

8. Kostenrecht – Zur Aufteilung des Kaufpreises unter Miterben beim Verkauf eines Grundstücks durch die Erbengemeinschaft

(LG Mönchengladbach, Beschluss vom 30.11.2016 – 5 T 184/16)

GNotKG §§ 86 Abs. 2, 109 Abs. 1

Die beim Verkauf eines Grundstücks durch eine Erbengemeinschaft im Grundstückskaufvertrag vereinbarte (Teil-)Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Kaufpreises stellt einen selbstständigen Beurkundungsgegenstand dar. (RNotZ-Leitsatz)

Zum Sachverhalt:

Eine aus vier Geschwistern bestehende Erbengemeinschaft, zu welcher der Beschwerdeführer gehört, beabsichtigte ein zum Nachlass gehörendes Grundstück an einen

nicht zum Kreis der Miterben gehörenden Verkäufer zu verkaufen.

Hierzu einigten sie sich auf einen Kaufpreis von 179.000,00 EUR. In Ziffer II Nr. 4 b des notariellen Kaufvertrages vom 22.3.2016 vereinbarten sie, dass der Kaufpreis, soweit er nicht zur Ablösung nicht übernommener Verbindlichkeiten zu verwerthen war, jeweils zu 1/4 direkt an die vier Miterben gezahlt werden sollte.

Unter dem 9.5.2016 erstellte der Beschwerdegegner hinsichtlich der angefallenen Gebühren eine Kostenrechnung. Hierbei ging er von einem Beurkundungsverfahren mit mehreren Beurkundungsgegenständen aus. Er berücksichtigte bei der Gebührenermittlung den Kaufvertrag mit einem Wert von 179.000,00 EUR sowie wegen der vereinbarten Auszahlung des Kaufpreises an die vier Miterben eine Teilerbauseinandersetzung mit einem Wert von 179.000,00 EUR.

Mit Schriftsatz vom 28.6.2016 legte der Beschwerdeführer eine Notarkostenbeschwerde gegen die Kostenrechnung ein. Hiermit wendet er sich allein gegen die Mitberücksichtigung des Wertes der Teilerbauseinandersetzung in der angegriffenen Kostenrechnung. Diesbezüglich ist er der Auffassung, dass sich der Geschäftswert ausschließlich nach dem Wert der verkauften Sache bemesse.

Die Kammer hat dem Notar und dem Bezirksrevisor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Abschließend hat die Kammer dem Kostenschuldner rechtliches Gehört gewährt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Notarkostenbeschwerde ist nicht begründet.

Die angegriffene Kostenrechnung vom 9.5.2016 ist fehlerfrei ergangen, da der Beschwerdegegner zutreffend von verschiedenen Beurkundungsgegenständen ausgegangen ist.

Der Wert des Grundstückkaufvertrages sowie der Wert der Teilerbauseinandersetzung in Höhe von jeweils 179.000,00 EUR waren vorliegend zusammenzurechnen. Gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG war nämlich vorliegend von verschiedenen Beurkundungsgegenständen auszugehen. Nach dieser Vorschrift sind verschiedene Beurkundungsgegenstände mehrere Rechtsverhältnisse, Tatsachen oder Vorgänge soweit in § 109 GNotKG nichts anderes bestimmt ist.

Ein Fall des § 109 GNotKG liegt jedoch nicht vor. Nach § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt derselbe Beurkundungsgegenstand vor, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und dass eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Nach § 109 Abs. 1 S. 2 GNotKG liegt ein solches Abhängigkeitsverhältnis allerdings nur dann vor, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient. Nach diesen Maßstäben ist das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis jedoch nicht gegeben. In Betracht käme hier nämlich allein, dass der Kaufvertrag der sonstigen Durchführung der Erbauseinandersetzung dient. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Teilerbauseinandersetzung steht mit dem Kaufvertrag nicht in einem hinreichenden Zusammenhang. Wenn nämlich die Durchführungserklärungen nicht ausschließlich der Erfüllung des Hauptgeschäftes dienen, sondern auch der Erreichung anderer Ziele und Zwecke, scheidet die Annahme desselben Gegenstandes aus (Korintenberg/Diehn, GNotKG, § 109,

Rn. 26). So liegt der Fall auch hier. Die Teilerbauseinandersetzung dient nicht ausschließlich der Erfüllung des Kaufvertrages. Vielmehr hat die vereinbarte Verteilung des Erlöses auf die vier Mitglieder der Erbengemeinschaft einen hiervon losgelösten Zweck. Die unmittelbare Verteilung des Erlöses beschleunigt nämlich die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Dieser Zweck steht nicht mit der Erfüllung des Kaufvertrages in einem hinreichenden Zusammenhang, da der Käufer des Grundstücks an der Erbengemeinschaft nicht beteiligt ist. Es steht ihr diesbezüglich vielmehr als ein Dritter gegenüber. Bezogen auf den Verkäufer besteht hinsichtlich der Durchführung des Kaufvertrages eine andere Interessenlage. Er will lediglich seine Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag erfüllen. An einer schnelleren Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hat er, mangels einer persönlichen Beteiligung, kein selbständiges Interesse.

Anmerkung:

In der notariellen Beurkundungspraxis wünschen die Miterben häufig beim Verkauf eines im Eigentum der Erbengemeinschaft stehenden Grundstückes an einen Dritten die Zahlung des nach der Ablösung etwaiger grundpfandrechtlich gesicherter Verbindlichkeiten verbleibenden Kaufpreises auf den einzelnen Miterben zustehende Konten – regelmäßig den jeweiligen Erbquoten entsprechend. Als Beweggrund für dieses Ansinnen kommt in Betracht, dass möglicherweise gar kein erbengemeinschaftliches Konto mehr existiert, weil es sich bei dem zu verkaufenden Grundbesitz um den letzten Nachlassgegenstand handelt, Misstrauen unter den Miterben besteht oder sich die Miterben nur den Zwischenschritt der Aufteilung ersparen möchten. Jedoch hat eine im Kaufvertrag vereinbarte Anweisung, den Kaufpreis entsprechend den Erbquoten an die einzelnen Miterben auf deren eigene Konten auszahlend, erhebliche kostenrechtliche Auswirkung, die den Beteiligten und auch dem beurkundenden Notar bei der Vertragsgestaltung zuweilen vielleicht nicht bewusst sind.

