

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
September 2015
ISSN 1434-3460

18/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 24, 28; BGB §§ 883, 888; BayNatSchG Art. 39 – Verzicht auf Vorkaufsrecht; Verhältnis zwischen gesetzlichem Vorkaufsrecht und vormerkungsgesichertem Rückübertragungsanspruch

WEG § 25 – Bevollmächtigung des Nießbrauchers zur Stimmrechtsausübung in der Wohnungseigentümerversammlung; Kollision mit Vertreterklausel in der Gemeinschaftsordnung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 16 Abs. 2 – Werdender Wohnungseigentümer bei Ersterwerb von Wohnungseigentum; Person des werdenden Wohnungseigentümers bei Abtretung des vormerkungsgesicherten Übereignungsanspruchs; Abgrenzung zum Zweiterwerb

BNotO § 11a S. 3 u. 4; GG Art. 12; AEUV Artt. 49, 56 – Versagung der Urkundstätigkeit eines ausländischen Notars in Deutschland mit Grundgesetz und Europarecht vereinbar

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 24, 28; BGB §§ 883, 888; BayNatSchG Art. 39

Verzicht auf Vorkaufsrecht; Verhältnis zwischen gesetzlichem Vorkaufsrecht und vormerkungsgesichertem Rückübertragungsanspruch

I. Sachverhalt

In einem Übergabevertrag aus dem Jahre 1993 hat sich der Übergeber (Vater) das Recht vorbehalten, die Rückübertragung des Grundstücks zu fordern, wenn der Übernehmer (Sohn) über das Grundstück ohne Zustimmung verfügt. Zur Absicherung ist eine Vormerkung zugunsten des Übergebers im Grundbuch eingetragen. Der Übernehmer erwägt einen Verkauf des Grundstücks. Da es sich um ein Grundstück mit Seeanschluss handelt, fürchtet er die Ausübung öffentlich-rechtlicher Vorkaufsprärogative. Deshalb soll der Verkauf ohne vorherige Einwilligung des Übergebers erfolgen, damit bei einer Ausübung des Vorkaufsprärogative der vormerkungsgesicherte Rückforderungsanspruch geltend gemacht werden kann.

II. Fragen

1. Besteht ein Anspruch darauf, dass die Gemeinde bereits vor Abschluss des Kaufvertrags über die Ausübung des Vorkaufsprärogative entscheidet?
2. Würde sich die vormerkungsgesicherte Rückforderung auf der Ebene des Grundbuchvollzugs gegen die

Eintragungsmöglichkeiten der Vorkaufsberechtigten nach § 28 BauGB und Art. 39 BayNatSchG durchsetzen oder ist auf diesen Fall § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB bzw. Art. 39 Abs. 4 BayNatSchG anzuwenden?

3. Ist die geplante Strategie als Verstoß gegen § 465 BGB oder allgemeine Rechtsgrundsätze (Rechtsmissbrauch) zu werten?

III. Zur Rechtslage

1. Vorkaufsrecht gem. §§ 24, 28 BauGB

a) Verzicht auf gemeindliches Vorkaufsrecht vor Abschluss des Kaufvertrags

Gem. § 24 BauGB steht einer Gemeinde unter gewissen Voraussetzungen ein Vorkaufsrecht zu, wenn innerhalb ihres Gebietes ein Grundstück verkauft wird. § 28 BauGB enthält nähere Bestimmungen über die Ausübung des Vorkaufsprärogative und deren rechtliche Folgen. In § 28 Abs. 5 BauGB ist die Möglichkeit eines *generellen* (flächenbezogenen) Verzichts der Gemeinde auf die Ausübung ihres Vorkaufsprärogative geregelt. Darüber hinausgehend ist allgemein anerkannt, dass die Gemeinde auf ein etwaiges Vorkaufsrecht **im konkreten Einzelfall** auch schon **vor Abschluss des Kaufvertrags** verzichten kann (vgl. BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.7.2015, § 28 Rn. 16; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, 117. EL 5/2015, § 28 Rn. 91; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 28 Rn. 4; Brügelmann/Roos, BauGB, 53. Lfg. 10/2003, § 28 Rn. 92; Schrödter/Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 28 Rn. 47, 52; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4132).

Eine Pflicht der Gemeinde, sich vor Abschluss des Kaufvertrags verbindlich zu äußern, also ein **Anspruch der Beteiligten** auf eine zeitlich vorgelagerte Entscheidung über die Ausübung bzw. Nichtausübung des Vorkaufsrechts, dürfte allerdings **nicht** bestehen. Das BauGB sieht im Gegensatz zu anderen Gesetzen (bspw. § 2 Abs. 1 S. 3 GrdStVG) eine zeitlich vorgelagerte Entscheidung der Gemeinde nicht vor. Insoweit sind die Beteiligten auf die Mitwirkungsbereitschaft der Gemeinde angewiesen (a. A. wohl BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rn. 16: Anspruch auf vorzeitige Verzichtserklärung ausnahmsweise möglich).

b) Verhältnis des gemeindlichen Vorkaufsrechts zum vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch des Übergebers

Sofern die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht ausübt und infolgedessen als Grundstückseigentümerin in das Grundbuch eingetragen wird, würde dem Übergeber grundsätzlich ein **Anspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB** zustehen. Die zu seinen Gunsten eingetragene Vormerkung entfaltet demgegenüber keine Grundbuchsperrung (vgl. MünchKommBGB/Kohler, BGB, 6. Aufl. 2013, § 883 Rn. 49). Der Geltendmachung eines solchen Anspruchs könnte aber ausnahmsweise die Bestimmung des **§ 28 Abs. 2 S. 5 BauGB** entgegenstehen, wonach etwaige rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte am Grundstück erlöschen, wenn die Gemeinde in Ausübung ihres Vorkaufsrechts das Eigentum am Grundstück erwirbt. Zeitpunkt des Erlöschens ist nicht die Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern der Eigentumsübergang auf die Gemeinde (vgl. Stock, § 28 Rn. 51). Es stellt sich die **Frage, ob diese Bestimmung auf einen vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch analog anzuwenden** ist.