1. Mitbeurkundung eines (Teil-)Erbauseinandersetzungsvertrages

Das Landgericht Mönchengladbach hat nunmehr in dem der Kostenbeschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt den Wert des Grundstückskaufvertrages und den Wert der Teilerbauseinandersetzung über den Kaufpreis durch die Miterben gem. § 86 Abs. 2 GNotKG zusammengerechnet, so dass der Gegenstandswert des Beurkundungsverfahrens im Ergebnis den zweifachen Kaufpreis ergab. Dies ist auch zutreffend, da die Kaufpreisforderung bzw. der Kaufpreis bei der Veräußerung eines erbengemeinschaftlichen Grundstückes den Miterben als Surrogat aufgrund rechtsgeschäftlichen Erwerbes gem. § 2041 BGB in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht. Indem nun die ein Nachlassgrundstück veräußernden Miterben erklären, den Kaufpreis auf ihnen jeweils allein gehörende Konten zu verteilen, wird diese gesamthänderische Bindung aufschließend bedingt durch die Erfüllung der Kaufpreisforderung aufgelöst und der Käufer des Grundstückes ist weder verpflichtet noch berechtigt, gem. § 2039 BGB an alle Erben gemeinschaftlich zu leisten. Der von den Miterben insoweit geschlossene (Teil-)Erbauseinandersetzungsvertrag ist zwar grundsätzlich nicht formbedürftig, aber in jedem Fall mitbeurkundet, so dass er auch kostenrechtlich Berücksichtigung finden muss.

Soweit noch grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten abzulösen sind, dürfen die tatsächlich gezahlten Ab-

lösebeträge bei der Zusammenrechnung gem. § 35 Abs. 1 GNotKG jedoch nicht mitberechnet werden, da es sich regelmäßig um Nachlassverbindlichkeiten handelt, deren bloße Erfüllung den Miterben bereits gem. § 2046 Abs. 1 S. 1 BGB obliegt, so dass dies keine vertragliche Auseinandersetzung darstellt. Etwas anderes gilt nur in dem seltenen Ausnahmefall, dass es sich bei der abzulösenden Verbindlichkeit nicht um eine Nachlassverbindlichkeit handelt, sondern um eine persönliche eines Miterben und dies bei der Auseinandersetzung Berücksichtigung findet.

Keine (Teil-)Erbauseinandersetzung liegt hingegen vor, wenn die verkaufenden Miterben den Käufer einvernehmlich anweisen, den Kaufpreis lediglich an einen Miterben zu bezahlen, weil zB kein erbengemeinschaftliches Konto mehr existiert, und dieser Miterbe anschließend den Kaufpreis intern zwischen den Miterben aufteilt. In diesen Fällen ist der vereinnahmende Miterbe lediglich Zahlstelle und es fehlt an dem Willen zumindest der übrigen Miterben, diesem den Kaufpreis zur alleinigen Berechtigung zuzuweisen, so dass ungeachtet des Willens des Zahlungsempfängers Mittelsurrogation gem. § 2041 BGB eintritt (Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2041 Rn. 2). Zumindest konkludent kann man in der Benennung eines Miterben als Zahlstelle eine Geldempfangsvollmacht hinsichtlich des Kaufpreises erachten, die aber unmittelbar der Erfüllung des Grundstückskaufvertrages dient und daher gem. § 109 Abs. 1 GNotKG gebührenmäßig neutral bleibt (Leipziger-GNotKG/Otto, 2013, § 109 Rn. 40).

Mehrere gebührenrechtlich relevante Rechtsverhältnisse dürften demnach auch beurkundet werden, wenn Ehegatten in beendeter Gütergemeinschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes in der Liquidationsphase ein Grundstück verkaufen und der Kaufpreis den Ehegatten bzw. Gesellschaftern unmittelbar zur alleinigen Berechtigung zufließt. Es wirkt hingegen nicht gebührenerhöhend, wenn mehrere Personen in Bruchteilsgemeinschaft auf der Verkäuferseite handeln, da gesamthänderisch gebundenes Vermögen, über welches sich auseinandergesetzt werden könnte, bei der Bruchteilsgemeinschaft zu keinem Zeitpunkt besteht. Zwar erstreckt sich die gemeinschaftliche Bruchteilsberechtigung im Zweifel auch auf die Surrogate des gemeinschaftlichen Gegenstandes, so dass beim Verkauf eines Grundstückes durch eine Miteigentümergeinschaft eine Forderungsgemeinschaft entsteht, für die die §§ 741 ff. BGB gelten (Palandt/Sprau, 6. Aufl. 2017, § 741 Rn. 3). Jedoch hat bei einer Forderung auf Zahlung von Geld jeder Teilhaber einen Anspruch auf Teilung in Natur gem. § 752 S. 1 BGB (Palandt/Sprau, 6. Aufl. 2017, § 752 Rn. 3), so dass es keiner weiteren Auseinandersetzungsvereinbarung mehr bedarf.

2. Keine Gegenstandsgleichheit gem. § 109 GNotKG

Erachtet man mit dem Landgericht Mönchengladbach den Grundstückskaufvertrag und die (Teil-)Erbauseinandersetzung als zwei in einer Urkunde beurkundete Rechtsverhältnisse, so ist auch § 109 GNotKG nicht einschlägig. Als Ausnahmevorschrift zu § 86 Abs. 2 GNotKG ist er eng formuliert und verlangt, dass das abhängige Geschäft unmittelbar der Erfüllung des Hauptgeschäftes dient. Der Beschwerdeführer hatte im gerichtlichen Verfahren vorgetragen, dass Kaufvertrag und Auflassung dem Vollzug der Erbauseinandersetzung dienen, so dass ein Abhängigkeitsverhältnis iSd § 109 GNotKG bestehe. Das Gericht geht in seinen Entscheidungsgründen auch davon aus, dass allenfalls ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis denkbar

sei. Es ist zwar zutreffend, dass der Verkauf des erbengemeinschaftlichen Grundstückes die Erbauseinandersetzung erleichtert, da Geld im Gegensatz zu bebauten Grundstücken in Natur teilbar ist. Jedoch stellte man die Verhältnisse völlig auf den Kopf, wollte man dem Kaufvertrag nur eine der Erbauseinandersetzung dienende Funktion beimessen. Dem am Kaufvertrag beteiligten Käufer, der außerhalb der Erbengemeinschaft steht, ist ausschließlich an der lastenfreien Übertragung des Grundstückes und der Erfüllung seiner Kaufpreisverbindlichkeit gelegen. Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist ihm regelmäßig gleichgültig. So musste das Gericht die Anwendung des § 109 Abs. 1 GNotKG ablehnen, da aufgrund dessen Ausnahmeharakters bereits Zweifel des behaupteten Abhängigkeitsverhältnisses die Zusammenrechnung der Beurkundungsgegenstände gebieten (Leipziger-GNotKG/Otto, 2013, § 109 Rn. 2). Teilidentitäten („auch durchführende Rechtsgeschäfte“) sind seit Inkrafttreten des GNotKG ausgeschlossen (Leipziger-GNotKG/Otto, 2013, § 109 Rn. 16).

Etwas anderes gilt hingegen, wenn ein Miterbe ein erbengemeinschaftliches Grundstück gegen Herauszahlung von Geldbeträgen zu Alleineigentum übernimmt. Alle Beteiligten erstreben in diesem Fall die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zumindest gegenständlich hinsichtlich des Grundstückes, so dass ihr dessen Zuweisung an einen Miterben iSd § 109 Abs. 1 GNotKG dient.

3. Empfehlungen zur Vertragsgestaltung

Erhält der Notar den Auftrag, einen Kaufvertragsentwurf über die Veräußerung eines Nachlassgrundstückes an einen an der Erbengemeinschaft unbeteiligten Käufer zu fertigen, fehlen zuweilen noch Angaben über die Modalitäten der Kaufpreiszahlung. Um das Thema (Teil-) Erbauseinandersetzung in jedem Fall anzusprechen, empfiehlt sich folgende Formulierung im Vertragsmuster:

*„Die Verkäufer wünschen auch nach Belehrung durch den Notar keine Teilerbauseinandersetzung über den Nachlass der am *** mit letzten gewöhnlichen Aufenthalt in verstorbenen *** in dieser Urkunde.“*

Sollte sich herausstellen, dass die Verkäufer eine Zuweisung des Kaufpreises auf einzelne ihnen gehörende Konten zum Zwecke der (Teil-)Erbauseinandersetzung wünschen, sollten diese die dadurch entstehenden Mehrkosten der Beurkundung tragen. In diesen Fällen kann die Feststellung in den Vertragsentwurf eingefügt werden, dass sich die Verkäufer mit Vollzug der Urkunde ganz oder teilweise über den Nachlass des Erblassers auseinandergesetzt haben. Es mag zum Zwecke der Klientenpflege trotz Fehlens einer Rechtspflicht außerdem dienlich sein, die Verkäufer auf die nicht unerheblichen Mehrkosten einer mitbeurkundeten (Teil-)Erbauseinandersetzung hinzuweisen, wenn der Notar den Eindruck gewinnt, dass die auf Verkäuferseite beteiligte Erbengemeinschaft lediglich zum Zwecke der Abkürzung des Zahlungsweges die Einzelkonten der Miterben benennt und keine inneren Spannungen bestehen. Verlangt nur ein Miterbe einer mindestens dreigliedrigen Erbengemeinschaft die Teilerbauseinandersetzung des auf ihn entsprechend der Erbquote entfallenden Kaufpreises, so können die übrigen Miterben zur Kostenreduzierung auch die Zahlung des restlichen Kaufpreises auf ein erbengemeinschaftliches Konto oder ein Einzelkonto eines Miterben als Zahlstelle vereinbaren und die Mehrkosten ausschließlich dem die Teilerbauseinandersetzung beherrschenden Miterben überbürden.

Notar Dr. Oliver Gehse, Viersen

9. Beurkundungsrecht – Zum Nachweis organschaftlicher und rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht durch notarielle Bescheinigung

(BGH, Beschluss vom 22.9.2016 – V ZB 177/15)

BNotO § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3
GBO § 34

1. Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, kann dem Grundbuchamt durch eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nur nachgewiesen werden, wenn der Notar sämtliche Einzelschritte der Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO bescheinigt.
2. Die Bescheinigung einer Vollmachtenkette kann in einem Vermerk zu-sammengefasst werden, in dem der Notar die von ihm geprüften Einzelschritte aufführt. Eine Kombination von notariellen Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO ist zulässig.

Zur Einordnung

Der BGH befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, ob der Notar bei Vorlage einer notariellen Vollmachtsbescheinigung im Grundbuchverfahren neben der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auch die organschaftliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei Erteilung der Vollmacht durch die Vollmachtgeberin, eine juristische Person, bescheinigen muss.

Über die in einem Register eingetragene oder rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht eines Beteiligten kann der Notar gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO eine notarielle Bescheinigung ausstellen. Deren Verwendung als Vertretungsnachweis im Grundbuchverfahren lassen §§ 32 Abs. 1, 34 GBO zu (zur Verwendung der Vollmachtsbescheinigung im registergerichtlichen Verfahren s. § 12 Abs. 1 S. 3 HGB, § 5 Abs. 2 PartGG; s. zur Vollmachtsbescheinigung bei Handelsregisteranmeldungen auch OLG Düsseldorf RNotZ 2016, 407). Bei Verwendung einer Vollmachtsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO besteht allerdings Unklarheit darüber, ob die eigene Prüfungs-kompetenz des Grundbuchamts aufgrund der Prüfung des Notars als Grundlage der Vollmachtsbescheinigung gänzlich wegfällt oder ob dem Grundbuchamt diese Prüfungs-kompetenz auch bei Vorlage notarieller Vertretungsbescheinigungen zukommt. Grundsätzlich soll das Grundbuchamt die Vorlage der Vollmacht zur eigenen Prüfung nur bei begründeten Zweifeln an der Vertretungsmacht verlangen, etwa wenn das Grundbuchamt die genannte Vollmacht in einer anderen Sache als unzureichend angesehen hat (OLG Hamm FGPrax 2016, 198 [199]; ebenso *Heinze* in MünchVertragsHB Bürgerl. Recht II, 7. Aufl. 2016, VIII. 52e Rn. 1 a; ähnlich *Keller/Munzig/Volmer*, GrundbuchR, 7. Aufl. 2015, § 34 GBO Rn. 12 f.; aA *Spieker* notar 2014, 196 [198], der dem Grundbuchamt eine materielle Prüfungs-kompetenz hinsichtlich Wirksamkeit der Vollmacht und Umfang der Vertretungsmacht zuordnet; umfassend hierzu *Zimmer* NJW 2014, 337 ff. mwN).

Zudem ist der Umfang der zu bescheinigenden Umstände zu klären, wenn der Notar in einer notariellen Vollmachtsbescheinigung die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsbefugnis bescheinigt und die Vollmachtgeberin, eine juristische Person, bei Erteilung der Vollmacht durch ihr vertretungsberechtigtes Organ vertreten wurde. Grundsätzlich ist der Notar bei Verwendung der Vollmachtsbescheinigung im Grundbuchverfahren verpflichtet, sich die gesamte Legitimationskette, auf der die Vollmacht beruht, in grundbuchmäßiger Form vorlegen zu lassen (§ 21 Abs. 3 S. 2 BNotO; vgl. auch BT-Drs. 17/1469 S. 14; OLG Hamm FGPrax 2016, 198 [199]; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2016, 709 [710]; *Spieker* notar 2014, 196 [197]) und in die Bescheinigung jeden Einzelschritt aufzunehmen (BeckOK GBO/Hügel, 28. Ed., Stand 1.11.2016, § 34 Rn. 2, 13). Denn der Gesetzgeber wollte mit der Vollmachtsbescheinigung nicht die Anforderungen an den förmlichen Nachweis der Vollmacht im Grundbuchverfahren gem. § 29 GBO erleichtern, sondern lediglich eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises schaffen (BT-Drs. 17/1469 S. 14).