aa) Soweit ersichtlich, finden sich dazu Stellungnahmen weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur. Für eine entsprechende Anwendung der Bestimmung streitet die Überlegung, dass der vormerkungsgesicherte Übertragungsanspruch im wirtschaftlichen Ergebnis einem Vorkaufsrecht nahesteht, insbesondere wenn der Rückforderungsgrund – wie hier – an eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Grundstück anknüpft; in beiden Fällen hat ein Dritter das Recht, das Eigentum bei einer Grundstücksveräußerung an sich zu ziehen. Dagegen ließe sich einwenden, dass das Vorkaufsrecht nach den §§ 24, 28 BauGB und damit die Verdrängung rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte gem. **§ 28 Abs. 2 S. 5 BauGB** nur für **Eigentumsverschaffungsansprüche aus Kaufverträgen** gilt. Der Rückübertragungsanspruch des Übergebers folgt aber nicht aus einem Kauf-, sondern aus einem Übergabevertrag und unterliegt als solcher typischerweise – weil unentgeltlich – nicht dem Vorkaufsrecht der Gemeinde. Dies gilt umso mehr, wenn der rückforderungsberechtigte Übergeber zum Personenkreis gem. § 26 Nr. 1 BauGB gehört. Insoweit ließe sich ein Erstrecht-Schluss ziehen: Wenn schon der Abschluss eines Kaufvertrags mit einem nahen Angehörigen (hier: entgeltlicher „Rückverkauf“ des Grundstücks an den Übergeber) nicht zu einem Vorkaufsrecht der Gemeinde führen würde, kann eine solche Person erst recht nicht hinsichtlich ihrer Rechte aus dem Übergabevertrag verdrängt werden. Die Reichweite der Verdrängung gem. § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB ginge ansonsten über das eigentliche Vorkaufsrecht hinaus. Wir neigen daher zu der Ansicht, dass § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB vorliegend keine Anwendung findet und das Rückforderungsrecht des Übergebers nicht untergeht.

bb) Diese Einschätzung findet u. E. eine Stütze in der Entscheidung des **BGH** vom 14.1.1972 (BGHZ 58, 78 = NJW 1972, 488). Das Gericht hatte sich mit der Frage

zu befassen, ob § 24 Abs. 5 BBauG a. F. über seinen Wortlaut hinaus für ein **vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht** gilt. Die damals maßgebliche Bestimmung des § 24 BBauG (i. d. F. v. 23./29.6.1961) lautete:

„(5) Das Vorkaufsrecht geht unbeschadet der Vorschriften der §§ 4 bis 11 des Reichssiedlungsgesetzes allen anderen Vorkaufsrechten im Range vor und bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch. Bei einem Eigentumserwerb auf Grund der Ausübung des Vorkaufsrechtes erlöschen rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte.“

Die Entscheidungsgründe des BGH sind insoweit bemerkenswert, als das Gericht die Bestimmung des § 24 Abs. 5 S. 2 BBauG a. F. (= § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB n. F.) überhaupt nicht für einschlägig hielt. Während sich die Vorinstanz noch zu der Feststellung bemüht hatte, dass § 24 Abs. 5 S. 2 BBauG a. F. seinem Wortlaut nach nur für *Vorkaufsrechte* gelte und daher nicht zum Erlöschen von dinglich gesicherten Wiederkaufsrechten führe, wies der BGH darauf hin, dass die Anwendung des § 24 Abs. 5 Satz 2 BauGB überhaupt nicht in Rede stehe (BGHZ 58, 78, 81 f.). Dabei ging das Gericht von der Überlegung aus, dass ein **Eigentumserwerb** der Gemeinde i. S. v. § 24 Abs. 5 S. 2 BauGB a. F. (= § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB n. F.) **im Verhältnis zur vormerkungsgesicherten Wiederkaufsberechtigten** gar nicht stattgefunden habe, sondern **gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam** gewesen sei.

Konsequenterweise prüfte der BGH sodann die Frage, ob die für die wiederkaufsberechtigte Klägerin eingetragene Vormerkung gegenüber der Eintragung der Gemeinde als Grundstückseigentümerin *vorrangig* war und konzentrierte sich auf die Bestimmung des § 24 Abs. 5 Satz 1 BBauG. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass § 24 Abs. 5 S. 1 BBauG nicht über seinen Wortlaut hinaus auf ein vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht anzuwenden ist (BGHZ 58, 78, 83 f.). Im Ergebnis bejahte der BGH daher einen Anspruch der vormerkungsgesicherten Wiederkaufsberechtigten aus § 888 Abs. 1 BGB und gab dem Klageantrag statt.

cc) Die Bestimmung des § 24 Abs. 5 Satz 1 BBauG von 1961 wurde zwar im Rahmen der Novelle zum BauGB von 1976 als überflüssig gestrichen, gleichwohl ist auch heute noch anerkannt, dass das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht dem städtebaulichen vorgeht (vgl. Stock, § 28 Rn. 50). Im Übrigen spricht das **ersatzlose Entfallen des § 24 Abs. 5 S. 1 BBauG** umso mehr dafür, dass auch vorliegend die Rechtsposition der Gemeinde gegenüber dem vormerkungsgesicherten Übergeber nachrangig ist; das BauGB enthält keine Vorschrift mehr, aus der sich ein Vorrang herleiten ließe. Dies gilt erst recht, nachdem das **städtebauliche Vorkaufsrecht** der Gemeinde im Zuge der Novelle von 1976 „**entdinglicht**“ wurde: Während vormals § 24 Abs. 4 S. 2 BBauG auf die Vormerkungswirkung des dinglichen Vorkaufsrechts gem. § 1098 Abs. 2 BGB verwies, ist diese Bestimmung durch die faktische (nicht aber einen Eigentumserwerb rechtlich hindernde) „Grundbuchsperrung“ gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB ersetzt worden. Mit der Entdinglichung des gesetzlichen Vorkaufsrechts ist auch die Konstruktion als „öffentliche Last“, die auf dem Grundstück ruht, überholt (vgl. MünchKommBGB/H. P. Westermann, 6. Aufl. 2013, § 1094 Rn. 2; Jauernig/Berger, BGB, 15. Auflage 2014, § 436 Rn. 4).