Wurde die Vollmacht vom organschaftlichen Vertreter der Vollmachtgeberin erteilt, so muss sich der Notar auch von der Vertretungsberechtigung des handelnden Organs vergewissern. Ob die Prüfung der organschaftlichen Vertretungsmacht durch den Notar auch in der notariellen Bescheinigung als Einzelschritt der Legitimationskette ausdrücklich aufgeführt werden muss (so schon OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2016, 709 [710 f.]) oder sich aus der Bestätigung der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht ergibt, bedurfte vorliegend der Klärung. Der BGH bestätigt, dass in der notariellen Bescheinigung im Hinblick auf die Überprüfung der Wirkung jeder Vollmachtsurkunde gem. § 172 BGB durch das Grundbuchamt nicht nur das Endergebnis der notariellen Prüfung der Vertretungsmacht, sondern jeder Einzelschritt anzugeben ist. Da bei organschaftlicher Vertretungsmacht keine Vollmachtsbescheinigung ausgestellt werden kann, ist hierfür neben der Vollmachtsbescheinigung eine Vertretungsbescheinigung über die organschaftliche Vertretungsberechtigung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO zu erbringen (so schon OLG Hamm FGPrax 2016, 198 [199]). Sämtliche Einzelschritte können in einen Vermerk zusammengefasst werden. Der BGH weist zudem darauf hin, dass gem. Nr. 25214 KV GNotKG für die Bescheinigung jedes Einzelschritts einer Legitimationskette die Festgebühr in Höhe von 15 EUR zu erheben ist (vgl. auch bei mehreren Vollmachten BeckOK KostR/Berger, 16. Ed., Stand 15.11.2016, GNotKG KV 25214 Rn. 4; BeckOK GBO/Hügel, 28. Ed., Stand 1.11.2016, § 34 Rn. 16).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I. Die Antragstellerin, eine GmbH, ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes. Sie beantragt die Eintragung einer Grundschuld und einer Vollstreckungsunterwerfung des jeweiligen Eigentümers wegen des Anspruchs aus der Grundschuld in das Grundbuch. Der verfahrensbevollmächtigte Notar hat dem Grundbuchamt eine beglaubigte Ablichtung der Grundschuldbestellungsurkunde vorgelegt, die Herr T., der nicht der organschaftliche Vertreter der Antragstellerin ist, für diese unterzeichnet hat. Der Beglaubigungsvermerk ent-

hält den Hinweis, dass Herr T. aufgrund einer (von einem anderen Notar beglaubigten) Vollmacht vom 4. Dezember 2012 für die Antragstellerin gehandelt hat. Der verfahrensbevollmächtigte Notar hat dem Beglaubigungsvermerk folgende Bescheinigung hinzugesetzt:

„Des Weiteren bescheinige ich gemäß § 21 Abs. (3) BNotO, dass die vorerwähnte Vollmacht heute bei Unterzeichnung in Ausfertigung vorgelegen hat, dass ich diese eingesehen habe und mir so Gewissheit über die Vertretungsmacht des Herrn T. verschafft habe.“

Der Notar hat dem Grundbuchamt darüber hinaus eine Ausfertigung der notariell beurkundeten Zwangsvollstreckungsunterwerfung vorgelegt. Auch bei Errichtung dieser Urkunde hat Herr T. aufgrund der notariell beglaubigten Vollmacht vom 4. Dezember 2012 für die Antragstellerin gehandelt. Die Urkunde enthält dazu folgende Bescheinigung des Notars:

„Der Notar bescheinigt gemäß § 21 Abs. (3) BNotO, dass die vorerwähnte Vollmacht heute bei Unterzeichnung in Ausfertigung vorgelegen hat, dass er diese eingesehen hat und sich so Gewissheit über die Vertretungsmacht des Herrn T. verschafft hat. Der Erschienene ist dem Notar von Person bekannt.“

Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat im Wege der Zwischenverfügung dem verfahrensbevollmächtigten Notar aufgegeben, jeweils ergänzend zu bescheinigen, dass er die Legitimationskette, die zu der Vollmacht des Herrn T. vom 4. Dezember 2012 geführt habe, überprüft habe. Das Beschwerdegericht hat die hiergegen eingelegte Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich die Antragstellerin weiterhin gegen die Beanstandung des Grundbuchamts.

II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in NotBZ 2016, 224 veröffentlicht ist, meint, die dem Grundbuchamt vorgelegten Notarbescheinigungen seien inhaltlich nicht hinreichend, um die Berechtigung des Herrn T. zur Vertretung der Antragstellerin nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO sei nur auf der Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen (§ 29 GBO). Der Notar müsse sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führe, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen wäre. Reiche der Notar die Vollmachtsurkunde nicht beim Grundbuchamt ein, sei es erforderlich, die Einzelschritte der Legitimationskette in der Bescheinigung offenzulegen. Zumindest müsse klargelegt sein, was der Notar zur Grundlage seiner Prüfung gemacht habe.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet

III. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss statthaft (§ 70 Abs. 1 und 2 FamFG i.V.m. § 78 Abs. 1 und 2 GBO) und auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG). Sie ist unbegründet. Das Beschwerdegericht nimmt rechtsfehlerfrei an, dass die vorgelegten Notarbescheinigungen (§ 21 Abs. 3 BNotO) nicht geeignet sind, um gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht des Herrn T. zu führen (§ 34 GBO).

Dem Grundbuchamt kann die Vertretungsmacht durch notarielle Vollmachtsbescheinigung nachgewiesen werden

1. Zwar kann nach § 34 GBO dem Grundbuchamt eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht durch eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden. Die von der Antragstellerin vorgelegten Notarbescheinigungen sind jedoch nicht ausreichend, weil sie nicht alle Teile der Legitimationskette umfassen. Da die Antragstellerin eine GmbH ist, muss die Herrn T. erteilte Vollmacht auf einen organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft zurückgehen. Der Nachweis von dessen Vertretungsberechtigung fehlt jedoch.

Das Grundbuchamt hat eine eigene Prüfungskompetenz

a) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, besteht insoweit eine eigene Prüfungskompetenz des Grundbuchamts.

Die Prüfung verlagert sich bei notarieller Vertretungsbescheinigung allerdings teilweise auf den Notar

aa) Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 21 Abs. 3 BNotO u. § 34 GBO durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1800) die Möglichkeit eröffnet, Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Wird davon Gebrauch gemacht, verlagert sich ein Teil der Prüfung der Vertretungsberechtigung von dem Grundbuchamt auf den Notar. Der Notar darf die Bescheinigung ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat (§ 21 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Die Vollmachtsurkunde muss nur dem Notar, nicht auch dem Grundbuchamt vorgelegt werden (vgl. BT-Drucks. 17/1469 S. 14).

Ob das Grundbuchamt auch bei notarieller Bescheinigung eine inhaltliche Prüfung der Vertretungsmacht vorzunehmen hat, ist umstritten

bb) Inwieweit das Grundbuchamt eine inhaltliche Prüfung der bescheinigten Vertretungsmacht vorzunehmen hat, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, das Grundbuchamt sei nach dem Legalitätsprinzip gehalten, die Wirksamkeit der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht selbständig zu prüfen (Spieker, notar 2014, 196, 198 unter Hinweis auf OLG Bremen, DNotZ 2014, 636, 637). Nach einer anderen Auffassung kann das Grundbuchamt nur den „Tenor“ und die äußerlichen Förmlichkeiten der notariellen Bescheinigung prüfen, nicht aber deren Inhalt (KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. § 34 Rn. 11, 12; Zimmer, ZfIR 2014, 566 f.; ders., NJW 2014, 337, 341). Eine vermittelnde Ansicht meint, das Grundbuchamt dürfe Tatsachen, die es kenne und die der bescheinigten Vertretungsmacht entgegenstünden, berücksichtigen und die notarielle Vollmachtsbescheinigung ggf. zurückweisen (OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551 = FGPrax 2016, 198; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 34 Rn. 6; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl., § 34 Rn. 8; BeckOK-GBO/Otto, 26. Edition, § 34 Rn. 19 f.; Böttcher, NJW 2015, 2770, 2773). Der Senat muss diesen Meinungsstreit hier nicht entscheiden.

Zu trennen ist hiervon die Frage, ob die notarielle Bescheinigung überhaupt geeignet ist, den Vertretungsnachweis in grundbuchmäßiger Form zu erbringen

cc) Von der Frage, ob das Grundbuchamt eine Prüfungs-kompetenz im Hinblick auf die von dem Notar bescheinigte Vollmacht hat, ist die Frage zu trennen, ob die notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ihrem Wortlaut und ihrer Form nach geeignet ist, den Nachweis der Vertretung (§ 15 Abs. 1 GBO) in grundbuchmäßiger Form zu führen. Die Notarbescheinigung kann für das Grundbuchamt grundsätzlich nur die Prüfung entbehrlich machen, ob die rechtsgeschäftliche Vollmacht besteht und der Vertreter das konkrete Rechtsgeschäft kraft Vollmacht tätigen darf. Ist hingegen die Reichweite der notariellen Vollmachtsbescheinigung betroffen, ist die Prüfungs-kompetenz des Grundbuchamts eröffnet. Um einen solchen Fall handelt es sich hier.

Eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht kann durch notarielle Vollmachtsbescheinigung nachgewiesen werden, wenn der Notar sämtliche Schritte der Vollmachtskette bescheinigt

b) Das Beschwerdegericht nimmt zutreffend an, dass eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, dem Grundbuchamt durch eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nur nachgewiesen werden kann, wenn der Notar sämtliche Einzelschritte der Vollmachtskette nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO bescheinigt (ebenso OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551 = FGPrax 2016, 198).

Voraussetzung für die notarielle Vollmachtsbescheinigung muss eine Vollmacht sein, die ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügt

aa) Das ergibt sich aus der Systematik der §§ 29, 32, 34 GBO.

(1) Eintragungen in das Grundbuch aufgrund von Erklärungen rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Personen konnten vor der Einführung von § 21 Abs. 3 BNotO u. § 34 GBO nur vorgenommen werden, wenn die Vertretungsmacht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen wurde (vgl. Senat, Beschluss vom 6. März 1959 – V ZB 3/59, BGHZ 29, 366, 368 = NJW 1959, 883). Ist der Bevollmächtigte seinerseits bevollmächtigt worden, musste dem Grundbuchamt jede einzelne Vollmacht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Der Nachweis konnte durch die Vorlage der Ausfertigung (§ 47 BeurkG) oder des Originals einer unterschiftsbeglaubigten Vollmacht geführt werden. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde genügte grundsätzlich nicht, weil zum Nachweis der Vertretungsmacht der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist (§ 172 BGB; vgl. Senat, Beschluss vom 13. Oktober 2011 – V ZB 90/11, FGPrax 2012, 4 Rn. 12 = NJW-RR 2012, 532). Sie wurde nur dann als ausreichend angesehen, wenn der Notar in dem Beglaubigungsvermerk bestätigte, dass ihm die Vollmachtsurkunde im Original oder in Ausfertigung zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hatte (vgl. BayObLG, Rpfleger 2000, 62 f. = MittRhNotK 1999, 345; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 29 Rn. 59; Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl., § 29 Rn. 153; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 29 Rn. 155).

Der Notar muss sich sämtliche Glieder der Vollmachtskette, die zur Vollmacht führen, in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen

(2) Mit der Neufassung von § 21 Abs. 3 BNotO u. § 34 GBO hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, Vertretungsberechtigungen, die sich aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergeben, durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO, § 32 GBO), auf die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis übertragen. Der Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht kann nunmehr auch gegenüber dem Notar erbracht werden. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist allerdings nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Ist der Bevollmächtigte seinerseits durch einen Dritten bevollmächtigt worden (sog. Vollmachts- oder Legitimationskette), darf der Notar sich nicht auf die Einsichtnahme in die letzte Vollmachtsurkunde beschränken, sondern er muss sich alle Glieder der Vollmachtskette, die zu der Vollmacht führen, in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen. Denn die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht wurden nicht verringert; es ist nur die Möglichkeit geschaffen worden, den Nachweis gegenüber dem Notar zu erbringen (vgl. BT-Drucks. 17/1469 S. 14; vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551 = FGPrax 2016, 198; OLG München, RNotZ 2016, 97, 100; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 21 Rn. 31; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl., § 34 Rn. 6; Spieker, notar 2016, 188, 192).

Gegenüber dem Grundbuchamt ist im Hinblick auf die Wirkung der Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB nicht nur das Endergebnis der Prüfung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht nachzuweisen

(3) Davon zu trennen ist die Frage, was der Notar gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen muss. Richtigerweise hat er nicht nur das Endergebnis der Prüfung der ihm vorgelegten Nachweise der rechtsgeschäftlichen Vertretungsberechtigung zu bescheinigen. Das folgt aus § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO; danach hat der Notar in der Bescheinigung anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegen hat. Hintergrund dieser Vorschrift ist die in § 172 BGB geregelte Wirkung der Vollmachtsurkunde. Die Notarbescheinigung ist im Grundbuchverfahren nur dann nachweistauglich, wenn von dem Fortbestand der Vollmacht ausgegangen werden kann. Das hat das Grundbuchamt anhand der Angaben nach § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO zu prüfen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13136 S. 20; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 34 Rn. 5; Preuß, DNotZ 2013, 740, 748). Beruht die Vertretungsmacht auf mehreren rechtsgeschäftlichen Vollmachten, muss das Grundbuchamt folglich prüfen, ob und wann dem Notar die einzelnen Vollmachtsurkunden in einer dem § 29 GBO genügenden Form vorgelegen haben. Demgemäß muss der Notar in der notariellen Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO entsprechende Angaben zu allen Vollmachtsurkunden machen.