dd) Unseres Erachtens kann es keinen Unterschied machen, ob es sich bei dem vormerkungsgesicherten Anspruch um ein schuldrechtliches Wiederkaufsrecht oder ein schuld-

rechtliches Rückforderungsrecht handelt. In Fortführung der Erwägungen des BGH würde ein Erlöschen des Vormerkungsgesicherten Anspruchs gem. § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB vorliegend daher daran scheitern, dass ein etwaiger Eigentumserwerb der Gemeinde im Verhältnis zum Übergeber (relativ) unwirksam wäre, und sich die Frage, ob die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus für ein Vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht gilt, gar nicht stellen. Ein wesentlicher Unterschied zum vorliegenden Fall besteht freilich darin, dass im Fall des BGH das gemeindliche Vorkaufsrecht (aufgrund Satzung gem. § 25 BBauG a. F.) erst *nach* Begründung des Wiederkaufsrechts entstanden war. Vorliegend war das gesetzliche Vorkaufsrecht gem. § 24 BauGB aber dem Grunde nach schon vorhanden, als 1993 der Übergabevertrag geschlossen wurde. Da der **BGH seine Argumentation nicht auf das zeitliche Moment der Begründung der Rechte stützte** (Vorkaufsrecht *versus* Wiederkaufsrecht), erscheint es indes vertretbar, seine Erwägungen auf den konkreten Sachverhalt zu übertragen.

ee) Als **Zwischenergebnis** ist mithin festzuhalten, dass **§ 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht (analog) anwendbar** und der **vormerkungsgesicherte Rückforderungsanspruch des Übergebers** gegenüber dem Eigentumsverschaffungsanspruch der Gemeinde aufgrund etwaiger Vorkaufsrechtsausübung **vorrangig** ist. Sollte die Gemeinde als Grundstückseigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden, stünde dem Übergeber gegen die Gemeinde ein Anspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB zu. Sollte der Übernehmer dagegen das Grundstück in Erfüllung des Rückforderungsanspruchs an den Übergeber auflassen, stünde der Gemeinde gegenüber dem Übergeber kein Anspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB zu, denn selbst wenn die Gemeinde für sich eine Vormerkung gem. § 28 Abs. 2 S. 3 BauGB in das Grundbuch eintragen ließe, wäre diese Rechtsposition gegenüber dem Übergeber nachrangig. Eine Grundbuchsperrung gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB besteht nicht, weil das Grundstück an den Übergeber nicht in Vollzug eines Kaufvertrags zurückübertragen wird.

c) Umgehung des Vorkaufsrechts?

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das geplante Vorgehen als Verstoß gegen § 465 BGB oder allgemeine Rechtsgrundsätze (Rechtsmissbrauch, § 242 BGB) einzustufen ist und wie etwaige Sanktionen aussähen.

aa) Ein Verstoß gegen § 465 BGB kommt u. E. **nicht** in Betracht. Die Vorschrift meint solche **Vereinbarungen, die zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Drittkäufer** getroffen werden. Vorliegend geht es allerdings nicht um den vertraglichen Inhalt des „ersten“ Kaufvertrags mit dem Drittkäufer, sondern um die Frage, ob der am Kaufvertrag nicht beteiligte Übergeber sein Rückforderungsrecht gegenüber der Gemeinde geltend machen kann.

bb) **Ebenso wenig** gibt u. E. die neuere **Rechtsprechung zur Umgehung von Vorkaufsrechten** dazu Anlass, die Geltendmachung des Rückforderungsrechts für unzulässig zu halten. Nach jüngerer Rechtsprechung sind insbesondere jene **Vertragsbestimmungen** vom Vorkaufsrecht ausgenommen, **die wesensmäßig nicht zum Kaufvertrag gehören** und nur wegen der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts gewählt werden, *ohne* dass sie im Rahmen des ersten Vertrags dessen Parteien Vorteile bringen (sog. „**Fremdkörpergedanke**“; vgl. hierzu BGHZ 77, 359 = DNotZ 1981, 240; BGHZ 102, 237, 241 = NJW 1988, 703; BGH NJW-RR 1987, 396; DNotZ 1996, 1029; OLG Stuttgart ZMR 1998, 771; OLGR Koblenz 2000, 133;

OLGR Stuttgart 2001, 145; Staudinger/Schermaier, BGB, Neubearb. 2013, § 464 Rn. 17). Fremdkörper im Sinne dieser Rechtsprechung ist ein Vertragsinhalt, der außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses von Leistung und Gegenleistung liegt, so nur für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung getroffen wird und den Parteien des Erstkaufvertrags bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringt. Darum geht es vorliegend jedoch nicht, sodass es nicht gerechtfertigt erscheint, das Rückforderungsrecht als „Fremdkörper“ zu betrachten. Das Rückforderungsrecht wird nicht erst im (ersten) Kaufvertrag mit dem Drittkäufer begründet; seine *causa* liegt im Übergabevertrag von 1993.

cc) Für eine Umgehung spricht auch nicht die Entscheidung des BGH vom 25.1.1961 (NJW 1961, 775). Im entschiedenen Fall hatte der Verkäufer – vor dem eigentlichen Kaufvertrag – zugunsten der Ehefrau des Erstkäufers (= Dritter) ein Nießbrauchsrecht am Grundstück bestellt, weil die Beteiligten fürchteten, die Gemeinde werde ihr gesetzliches Vorkaufsrecht ausüben. Der BGH erachtete die Nießbrauchsbestellung unter dem „*rechtlichen Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung* (§ 134 BGB)“ für unwirksam (NJW 1961, 775, 776). Diese Situation ist aber mit dem konkret gegebenen Sachverhalt nicht vergleichbar, denn die Beteiligten des Übergabevertrags werden das Rückforderungsrecht im Jahre 1993 nicht vornehmlich vereinbart haben, um zwanzig Jahre später das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde zu unterlaufen. Das **Rückforderungsrecht dient** vielmehr dem **Erhalt und der Sicherung des „Familienvermögens“**, eine Gesetzesumgehung erscheint insoweit fernliegend.