Organschaftliche Vertretungsverhältnisse können nicht durch Vollmachtsbescheinigung nachgewiesen werden; es bedarf zusätzlich einer Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO

(4) Durch die Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO können organschaftliche Vertretungsverhältnisse nicht nachgewiesen werden (BeckOK-GBO/Otto, 26. Edition, § 34 Rn. 2). Für sie ist eine notarielle Bescheinigung nach

§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO erforderlich (§ 32 GBO). Eine solche Bescheinigung wird durch diejenige nach § 21 Abs. 3 BNotO weder ersetzt noch entbehrlich gemacht. Geht – wie hier – die Vollmacht bzw. die Vollmachtenkette auf einen organschaftlicher Vertreter zurück, muss der Notar deshalb zusätzlich dessen Vertretungsmacht nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO bescheinigen.

Auch der Zweck der §§ 21 Abs. 3 BNotO, 34 GBO steht dem nicht entgegen

bb) Ein anderes Verständnis ginge über den Zweck der Vorschriften der § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO hinaus. Dieser besteht darin, den Aufwand für den Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtenketten gegenüber dem Grundbuchamt zu reduzieren (vgl. BT-Drucks. 17/1469 S. 14, 19). Die notarielle Vollmachtenbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO soll zu einer Entlastung der Bediensteten der Grundbuchämter führen, weil sie nicht mehr sämtliche Vollmachten einer Vollmachtenkette prüfen müssen. Zugleich sollen die Urkundensammlungen innerhalb der Grundakte dadurch reduziert werden, dass die Vollmachtenurkunden nicht mehr vorgelegt und aufbewahrt werden müssen. Für Unternehmensträger hat die notarielle Vollmachtenbescheinigung den Vorteil, dass sie den Notar ihres Vertrauens beauftragen können, der auch in anderen Angelegenheiten für sie tätig ist und dem damit die erforderlichen Unterlagen bereits vorliegen (vgl. BT-Drucks. 17/1469 S. 14). Diese gesetzgeberischen Ziele werden auch dann erreicht, wenn der Notar die Einzelschritte einer Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 3 BNotO bescheinigen muss. Die Möglichkeit, eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen, wird hierdurch nicht nennenswert erschwert. Da sich der Notar die Legitimationskette, die zu der Vollmacht des Handelnden führt, stets in der Form des

§ 29 GBO nachweisen lassen muss (vgl. BT-Drucks. 17/1469 S. 14), wird von ihm nur verlangt, Bescheinigungen über die ihm ohnehin vorliegenden Nachweise auszustellen.

Eine Kombination notarieller Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO ist zulässig; jede im Vermerk bescheinigte Vertretungsmacht löst aber eine Gebühr nach Nr. 25214 KV GNotKG aus

cc) Es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Notar für jede einzelne Vollmacht bzw. für die organschaftliche Vertretungsmacht separate notarielle Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 u. Abs. 3 BNotO erstellt. Die Bescheinigung einer Vollmachtenkette kann in einem Vermerk zusammengefasst werden, in dem der Notar die von ihm geprüften Einzelschritte, die die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ergeben, aufführt (vgl. BeckOK-GBO/Otto, 26. Edition, § 34 Rn. 13). Auch eine Kombination von notariellen Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 u. Abs. 3 BNotO ist zulässig (vgl. Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl., § 29 Rn. 224). Für jede in einem Vermerk bescheinigte Vertretungsmacht fällt, worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist, eine Gebühr nach Nr. 25214 KV-GNotKG an (vgl. Sikora in Korintenberg, GNotKG, 19. Aufl., KV Nr. 25214 Rn. 13; BeckOK-KostR/Berger, 13. Edition, GNotKG KV 25214 Rn. 4; Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl., Nr. 25214 KV Rn. 4). Das ist wegen des erhöhten Prüfungsaufwands und Haftungsrisikos des Notars gerechtfertigt.

2. Daran gemessen durfte das Grundbuchamt dem Notar mit der Zwischenverfügung aufgeben, lückenlose Bescheinigungen über die Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 3 BNotO vorzulegen. ■

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zum Anspruch des Anfechtungsgläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung

(BGH, Urteil vom 15.12.2016 – IX ZR 113/15)

AnfG §§ 4 Abs. 1, 11, 12

1. Der Anfechtungsgläubiger hat gegen den Empfänger einer teils entgeltlichen, teils unentgeltlichen Leistung des Schuldners einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den zugewandten Gegenstand.
2. Der gutgläubige Empfänger einer teils entgeltlichen, teils unentgeltlichen Leistung, der eine Gegenleistung erbracht hat, kann bevorzugte Befriedigung seines Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung aus dem Verwertungserlös verlangen.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris, NJW 2017, 1035) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Ausschluss eines Aufgebotsverfahren bei bekanntem Hypothekengläubiger

(OLG München, Beschluss vom 20.10.2016 – 34 Wx 360/16)

BGB §§ 362 Abs. 1, 894, 1163 Abs. 1 S. 2, 1170
FamFG §§ 447, 449
ZPO § 867

Das Aufgebotsverfahren zum Ausschluss unbekannter Gläubiger steht nicht zur Verfügung, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks die durch Hypothek gesicherte Forderung des eingetragenen Gläubigers, der der Person nach bekannt ist, nach eigener Behauptung erfüllt hat, die Erfüllung aber nicht beweisen kann.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris, FGPrax 2017, 47) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zum Anspruch auf Umschreibung eines Grundbuchblattes zur „Grundbuchwäsche“

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.2.2017 – I-3 Wx 297/16, mitgeteilt durch Richter am OLG a. D. Peter von Wnuck Lipinski)

GBV §§ 23, 28

GG Art. 1 Abs. 1 u. 2, 2 Abs. 1, 3, 14

Einen Anspruch auf Umschreibung eines Grundbuchblattes, mit dem Ziel, durch Neufassung die Verlautbarung ordnungsgemäß zustande gekommener, durch Rötung gelöschter Eintragungen (hier: Zwangsversteigerungsvermerk, Zwangssicherungshypotheken, Grundschulden zugunsten von Kreditinstituten) im Grundbuch zu beseitigen („Grundbuchwäsche“), gewährt weder die Grundbuchverfügung unmittelbar noch lässt er sich grundsätzlich – so auch hier – aus Grundrechten wie dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder der Eigentumsgarantie herleiten.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur rechtlichen Einordnung einer Aufdachsolaranlage als Zubehör oder wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks

(OLG Nürnberg, Endurteil vom 10.10.2016 – 14 U 1168/15)

BGB §§ 93, 94, 97, 98, 929, 1120
ZVG §§ 20, 55, 90 Abs. 2

Eine sogenannte Aufdachsolaranlage, die auf dem Dach eines Wohngebäudes montiert ist, zu dessen Stromversorgung sie nicht beiträgt, stellt weder einen (wesentlichen) Bestandteil noch Zubehör des Grundstücks bzw. des Gebäudes dar, wenn sie ohne einen unverhältnismäßigen Aufwand und ohne Verursachung von Beschädigungen vom Gebäude getrennt und andernorts wieder installiert werden kann.

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Bayern.Recht) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zum Erlöschen eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts bei Löschung des Berechtigten im Handelsregister

(OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2017 – I-15 W 246/16)

BGB §§ 473, 1059 a Abs.1 Nr.1, 1094 Abs. 1, 1098 Abs. 1
GBO §§ 19, 22 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1 S. 2
HGB § 17 Abs. 1

Ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht erlischt nicht bereits dadurch, dass die als Berechtigte eingetragene GmbH & Co KG nach Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden ist.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

6. Erbrecht – Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Erbeinsetzung

(OLG Köln, Beschluss vom 14.11.2016 – 2 Wx 536/16)

FamFG §§ 38 Abs. 3 S. 3, 70 Abs. 2, 84
BGB §§ 2065, 2361 S. 1

Die testamentarische Anordnung „derjenige, der den zuletzt verstorbenen Ehegatten begleitet und gepflegt hat, soll der Alleinerbe sein,“ ist nicht hinreichend bestimmt und enthält keine wirksame Bestimmung eines Erben durch den Erblasser.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW, FGPrax 2017, 41) ■

7. Familienrecht – Zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung eines Grundstücksverkaufs durch einen Betreuer

(BGH, Beschluss vom 30.11.2016 – XII ZB 335/16)

BGB §§ 1821 Abs. 1, 1901 Abs. 2, Abs. 3, 1908 i Abs. 1

Zu den Voraussetzungen für die betreuungsgerichtliche Genehmigung des Verkaufs eines Grundstücks des Betroffenen durch den Betreuer (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 9. Januar 2013 – XII ZB 334/12 – FamRZ 2013, 438 und vom 25. Januar 2012 – XII ZB 479/11 – FamRZ 2012, 967; Senatsurteil BGHZ 182, 116 = FamRZ 2009, 1656).

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, DNotZ 2017, 130, NJW-RR 2017, 324) ■

8. Familienrecht – Zur Widerlegung der Vermutung der Sittenwidrigkeit bei krasser finanzieller Überforderung des mitverpflichteten Ehepartners

(BGH, Urteil vom 15.11.2016 – XI ZR 32/16)

BGB §§ 138, 765

Zur Widerlegung der Vermutung der Sittenwidrigkeit der Mithaftungserklärung bei Vorliegen einer krassen finanziellen Überforderung des mitverpflichteten Ehepartners.

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Bundesgerichtshof, NJW-RR 2017, 241) ■

9. Familienrecht – Zur Beurkundung einer Sorgerechtersklärung mit Dolmetscher

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 1.2.2016 – 5 UF 286/15)

BGB §§ 1626 a, 1626 d, 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2
BeurkG §§ 1 Abs. 2, 7 Nr. 3, 16 Abs. 3

1. Ist die Kindesmutter bei Beurkundung der Sorgeerklärung vor dem Jugendamt der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig, so gelten für den Dolmetscher §§ 6 und 7 BeurkG entsprechend.
2. Durch Beurkundung der Sorgerechtersklärung erlangt der Kindsvater einen rechtlichen Vorteil, so dass die Beurkundung unwirksam ist, wenn eine Person als Dolmetscher für die Kindesmutter eingesetzt wurde, die mit dem Kindsvater in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten

Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder war.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Jurion, DNotI, juris, Justiz Hessen)

10. Familienrecht – Zur Aufhebung und Zurückverweisung eines Scheidungsverbundbeschlusses wegen anderweitiger Rechtshängigkeit vor dem Scharia-Gericht im Libanon

(OLG Hamm, Beschluss vom 6.1.2017 – 3 UF 106/16)

FamFG §§ 58 ff., 68 Abs. 3 S. 2, 98 Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1 S. 2, 117 Abs. 2, 137 Abs. 2 Nr. 1

EuGVVO Art. 29 ff.

Rom-III Art. 5, 8a

EGBGB Art. 17 Abs. 3 S. 1

ZPO §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 u. Abs. 3 Nr. 1, 538

Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 3

Brüssel-IIa-VO Art. 3a

1. Der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit ist im Ehescheidungsverfahren in allen Instanzen ein von Amts wegen unabhängig von etwaigen Anträgen oder Verfahrensrügen zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis, so dass ein Scheidungsverbundbeschluss im Beschwerdeverfahren auch ohne ausdrücklichen Antrag in entsprechender Anwendung der §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 3 ZPO aufgehoben und das Verfahren zur erforderlichen dortigen Aussetzung an das Familiengericht zurückverwiesen werden kann.
2. Die anderweitige Rechtshängigkeit wegen eines im Libanon vor dem Scharia-Gericht zeitlich vorrangig eingereichten und zugestellten Ehescheidungs- und Abendgabe-Antrags gegenüber dem (vom selben Ehegatten) später anhängig und rechtshängig gemachten Ehescheidungsverbundverfahren vor dem deutschen Familiengericht folgt aus Art. 33, 34 des Luganer Übereinkommens bzw. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog.
3. Nach diesen Vorschriften ist gegenüber dem engen deutschen Rechtshängigkeits- und zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (identischer Sachantrag und Lebenssachverhalt) zur Vermeidung unvereinbarer gerichtlicher Kollisionen bei der Beurteilung der zwischenstaatlichen anderweitigen Rechtshängigkeit ein einheitlicher, den Begriff des „prozessualen Anspruchs“ autonom auslegender weiter Verfahrensgegenstandsbegriff geboten, wonach es entscheidend darauf ankommt, ob bei wertender Betrachtung der „Kernpunkt“ beider Verfahren der Gleiche ist. Ein vor dem Familiengericht rechtshängiges verschuldensunabhängiges Ehescheidungsverfahren nach den §§ 1564 ff. BGB beruht insoweit auf dem gleichen Kernpunkt wie ein schon zuvor im Libanon vor dem dortigen Scharia-Gericht rechtshängig gewordenen, von der Ehefrau wegen nachgewiesenen Verschuldens des Ehemannes beantragtes Ehescheidungs- und Abendgabe-Verfahren nach den Art. 337-345 des Libanesischen Familiengesetzes vom 16.7.1962.

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW, NJW-RR 2017, 326)

11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den Anforderungen an einen Hauptversammlungsbeschluss über den Entzug des Vertrauens gegenüber einem Vorstandsmitglied

(BGH, Urteil vom 15.11.2016 – II ZR 217/15)

AktG § 84 Abs. 3 S. 2

1. Der Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, einem Vorstandsmitglied das Vertrauen zu entziehen, ist nicht schon dann offenbar unsachlich oder willkürlich, wenn sich die Gründe für den Vertrauensentzug als nicht zutreffend erweisen.
2. Der Hauptversammlungsbeschluss, mit dem einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen wird, muss nicht begründet werden.
3. Die Anhörung des Vorstandsmitglieds ist grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf der Bestellung.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, DStR 2017, 555)

12. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Fälligkeit des Anspruchs auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bei Beendigung einer atypisch stillen Gesellschaft

(BGH, Urteil vom 6.12.2016 – II ZR 140/15)

ZPO § 253

Bei Beendigung einer atypisch stillen Gesellschaft wird der Anspruch des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens – ebenso wie ein eventueller Verlustausgleichsanspruch des Geschäftsinhabers – regelmäßig erst nach der Auseinandersetzung gemäß § 235 Abs. 1 HGB in Form der Durchführung einer Gesamtabrechnung fällig, die der Geschäftsinhaber allerdings nicht ungebührlich hinauszögern darf.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, DStR 2017, 675)

13. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Koppelung der Beendigung des Anstellungsvertrags eines GmbH-Geschäftsführers an die Abberufung als Geschäftsführer

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.10.2016 – 8 U 122/15)

GmbHG § 18 Abs. 1

ZPO § 256 Abs. 1

BGB §§ 307 Abs. 1 S. 1, 622 Abs. 5 Nr. 2, 626 Abs. 1

1. Eine Koppelungsvereinbarung in einem Geschäftsführeranstellungsvertrag mit einer GmbH, die die sofortige Beendigung des Anstellungsvertrages mit Zugang der Bekanntgabe des Abberufungsbeschlusses vorsieht, ist unwirksam.
2. Handelt es sich bei der Koppelungsvereinbarung um eine von der Gesellschaft gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, kann sie nicht (geltungserhaltend) einschränkend dahin ausgelegt werden, dass die Been-

digung des Anstellungsvertrages nicht sofort nach Bekanntgabe des Widerrufs der Geschäftsführerbestellung, sondern erst nach Ablauf der sich aus dem Gesetz ergebenden Mindestkündigungsfrist eintritt (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 29.5.1089 – II ZR 220/88 -, juris Rn. 17 f.).

- Ein wirksamer Beschluss einer GmbH kann auch dadurch konkludent gefasst werden, dass sich die Gesellschafter in einer Universalversammlung über die fragliche Maßnahme unzweifelhaft einig sind und dies nach außen – etwa durch sofortige Umsetzung der Maßnahme – zum Ausdruck bringen.

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Jurion, juris, Justiz Baden-Württemberg, NZG 2017, 226) ■

14. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Vorrang der Bescheidung einer Anmeldung gegenüber der Durchführung eines Amtslöschungsverfahrens

(OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016 – 20 W 269/16)

GmbHG §§ 16 Abs. 1, 40
FamFG §§ 395, 397, 398

- Zum Vorrang der Bescheidung einer Anmeldung gegenüber der Durchführung eines Amtslöschungsverfahrens, wenn in beiden Fällen die Löschung eines im Registerblatt eingetragenen Geschäftsführers erreicht werden kann
- Zur Bedeutung der Gesellschaftserliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Jurion, juris, Justiz Hessen) ■

15. Kostenrecht – Zu den Anforderungen an ein eigenständiges Ersuchen um amtliches Tätigwerden des Notars

(BGH, Beschluss vom 19.1.2017 – V ZB 79/16)

GNotKG §§ 29, 30, 32 Abs. 1
BGB §§ 133, 157

Die bloße Bitte um Verlegung eines Beurkundungstermins stellt sich auch aus dem objektivierten Empfängerhorizont des Notars regelmäßig nicht als eigenständiges Ersuchen um amtliches Tätigwerden dar, sondern lediglich als notwendige Mitwirkung an der Vorbereitung der Beurkundung.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof) ■

16. Kostenrecht – Zu den Eintragungsgebühren für eine Vormerkung, die einen bedingten bzw. befristeten Rückübertragungsanspruch sichert

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21.9.2016 – 3 W 49/16)

GNotKG §§ 45 Abs. 3, 51 Abs. 1 S. 2, 81 Abs. 2 S. 1

Für die Eintragung einer Vormerkung, die einen unter einer oder mehreren Bedingungen stehenden bzw. befristeten

Rückübertragungsanspruch sichert, kommt es regelmäßig auf die Hälfte des Grundstückswertes für die Bemessung der Eintragungskosten an.

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Justiz Rheinland-Pfalz, FGPrax 2017, 46) ■

17. Kostenrecht – Zum Einwand unrichtiger Sachbehandlung bei Abwicklung über Notaranderkonto ohne berechtigtes Sicherungsinteresse

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.9.2016 – I-10 W 262/16)

BeurkG § 54, § 54 a Abs. 2, Abs. 3
GNotKG § 21, § 129 Abs. 1

Der Mangel eines berechtigten Sicherungsinteresses nach § 54 a Abs. 2 und 3 BeurkG ist nicht mit dem Tatbestand der unrichtigen Sachbehandlung gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG gleichzusetzen. Der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung gegen die Abwicklung über Notaranderkonto kann nur bei einem eklatanten Fehler des Notars erhoben werden. Das ist der Fall wenn in dem Kaufvertrag die Einzahlung auf Notaranderkonto vorgesehen ist, ohne dass hierfür überhaupt ein Anlass oder nachvollziehbarer Grund ersichtlich wäre.

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

18. Steuerrecht – Zur Grunderwerbsteuerbefreiung bei Verkauf von Grundbesitz einer GmbH an einen Landkreis

(BFH, Urteil vom 9.11.2016 – II R 12/15)

GrEStG 1997 § 4 Nr. 1

Der Verkauf von Grundstücken durch eine GmbH an einen Landkreis ist nicht nach § 4 Nr. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, DStRE 2017, 306) ■

19. Steuerrecht – Zur Körperschaftsteuer bei einer Erbschaft als Betriebseinnahme einer Pflegeheim-GmbH

(BFH, Urteil vom 6.12.2016 – IR 50/16)

KStG § 8 Abs. 2
ErbStG § 7 Abs. 8
GG Art. 3 Abs. 1 und 14

Die für den Betrieb einer Pflegeheim-GmbH bestimmte Erbschaft unterliegt ungeachtet ihrer erbschaftsteuerrechtlichen Belastung der Körperschaftsteuer (Anschluss an BFH-Urteil vom 14. März 2006 VIII R 60/03, BFHE 212, 535, BStBl II 2006, 650).

(Fundstellen: beck-online, DNotI, Bundesfinanzhof, DStR 2017, 319) ■