dd) Nach unserem Dafürhalten dürfte sich ein **Problem allenfalls auf tatsächlicher Ebene** einstellen. Je nach Näheverhältnis zwischen Übergeber und Übernehmer erscheint es zweifelhaft, dass der Übernehmer den Verkauf des Anwesens nicht bereits mit dem Übergeber besprochen und dieser seine Zustimmung (Einwilligung gem. § 183 BGB) erteilt hat mit der Folge, dass ein Rückforderungsrecht *wegen dieser Verfügung* nicht besteht. Es ist daher ungewiss, wie ein Gericht das Verhalten der Beteiligten im Vorfeld der Beurkundung würdigen würde. Sollte das Gericht – nach Partei- und ggf. Zeugenvernehmung – den Eindruck gewinnen, die fehlende Zustimmung des Übergebers zum Verkauf des Anwesens sei nur vorgeschoben, wird es ein „unbilliges“ Ergebnis evtl. über § 242 BGB zu korrigieren suchen. Da die Auflassung an den Drittkäufer bei Ausübung des Vorkaufsrechts grundbuchlich nicht vollzogen werden dürfte (vgl. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB), wäre das den Rückforderungsanspruch auslösende Ereignis die Eintragung der „Auflassungsvormerkung“ für den Drittkäufer als Belastung des Grundbesitzes. Ob allein der Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags (ohne grundbuchlichen Vollzug) bereits eine „Verfügung“ im Sinne des Rückforderungstatbestands darstellt, ist eine Auslegungsfrage, die u. E. an dieser Stelle dahinstehen kann.

ee) Von einem Rückforderungsrecht wegen einer Verfügung an den Drittkäufer zu unterscheiden ist ein **etwaiges Rückforderungsrecht für den Fall, dass die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht ausübt** und dieser zweite Kaufvertrag grundbuchlich vollzogen wird. Es ist zu fragen, ob auch hierin eine Verfügung über das Grundstück, dieses Mal an die Gemeinde, liegt, die zur Geltendmachung eines (weiteren) Rückforderungsanspruchs berechtigt. Unseres Erachtens besteht wertend betrachtet kein Unterschied zu dem Fall, dass der Übernehmer nach Vollzug des Übergabevertrags

der Gemeinde ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht einräumt. Veräußerte der Übernehmer sodann das Grundstück mit Zustimmung des Übergebers an X und machte die Gemeinde daraufhin ihr rechtsgeschäftlich eingeräumtes Vorkaufsrecht geltend, das sodann dinglich vollzogen würde, so könnte der Übergeber wegen *dieser* Verfügung u. E. gleichwohl sein vorrangiges Rückforderungsrecht beanspruchen, denn seine Zustimmung hätte sich nur auf den Kaufvertrag mit X bezogen, nicht aber auf den Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten. Es erschiene uns widersprüchlich, wenn die Gemeinde vorliegend besser stünde, obwohl – ausgehend von den Überlegungen unter lit. b – das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde nicht vorrangig gegenüber dem vormerkungsgesicherten Anspruch des Übergebers ist. Macht der Übergeber seinen Rückübertragungsanspruch geltend, geschieht der Gemeinde im Übrigen kein Unrecht. Wenn nämlich die Hingabe des Grundstücks an den Übernehmer im Jahre 1993 nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dem Vorkaufsrecht gemäß BauGB unterlag (etwa weil die Übertragung unentgeltlich und/oder auf einen nahen Angehörigen erfolgte), ist nicht einzusehen, warum der im Rahmen der Hingabe vorbehaltene Rückübertragungsanspruch – bei unveränderter Rechtslage nach dem BauGB – gegenüber den Interessen der Gemeinde nachrangig sein sollte. Eine gesetzliche Norm, die einen solchen Nachrang rechtfertigen könnte, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

ff) Unmittelbar einschlägige Rechtsprechung oder Literatur ist gleichwohl **nicht ersichtlich**. Es lässt sich daher nicht zuverlässig ausschließen, dass ein Gericht im Verhalten der Beteiligten – die Mitwirkung des Übergebers vorausgesetzt – ein kollusives Verhalten zum Nachteil der Gemeinde erblickt. Dann stünde dem Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB die Einrede des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB entgegen.

2. Vorkaufsrecht gem. Art. 39 BayNatSchG

a) Die **vorstehenden Erwägungen** gelten u. E. **entsprechend** für das Vorkaufsrecht nach Art. 39 BayNatSchG.

b) Ein wesentlicher Unterschied zum Vorkaufsrecht aus §§ 24, 28 BauGB ergibt sich freilich daraus, dass dem naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht eine **Vormerkungswirkung** zukommt (**Art. 39 Abs. 7 S. 2 BayNatSchG i. V. m. § 1098 Abs. 2 BGB**; ebenso § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG).

Der Vormerkungsschutz entsteht nach Ansicht des BayObLG (NJW-RR 2000, 1687) allerdings erst dann, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, also der Vorkaufsfall eintritt. Das BayObLG teilt somit die allgemeine zivilrechtliche Auffassung zum **Zeitpunkt des Vormerkungsschutzes** gem. § 1098 Abs. 2 BGB. Hiernach gilt Folgendes: **Grundstücksbelastungen** sind nach Rechtsprechung und wohl herrschender Literatur dem Vorkaufsberechtigten gegenüber (relativ) unwirksam, sofern sie *nach* Eintritt des Vorkaufsfalls entstehen; *vor* dem Vorkaufsfall bereits eingetragene Grundstücksbelastungen bleiben unberührt. Demnach beginnt der Vormerkungsschutz gegen Belastungen des Grundstücks (erst) in dem **Zeitpunkt, in dem die Ausübung des Vorkaufsrechts möglich** ist, also mit dem *wirksamen* Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten (BGHZ 60, 275, 294 = DNotZ 1973, 603 = NJW 1973, 1278; RGZ 154, 355, 377; Reetz, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 3. Aufl. 2013, § 1098 Rn. 7; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1098 Rn. 4; BeckOK-BGB/Wegmann, Std.: 1.5.2013, § 1098 Rn. 13; jurisPK-BGB/Alpmann, 7. Aufl. 2014, § 1098 Rn. 14; Staudinger/Schermaier, Neubearb. 2009,

§ 1098 Rn. 15 f.; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1098 Rn. 5; Schöner/Stöber, Rn. 1427; a. A. MünchKommBGB/H. P. Westermann, § 1098 Rn. 8: bei bestimmten Belastungen Vormerkungswirkung schon vor Eintritt des Vorkaufsfalls). Für die **Eigentumsübertragung** am vorkaufsbelasteten Grundstück stellt der BGH indes auf den **Zeitpunkt der Entstehung des Vorkaufsrechts** ab. Bei einem gesetzlichen Vorkaufsrecht, das keiner Grundbucheintragung bedürfe, entspreche dies jenem Zeitpunkt, in dem ansonsten die Vormerkung eingetragen werde (BGHZ 60, 275, 294, ebenfalls zum gesetzlichen Vorkaufsrecht nach dem BBauG).

Damit ist aber der vormerkungsgesicherte Anspruch des Übergebers gegenüber dem Eigentumsverschaffungsanspruch weiterhin vorrangig, denn der Vormerkungsschutz gem. Art. 39 Abs. 7 S. 2 BayNatSchG i. V. m. § 1098 Abs. 2 BGB entsteht im Range nach der im Grundbuch bereits für den Übergeber verlautbarten Vormerkung. Der Fall liegt somit ähnlich wie in der Entscheidung des BGH von 1972 zu § 24 Abs. 5 BBauG a. F. und die Erwägungen unter Ziff. 1 b) gelten entsprechend.

In der Literatur wird das Problem, soweit ersichtlich, nicht näher erörtert. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht über den Wortlaut der Bestimmung hinaus vorrangig gegenüber einem vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch sein könnte (vgl. Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt, Naturschutzrecht in Bayern, 36. EL 2014, Art. 39 Rn. 30; vgl. exemplarisch auch GK-BNatSchG/Sauthoff, 2012, § 66 Rn. 34 f.; Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 66 Rn. 46).

3. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir davon aus, dass der **vormerkungsgesicherte Rückforderungsanspruch** dem städtebaulichen und naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht **vorgeht** und der Übergeber bei Ausübung und Vollzug des Vorkaufsrechts einen Anspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB geltend machen kann – einen Rückforderungsgrund vorausgesetzt. Da es an unmittelbar einschlägiger **Rechtsprechung oder Literatur fehlt**, ist die Rechtslage allerdings letztlich ungeklärt.

WEG § 25

Bevollmächtigung des Nießbrauchers zur Stimmrechtsausübung in der Wohnungseigentümersammlung; Kollision mit Vertreterklausel in der Gemeinschaftsordnung

I. Sachverhalt

V hat seinem Kind (E) Wohnungseigentum überlassen und sich den Nießbrauch zu üblichen Bedingungen vorbehalten, d. h. mit der Verpflichtung, auch alle außerordentlichen privaten und öffentlichen Lasten zu tragen. Der Nießbrauch ist im Grundbuch eingetragen. Ergänzt wird er durch ein Rückforderungsrecht für bestimmte Fälle, z. B. Vorableben des Erwerbers.

In der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft ist geregelt, dass eine Teilnahme an Versammlungen neben den Wohnungseigentümern nur bestimmten bevollmächtigten Personen möglich ist. Bevollmächtigt werden können der Verwalter, andere Miteigentümer und der Ehegatte des Eigentümers.

Wegen der Kostentragung und seines unmittelbaren Interesses an der Wohnung möchte der Nießbraucher V an der Eigentümerversammlung teilnehmen und dort auch das Stimmrecht ausüben. E will ihm entsprechende Vollmacht erteilen.

II. Fragen

1. Ist die Eigentümergemeinschaft verpflichtet, den entsprechend bevollmächtigten Nießbraucher an der Eigentümerversammlung teilnehmen und das Stimmrecht ausüben zu lassen? Ist den anderen Eigentümern also eine Berufung auf die Vertreterklausel der Gemeinschaftsordnung nach Treu und Glauben verwehrt?

2. Gibt es besondere Regelungen oder Entscheidungen zur Rechtsposition des Vorbehaltsnießbrauchers an Wohnungseigentum, insbesondere im Hinblick auf dessen Teilnahme-, Vertretungs- und Stimmrecht in der Eigentümerversammlung?

III. Zur Rechtslage

1. Kein eigenes Stimmrecht des Nießbrauchers

Nach der Entscheidung des BGH vom 7.3.2002 (DNotZ 2002, 881 = MittBayNot 2002, 184 m. Anm. Schmidt = DNotI-Report 2002, 79) steht dem Nießbraucher kein eigenes Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung zu; dieses **verbleibt** vollständig dem **Eigentümer**. Fehlt dem Nießbraucher aber das eigene Stimmrecht, so hat er grundsätzlich auch kein Recht zur Anwesenheit in der Wohnungseigentümerversammlung (Bärmann/Merle, WEG, 12. Aufl. 2013, § 24 Rn. 79).

2. Bevollmächtigung des Nießbrauchers durch den Eigentümer

In seiner Entscheidung von 2002 hat der BGH zwar klargestellt, dass im Außenverhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern das Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung weiterhin dem Wohnungseigentümer zukommt. Allerdings hat er ebenfalls ausgeführt, dass der Eigentümer **im Innenverhältnis** gegenüber dem Nießbraucher **u. U. verpflichtet** sein kann, diesen **zu bevollmächtigen** (BGH DNotZ 2002, 881, 884):

„Trotz des uneingeschränkten Verbleibs des Stimmrechts beim Wohnungseigentümer bleiben nämlich die berechtigten Interessen des Nießbrauchers durch die Pflichten aus dem zwischen beiden bestehenden (Begleit-)Schuldverhältnis gewahrt. So kann der Wohnungseigentümer im Einzelfall gegenüber dem Nießbraucher verpflichtet sein, bei der Stimmabgabe dessen Interessen zu berücksichtigen, nach dessen Weisung zu handeln oder ihm sogar eine Stimmrechtsvollmacht zu erteilen [...]. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so ist für das Entstehen und den Umfang einer solchen Verpflichtung insbesondere die Regelung der Kosten des nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentums maßgeblich. So kommt etwa eine Verpflichtung des Wohnungseigentümers zur Vollmachtserteilung in Betracht, wenn der Nießbraucher – wie beim ‚Bruttonießbrauch‘ [...] – sämtliche Lasten und Kosten des Wohnungseigentums, namentlich in Abweichung von § 1041 Satz 2 BGB auch alle Herstellungskosten zu tragen hat [...]. [...] Eine etwaige Verpflichtung des Wohnungseigentümers betrifft nur das Innenverhältnis zwischen ihm und [dem] Nießbraucher [...].“

3. Kollision von Vollmacht und Vertreterklausel

a) Meinungsstand

Der BGH hat sich jedoch nicht zur Möglichkeit der Stimmrechtsvollmacht für den Fall geäußert, dass die Gemeinschaftsordnung die Erteilung der Vollmacht auf

einen bestimmten Personenkreis beschränkt (typischerweise Ehegatten, andere Wohnungseigentümer und den Verwalter, sog. Vertreterklausel) und der Nießbraucher nicht zu diesem Personenkreis zählt. Da die Frage auch an anderer Stelle bislang nicht höchstrichterlich entschieden worden ist, bleibt die **Rechtslage** insoweit **unklar**.

Allerdings hat sich das **OLG Hamburg** im Jahre 2003 mit einem ähnlichen Fall befasst, in dem es um die Bevollmächtigung eines Wohnungsberechtigten durch den Wohnungseigentümer ging. Dabei ist es der Meinung gewesen, dass angesichts der Argumentation des BGH zum Stimmrecht des Wohnungseigentümers eine **Vertretung des Wohnungseigentümers durch den Wohnungsberechtigten ausgeschlossen** sei, **wenn** eine solche Vollmacht **im Widerspruch zur Vertreterklausel** in der maßgeblichen Teilungserklärung stehe (OLG Hamburg BeckRS 2004, 01802).

Dagegen hält die **h. L.** trotz einer derartigen Kollision die wirksame **Bevollmächtigung des Nießbrauchers** für **möglich**. Sinn und Zweck einer Vollmachtsbeschränkung in der Gemeinschaftsordnung sei es nämlich, die Teilnahme solcher Personen an der Versammlung zu verhindern, die mit der WEG-Anlage nichts zu tun hätten und mit deren Verhältnissen nicht vertraut seien. Dies treffe auf den Nießbraucher gerade nicht zu, da er kraft seiner dinglichen Berechtigung faktisch – jedenfalls für gewisse Rechtsbeziehungen – an die Stelle des eigentlichen Wohnungseigentümers trete (Schöner, DNotZ 1975, 78, 84; F. Schmidt, MittBayNot 1997, 65, 71; ders., MittBayNot 2002, 188, 189; Prüfer, ZWE 2002, 258, 259; MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1066 Rn. 17; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2013, IV. A. 15, Anm. 2; a. A. Armbrüster, DNotZ 1999, 562, 578 f.; Hügel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 4 Rn. 202 f.).

b) Stellungnahme

Die Vertreterklausel ist Ausfluss der **Organisationshoheit der Wohnungseigentümergeinschaft**. Sie ist grundsätzlich strikt auszulegen (Hügel/Elzer, WEG, 2015, § 25 Rn. 40; Jennißen/Schultzky, WEG, 4. Aufl. 2015, § 25 Rn. 87). Dies spricht gegen die Bevollmächtigung des Nießbrauchers durch den Eigentümer, wenn die Gemeinschaftsordnung eine Ausnahme nicht ausdrücklich normiert.

Dennoch halten wir die Ansicht der **h. L.** im Ergebnis für vorzugswürdig. Eine teleologische Einschränkung der Vertreterklausel kommt nicht nur dem **praktischen Bedürfnis** zur Bevollmächtigung des Nießbrauchers entgegen, sondern ist u. E. auch in der Sache überzeugend. Vertreterklauseln bezwecken es, die Versammlungen vor gemeinschaftsfremden Einwirkungen zu schützen und nur solche Personen zuzulassen, die mit der Verwaltung des Wohnungseigentums betraut sind oder dem Wohnungseigentümer nahestehen (vgl. Hügel/Elzer, § 25 Rn. 40). Der **Nießbraucher** ist wirtschaftlicher Eigentümer. Dass er für den Wohnungseigentümer dessen Angelegenheiten aufgrund einer entsprechenden Stimmrechtsvollmacht (Muster bei Dieckmann, IV. A. 15, Anm. 2) wahrnehmen kann, läuft dem Sinn und Zweck der Vertreterklausel nicht zuwider. Er ist **kein gemeinschaftsfremder Dritter**.

Allerdings schafft nicht zuletzt die abweichende Rechtsprechung des OLG Hamburg (BeckRS 2004, 01802) eine gewisse **Rechtsunsicherheit**. Zudem hat der BGH die Verpflichtung des Eigentümers zur Bevollmächtigung des

Nießbrauchers ausdrücklich auf das Innenverhältnis der beiden beschränkt. Die Verpflichtung im Innenverhältnis bedeutet nicht zwangsläufig, dass sich eine Vollmacht aufgrund dieser Verpflichtung auch im Außenverhältnis, d. h. in der Eigentümerversammlung, gebrauchen lässt, wenn die Gemeinschaftsordnung eine solche Vollmacht nicht anerkennt.

Hat der Nießbraucher aufgrund der Vollmacht unter **Verletzung der Vertreterklausel** an der Abstimmung teilgenommen, ist der **Beschluss** im Übrigen **lediglich anfechtbar**, nicht jedoch nichtig (vgl. BGH NJW 2009, 2132, 2135 Tz. 29; Hügel/Elzer, § 25 Rn. 44).

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

WEG § 12; BGB §§ 183 ff.

Keine rückwirkende Bestellung eines WEG-Verwalters; Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung einer Wohnungseinheit; nachträgliche Verwalterbestellung und nachträgliche Genehmigung

Abruf-Nr.:

WEG §§ 10, 14, 15, 22

Sondernutzungsrecht an einer Terrassenfläche; bauliche Veränderung durch Errichtung eines Wintergartens auf der Terrasse; Zustimmung des Verwalters; Untergemeinschaften; Auslegung einer Teilungserklärung

Abruf-Nr.:

Erbbaurecht §§ 5, 7, 32, 33; BGB § 137

Sinn und Zweck der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts; Kostentragungspflicht; Zustimmungsberechtigter bei Miteigentümern

Abruf-Nr.:

GBO §§ 22, 23 Abs. 2, 29; GVG § 184; PStG § 54

Grundbuchberichtigung aufgrund Vorlage eines von spanischem Arzt ausgestellten Totenscheins

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

WEG § 16 Abs. 2

Werdender Wohnungseigentümer bei Ersterwerb von Wohnungseigentum; Person des werdenden Wohnungseigentümers bei Abtretung des vormerkungsgesicherten Übereignungsanspruchs; Abgrenzung zum Zweiterwerb

Ein werdender Wohnungseigentümer bleibt auch dann Mitglied des Verbands, wenn er die Einheit unter Abtretung des vorgemerkten Übereignungsanspruchs

und Besitzübertragung veräußert (insoweit Aufgabe von BGH, Urteil vom 14. Juni 1965 – VII ZR 160/63, BGHZ 44, 43, 45); der Erwerber ist nicht als werdender Wohnungseigentümer anzusehen.

BGH, Urt. v. 24.7.2015 – V ZR 275/14

Problem

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH gehen beim sog. **Ersterwerb von Wohnungseigentum**, bei dem die Erwerber mit dem aufteilenden Bauträger Erwerbsverträge abschließen, die Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft (Stimmrecht, Kosten- und Lastentragung) vorzeitig auf den jeweiligen Erwerber über, sofern ein wirksamer Erwerbsvertrag geschlossen und der Erwerber Inhaber einer Auflassungsvormerkung und in den Besitz eingewiesen wird. Hiervon abzugrenzen sind nach der Rechtsprechung die Fälle des sog. **Zweiterwerbs**, bei denen es an einem derart vorgelagerten Übergang fehlt. In der vorliegenden Entscheidung vom 24.7.2015 musste der V. Zivilsenat sich mit der Frage befassen, **ob** die mitglied-schaftlichen **Rechte und Pflichten vorzeitig auch auf einen Zessionar übergehen**, dem der vormerkungsgesicherte Anspruch auf Eigentumsübertragung in der Phase des Ersterwerbs abgetreten wird. Der BGH hat dies mit zahlreichen Argumenten verneint.

Entscheidung

Im zugrunde liegenden Fall hatte eine Frau (Tochter) mit notariellem Vertrag aus dem Jahre 2004 von einer Bauträgerin eine Eigentumswohnung und zwei ebenfalls durch Teilung entstandene Tiefgaragenstellplätze erworben. Im selben Jahr wurde sie als Vormerkungsberechtigte und im Anschluss erstmals ein weiterer Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Spätestens 2006 überließ die Bauträgerin der Tochter Wohnung und Stellplätze zur Nutzung. 2012 trat die Tochter ihrer Mutter (Beklagte) ihren Eigentumsverschaffungsanspruch ab, was nachrichtlich im Grundbuch eingetragen wurde. Die Wohnungseigentümergeinschaft forderte sodann rückständige Hausgeldzahlungen von der Beklagten für Zeiträume in den Jahren 2012 und 2013.

Der BGH bestätigt das LG in seiner Ansicht, dass die Mutter hierfür nicht in Anspruch genommen werden könne. Er führt zunächst aus, dass in der Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft die Vorschriften des WEG trotz fehlenden Eigentuserwerbs auf den Erwerber anzuwenden seien, sobald er eine rechtlich verfestigte Erwerbsposition innehatte (wirksamer Erwerbsvertrag und Eintragung der Vormerkung) und der Besitz an der Wohnung auf ihn übergegangen sei. Er könne das Stimmrecht ausüben und müsse die Kosten und Lasten bereits tragen.

Der teilende Bauträger hafte ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gesamtschuldnerisch. Dies gelte im Grundsatz auch, wenn sich die Erwerbsposition erst nach Entstehung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft verfestigt habe. Trete ein sog. Ersterwerber seinen vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch allerdings weiter ab, **verlagerten sich die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten nicht auf den Zessionar**, sondern blieben beim Zedenten. Damit seien Zessionsfälle ähnlich zu behandeln wie der sog. Zweiterwerb, d. h. der Wohnungserwerb aus einer vollständig und rechtlich in Vollzug gesetzten Wohnungseigentümergeinschaft heraus, bei dem es ebenfalls nicht zu einer Vorverlagerung der mitglied-schaftlichen Stellung komme.

Der BGH begründet die Andersbehandlung der Zessionsfälle in der Ersterwerbsphase damit, dass dort kein besonderes Bedürfnis bestehe, den Zessionar hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte in die Fußstapfen des Zedenten treten zu lassen. Dem „**Demokratisierungsinteresse**“ der **Erwerber** sei durch den Übergang auf den Zedenten bereits ausreichend Rechnung getragen. Zedent und Zessionar hätten die Möglichkeit, interne Regelungen zu treffen, damit der Zessionar das Stimmrecht vorzeitig ausüben könne und zur Kosten- und Lastentragung verpflichtet werde. Vor allem aber seien Aspekte der **Rechtssicherheit** gegen einen weiteren Übergang der Rechte und Pflichten auf den Zessionar anzuführen, denn aus dem Grundbuch sei nicht ersichtlich, dass der Zedent werdender Wohnungseigentümer werde. Die Abtretung der Vormerkung sei nur deklaratorisch im Grundbuch zu vermerken und auch der Besitzübergang auf den Zessionar werde in keiner Weise verlautbart. Diese Aspekte seien höher zu gewichten als mögliche Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft.

Fazit

Wer einen vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch nicht originär vom Bauträger, sondern abgeleitet vom Zedenten erwirbt, hat bereits zivil- und sachenrechtlich eine schwache Stellung (vgl. Amann, NotBZ 2005, 1; Monath, RNotZ 2004, 359). Nun steht auch wohnungseigentumsrechtlich fest, dass der Zessionar nicht vorzeitig in die WEG-Mitgliedschaftsrechte und -pflichten des Zedenten eintritt.

BNotO § 11a S. 3 u. 4; GG Art. 12; AEUV Artt. 49, 56

Versagung der Urkundstätigkeit eines ausländischen Notars in Deutschland mit Grundgesetz und Europarecht vereinbar

1. Die Befugnisse eines nach dem Recht von England und Wales bestellten Notary Scrivener bestimmen sich bei notarieller Urkundstätigkeit im Geltungsbereich der Bundesnotarordnung ausschließlich gemäß § 11a S. 3 BNotO.

2. Mit § 11a S. 3 und 4 BNotO verbundene Beschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sind durch zu schützende Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege gerechtfertigt.

BGH, Beschl. v. 20.7.2015 – NotZ (Brfg) 13/14

Problem

Der EuGH hat mit Urteil vom 24.5.2011 (DNotZ 2011, 462) entschieden, dass die notarielle Tätigkeit nicht unter die für die öffentliche Gewalt vorgesehene Bereichsausnahme von der Niederlassungsfreiheit fällt (Art. 45 EG; jetzt: Art. 51 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit den Zugang ausländischer Staatsangehöriger zum Amt des Notars schützt. Der EuGH hat dabei allerdings deutlich gemacht, dass mit der notariellen Tätigkeit Ziele verfolgt werden, die einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen. Dieser könne Beschränkungen wie etwa die Begrenzung der Zahl von Notarstellen und der örtlichen Zuständigkeit rechtfertigen (EuGH DNotZ 2011, 462, 472 Tz. 98).

Im Fall des BGH ging es um einen in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt und Notar a. D., der zugleich

sog. *notary scrivener* in England und Wales war. In seiner Eigenschaft als *notary* erbat er von der zuständigen Behörde die Bestätigung, dass er unter englischem Siegel notarielle Dienstleistungen in Deutschland erbringen dürfe. Die Behörde wollte seinem Ersuchen nicht entsprechen. Mit seiner Klage begehrte der *notary*, ihm das Führen seines englischen notariellen Siegels in Deutschland zu gestatten oder dies zu dulden. In erster Instanz blieb die Klage ohne Erfolg. Die Berufung wurde nicht zugelassen.

Entscheidung

Der BGH hat die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Ein *notary scrivener* englischen Rechts sei **nicht berechtigt, in Deutschland** unter seinem englischen Siegel **notarielle Tätigkeiten auszuüben**. Das ergebe sich aus § 1 und § 11a S. 3 BNotO.

Die Amtstätigkeit des bestellten Notars sei nach § 10a Abs. 1 S. 1 BNotO auf die Urkundstätigkeit in seinem Amtsbereich beschränkt. Ein ausländischer Notar könne nach § 11a S. 3 BNotO im Geltungsbereich der BNotO (§ 1 BNotO) lediglich auf Ersuchen eines nach deutschem Recht bestellten Notars und selbst dann nur zu dessen Unterstützung tätig werden. In Deutschland dürfe der ausländische Notar keine hoheitlichen Funktionen ausüben (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 23).

Laut BGH bestehen hiergegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick auf das Grundrecht der **Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)**. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG handele es sich bei der Tätigkeit des Notars um einen **staatlich gebundenen Beruf**. Der Notar nehme als selbständiger Berufsträger **Staatsaufgaben** wahr, die der Gesetzgeber auch dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten könnte. Die sachliche Nähe staatlich gebundener Berufe zum öffentlichen Dienst lasse **Sonderregelungen** zu (vgl. BVerfG NJW 2012, 2639, 2640 f. Tz. 42-46). Die Einschränkungen der Berufsfreiheit durch die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Notarwesens seien jeweils geeignet und erforderlich, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der **Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit** zu gewährleisten.

Diese Gemeinwohlbelange legitimierten auch die Begrenzung der Berufsfreiheit des *notary* englischen Rechts nach § 11a S. 3 u. 4 BNotO. Die **Zulassungsbeschränkungen dienten der Lebensfähigkeit und Leistungsfähigkeit** der Notarstellen und damit insgesamt der **bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation** des Notariats (vgl. BGH DNotZ 2013, 630, 635 Tz. 23). Es solle ein „Reisenotariat“ verhindert werden. Das Zulassungswesen und das Amtsbereichsprinzip seien „*ein zentrales Element zur Sicherung der Gemeinwohlbelange in Gestalt der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.*“ Mit einer nicht an das Zulassungswesen der BNotO geknüpften Urkundstätigkeit ausländischer Notare ginge die Gefahr einer Überversorgung mit notariellen Leistungen in bestimmten, wirtschaftlich lukrativen Bezirken einher. Dies führe aber typischerweise zu einer **Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden und der geordneten vorsorgenden Rechtspflege**. Es entstehe eine **Wettbewerbssituation**, die Notare dazu veranlassen könnte, die Amtstätigkeit nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Weise zu erfüllen. Außerdem gewährleiste die beschränkte Zulassung in aller Regel, dass die im jeweiligen Amtsbezirk bestellten Notare ausgelastet seien und wirtschaftlich bestehen könn-

ten. Schließlich diene die Beschränkung der inländischen Urkundstätigkeit ausländischer Notare in § 11a BNotO der Einhaltung der Anforderungen an die berufsbezogenen Qualifikationen des Notars.

§ 11a S. 3 BNotO stehe auch mit dem **EU-Recht** in Einklang. Soweit die inländische Urkundstätigkeit des *notary* überhaupt in den Schutzbereich der unionsrechtlichen **Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)** falle, handele es sich bei § 11a S. 3 BNotO um eine **zulässige Beschränkung** der Niederlassungsfreiheit. Grundfreiheiten dürften beschränkt werden, wenn dies **aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** gerechtfertigt und die Begrenzung zur Zweckerreichung geeignet sei und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehe. Der EuGH habe in seiner Entscheidung vom 24.5.2011 festgestellt, dass mit notariellen Tätigkeiten Ziele im Allgemeininteresse verfolgt würden. Diese dienten insbesondere dazu, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten. Sie stellten einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könne, wie etwa die Vorgaben für das Bestellungsverfahren und die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit (EuGH DNotZ 2011, 462, 472 Tz. 98).

Die Beschränkung der Urkundstätigkeit ausländischer Notare erfülle die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundfreiheiten. § 11a S. 3 BNotO sei geeignet und erforderlich, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der **Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege** und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten. Der BGH verweist insoweit auf seine Ausführungen zu Art. 12 GG.

Aus denselben Gründen hält er die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) für unbedenklich. Der BGH lässt offen, ob die Urkundstätigkeit eines ausländischen Notars überhaupt in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt. Zumindest sei die Beschränkung durch das Allgemeininteresse, die Funktionstüchtigkeit der vorsorgenden Rechtspflege, gerechtfertigt (vgl. zu diesem Belang EuGH, Slg. 1996, I-6511, Tz. 36). Auch wenn die Notare in Deutschland keine öffentliche Gewalt ausübten, nähmen sie im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahekämen (vgl. BVerfG NJW 2012, 2639, 2640 Tz. 43).

Nach Ansicht des BGH bedurfte es keines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH (Art. 267 AEUV). Der BGH wendet insoweit die sog. *acte-clair*-Doktrin an und stellt auf die EuGH-Entscheidung vom 24.5.2011 ab (DNotZ 2011, 462). Diese habe klargestellt, dass die Beschränkung der Zahl von Notaren eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könne: *„Damit sind die unionsrechtlichen Grundsätze für die Überprüfung mitgliedstaatlicher Vorschriften über die Berufsausübung des Notarates eindeutig.“*

Hinweis

Bereits früher hat der BGH über den umgekehrten Fall entschieden: Ein deutscher Notar ist nicht befugt, unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit im Ausland Beurkundungen vorzunehmen (DNotZ 2013, 630). Die Fragen grenzüberschreitender Beurkundungstätigkeit sind damit bis auf Weiteres geklärt.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg