Inhalt

Notarrecht

Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts 82
von Gregor Galke, Karlsruhe

Vertragsrecht

Der Verkauf vermieteter Immobilien 91
von Richter am Oberlandesgericht/Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D. Dr. Michael J. Schmid, München

Steuerrecht

Die Anteilsvereinigung durch Erwerb von Geschäftsanteilen einer Kapitalgesellschaft 97
von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
Die Antworten finden Sie auf S. 120 101

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht
Aufklärungspflicht über Ertragsfähigkeit eines Grundstücks
BGH, Urt. v. 1. 2. 2013 – V ZR 72/11 101

Grundstücksrecht
Zweifel des Grundbuchamts an der Verfügungsbefugnis eines Ehegatten
BGH, Beschl. v. 21. 2. 2013 – V ZB 15/12 104

Handels- und Gesellschaftsrecht
Keine Nichtigkeit bei Verstoß gegen § 57 AktG
BGH, Urt. v. 12. 3. 2013 – II ZR 179/12 106

Folgen der Nichtigerklärung eines Wahlbeschlusses
BGH, Urt. v. 19. 2. 2013 – II ZR 56/12 108

Notarrecht
Beurkundung im Ausland
BGH, Urt. v. 4. 3. 2013 – NotZ (Brfg) 9/12 112

Zuständigkeit bei Verstößen eines Anwaltsnotars gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO und § 14 Abs. 1 Satz 1 BNotO
BGH, Urt. v. 4. 3. 2013 – NotSt (Brfg) 1/12 117

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Eintragung von Erben nach Erbauseinandersetzung
OLG Celle, Beschl. v. 24. 4. 2012 – 4 W 26/12 119

Notarrecht

Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts

von Gregor Galke, Karlsruhe[*]

Der Beitrag knüpft an die Rechtsprechungsübersicht von Herrmann in ZNotP 2012, 2 ff. an. Dargestellt wird nunmehr die Rechtsprechung des Senats für Notarsachen beim BGH in der Zeit v. September 2011 bis August 2012. Die in diesem Zeitraum entschiedenen Rechtsstreite unterlagen sämtlich dem neuen Verfahrensrecht. Den neu aufgetretenen prozessualen Fragen ist deshalb ein besonderes Augenmerk gewidmet. Was das materielle Berufsrecht anlangt, standen Rechtsstreitigkeiten um den Zugang zum Amt des Notars im Vordergrund.

A. Die Neuregelungen

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2009 einen Paradigmenwechsel im notariellen Berufsrecht vollzogen

- zum einen durch das Gesetz zur Neuregelung des notariellen Disziplinarrechts v. 17.6.2009,[1] in Kraft getreten zum 1.1.2010,
- zum anderen durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 30.7.2009.[2]

I. Das neue Disziplinarrecht

Vor der o.g. Novelle verwies das *Disziplinarrecht* der Notare im Grundsatz auf die für die Landesjustizbeamten geltenden Disziplinarvorschriften in der am 1.3.2001 geltenden Fassung bzw. – was das Verfahren vor dem BGH anlangte – auf die Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung (§§ 96, 105, 109 Satz 1 BNotO a.F.). Die in Bezug genommenen früher geltenden Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung waren noch der StPO verhaftet; das galt überwiegend auch für das – unterschiedlich ausgestaltete – kraft der Verweisung auch für die Notare geltende alte Disziplinarrecht der Länder.

Das neue Disziplinarrecht der Notare (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO n.F.) entspricht dem aktuellen Disziplinarrecht der Beamten. Es nimmt im Grundsatz auf die Vorschriften des Bundesdisziplinargesetzes Bezug. Dadurch wurde – zum einen – das Disziplinarrecht vereinheitlicht; maßgebend ist nun das Bundesdisziplinargesetz. Zum anderen wurde das Disziplinarrecht – einer Entwicklung im Beamtenrecht folgend – „entpönalisiert". Das Verfahren folgt – von gewissen Ausnahmen, vor allem bei der Beweiserhebung, abgesehen[3] – nicht mehr den Regeln der StPO. Vielmehr gilt jetzt ein verwaltungsrechtlich, durch das Verwaltungsverfahrensgesetz und die VwGO nämlich, geprägtes[4] Disziplinarrecht (vgl. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO i.V.m. § 3 BDG, §§ 105, 109 BNotO).

II. Geltung der VwGO

In *Notarverwaltungssachen* folgte das *gerichtliche* Verfahren im Grundsatz den Vorschriften des FGG; das ergab sich aus einer über die BRAO führenden Verweisungskette (§ 111 Abs. 4 Satz 2, 1. HS BNotO a.F., §§ 40 Abs. 4, 42 Abs. 6 Satz 2 BRAO a.F.). Das FGG war ein Gesetz v. 20.5.1898,[5] mithin vom „alten Schlag". Es legte die Grundregeln für ein rechtsstaatliches Verfahren fest, ließ aber i.Ü. Spielraum. Die notwendigen Ergänzungen hatte die Rechtsprechung in Anlehnung an die Vorschriften der ZPO, der VwGO und des Verwaltungsverfahrensgesetzes entwickelt.

Die grundlegende Umgestaltung des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008[6] erzwang im notariellen Berufsrecht einen neuen Ansatz. Hierfür sprach zudem ein systematischer Gesichtspunkt: Die ordentlichen Gerichte entscheiden in verwaltungsrechtlichen Notarsachen – aufgrund besonderer gesetzlicher Zuweisung in § 111 BNotO (vgl. auch § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) – der Sache nach in Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (vgl. § 111 Abs. 1 BNotO). Das legte es – wie in dem v.g. Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht geschehen – nahe, diese Verfahren dem für die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten geltenden Verfahrensrecht, d.h. der VwGO, zu unterstellen (vgl. §§ 111b Abs. 1 und 2, 111d BNotO).

B. Verwaltungsrechtliche Notarsachen

I. Verfahrensfragen

Im Folgenden wird das Verfahren in verwaltungsrechtlichen Notarsachen dargestellt. Hier haben sich bei den Gerichten und in der Anwaltschaft Unsicherheiten bei der Handhabung des neuen Rechts gezeigt.

* Der Autor ist Vorsitzender Richter am BGH.

1 BGBl. I, S. 1282.
2 BGBl. I, S. 2449.
3 Vgl. *Urban/Wittkowski*, BDG, 2011, § 3 Rn. 2.
4 *Urban/Wittkowski* (Fn. 3), § 3 Rn. 1, 3 ff.
5 RGBl. I, S. 369, 771.
6 BGBl. I, S. 2586.

1. Rechtsweg

Nach der Legaldefinition des § 111 Abs. 1 BNotO sind verwaltungsrechtliche Notarsachen öffentlich-rechtliche Streitigkeiten

- nach der BNotO,
- nach einer aufgrund der BNotO erlassenen Rechtsverordnung
- oder
- nach einer Satzung einer Notarkammer einschließlich der BNotK

soweit nicht die Streitigkeiten disziplinargerichtlicher Art (vgl. § 99 BNotO) oder einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Letzteres ist z.B. in § 78f Abs. 2 Satz 3 BNotO bzgl. des Rechtsweges gegen die Entscheidungen der BNotK im Rahmen der Registerführung (§ 78 Abs. 2 BNotO) angeordnet: Hier ist nicht der Rechtsweg nach § 111 BNotO eröffnet, sondern ist die Beschwerde zum LG nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)[7] gegeben.

2. Instanzen

Über die Klage in verwaltungsrechtlichen Notarsachen entscheidet das OLG im ersten Rechtszug, und zwar regelmäßig durch Urteil (§§ 111 Abs. 1, 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 107 VwGO). Gegen das Urteil des OLG ist die Berufung zum BGH – Senat für Notarsachen – statthaft, wenn sie von dem OLG oder von dem BGH zugelassen worden ist (§ 111d Satz 1 BNotO). Für das Berufungsverfahren gilt der die Berufung regelnde Zwölfte Abschnitt der VwGO mit der Maßgabe, dass das OLG an die Stelle des VG und der BGH an die Stelle des OVG tritt (§ 111d Satz 2 BNotO). Nach der Neuregelung ist der BGH also in verwaltungsrechtlichen Notarsachen zweite Tatsacheninstanz geblieben.

a) Berufung

Hat das OLG die Berufung zugelassen, ist die Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem iudex a quo, also bei dem OLG, einzulegen (§ 111d Satz 2 BNotO i.V.m. § 124a Abs. 2 Satz 1 VwGO). Die Berufung ist innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen (§ 124a Abs. 3 Satz 1 VwGO). Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem iudex ad quem, also bei dem BGH, einzureichen (§ 124a Abs. 3 Satz 2 VwGO). Die Frist zur Begründung der Berufung kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden des Senats für Notarsachen des BGH verlängert werden (§ 124a Abs. 3 Satz 3 VwGO).

b) Zulassungsantrag

Hat das OLG die Berufung nicht zugelassen, so ist die Zulassung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils zu beantragen (§ 111d Satz 2 BNotO, § 124a Abs. 4 Satz 1 VwGO). Der Antrag ist bei dem iudex a quo, d.h. bei dem OLG, zu stellen (§ 124a Abs. 4 Satz 2 VwGO). Innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung des Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO i.V.m. § 124 Abs. 2 VwGO). Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag auf Zulassung vorgelegt worden ist, bei dem iudex ad quem, d.h. bei dem BGH, einzureichen (§ 124a Abs. 4 Satz 5 VwGO). *Wichtig* ist, dass das Gesetz – anders als in § 124a Abs. 3 Satz 3 VwGO für die Frist zur Vorlage der Berufungsbegründung – eine Verlängerung der Frist zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung *nicht* vorsieht.[8]

c) Zulassungsvoraussetzungen

Zuzulassen ist die Berufung nach § 111d Satz 2 BNotO i.V.m. § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO, wenn einer der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO dargelegt ist und vorliegt. „Darlegen" bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch so viel wie „erläutern", „erklären" oder „näher auf etwas eingehen". Dem Darlegungserfordernis des § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO ist daher im Regelfall nur dann genügt, wenn der Zulassungsgrund vom Antragsteller konkret benannt und näher erläutert wird, aus welchen Gründen er vorliegen soll. Es bedarf einer substanziierten, auf den jeweiligen Zulassungsgrund bezogenen Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung, durch die der Streitstoff entsprechend durchdrungen und aufbereitet wird. Zwar dürfen die Anforderungen an die Darlegung nicht überspannt und derart erschwert werden, dass sie von einem durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können. Das bloße Benennen eines Zulassungsgrundes genügt dem Darlegungserfordernis aber ebenso wenig wie eine bloße Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens oder eine Bezugnahme hierauf.[9]

d) Hinzuweisen ist ferner darauf, dass sich Notare und Notarassessoren im gerichtlichen Verfahren nach § 111 BNotO selbst vertreten können (§ 111b Abs. 3 BNotO); für sie besteht, weil sie hinlänglich sach- und rechtskundig sind, in allen Instanzen kein Vertretungszwang.[10] Sonstige Beteiligte – soweit sie nicht Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (vgl. dazu § 67 Abs. 2

7 Vgl. Schippel/Bracker/*Görk*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 78f Rn. 1; s. zu den weiteren Ausnahmen die Übersicht bei Schippel/Bracker/*Herrmann*, ebda., § 111 Rn. 10 ff.

8 Vgl. BayVGH, Beschl. v. 19.5.2003 – 15 ZB 02.1832, Rn. 2 und BVerwG, Beschl. v. 30.4.2010 – 8 PKH 5/09, Rn. 7 (zur Nichtzulassungsbeschwerde – s. § 132 Abs. 3 Satz 1 VwGO einerseits, § 139 Abs. 3 Satz 1 und 3 VwGO andererseits).

9 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2011 – NotZ (Brfg) 6/11, ZNotP 2012, 77 Rn. 5 m.w.N.

10 Vgl. Schippel/Bracker/*Herrmann* (Fn. 7), § 111b Rn. 101.

Satz 2 Nr. 1 und Abs. 4 Satz 4 VwGO) – müssen sich im gerichtlichen Verfahren durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer (§ 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO) als Bevollmächtigten vertreten lassen (§§ 111b Abs. 1 Satz 2, 111d Satz 2 BNotO i.V.m. § 67 Abs. 4 Satz 1 und 3 VwGO). Im Berufungsverfahren wie im Verfahren auf Zulassung der Berufung vor dem BGH *können* sich die Beteiligten durch einen Rechtsanwalt bei dem BGH vertreten lassen (vgl. § 172 Abs. 1 Satz 1 BRAO). Zwingend ist dies nicht; es genügt gem. § 67 Abs. 4 Satz 3 VwGO, dass der Bevollmächtigte Rechtsanwalt oder Rechtslehrer i.S.d. § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist.

II. Besetzung von Notarstellen

1. Besetzung von Stellen für Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung (§ 3 Abs. 1 BNotO)

a) Bedürfnisprüfung

In Amtsbereichen mit geringem und/oder stark rückläufigem Urkundsaufkommen kann bereits die Entscheidung der Landesjustizverwaltung, eine frei gewordene Notarstelle nachzubesetzen, in Streit geraten – so auch in dem folgenden Fall, den der Senat kürzlich zu entscheiden hatte:

In einer größeren Stadt in den neuen Bundesländern war das Urkundsaufkommen in der Zeit von 1998 – 2002 um ca. 41 % zurückgegangen, blieb dann in den Folgejahren aber auf dem niedrigen Niveau stabil. Die Landesjustizverwaltung entschied sich, eine Mitte 2009 frei gewordenen Notarstelle auszuschreiben und mit einem Notarassessor wieder zu besetzen. Hiergegen klagte ein in jener Stadt amtsansässiger Notar. Er machte geltend, aufgrund des geringen Gebührenaufkommens sei die Situation so angespannt, dass die Unabhängigkeit der Notare infrage stehe.

Das OLG untersagte der Landesjustizverwaltung, die Stelle nachzubesetzen. Auf die Berufung der Landesjustizverwaltung änderte der BGH[11] das Urteil des OLG ab und wies die Klage des Notars ab. Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

Die Landesjustizverwaltung ist kraft ihrer Organisationsgewalt befugt, die Zahl der Notarstellen nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu bestimmen. Bei der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO steht ihr ein Beurteilungsermessen zu, das nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. Jedoch wird dieses Ermessen durch die in § 4 BNotO vorgegebenen Regelungsziele – Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege unter besonderer Berücksichtigung des Bedürfnisses nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und der Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs – sachlich begrenzt. Entsprechend dem Erfordernis einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege muss die Landesjustizverwaltung subjektive Rechte von Amtsinhabern in der Weise wahren, dass für den Notar ein solches Maß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit gewährleistet ist, dass er seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater der Rechtsuchenden nachkommen und sich dazu nötigenfalls wirtschaftlichem Druck widersetzen kann. Für eine bestehende, aber frei gewordene Stelle bedeutet dies, dass ihre Wiederbesetzung den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege nicht entspricht, wenn dadurch in einem AG-Bezirk so viele Notarstellen besetzt wären, wie gerade noch oder nicht mehr lebensfähig wären.

Ferner muss die Landesjustizverwaltung, die sich bei der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO durch eine „Richtlinie“ oder eine ständige Übung gebunden hat, diese Prüfmaßstäbe grds. beachten, um eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der betroffenen Notare zu vermeiden.

Gemessen an diesen Grundsätzen lag im Streitfall ein Ermessensfehler der Landesjustizverwaltung nicht vor.

Nach den im Berufungsverfahren nicht erschütterten Feststellungen des OLG lag das durchschnittliche Gebührenaufkommen der Notare des betreffenden AG-Bezirks so hoch, dass von einer Gefährdung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit nicht ausgegangen werden konnte. Auch das Einkommen des klagenden Notars lag deutlich oberhalb des Bereichs, der eine Unabhängigkeitsgefährdung hätte besorgen lassen können.

Die Landesjustizverwaltung durfte bei der Bedürfnisprüfung von der durch den „Erlass“ von 1994 bestimmten, inzwischen aber überholten Richtzahl abweichen und zu einer – an § 4 BNotO ausgerichteten – Einzelfallprüfung übergehen. Dabei war in die Abwägung der Belange zu Recht einbezogen worden, dass der von § 4 Satz 2 BNotO ausdrücklich anerkannte Gesichtspunkt der geordneten Altersstruktur der Notare seinerseits ein geordnetes Notarassessoriat erfordert; Notarassessoren sollen möglichst nicht überaltern, sondern nach vertretbar langem Anwärterdienst die Chance erhalten, zum Notar bestellt zu werden.

b) Konkurrenz von Notarassessoren

Gegenstand von Berufungsverfahren vor dem Senat waren ferner die Bewertung der Leistungen von Notarassessoren sowie die Auswahlerwägungen bei der Konkurrenz von Notarassessoren um eine neu zu besetzende Notarstelle.

Der beklagte Präsident des OLG hatte in Aussicht genommen, die frei gewordene Notarstelle nicht dem klagenden Notarassessor, sondern dem beigeladenen konkurrierenden Notarassessor zu übertragen. Die beiden Notarassessoren seien nach den Kriterien des § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO als annähernd gleich geeignet anzusehen; bei dieser Sachlage sei dem dienstälteren Bewerber der Vorzug zu geben.

Der klagende Notarassessor wandte sich zum einen gegen seine Beurteilung (in der Gestalt der Überbeurteilung durch den Präsidenten des OLG);[12] in diese Beurteilung hätte – die

11 BGH, Urt. v. 5.3.2012 – NotZ (Brfg) 5/11, ZNotP 2012, 192.

Note erhöhend – das von ihm in der Zweiten juristischen Staatsprüfung erzielte Ergebnis einfließen müssen. Ferner bekämpfte der Kläger die Auswahlentscheidung zugunsten des Mitbewerbers.[13]

Die Klagen hatten vor dem OLG Erfolg. Die Berufung des Präsidenten des OLG führte jeweils zur Klageabweisung durch den Senat.

Worüber sich die Beurteilung eines Notarassessors zu verhalten hat, ergibt sich aus § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO – im Streitfall ergänzt durch § 3 Abs. 3 NotAssAusbV NW. § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO bestimmt, dass sich die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern (§ 6 Abs. 1 BNotO) nach der persönlichen und fachlichen Eignung richtet unter Berücksichtigung

- der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung
- und
- der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen.

Das Gesetz unterscheidet mithin bei den Kriterien, die bei der Auswahlentscheidung „Berücksichtigung" finden müssen, ausdrücklich zwischen der (im Regelfall) im Zweiten juristischen Staatsexamen erzielten Note und den im Anwärterdienst gezeigten Leistungen. Dementsprechend haben die dem Notarassessor im Laufe des Anwärterdienstes erteilten Beurteilungen Aufschluss zu geben über den aufgrund der Vorbereitung auf das Amt des Notars erreichten aktuellen Leistungsstand (vgl. § 3 Abs. 3 NotAssAusbV NW). Bei der Beurteilung ist das Wirken im Anwärterdienst in den Blick zu nehmen. Die in der Zweiten juristischen Staatsprüfung erzielte Note ist hingegen nicht in die Beurteilung einzubeziehen. Dies würde die auf das Kriterium „bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen" (§ 6 Abs. 3 Satz 1 a.E. BNotO) ausgerichtete Aussage der Beurteilung des Notarassessors verunklaren. Das Ergebnis der Zweiten juristischen Staatsprüfung hat seinen Platz erst in der von der Landesjustizverwaltung zu treffenden Auswahlentscheidung (§ 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO) unter Berücksichtigung eben dieser Note und der durch die Beurteilung des Notarassessors belegten Leistungen im Anwärterdienst.

Im Streitfall hatte die durch § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO gebotene Auswahl rechtsfehlerfrei die annähernd gleiche Eignung der beiden Notarassessoren ergeben. Der Präsident des OLG hatte anhand des (Hilfs-)Kriteriums „Dienstalter" weiter differenziert und den Notarassessor, der den längeren Anwärterdienst geleistet hatte, für die Notarstelle vorgesehen. Diese Erwägung hat der Senat nicht beanstandet. § 6 Abs. 3 Satz 2 BNotO bestimmt ausdrücklich, dass „die Dauer des Anwärterdienstes angemessen zu berücksichtigen" ist. Dieses (Hilfs-)Kriterium trägt zudem der – schon erwähnten – durch § 4 Satz 2 BNotO gebotenen Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs Rechnung.[14]

c) Besonderheiten beim Stadtteilnotariat (§ 10 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BNotO)

In Städten von mehr als 100.000 Einwohnern kann dem Notar ein bestimmter Stadtteil oder AG-Bezirk als Amtssitz zugewiesen werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Bewirbt sich ein Notar, dem ein bestimmter Stadtteil als Amtssitz zugewiesen ist (§ 10 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BNotO), um eine Notarstelle in dieser Stadt, deren Amtssitz nicht auf einen Stadtteil beschränkt ist, könnte fraglich sein, welcher Vorschrift diese Bewerbung unterliegt. Im Rechtsstreit hatte das OLG gemeint, es handele sich dabei nicht um einen Fall der Amtssitzverlegung nach § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO; vielmehr sei eine von der BNotO nicht zugelassene Amtssitzerweiterung – über den zugewiesenen Stadtteil hinaus auf das ganze Stadtgebiet – gegeben. Ob dem zu folgen ist, konnte im Streitfall offenbleiben. Der Bewerbung des stadtteilamtssässigen Notars um eine andere nicht an einen bestimmten Stadtteil als Amtssitz gebundene Stelle in derselben Stadt stand jedenfalls, wie das OLG rechtsfehlerfrei ergänzend erwogen hatte, der sog. Nachbarschaftseinwand entgegen. Der Zulassungsantrag des Notars blieb daher erfolglos.[15]

d) Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens

Die bayerische Landesjustizverwaltung schrieb 2010 sieben Stellen für Notarassessoren aus, die grds. der letzten Zweiten juristischen Staatsprüfung entstammen sollten (sog. Prüfungsjahrgangsprinzip).

Der Kläger – Assessor jur. des Prüfungsjahrgangs 2005 – bewarb sich um eine der Stellen. Die beklagte Landesjustizverwaltung besetzte sechs der sieben Stellen und teilte dem Kläger mit, die siebte Stelle bleibe unbesetzt.

Der Kläger war bzgl. der verbliebenen siebten Stelle – abgesehen von einer ebenfalls von der Landesjustizverwaltung abgelehnten, im Weiteren aber nicht beteiligten Mitbewerberin – der einzige Bewerber. Er begehrte Neubescheidung; die Besetzung der übrigen sechs Stellen mit Mitbewerbern nahm er hin. Die Klage blieb erfolglos.[16]

Der Senat konnte offen lassen, ob die in Verwaltungsvorschriften getroffene Regelung des sog. Prüfungsjahrgangsprinzips die subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen betrifft und deshalb den formellen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG („durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes") hätte genügen müssen.

Im Streitfall war die Klage bereits deshalb unbegründet, weil der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers untergegangen war. Die Landesjustizverwaltung hatte das Aus-

12 BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 3/12, ZNotP 2012, 354.

13 BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 4/12, NJW-RR 2012, 1449.

14 Vgl. *Schmitz-Valckenberg*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 6 BNotO Rn. 46b.

15 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 17/11.

16 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 2/12, ZNotP 2012, 358.

wahl- und Stellenbesetzungsverfahren in Bezug auf die siebte Notarassessorenstelle rechtsfehlerfrei abgebrochen.

Der Senat hat dazu Folgendes bemerkt:

Es ist anerkannt, dass der Dienstherr nicht gezwungen ist, die ausgeschriebene Stelle mit einem der Bewerber zu besetzen. Vielmehr darf der Dienstherr ein Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichem Grund jederzeit beenden und von der geplanten Stellenbesetzung absehen. Dabei genügt es, dass er den einzigen Bewerber nicht uneingeschränkt für geeignet hält. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Eignungsbeurteilung des Dienstherrn in vollem Umfang einer rechtlichen Überprüfung standhält.

Hier war ein sachlicher Grund für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens gegeben. Die beklagte Landesjustizverwaltung hatte Bedenken gegen die fachliche Eignung des Klägers für das Amt des Notarassessors. Sie stützte sich darauf, dass er in der die allgemeine juristische Befähigung widerspiegelnden[17] Zweiten juristischen Staatsprüfung lediglich 5,9 Punkte erzielt hatte. Mit dieser Erwägung überschritt die Landesjustizverwaltung den ihr in Bezug auf die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch des Auswahl- und Besetzungsverfahrens zustehenden Ermessensspielraum nicht.

In diesem Zusammenhang ist noch auf einen anderen von dem Senat entschiedenen Fall aus dem Bereich des Anwaltsnotariats hinzuweisen. Nach den Feststellungen hatte der einzige Bewerber um die (Anwalts-)Notarstelle eine „äußerst geringe praktische Erfahrung". Er hatte in den 5 Jahren vor dem Bewerbungsstichtag lediglich 22 Urkunden errichtet und in 3 Jahren nur zwei mindestens 14-tägige Vertretungen wahrgenommen. Auch bei dieser Sachlage lag es im weiten organisatorischen Ermessen der Landesjustizverwaltung, hinsichtlich der fraglichen Stelle das Auswahl- und Besetzungsverfahren abzubrechen[18]

2. Besetzung von Stellen für Notare zur Amtsausübung im Nebenberuf (Anwaltsnotare, § 3 Abs. 2 BNotO)

a) Örtliche Wartezeit (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO)

Im Berichtszeitraum hatte der Senat[19] einen Fall zur örtlichen Wartezeit, und zwar noch nach altem Recht, zu entscheiden. Danach sollte i.d.R. als Anwaltsnotar nur bestellt werden, wer mindestens 3 Jahre ohne Unterbrechung in dem in Aussicht genommenen Amtsbezirk „hauptberuflich als Rechtsanwalt tätig" ist (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F.; jetzt heißt es: „Tätigkeit nach Nummer 1 … ausübt", vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO n.F.). Ausschlaggebend war dabei nicht, wo ein Bewerber formell zugelassen war, sondern wo er tatsächlich seine hauptberufliche Tätigkeit ausübte. Denn die örtliche Wartezeit hat – nach altem wie nach neuem Recht – ihren Grund vor allem darin, dass der zukünftige Notar mit den Besonderheiten der örtlichen Verhältnisse vertraut sein soll; ferner muss der Bewerber durch die anwaltliche Tätigkeit in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich die wirtschaftlichen Grundlagen für die angestrebte – nebenberufliche – Notariatspraxis gelegt haben, um seine persönliche Unabhängigkeit zu sichern.

Das vorbeschriebene Erfordernis der örtlichen Wartezeit kann nicht mit der Erwägung infrage gestellt werden, der Gesetzgeber habe das für Anwälte geltende Zweigstellenverbot (vgl. § 28 BRAO a.F.)[20] beseitigt und in diesem Zusammenhang lediglich „vergessen", § 6 Abs. 2 BNotO entsprechend anzupassen. Durch das nach Abschaffung des Zweigstellenverbots ergangene Gesetz zur Änderung der BNotO v. 2.4.2009[21] wurde § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. inhaltlich kaum geändert (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO n.F.). Hierdurch hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, an dem Erfordernis der örtlichen Wartezeit mit dem bisher verstandenen Inhalt festhalten zu wollen.[22]

Im Streitfall unterhielt der sich um das Amt des Notars bewerbende Rechtsanwalt in dem fraglichen Amtsbereich (§ 10a Abs. 1 Satz 1 BNotO) lediglich eine Zweigstelle; seine Kanzlei befand sich außerhalb des Amtsbereichs. In der Zweigstelle eingehende Anrufe wurden automatisch in die Kanzlei umgeleitet, wo sich die Mitarbeiter aufhielten und Aktenführung, Buchhaltung sowie die Schreibarbeiten erledigt wurden. Der Notarbewerber war im Amtsbereich nicht hauptberuflich als Rechtsanwalt tätig, sondern erwirtschaftete sich außerhalb hiervon die Grundlagen seiner Existenz. Der örtlichen Wartezeit war nicht genüge getan.

b) Persönliche Eignung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BNotO)

In einem noch altem Recht unterliegenden Besetzungsverfahren hatte die Landesjustizverwaltung 28 Stellen für Anwaltsnotare für Bewerber mit Zweiter juristischer Staatsprüfung ausgeschrieben. In den Bewerbungsbögen beantworteten einige Bewerber die Frage nach gegen sie gerichteten straf-, disziplinar- und standesrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht richtig bzw. unvollständig. Ferner war z.T. die Frage nach Nebentätigkeiten nicht korrekt beantwortet worden. Auch in – der Bewerbung um das Amt des Notars vorangegangenen oder dazu parallel laufenden – Verfahren auf Bestellung zum Notarvertreter gaben Bewerber um das Amt des Notars auf entsprechende Fragen der Landesjustizverwaltung falsche oder unvollständige Auskünfte. Die Landesjustizverwaltung sah dennoch die persönliche Eignung letztlich für gegeben an. Sie nahm in Aussicht, diejenigen Bewerber, die nach der fachlichen Eignung (§ 6 Abs. 3 Satz 2 BNotO a.F.) unter den ersten 28 waren, zum Notar zu ernennen. Hiergegen wandten sich die nicht

17 Vgl. BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 4/12 unter II. 1. b m.w.N. (Fn. 13).

18 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 16/11, MDR 2012, 1257

19 BGH, Urt. v. 5.3.2012 – NotZ (Brfg) 14/11, ZNotP 2012, 194.

20 Aufgehoben durch Art. 1 Nr. 17 des Gesetzes zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft v. 26.3.2007, BGBl. I, S. 358.

21 BGBl. I, S. 696.

22 BGH (Fn. 19), Rn. 8 m.w.N.

zum Zuge gekommenen Mitbewerber, die mit der Klage u.a. geltend machten, ihnen von der Landesjustizverwaltung vorgezogene Bewerber seien persönlich nicht geeignet.

Das OLG gab in einem Fall der Klage eines Konkurrenten statt und verpflichtete die Landesjustizverwaltung, dessen Bewerbung unter Berücksichtigung der Zweifel an der persönlichen Eignung des für die Ernennung vorgesehenen Bewerbers neu zu bescheiden. Der Senat[23] wies den hiergegen gerichteten Zulassungsantrag zurück. In zwei weiteren Fällen wies das OLG die Konkurrentenklagen zurück. Der Senat[24] hob diese Urteile des OLG auf und verurteilte die Landesjustizverwaltung, neu zu bescheiden.

Dabei ging der Senat von folgenden Grundsätzen aus:

aa) Keine Eignungsvermutung

Es besteht nicht eine Vermutung, dass ein Bewerber für das Amt des Notars hierfür geeignet ist. Vielmehr gehen verbleibende Zweifel an der Eignung zulasten des Bewerbers.

bb) Gerichtliche Überprüfung

Die persönliche Eignung für das Amt des Notars ist als unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren, dessen Interpretation durch die Landesjustizverwaltung in vollem Umfang justiziabel ist. Zwar bleibt der Landesjustizverwaltung bei der Prognose, ob der Bewerber aufgrund seiner richtig festgestellten und rechtlich zutreffend bewerteten persönlichen Umstände für das Amt geeignet ist, ein Beurteilungsspielraum. Der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt aber die Frage, ob ein Umstand überhaupt für die Eignung von Bedeutung ist und welches Gewicht ihm im Einzelfall zukommt.

cc) Verpflichtung zur Integrität

Der Notar ist als Träger eines öffentlichen Amts in besonderem Maße zur Integrität verpflichtet. Er hat sich der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht werden, würdig zu zeigen (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Wesentliche Voraussetzung hierfür sind vor allem Wahrhaftigkeit und Redlichkeit im Umgang mit den Rechtsuchenden. Darauf kommt es aber auch im Verhältnis zu den Aufsichtsbehörden an. Diese müssen sich darauf verlassen können, dass der Notar ihnen vollständige und wahrheitsgemäße Auskünfte erteilt. Die persönliche Eignung eines Bewerbers um das Amt eines Notars ist deshalb regelmäßig zu verneinen, wenn er im Bewerbungsverfahren durch falsche Angaben versucht hat, die Aufsichtsbehörden zu täuschen. Sie kann ferner in Zweifel stehen, wenn er mit Fragen der Landesjustizverwaltung nachlässig umgeht und deshalb falsche oder unvollständige Angaben macht. Dabei ist eine – auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete – Gesamtbetrachtung anzustellen, die, ausgehend von den persönlichen Anforderungen an den Notar, alle aussagekräftigen Umstände, die in der Persönlichkeit und in dem Verhalten des Bewerbers zutage getreten sind, in den Blick nimmt.

dd) Offenbarungspflichten

Grundlage für die Prüfung der persönlichen Eignung ist u.a. die vollständige und sorgfältige Beantwortung der an den Bewerber gerichteten Fragen. Verlangt werden regelmäßig die Angabe der anhängig gewesenen straf-, disziplinar- oder standesrechtlichen Ermittlungsverfahren, ferner der sonstigen berufsrechtlichen Verfahren, auch der bei der Rechtsanwaltskammer in den letzten 5 Jahren geführten Beschwerde- bzw. Gebührenbeschwerdeverfahren.

Dabei kam es nicht darauf an – hierauf hatte die Landesjustizverwaltung in den Streitfällen ausdrücklich hingewiesen –, dass die Verfahren zu einer Maßnahme geführt hatten. Ob die offenbarten Umstände Zweifel an der persönlichen Eignung des Bewerbers begründen können, unterliegt der – ggf. gerichtlich überprüfbaren – Beurteilung der Landesjustizbehörde. Dem Bewerber steht es nicht zu, von ihm für nicht eignungsrelevant gehaltene Umstände von vornherein auszuscheiden, indem er dazu keine oder unvollständige Angaben macht.

In den Streitfällen hatten von der Landesjustizverwaltung für die Ernennung zum Notar ausgewählte Bewerber auf die – im Bewerbungsverfahren und in Verfahren auf Bestellung zum Notarvertreter gestellte – Frage nach staatsanwaltschaftlichen und standesrechtlichen Verfahren jeweils eine Reihe von Verfahren verschwiegen; darunter auch solche, die den Bewerbern schon wegen des Gegenstands des Verfahrens oder des engen zeitlichen Zusammenhangs zzt. der Bewerbung präsent sein mussten. Der Senat hat hierdurch die persönliche Eignung für infrage gestellt angesehen.

c) Fachliche Eignung (§ 6 Abs. 3 BNotO a.F.)

aa) Frühere Amtsausübung

In einer der vorbehandelten Konkurrentenstreitigkeiten machte der Kläger – zusätzlich zu seinen Angriffen gegen die persönliche Eignung ihm vorgezogener Mitbewerber – geltend, er sei in einem anderen OLG-Bezirk bereits 5 1/2 Jahre (Anwalts-)Notar gewesen. Wegen eines beruflich bedingten Ortswechsels habe er um Entlassung aus diesem Amt gebeten. Dass er schon Notar gewesen sei, sei bei seiner erneuten Bewerbung um das Amt des Notars bei der Beurteilung seiner fachlichen Eignung nicht hinreichend einbezogen worden.

Der Senat[25] hat diesen Einwand gegen die Auswahlentscheidung der Landesjustizverwaltung für grds. berechtigt erachtet.

---

23 BGH, Beschl. v. 5.3.2012 – NotZ (Brfg) 13/11, ZNotP 2012, 276.
24 BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 7/11 und 12/11, ZNotP 2012, 349.
25 BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 12/11 (Fn. 24).

Die Landesjustizverwaltung hatte die früher ausgeübte Tätigkeit als Notar berücksichtigt, indem sie für den Kläger die gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. zu fordernde örtliche Wartezeit verkürzt hatte. Das betraf indes nicht den hier maßgeblichen Gesichtspunkt der fachlichen Eignung. Die örtliche Wartezeit soll – wie schon dargelegt – vornehmlich die Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen und eine hinreichende wirtschaftliche Grundlage des Rechtsanwalts in dem in Aussicht genommenen notariellen Amtsbereich sichern.

Im Rahmen der punktmäßigen Bewertung der fachlichen Eignung hatte die Landesjustizverwaltung dem Kläger für Erfahrungen aus einer Tätigkeit als Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter insgesamt die – dafür maximal möglichen – 20 Punkte vergeben. Dass der Kläger 5 1/2 Jahre Notar gewesen war, hatte sich dabei allerdings kaum ausgewirkt; nach dem Punktesystem hatte der Kläger bereits knapp 13 von 20 Punkten dadurch erreicht, dass er eine Notarverwaltung sowie Notarvertretungen wahrgenommen hatte.

Nach Auffassung des Senats kam hier der – schon in früheren Entscheidungen herausgestellte – Gesichtspunkt der Gesamtwürdigung ins Spiel. Das Punktesystem und die hierauf beruhende Einordnung der fachlichen Qualifikation der Bewerber in eine Rangskala kann die Gefahr in sich bergen, dass den Besonderheiten des Einzelfalls nicht immer ausreichend Rechnung getragen wird. Das Maß der fachlichen Eignung des einzelnen Bewerbers kann – wenn hierfür auch grds. an das Ergebnis der punktmäßigen Bewertung anzuknüpfen ist[26] – unvollständig ermittelt oder unzutreffend in einen Vergleich mit derjenigen der Mitbewerber eingestellt sein. Die Landesjustizbehörde schöpft daher regelmäßig ihren Beurteilungsspielraum nicht aus, wenn sie sich auf eine Gegenüberstellung der für die einzelnen Bewerber innerhalb des Bezugssystems gewonnenen Gesamtpunktzahlen beschränkt und ohne Weiteres dem Bewerber den Vorzug gibt, der die höchste Punktzahl erreicht hat. Vielmehr ist vor der endgültigen Auswahlentscheidung zu fragen, ob für die jeweiligen Bewerber Umstände ersichtlich sind, die in das an feste Kriterien ausgerichtete Punktesystem keinen Eingang gefunden haben, aber dennoch maßgebend für die vollständige und zutreffende Beurteilung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Bewerbers sind. Das im Streitfall anwendbare Punktesystem bot insoweit die Vergabe von Sonderpunkten für herausragende notarspezifische Leistungen an.

Das OLG sah sich an solchen Erwägungen zu Unrecht durch das Verbot der Doppelbewertung gehindert. Zwar dürfen Umstände, die schon im Rahmen des Punktesystems gewertet worden sind, nicht ein weiteres Mal im Individualvergleich der Bewerber herangezogen werden. Dass der Kläger das Amt des Notars über eine Reihe von Jahren ausgeübte hatte, war aber in der Punktebewertung, die für Notartätigkeit, Notarvertretung und Notarverwaltung insgesamt höchstens 20 Punkte zuließ, nahezu ohne Gewicht geblieben. Die eigenverantwortliche Führung eines Notariats über einige Jahre kann auch nicht mit der in der Bewertung nach dem Punktesystem berücksichtigten Notarvertretung und -verwaltung in eins gesetzt werden. Denn sie erfordert von dem Amtsinhaber auf allen Gebieten – insbesondere dem der Personalführung, der Organisation und der Finanzen – ein Mehr. Der Senat hat der Landesjustizverwaltung daher aufgegeben – soweit im weiteren Auswahlverfahren nach Prüfung der persönlichen Eignung der Mitbewerber noch von Belang – bei der Beurteilung der fachlichen Eignung des Klägers neu zu wägen, dass er das Bewerbungsverfahren bereits anderweit erfolgreich durchlaufen und seine Eignung für das Amt des Notars hierdurch und durch die jahrelange Ausübung dieses Amts unter Beweis gestellt hat.

bb) Vorübergehende Amtsniederlegung

Die Frage nach der angemessenen Bewertung einer früheren Amtstätigkeit kann sich weiter im Fall der vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48b BNotO stellen.

Die Landesjustizverwaltung hatte der klagenden Rechtsanwältin 2004 auf deren Antrag hin gestattet, das Amt der Notarin gem. § 48b Abs. 1 Nr. 1 BNotO länger als ein Jahr, höchstens bis zum Eintritt der Volljährigkeit ihres jüngsten Sohnes im Jahr 2014, niederzulegen. Die jetzt erhobene Klage war im Hauptantrag darauf gerichtet, die Landesjustizverwaltung zu verpflichten, der Klägerin die früher innegehabte Notarstelle wieder zu übertragen. Hilfsweise begehrte die Klägerin, die Landesjustizverwaltung zu verpflichten, eine Notarstelle in ihrem angestammten Amtsbereich auszuschreiben und ihr zu übertragen, äußerst hilfsweise eine für diesen Amtsbereich demnächst ausgeschriebene Stelle, jedenfalls eine der derzeit im LG-Bezirk ausgeschriebenen Stellen ihr zu übertragen.

Die Klage blieb erfolglos.[27] Die Klägerin konnte insbesondere nicht beanspruchen, an ihrem bisherigen Amtssitz (sofort) wieder zur Notarin bestellt zu werden.

Nach § 48c Abs. 1 Satz 1 BNotO wird der Notar an seinem bisherigen Amtssitz erneut bestellt, wenn er mit dem Antrag auf Genehmigung der vorübergehenden Amtsniederlegung erklärt, sein Amt innerhalb von höchstens einem Jahr wieder antreten zu wollen. Eine derartige Erklärung hatte die Klägerin jedoch nicht abgegeben. Vielmehr hatte sie ihr Amt für einen längeren Zeitraum niedergelegt.

Auch aus § 48b BNotO konnte die Klägerin – ohne dass hiergegen verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben gewesen wären[28] – einen Wiederbestellungsanspruch nicht herleiten.

---

26 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 18/11, Rn. 11 f. (Ungleichgewicht im Verhältnis Fortbildungspunkte/Punkte für praktische Tätigkeit).

27 BGH, Urt. v. 21.11.2011 – NotZ (Brfg) 3/11, BGHZ 191, 344.

28 Vgl. BGH (Fn. 27), Rn. 17 ff.

Die Bestimmung spricht zwar von „vorübergehender Amtsniederlegung“, muss aber im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der BNotO gesehen werden:

§ 48b BNotO regelt allgemein, dass der Notar unter den dort genannten Voraussetzungen sein Amt vorübergehend für höchstens 12 Jahre niederlegen kann. Gem. § 47 Nr. 7 BNotO führt die vorübergehende Amtsniederlegung zum Erlöschen des Amts mit der Folge, dass der Notar, will er sein Amt wiedererlangen, erneut zum Notar bestellt werden muss. § 48c BNotO räumt dem Notar, der mit dem Antrag auf Genehmigung der vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48b BNotO erklärt, sein Amt innerhalb von höchstens einem Jahr am bisherigen Amtssitz wieder antreten zu wollen, eine Wiederbestellungsgarantie am bisherigen Amtssitz ein. In diesem – und nur in diesem – Fall wird die Notarstelle für den ehemaligen Amtsinhaber „frei gehalten“, indem gem. § 56 Abs. 3 BNotO ein Verwalter bestellt wird; eine Ausschreibung der Stelle vor der Stellenbesetzung ist dann – abweichend von dem allgemeinen Grundsatz des § 6b Abs. 1, 1. HS BNotO – aufgrund der ausdrücklichen Regelung in § 6b Abs. 1, 2. HS BNotO nicht erforderlich.[29] Das Gesetz gibt mithin klar zu erkennen, dass im Fall der überjährigen Amtsniederlegung nach § 48b BNotO kein Wiederbestellungsanspruch am früheren Amtssitz besteht.

Aus demselben Grund konnte die Klägerin weder die Ausschreibung einer solchen Notarstelle noch – ohne sich an dem Auswahlverfahren zu beteiligen – die Übertragung einer anderen bereits ausgeschriebenen Notarstelle verlangen. Ihre auf noch nicht ausgeschriebene Stellen gerichteten Hilfsanträge waren bereits mangels des erforderlichen Rechtsschutzinteresses unzulässig.

Der Umstand, dass die Klägerin ein Auswahlverfahren schon erfolgreich durchlaufen und das Amt der Notarin ausgeübt hat, hat richtigerweise seinen gebührenden Platz in der Auswahl nach § 6 Abs. 3 Satz 1 und 3 BNotO.[30] Dort ist der Fall, dass ein Bewerber Notar war, ausdrücklich angesprochen (vgl. § 6 Abs. 3 Satz 3, 2. HS BNotO). Voraussetzung für die danach gebotene Berücksichtigung früherer Notartätigkeit ist aber die Bewerbung um eine ausgeschriebene (§ 6b Abs. 1 Satz 1 BNotO) Notarstelle.

III. Sonstige berufsrechtliche Streitfälle

1. Weiterführung der Amtsbezeichnung

Der Kläger, ein ehemaliger Anwaltsnotar, war in Vermögensverfall geraten; ferner gefährdeten seine wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Art seiner Wirtschaftsführung die Interessen der Rechtsuchenden. Aus diesen Gründen wurde der Kläger gem. § 50 Abs. 1 Nr. 6 und 8 BNotO seines Amtes als Notar enthoben und hatte auch seine Zulassung als Rechtsanwalt verloren. Nach Wiedererlangung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft begehrte der Kläger, ihm zu gestatten, die Bezeichnung „Notar a.D.“ führen zu dürfen. Die beklagte Landesjustizverwaltung lehnte diesen Antrag ab; die Klage blieb erfolglos.[31]

Nach § 52 Abs. 2 Satz 2 BNotO – soweit hier von Belang – kann die Landesjustizverwaltung dem früheren Anwaltsnotar die Erlaubnis erteilen, die Amtsbezeichnung „Notar a.D.“ zu führen, wenn sein Amt durch Entlassung auf eigenes Verlangen (§§ 48, 47 Nr. 2 BNotO) oder wegen Erreichens der Altersgrenze (§§ 48a, 47 Nr. 1, 1. Alt. BNotO) erloschen ist. Diese Voraussetzungen waren bei dem Kläger ersichtlich nicht erfüllt. Auch die von dem Kläger beanspruchte Gestattung entsprechend § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO – die Vorschrift betrifft an sich den (früheren) Nurnotar – kam nicht in Betracht. Denn der Kläger war nicht – wie von § 52 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BNotO gefordert – aus gesundheitlichen Gründen (§ 50 Abs. 1 Nr. 7 BNotO) seines Amts enthoben worden.

2. Altersgrenze (§ 48a BNotO)

Der Senat[32] bekräftigte seine Rechtsprechung, dass weder von Verfassungs- noch von Europarechts wegen Bedenken gegen § 48a BNotO zu erheben sind, wonach Notare mit dem Ende des Monats, in dem sie das siebzigste Lebensjahr vollenden, die Altersgrenze erreichen.

3. Werbeverbot (§ 29 BNotO)

In einem Zulassungsverfahren hatte sich der Senat ferner mit dem Werbeverbot des § 29 BNotO zu befassen.

Der Anwaltsnotar hatte in dem seine anwaltliche Zweigstelle, aber nicht seinen (notariellen) Amtssitz einschließenden Telefonbuch unter Rechtsanwalt und Notar den Telefonanschluss der Zweigstelle veröffentlicht, ohne klarzustellen, dass sich dort nicht sein Amtssitz befand. Der Präsident des LG untersagte die weitere Veröffentlichung dieses Telefonbucheintrags. Hiergegen richtete sich die Klage des Notars; sie blieb erfolglos.[33]

Gem. § 29 Abs. 3 Satz 2 BNotO hat der Notar in überörtlich verwendeten Verzeichnissen der Angabe der Amtsbezeichnung einen Hinweis auf den Amtssitz hinzuzufügen. Das Telefonbuch ist ein solches Verzeichnis, sodass die Vorschrift im Streitfall unmittelbar anwendbar war. Verfassungsrechtliche Bedenken waren nicht zu erheben; denn mit § 29 Abs. 3 Satz 2 BNotO wird das legitime Ziel verfolgt, irreführende Werbung zu verhindern. Von dem fraglichen Telefonbucheintrag konnte der werbende, jedoch nicht zutreffende Eindruck ausgehen, Rechtsuchende könnten in der (anwaltlichen) Zweigstelle auch notarielle Dienstleistungen in Anspruch nehmen.

29 Vgl. BGH (Fn. 27), Rn. 12 ff. m.w.N. auch zur Entstehungsgeschichte der §§ 48b ff. BNotO.

30 Vgl. BGH (Fn. 27), Rn. 13 a.E.

31 Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2012 – NotZ (Brfg) 8/11.

32 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 15/11 Rn. 6 ff. DNotZ 2013, 76 m.w.N. auch aus der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH.

33 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2011 – NotZ (Brfg) 9/11 ZNotP 2012, 76 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

C. Disziplinarsachen

I. § 60 Abs. 3 BDG

Der Notar hatte außerhalb seines Amtsbezirks in der Hauptversammlung einer AG Protokoll geführt, ohne dass Gefahr im Verzuge bestanden oder die Aufsichtsbehörde dies genehmigt hätte. Die Landesjustizverwaltung ahndete diesen Verstoß gegen § 11 Abs. 2 BNotO durch Disziplinarverfügung; sie erteilte dem Notar einen Verweis und setzte gegen ihn eine Geldbuße von 2.000 € fest. Auf Klage des Notars änderte das OLG die Disziplinarverfügung dahin ab, dass der Verweis aufrechterhalten wurde, die Geldbuße aber entfiel. Hiergegen richtete sich der Zulassungsantrag der Landesjustizverwaltung, mit der sie die vollständige Zurückweisung der Klage erstrebte.

Der Antrag blieb erfolglos.[34]

Das Gericht hat nach neuem Disziplinarrecht (vgl. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO i.V.m. § 60 Abs. 3 BDG) bei der Klage gegen eine Disziplinarverfügung neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen. Es ist nicht auf die Prüfung beschränkt, ob die dem Kläger zum Vorwurf gemachte Verhaltensweise bzw. der fragliche Lebenssachverhalt tatsächlich gegeben und disziplinarrechtlich als Dienstvergehen zu würdigen ist. Sondern das Gericht hat – falls ein Dienstvergehen zu bejahen ist – unter Beachtung des Verschlechterungsverbots (vgl. § 3 BDG i.V.m. § 88 VwGO) im Interesse der Verfahrensbeschleunigung (vgl. § 4 BDG) auch darüber zu entscheiden, welches die angemessene Disziplinarmaßnahme ist. Anders als sonst bei Anfechtungsklagen ist das Gericht nicht gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO darauf beschränkt, eine rechtswidrige Verfügung aufzuheben; es trifft vielmehr in Anwendung der in § 13 Abs. 1 BDG niedergelegten Grundsätze innerhalb der durch die Verfügung vorgegebenen Disziplinarmaßnahmenobergrenze eine eigene „Ermessensentscheidung“.[35]

Im Streitfall war das OLG also befugt gewesen, die Disziplinarmaßnahme zugunsten des Klägers abzuändern und anstelle des Verweises und der Geldbuße, die von der Landesjustizverwaltung verhängt worden waren, eine mildere Disziplinarmaßnahme – nämlich den bloßen Verweis – auszusprechen. Der allein gegen das Disziplinarmaß gerichtete Zulassungsantrag der Landesjustizverwaltung konnte nicht durchdringen, weil er sich nicht auf den Sachverhalt stützen konnte, den das OLG ohne Gehörsverstoß festgestellt hatte.

II. Unberechtigte Einsichtnahme in das Grundbuch

Die Landesjustizverwaltung hatte gegen den Notar einen Verweis wegen mehrfacher unberechtigter Einsichtnahme in das Grundbuch verhängt. Der Notar focht diese Disziplinarverfügung an. Das OLG wies seine Klage ab; der Zulassungsantrag blieb ebenfalls erfolglos.[36]

Nach den Feststellungen des OLG bot der Notar quasi einen „Maklerservice“ in der Hoffnung auf spätere Urkundsaufträge an. Ohne dass ein Zusammenhang mit einer Beurkundung gegeben gewesen wäre und ohne dass er sich der Einwilligung der betroffenen Eigentümer vergewissert hatte, sah der Notar auf bloßen „Zuruf“ von Maklern das Grundbuch im automatisierten uneingeschränkten Abrufverfahren (§ 133 Abs. 2 GBO) ein und setzte sie von dem Inhalt des Grundbuchauszugs in Kenntnis. Durch dieses Verhalten machte sich der Notar eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 und 3 BNotO schuldig. Denn er erweckte jedenfalls den Anschein, er vernachlässige im Interesse der Makler die Rechte der Grundstückseigentümer (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO).

Ob ein Notar stets, d.h. ohne den Nachweis eines berechtigten Interesses (vgl. § 12 GBO), das uneingeschränkte automatisierte Abrufverfahren nutzen darf, *wenn* eine Beauftragung durch den Grundstückseigentümer vorliegt und er sich darüber vergewissert hat, konnte offenbleiben. Der Streitfall war anders gelagert; der Notar war allein auf Anfordern der Makler tätig geworden und hatte gerade nicht geprüft, ob dieses Ersuchen mit Einverständnis der betroffenen Grundstückseigentümer erfolgte.

III. Mitwirkungspflichten des Notars (§ 64a Abs. 1 BNotO i.V.m. § 26 Abs. 2 VwVfG)

Die Landesjustizverwaltung warf dem Notar vor, gegen seine Pflicht verstoßen zu haben, bei der Ermittlung eines bestimmten Sachverhalts – hier: Einnahmesituation und Bewilligung von ratenweiser Zahlung einer früher verhängten Geldbuße – nicht mitgewirkt zu haben. Sie verhängte deshalb gegen den Notar eine (weitere) Geldbuße. Die Klage des Notars war erfolgreich. Das OLG hob die Disziplinarverfügung auf; der Senat[37] wies den Zulassungsantrag der Landesjustizverwaltung zurück.

Die Mitwirkungspflicht der an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten ist in § 26 Abs. 2 VwVfG geregelt; die Vorschrift gilt auch im Verwaltungsverfahren nach der BNotO (§ 64a Abs. 1 BNotO). Danach „sollen“ die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Diese Formulierung macht deutlich, dass den Beteiligten – anders als bei der Auskunftspflicht des Notars nach § 93 Abs. 4 Satz 1 a.E. BNotO („ist verpflichtet“) – keine rechtlich durchsetzbare Mitwirkungsverpflichtung auferlegt werden sollte, deren Erfüllung im Wege der Vollstreckung erzwungen oder deren Nichterfüllung disziplinarrechtlich geahndet werden könnte. § 26 Abs. 2 VwVfG ist im bewussten Gegensatz zu § 93 AO 1977 als an den Bürger gerichtete „Soll“-Vorschrift gestaltet worden. Durch sie ist lediglich eine Mitwirkungslast begründet worden, deren Nichterfüllung nur mittelbar nachteilige Rechtsfolgen hat. Zwar dürfen aus der fehlenden Mitwirkung allein noch keine für den Beteiligten unmittel-

34 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotSt (Brfg) 5/11, ZNotP 2012, 359.
35 Vgl. BT-Drucks. 14/4659, S. 49 zu § 60 BDG-E.
36 BGH, Beschl. v. 5.3.2012 – NotSt (Brfg) 3/11, ZNotP 2012, 196.
37 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotSt (Brfg) 6/11 m.w.N.

bar nachteiligen Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Behörde kann aber die unterlassene Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen. Sie kann insbesondere Rechtsvorteile, deren Gewährung der Beteiligte beantragt hat, versagen, wenn sich der Sachverhalt infolge einer unterbliebenen Mitwirkung nicht hinreichend klären lässt.[38]

Das OLG hat deshalb mit recht ein Disziplinarvergehen des Notars verneint, weil es schon an einem Verstoß gegen eine disziplinarrechtlich ahndbare Verpflichtung, hier die Mitwirkungspflicht nach § 26 Abs. 2 VwVfG, fehle.

38 Vgl. Schippel/Bracker/*Herrmann* (Fn. 7), § 64a Rn. 4.

Vertragsrecht

Der Verkauf vermieteter Immobilien

von Richter am Oberlandesgericht/Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D. Dr. Michael J. Schmid, München

Der Verkauf vermieteter Immobilen führt i.d.R. dazu, dass der Käufer mit dem Eigentumserwerb Vermieter der dann vorhandenen Mieter wird. Das birgt Konfliktpotenzial sowohl im Verhältnis der Kaufvertragsparteien zueinander als auch im Verhältnis zwischen dem Mieter und dem alten und dem neuen Vermieter. Die gesetzliche Regelung ist auch deshalb problematisch, weil es oft nicht dem Willen der Parteien entspricht, auf den vielfach zufälligen Zeitpunkt der Grundbucheintragung abzustellen. Der folgende Beitrag zeigt auf, wie die sich aus der gesetzlichen Regelung ergebenden Probleme zumindest teilweise vermieden werden können.

I. Grundlagen

Unter der unzutreffenden, aber historisch gewachsenen Überschrift „Kauf bricht nicht Miete“ bestimmt § 566 Abs. 1 BGB, dass der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenen Rechte und Pflichten eintritt, wenn der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter an einen Dritten veräußert wird. Die Regelung gilt nach § 578 BGB auch für Grundstücke und Räume, die keine Wohnräume sind.

Da der Gesetzestext im Gegensatz zur Überschrift nicht vom Kauf, sondern von der Veräußerung spricht, ist maßgeblich nicht der Kaufvertrag, sondern der Eigentumserwerb durch den Käufer. Es entsteht kraft Gesetzes ein neues, aber mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis mit dem Erwerber.[1]

Umstritten ist, ob diese Regelung mietvertraglich abdingbar ist.[2] Einigkeit besteht aber darüber, dass der Verkäufer und der Käufer ohne Mitwirkung des Mieters eine abweichende Regelung wirksam nicht treffen können.[3]

II. Vereinbarung mit dem Mieter

Weitgehend unproblematisch gestaltet sich das Verhältnis zum Mieter, wenn dieser bereit ist, anlässlich eines konkreten Verkaufes mit Veräußerer und Erwerber zu kooperieren und einer Vertragsänderung zuzustimmen. Es handelt sich dann entweder um einen dreiseitigen Vertrag zwischen Veräußerer, Erwerber und Mieter[4] oder um einen Vertrag zwischen zwei der Genannten, dem der Dritte zustimmt.[5] Die Regelung kann den völligen Ausschluss des Eintritts in das Mietverhältnis[6] oder Modifizierungen des Mietvertrags zum Gegenstand haben.

Diese Fälle sind sehr stark einzelfallgeprägt und entziehen sich einer allgemeinen Darstellung. Im Kaufvertrag sollte jedoch zur Vermeidung späterer Streitigkeiten zwischen Veräußerer und Erwerber festgehalten werden, dass die Vermietung geklärt ist.

III. Haftung des Veräußerers

Erfüllt der Erwerber die Pflichten aus dem Mietverhältnis nicht, haftet der Veräußerer nach § 566 Abs. 2 Satz 1 BGB für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung tritt jedoch nicht ein, wenn der Mieter vom Übergang des Eigentums durch eine Mitteilung des bisherigen Vermieters Kenntnis erlangt und das Mietverhältnis nicht zum ersten Termin kündigt, zu dem die Kündigung zulässig ist.

Entscheidend ist dabei, dass die Kenntnis des Mieters auf einer Mitteilung des bisherigen Vermieters beruhen muss. In der Praxis ist zu beobachten, dass viele Verkäufer sich um das Mietverhältnis nicht mehr kümmern und eine solche Mitteilung, wohl auch aus Rechtsunkenntnis unterlassen. Die in der Praxis häufigere Mitteilung des Verkaufes genügt nicht. Die Mitteilung kann auch durch einen Vertreter,[7] z.B. den Erwerber abgegeben werden, muss aber im Namen

1 BGH, NJW 2012, 1881 = MDR 2012, 573.

2 Vgl. *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl. 2012, § 566 Rn. 18; Schmid/Harz/*ders*, Mietrecht, 3. Aufl. 2012, § 566 Rn. 30 ff.; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 72. Aufl. 2013, § 566 Rn. 5 m.w.N.

3 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566 Rn. 5 m.w.N.

4 LG Berlin, ZMR 1996, 326.

5 OLG Celle, NZM 2000, 93.

6 OLG Celle, NZM 2000, 93; LG Berlin, ZMR 1996, 326; Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566 Rn. 5.

7 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566 Rn. 24.

des bisherigen Vermieters erfolgen. Eine entsprechende Bevollmächtigung und Verpflichtung des Käufers kann in den Kaufvertrag aufgenommen werden.

IV. Übergang von Nutzungen, Kosten und Lasten

Maßgeblicher Zeitpunkt für den Vermieterwechsel ist derjenige des Eigentumsübergangs, i.d.R. also der Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch.

Die Parteien wollen jedoch vielfach die wirtschaftlichen Folgen des Eigentumsübergangs vorverlegen und vereinbaren deshalb einen fixen Zeitpunkt für den Übergang von Nutzungen, Kosten und Lasten.

Grds. können solche Klauseln dahin ausgelegt werden, dass Forderungen des Verkäufers gegen den Mieter abgetreten werden und der Käufer den Verkäufer von Forderungen des Mieters freistellt. Inwieweit derart allgemein gefasste Klauseln jedoch ausreichen, um dem Mieter gegenüber den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, erscheint durchaus zweifelhaft. I.d.R. wird davon ausgegangen, dass derartige Klauseln nur eine Verteilung im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer zum Regelungsgegenstand haben.[8] Demgegenüber wird in einer Klausel, wonach „alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag“ auf den Erwerber übergehen sollen, eine umfassende Ermächtigung und eine Abtretung aller abtretbaren Ansprüche gesehen.[9] Letztlich wird es dabei immer auf eine Vertragsauslegung im Einzelfall hinauslaufen, mit allen damit verbundenen Unsicherheiten, wie das letztentscheidende Gericht auslegen wird.

Empfehlenswerter ist es deshalb, in Bezug auf die einzelnen Aspekte des Mietverhältnisses und die Bedürfnisse des Käufers besondere Regelungen zu treffen.

Es ist jedoch unzweckmäßig, dass der Käufer den Mietern stets den Kaufvertrag vorlegen muss, um eine Zurückweisung der Erklärung nach § 174 Satz 1 BGB zu vermeiden. Sachdienlicher ist es deshalb, entweder gesonderte Vollmachtsurkunden zu fertigen oder den Verkäufer zu verpflichten, die Bevollmächtigung den Mietern mitzuteilen (§ 174 Satz 2 BGB).

V. Einzelfragen

1. Miete

a) Allgemeines

Mit dem Eintritt in das Mietverhältnis erwirbt der Erwerber den Anspruch auf Zahlung der Miete nach § 535 Abs. 2 BGB. Für die vorhergehende Zeit kann der Verkäufer dem Käufer den Anspruch auf die Miete abtreten.

b) Vorausverfügung über die Miete

Vorausverfügungen i.S.d. § 566b BGB sind Rechtsgeschäfte, die der Vermieter einseitig oder mit einem Dritten trifft[10] und durch die auf den Mietanspruch unmittelbar eingewirkt wird.[11]

§ 566b BGB betrifft die Wirksamkeit von Verfügungen des Veräußerers über Mieten, die erst nach Eigentumsübergang fällig werden und deshalb eigentlich dem Erwerber zustünden. § 556b BGB begrenzt die Wirksamkeit solcher Verfügungen gegenüber dem Erwerber. Zur Miete i.S.d. § 556b BGB gehören auch die Mietnebenkosten.[12]

Von Bedeutung ist hier insbesondere § 556b Abs. 2 BGB. Danach ist eine Verfügung für eine spätere Zeit als in § 566b Abs. 1 bestimmt, dem Erwerber gegenüber dann wirksam, wenn er sie zzt. des Überganges des Eigentums kennt. Problematisch ist dabei, dass nicht auf den Zeitpunkt des Kaufvertrags, sondern auf den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges abgestellt wird.[13] Der Käufer hat keine Möglichkeiten die Rechtsfolge des § 566b Abs. 2 BGB zu verhindern. Insbesondere kann zwischen Käufer und Verkäufer kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot vereinbart werden, da § 399 BGB eine Vereinbarung mit dem Schuldner, also mit dem Mieter erfordert.

Ist die Verfügung bereits vor Abschluss des Kaufvertrags erfolgt oder ins Auge gefasst, kann der Verkäufer den Käufer darauf hinweisen und damit Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen entgehen. Ob eine AGB-Klausel in einem Erwerbsvertrag eine Kenntnis i.S.d. § 556b Abs. 2 BGB vermittelt, ist umstritten.[14] M.E. kommt es nicht darauf an, ob die Klausel vorhanden ist, sondern darauf, ob sie tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde. Beim Vorlesen eines notariellen Vertrags spricht hierfür eine Vermutung.

§ 566b BGB ist grds. abdingbar.[15] Faktisch wird die Abdingbarkeit jedoch weitgehend dadurch eingeschränkt, dass keine Vereinbarungen zulasten Dritter getroffen werden können. Insbesondere können Verkäufer und Käufer Verfügungen, die zugunsten eines Dritten, auch des Mieters, erfolgt sind, nicht ohne Zustimmung des Dritten rückgängig machen.

c) Rechtsgeschäfte mit dem Mieter

Während § 566b BGB einseitige Verfügungen betrifft, regelt § 566c BGB Rechtsgeschäfte zwischen dem (bisherigen) Vermieter und dem Mieter über die Miete. Die Vorschrift gilt ausdrücklich auch für die Entrichtung der Miete. Die Überschrift Vereinbarung ist deshalb irreführend und im Text wird das Wort Rechtsgeschäft verwendet.

8 Schmidt-Futterer/*Streyl*, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 566 Rn. 45; vgl. auch BGH, NJW 2003, 2987.

9 BGH, NJW 2002, 3391; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 46.

10 Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 2), § 566b Rn. 5.

11 BGH, ZMR 2003, 827.

12 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 556b Rn. 23.

13 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566b Rn. 6.

14 Vgl. Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566b Rn. 42.

15 *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 2), § 556b Rn. 9; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566b Rn. 42.

§ 566c BGB gilt nur für einzelne Verfügungen wie Zahlung, Stundung, Erlass und Aufrechnungsvertrag.[16] Vertragsänderungen, die über den Einzelfall hinausgehen, wie eine generelle Herabsetzung der Miete, muss der Erwerber nach § 566 BGB gegen sich gelten lassen.[17]

Knackpunkt ist die Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergang. Sie ist sowohl für Rechtsgeschäfte vor Eigentumsübergang (§ 566c Satz 1 und 2 BGB) als auch für Rechtsgeschäfte nach Eigentumsübergang (§ 566c Satz 3 BGB) von Bedeutung.

Notwendig ist eine positive Kenntnis vom Eigentumsübergang.[18] Die Unterrichtung des Mieters kann deshalb nicht vor Eigentumsübergang erfolgen.[19] Die Mitteilung des Kaufvertrags genügt nicht,[20] auch nicht wenn dieser eine Regelung über den Übergang von Nutzungen enthält.

Unerheblich ist, wie der Mieter Kenntnis erlangt.[21] I.d.R. wird man sowohl Mitteilungen des Veräußerers als auch des Erwerbers für ausreichend ansehen können, wenn nicht gerechtfertigte Zweifel bestehen.[22] Die für den Erwerber sicherste Lösung ist es, dem Mieter möglichst bald einen Grundbuchauszug zukommen zu lassen.

§ 566d BGB erweitert für den Mieter die Aufrechnungsmöglichkeit, wobei auch hier wiederum die Kenntnis des Mieters maßgebend ist. Die Gegenforderung, mit der der Mieter aufrechnet, muss nicht auf dem Mietverhältnis beruhen.[23] Bei der Forderung, gegen die der Mieter aufrechnet, muss es sich um eine solche aus dem Mietverhältnis handeln.[24] Vereinbarte Aufrechnungsausschlüsse bleiben jedoch unberührt.

d) Mitteilung des Eigentumsüberganges durch den Vermieter

Teilt der (bisherige) Vermieter dem Mieter mit, dass er das Eigentum auf einen Dritten übertragen hat, so muss er nach § 566e Abs. 1 BGB in Ansehung der Mietforderung dem Mieter gegenüber die mitgeteilte Übertragung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Die Vorschrift betrifft nur die Mitteilung durch den Vermieter nicht die Mitteilung durch den Erwerber. Die Mitteilung vom Kaufvertrag reicht auch hier nicht aus.[25] Dagegen wird die Rechtsfolge des § 566e BGB ausgelöst, wenn der Vermieter einen Eigentumsübergang mitteilt, obwohl erst der schuldrechtliche Vertrag vorliegt.

Die Mitteilung kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, der als neuer Eigentümer bezeichnet wurde (§ 566e Abs. 2 BGB).

Die Regelung gilt nur zugunsten des Mieters. Ist die Eigentumsübertragung nicht erfolgt, kann der Mieter weiterhin Rechtsgeschäfte mit dem tatsächlichen Vermieter vornehmen.

Die §§ 892, 893 BGB gelten neben § 566e BGB.[26]

2. Mietnebenkosten

a) Bindung des Erwerbers

Der Erwerber ist grds. auch an die Nebenkostenregelungen des Mietvertrags gebunden. Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Vermieter aus mietvertragsfremden Gründen, z.B. wegen eines Arbeitsverhältnisses, von der Erhebung der Betriebskosten abgesehen hat. An eine solche Sondervereinbarung ist der Erwerber nicht gebunden.[27] Fehlt es jedoch von vornherein an einer Vereinbarung über die Umlegung von Mietnebenkosten, entsteht eine solche auch nicht durch einen Vermieterwechsel, da die Umlegung von Mietnebenkosten stets einer Vereinbarung bedarf.[28]

b) Vermieterwechsel innerhalb eines Abrechnungszeitraums

I.d.R. erfolgt der Vermieterwechsel innerhalb eines Abrechnungszeitraumes. Die Mieter berührt das nicht. Sie sind an dem internen Kostenausgleich zwischen altem und neuem Vermieter nicht beteiligt. Eine Zwischenabrechnung müssen die Mieter nicht hinnehmen.[29] Die Duldung einer Zwischenablesung von Messgeräten ergibt sich für die Mieter jedoch aus Treu und Glauben.[30] Eine solche ist jedoch auch nach der HeizkostenV nicht vorgeschrieben. Wenn der Mieter in der Wohnung verbleibt, liegt kein Nutzerwechsel i.S.d. § 9b HeizkostenV vor, sondern nur ein Wechsel in der Person des Gebäudeeigentümers. Vereinbarungen nach § 9b Abs. 4 HeizkostenV sind deshalb nicht erforderlich.

Da die Abrechnung erst nach Ende des Abrechnungszeitraumes erfolgen kann und deshalb auch dann erst der Anspruch auf Abrechnung entsteht, ist zur Erstellung der Abrechnung der neue Vermieter verpflichtet. Dem neuen Vermieter gebühren auch die Nachzahlungen und er ist zur Erstattung von Überzahlungen verpflichtet, da diese Ansprüche erst nach Ablauf der Abrechnungsperiode entstehen,[31] jedenfalls erst mit Zugang der Abrechnung fällig werden.[32]

Im Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Vermieter besteht eine Pflicht zum Zusammenwirken, wobei grds. der

16 Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 10), § 566c Rn. 2.
17 BGH, NZM 2002, 291.
18 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566c Rn. 28.
19 *Riecke* (Fn. 2), § 566c Rn. 4.
20 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566c Rn. 28.
21 Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 10), § 566c Rn. 6; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566c Rn. 28.
22 Einschränkender: Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566c Rn. 28.
23 LG Berlin, WuM 1992, 439.
24 Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 10), § 566d Rn. 2.
25 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566e Rn. 8.
26 *Riecke* (Fn. 2), § 566e Rn. 2; Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 10), § 566c Rn. 2.
27 LG Wiesbaden, ZMR 2002, 278.
28 *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 13. Aufl. 2013, Rn. 3003 ff.
29 BGH, ZMR 2001, 17.
30 *Schmid* (Fn. 28), Rn. 3358.
31 *Schmid* (Fn. 28), Rn. 3359; *Schenkel*, NZM 1999, 6; streitig.
32 BGH, ZMR 2001, 17.

frühere Vermieter dem neuen Vermieter eine Zusammenstellung für den Zeitraum seiner Vermieterstellung überlassen muss.[33]

Bei einer Kostenaufteilung innerhalb einer Abrechnungsperiode zwischen Veräußerer und Erwerber steht der Aufwand i.d.R. in keinem Verhältnis zu dem sich möglicherweise ergebenden Ausgleichsanspruch der einen oder anderen Partei. Es empfiehlt sich deshalb eine Regelung dahingehend, dass ein solcher Ausgleich unterbleibt und der Erwerber für Rückzahlungen aufkommt und Nachzahlungen erhält. Umstände des Einzelfalls können ein anderes Vorgehen nahelegen.

c) Abrechnungszeiträume vor dem Vermieterwechsel

Für Abrechnungszeiträume, die bei Vermieterwechsel bereits geendet haben, sind die Ansprüche auf Abrechnung, Nachzahlungen und Erstattungen bereits entstanden, unabhängig von ihrer Fälligkeit. Der frühere Vermieter bleibt deshalb abrechnungspflichtig. Nachzahlungen und Rückzahlungen sind von diesem auszugleichen.[34] Das gilt erst recht, wenn das Mietverhältnis vor Eigentumsumschreibung geendet hat.[35]

Der Mieter hat deshalb gegen den neuen Vermieter kein Zurückbehaltungsrecht, wenn der frühere Vermieter nicht rechtzeitig abrechnet[36] und kann auch nicht mit einem Rückzahlungsanspruch gegen die Miete aufrechnen.[37] Ein bestehendes Zurückbehaltungsrecht entfällt mit dem Eintritt des Vermieterwechsels.[38] Der Mieter kann deshalb wie bei einem beendeten Mietverhältnis bei Versäumung der Abrechnungsfrist vom Veräußerer die Vorauszahlungen zurückverlangen.[39]

Grds. sind deshalb besondere Regelungen im Kaufvertrag nicht nötig. Jedoch bestehen auch hier Gestaltungsmöglichkeiten. Der bisherige Vermieter kann Nachzahlungsansprüche an den neuen Vermieter abtreten[40] und der neue Vermieter kann den früheren von Rückzahlungsansprüchen freistellen und an den Mieter leisten.[41] Auch kann der neue Vermieter im Einvernehmen mit dem bisherigen Vermieter als dessen Vertreter die Abrechnung erstellen.[42] Das führt aber für sich allein noch nicht dazu, dass der Mieter den neuen Vermieter auf Rückzahlungen in Anspruch nehmen kann.[43] Dieses Ergebnis wäre nur durch Vertrag zugunsten Dritter, Schuldübernahme oder Schuldbeitritt zu erreichen. An solche Regelungen sollte insbesondere dann gedacht werden, wenn damit zu rechnen ist, dass der laufende und vielleicht auch der nächste Abrechnungszeitraum abgelaufen sind, bis es zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch kommt.

3. Mieterhöhung

An einer Mieterhöhung ist i.d.R. der Käufer mehr interessiert als der Verkäufer, vor allem dann, wenn diesem bereits die Mietforderungen abgetreten sind.[44] Vor Eigentumswechsel kann jedoch der Käufer aus eigenem Recht keine Mieterhöhung verlangen.[45] Die zur Durchführung einer Mieterhöhung erforderlichen Erklärungen können jedoch auch von einem Vertreter abgegeben werden. Der Verkäufer kann deshalb den Käufer zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen bevollmächtigen.

4. Kaution

a) Allgemeines

Eine Sonderregelung für die Kaution trifft § 566a BGB. Nach § 566a Satz 1 BGB tritt der Erwerber in die durch Sicherheitsleistung begründeten Rechte und Pflichten ein. Die Vorschrift ist auf die Barkaution zugeschnitten, findet aber auf alle Arten der Sicherheitsleistung Anwendung.

Der Käufer muss deshalb dafür Sorge tragen, dass er möglichst umgehend die Kaution vom Verkäufer erhält, wenn auch die hier[46] vertretene Meinung eines Überganges kraft Gesetzes das Risiko des Käufers mindert.

b) Eintritt bei verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung

Bei einer Barkaution wird der neue Vermieter nach dem Wortlaut des § 566a BGB kraft Gesetzes Eigentümer eines evtl. noch vorhandenen Bargeldes oder Inhaber der Forderung gegenüber der Bank, bei der die Kaution angelegt ist.[47] Die Gegenmeinung[48] lässt die Änderung durch die Neuregelungen in § 566a BGB außer Betracht. Eine ausgestellte Urkunde über die Kautionsanlage kann der Erwerber vom Veräußerer gem. §§ 952, 985 BGB herausverlangen.[49]

Im Fall der Verpfändung einer Forderung geht auch das Forderungspfandrecht kraft Gesetzes auf den neuen Vermieter über.[50] Bei mehrfachem Eigentümerwechsel auf

33 BGH, ZMR 2001, 17, 19.
34 BGH, ZMR 2001, 17 = GE 2000, 1471.
35 BGH, NJW 2007, 1818 = WuM 2007, 267 = GE 2007, 718.
36 BGH, ZMR 2001, 17, 18; LG Berlin, NZM 1999, 616.
37 BGH, ZMR 2004, 250.
38 Vgl. BGH, ZMR 2006, 761 für die Mängelhaftung.
39 LG Magdeburg, ZMR 2011, 289.
40 Vgl. BGH, ZMR 2001, 17; OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 252.
41 *Schmid* (Fn. 28), Rn. 3362a.
42 BGH, ZMR 2001, 17.
43 *Schmid* (Fn. 28), Rn. 3363; a.A. AG Hamburg, WuM 1995, 660.
44 S.o. IV.
45 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 566 Rn. 14.
46 V.4.b).
47 OLG Düsseldorf, ZMR 1999, 295; MünchKomm-BGB/*Häublein*, 6. Aufl., 2011 ff., § 566a Rn. 7 und 8; *Kraemer*, NZM 2001, 737, 742; *Geldmacher*, DWW 2001, 178, 179; *Derleder*, WuM 2002, 239, 243.
48 OLG Frankfurt/M., ZMR 2011, 870; Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566a Rn. 4; Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 566a Rn. 3; *ders.*, in: Elzer/Riecke, Mietrechtskommentar, 1. Aufl. 2009, § 566a Rn. 3; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 551 Rn. 29.
49 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 566a Rn. 8; *Derleder*, WuM 2002, 239, 243.
50 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 566a Rn. 3; a.A. LG Berlin, GE 2010, 1272, das eine Zustimmung des Mieters verlangt.

Vermieterseite hat derjenige Erwerber die Pfandfreigabe für ein verpfändetes Sparbuch zu erklären, der im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Mietsache im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung reicht nicht aus.[51] Im Fall einer Sicherungsabtretung wird der Erwerber kraft Gesetzes Gläubiger der abgetretenen Forderung.[52]

Dagegen wirkt eine nur schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung wie jede andere schuldrechtliche Vereinbarung nur zwischen den Parteien. Eine solche Vereinbarung muss deshalb mit dem Erwerber gesondert neu getroffen werden.

Bei einer Sicherheitsleistung durch Bürgschaft wird der Erwerber kraft Gesetzes Bürgschaftsgläubiger.[53] Er hat gegen den früheren Vermieter einen Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde.[54] Einer Mitwirkung des Bürgen bedarf es nicht.[55] Für den Bürgen kommt es auf die Person des Schuldners und nicht die des Gläubigers an. Eine Haftung des Veräußerers nach § 566a Satz 2 BGB besteht nicht, weil der Vermieter bei einer Bürgschaft nichts erlangt, was an den Mieter zurückzugewähren wäre. Eine Ausnahme wird nur für die Bürgschaftsurkunde gemacht. Wenn diese nicht schon an den Erwerber herausgegeben ist, wird dem Mieter aus Vereinfachungsgründen ein Herausgabeanspruch gegen den früheren Vermieter zuerkannt, wenn feststeht, dass die Sicherheit vom früheren Vermieter nicht benötigt wird.[56] Diese Prüfung sollte sich der Veräußerer ersparen und die Urkunde dem Erwerber aushändigen, wenn er selbst keine Forderungen mehr hat.[57]

c) Haftung des Veräußerers

Kann bei Beendigung des Mietverhältnisses der Mieter die Sicherheit von dem Erwerber nicht erlangen, so ist der bisherige Vermieter weiterhin zu Rückgabe verpflichtet (§ 566a Satz 2 BGB). Das belastet den Verkäufer über Jahre hinaus mit einem nicht unerheblichen Risiko. Der Käufer wird vielfach nicht bereit sein, für den Fall der Verwirklichung dieses Risikos seinerseits Sicherheit zu leisten.[58] Die Zustimmung des Mieters zur Übertragung der Kaution auf den Erwerber ist kein Verzicht auf die Inanspruchnahme des Verkäufers.[59]

d) Abdingbarkeit

§ 566a BGB ist nach überwiegender Meinung durch Individualvertrag, aber nicht durch AGB abdingbar.[60] Die Haftung des Veräußerers kann jedoch nicht ohne Mitwirkung des Mieters ausgeschlossen werden.

e) Noch nicht geleistete Sicherheit

Der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks tritt gem. §§ 566 Abs. 1, 578 BGB in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kaution ein.[61]

5. Modernisierung

Modernisierungsmaßnahmen nach § 554 Abs. 2 BGB muss der Mieter auch dann dulden, wenn sie im Fall des Verkaufs der Wohnung oder des Grundstücks schon vor der Grundbuchumschreibung von dem hierzu durch den Vermieter ermächtigten Käufer nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB angekündigt und durchgeführt werden.[62] Die Ermächtigung kann bereits im Kaufvertrag enthalten sein. Ein solches Vorgehen empfiehlt sich, wenn der Eigentumserwerb gerade mit der Absicht einer Modernisierung des Objekts erfolgt.

6. Mängel

Zur Mängelbeseitigung ist der jeweilige Vermieter verpflichtet.

Befindet sich der Vermieter von Wohnraum dem Mieter gegenüber mit der Beseitigung eines Mangels im Verzug, so wirkt im Fall der Grundstücksübereignung die einmal eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der P erson des Erwerbers fort. Tritt der Schaden in diesem Fall nach dem Eigentumsübergang ein, so richten sich die Ansprüche des Mieters nicht gegen den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.[63]

Die übliche Beschränkung der Mängelhaftung des Verkäufers schlägt auch auf die Mängelhaftung gegenüber dem Mieter insoweit durch, als der Käufer den aus der Mängelhaftung folgenden Rechten des Mieters ausgesetzt ist, ohne beim Verkäufer Rückgriff nehmen zu können. Das gilt auch für die Garantiehaftung nach § 536a BGB. Tritt der Schaden nach dem Eigentumserwerb ein, haftet der Erwerber dem Mieter gegenüber,[64] auch wenn gegenüber dem Verkäufer ein Haftungsausschluss für Mängel greift.

7. Kündigung

a) Allgemeines

Die Kündigung muss von demjenigen ausgesprochen werden, der Vermieter ist. Das ist bis zum Eigentumswechsel der Verkäufer. Der Käufer kann nur als Vertreter des Verkäufers kündigen. Die ohne eine solche Vollmacht ausgesprochene Kündigung ist unwirksam und wird auch nicht durch

51 AG Erfurt, WuM 2012, 209.
52 *Schmid*, GE 2010, 1247, 1250.
53 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566a Rn. 4; MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 566a Rn. 8; *Riecke* (Fn. 45), § 566a Rn. 3.
54 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566a Rn. 4.
55 Vgl. Palandt/*Sprau* (Fn. 2), § 765 Rn. 14.
56 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566a Rn. 26.
57 *Schmid*, WM 2011, 2345, 2347.
58 Vgl. Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566a Rn. 36.
59 BGH, NJW-RR 2012, 214.
60 *Riecke* (Fn. 45), § 566a 13; MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 566a Rn. 18; *Derleder*, WuM 2002, 239.
61 BGH, NJW 2012, 3032.
62 BGH, NJW 2008, 1218.
63 BGH, ZMR 2005, 354.
64 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 566 Rn. 28.

den späteren Eigentumserwerb wirksam.[65] Eine Ermächtigung zur Kündigung muss offengelegt werden. Eine ohne Offenlegung erklärte Kündigung ist unwirksam und wird auch durch den späteren Eigentumserwerb nicht geheilt.[66] Einfacher ist deshalb eine Vollmacht.

Die Kündigung des Mieters hat gegenüber demjenigen zu erfolgen, der im Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung Vermieter ist. Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber. Wird jedoch der Mieter von der Veräußerung des Mietgrundstücks nicht unterrichtet, so ist seine an den Veräußerer gerichtete Kündigung des Mietverhältnisses wirksam.[67] Außerdem wird die Vorschrift des § 566e BGB[68] entsprechend angewendet.[69]

Hat der Verkäufer wirksam gekündigt und ist die Kündigungsfrist vor Eigentumserwerb abgelaufen, tritt der Erwerber in das Abwicklungsverhältnis ein.[70]

b) Schriftformmangel

Das Schriftformerfordernis für langfristige Mietverträge dient nach h.M. primär dem Schutz des Erwerbers, dass dieser sich über den Inhalt des Mietvertrags zuverlässig informieren kann.[71] Soweit dem Mieter gegen seinen ursprünglichen Vermieter eine Arglisteinrede gegen die Berufung auf den Formmangel zusteht,[72] kann deshalb diese nicht dem Erwerber entgegengehalten werden, sofern nicht Verkäufer und Käufer kollusiv zusammenwirken[73] oder der Erwerber zumindest Kenntnis von den die Treuwidrigkeit begründenden Umständen hat.[74]

Der Vermieter kann sich also i.d.R. auf den schriftlichen Mietvertrag verlassen. Nicht geschützt ist er allerdings dagegen, dass der Verkäufer mit dem Mieter mündliche Abreden getroffen hat und der Mieter deshalb nach § 550 BGB kündigen kann. Der Käufer, dem am Fortbestehen des langfristigen Mietverhältnisses gelegen ist, sollte sich deshalb vom Verkäufer zusichern lassen, dass mit dem Mieter keine mündlichen Abreden getroffen wurden.

c) Berechtigtes Interesse

aa) Grundsätzliches

Nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert die Kündigung ein berechtigtes Interesse des Vermieters. Das wirft bei einer Veräußerung Probleme auf, wenn sich das berechtigte Interesse aus der Person des Vermieters ableitet, insbesondere bei der Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Hat der Verkäufer wegen Eigenbedarfs gekündigt, so fällt dessen Eigenbedarf i.d.R. bei Verkauf weg. Der Kündigungsgrund erlischt.[75] Der Vermieter ist dann bis zum Ende der Kündigungsfrist verpflichtet, dem Mieter anzubieten, die Kündigungsfolgen rückgängig zu machen.[76] Auf einen eventuellen Eigenbedarf des Erwerbers kann der Mieter nicht verwiesen werden, da hierauf die Kündigung nicht gestützt war. Der Käufer kann also nicht auf die Beendigung des Mietverhältnisses vertrauen.

Der Kündigungsgrund muss zu dem Zeitpunkt vorliegen, zu dem die Kündigung ausgesprochen wird.[77] Hat der Käufer Eigenbedarf, so kann der Verkäufer nicht kündigen, weil er selbst keinen Kündigungsgrund hat.[78] Der Käufer kann vor Eigentumsübergang nicht kündigen, weil er nicht Vermieter ist.[79] Auch eine Ermächtigung des Verkäufers nützt hier nichts, weil diese nur zu einer Kündigung im Namen des Veräußerers ermächtigen würde, der aber keinen Eigenbedarf hat.[80]

bb) Verzicht

Ein Verzicht des Veräußerers auf die Eigenbedarfskündigung bindet auch den Erwerber.[81] Das gilt auch dann, wenn dieser Verzicht nur mündlich erklärt worden ist. Der Käufer sollte sich deshalb zusichern lassen, dass der Verkäufer einen solchen Verzicht nicht erklärt hat.

cc) Abdingbarkeit

Zum Nachteil des Mieters von § 573 BGB abweichende Vereinbarungen wären nach § 573 Abs. 4 BGB unwirksam.

d) Kündigungssperre

§ 577a BGB statuiert eine zeitliche Beschränkung für Kündigungen nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift wird durch das Mietrechtsänderungsgesetz[82] erweitert.

Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist nach § 577a Abs. 3 BGB unwirksam. Die Wartefrist kann weder aufgehoben noch verkürzt werden.[83] Einem Mietaufhebungsvertrag steht diese Regelung jedoch nicht entgegen.[84] Der Käufer kann sich vom Verkäufer den Abschluss eines solchen Vertrags zusichern lassen.

---

65 OLG Hamm, NJW-RR 1993, 273; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 117.

66 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 46.

67 LG Duisburg, NJW-RR 1997, 1171; *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 2), § 566 Rn. 13.

68 Oben V.1.d).

69 *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 2), § 566e Rn. 5.

70 Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 2), § 566 Rn. 14.

71 Vgl. z.B. BGH, NJW 2003, 3053 = ZMR 2004, 19.

72 Einzelfälle bei Schmid/Harz/*Schmid* (Fn. 2), § 550 Rn. 46 ff.; Schmidt-Futterer/*Lammel* (Fn. 8), § 550 Rn. 66.

73 *Schmid/Harz* (Fn. 2), § 550 Rn. 45; *Wiek*, GuT 2005, 53.

74 Schmidt-Futterer/*Lammel* (Fn. 8), § 550 Rn. 65.

75 *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 2), § 566 Rn. 10.

76 BGH, NJW 2006, 220.

77 Schmid/Harz/*Gahn* (Fn. 2), § 573 Rn. 51.

78 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 123.

79 Schmid/Harz/*Gahn* (Fn. 2), § 573 Rn. 27c.

80 Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 123; Schmid/Harz/*Gahn* (Fn. 2), § 573 Rn. 27c; *Börstinghaus*, NZM 2004, 488.

81 AG München, WuM 1996, 38; Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 8), § 566 Rn. 124.

82 Ausschussfassung in der BT-Drucks. 17/11894.

83 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 577a Rn. 25.

84 Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 8), § 577a Rn. 25.

8. Vorkaufsrecht des Mieters

Nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Mieter grds. ein Vorkaufsrecht, wenn Wohnräume verkauft werden, an denen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet ist oder begründet werden soll.

Der Mieter muss nach § 469 BGB über den Kaufvertrag und nach § 577 Abs. 2 BGB über sein Vorkaufsrecht unterrichtet werden. Für die Annahmeerklärung des Mieters genügt die Schriftform; eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich.[85]

Das Vorkaufsrecht hat keine dingliche Wirkung. Übereignet der Verkäufer an den Käufer, so stehen dem Mieter nur Schadensersatzansprüche zu.[86]

Eine zum Nachteil des Mieters von § 577 Abs. 1 – 4 WEG abweichende Vereinbarung ist nach § 577 Abs. 5 BGB unwirksam. Hieraus wird abgeleitet, dass vor Abschluss des Kaufvertrags kein Verzichtsvertrag zwischen dem Mieter und dem Verkäufer und auch nicht zwischen dem Mieter und dem Käufer geschlossen werden kann.[87] Nach Abschluss des Kaufvertrags kann mit dem Verkäufer oder mit dem Käufer ein Verzichtsvertrag geschlossen werden.[88]

VI. Beendigung des Mietverhältnisses zwischen Kaufvertrag und Eigentumsübergang

Endet das Mietverhältnis zwischen Kaufvertrag und Eigentumsübergang, so wird der Käufer vom Mietverhältnis nicht tangiert, sofern nicht abweichende Regelungen getroffen worden sind. Nimmt der Verkäufer eine Neuvermietung vor und überlässt das Mietobjekt dem Mieter gelten die §§ 566 ff. BGB. Nimmt bereits der Käufer die Neuvermietung vor, kann er seiner Überlassungsverpflichtung nur mit Zustimmung des Verkäufers nachkommen.

VII. Veräußerung vor Überlassung des Wohnraums

§ 566 BGB gilt unmittelbar nur, wenn der Wohnraum dem Mieter bereits überlassen ist. Hat der Vermieter vor Überlassung des Mietobjekts an den Mieter den Wohnraum veräußert, so gilt das Gleiche wie in den Fällen des § 566 Abs. 1 BGB, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Pflichten übernommen hat (§ 567a BGB). Es gelten dann die §§ 566 ff. BGB.[89]

An einer solchen Regelung ist besonders der Verkäufer interessiert, damit er nicht in eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung gerät.[90]

Die Erklärung ist nicht formbedürftig[91] Sie muss dem Vermieter, aber zu ihrer Wirksamkeit nicht dem Mieter zugehen.[92] Erst recht muss der Mieter nicht zustimmen.[93] Die Erklärung kann auch noch nach dem Eigentumsübergang erfolgen.[94] Eine Klausel, die den bloßen Übergang von Nutzungen und Lasten regelt,[95] wird auch hier nicht für ausreichend erachtet.[96] Eine klare Regelung im Kaufvertrag ist empfehlenswert.

VIII. Fazit

Die unmodifizierte Anwendung der gesetzlichen Regelungen führt nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen. Trotz des zugunsten des Mieters weitgehend zwingenden Rechts bleiben jedoch Spielräume, die durch kaufvertragliche Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber genutzt werden können. Außerdem können nachteilige Folgen für Verkäufer und Erwerber durch eine zeitnahe Unterrichtung des Mieters vom Eigentumsübergang gemildert werden. In jedem Fall empfiehlt es sich, ein Einvernehmen mit dem Mieter zu suchen.

85 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 577 Rn. 21.
86 Schmid/Harz/*Riecke* (Fn. 2), § 577 Rn. 18.
87 Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 8), § 577 Rn. 74.
88 Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 8), § 577 Rn. 74.
89 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 7.
90 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 7.
91 Schmid/Harz/*Stangl* (Fn. 2), § 567a Rn. 6.
92 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 4.
93 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 1.
94 *Stangl*(Fn. 10), § 567a Rn. 6; MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 4.
95 Vgl. oben IV.
96 MünchKomm-BGB/*Häublein* (Fn. 46), § 567a Rn. 4.

Steuerrecht

Die Anteilsvereinigung durch Erwerb von Geschäftsanteilen einer Kapitalgesellschaft

Ein häufig nicht bedachter Besteuerungstatbestand der Grunderwerbsteuer

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Bei der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften werden die ertragsteuerrechtlichen Aspekte regelmäßig intensiv ventiliert und berücksichtigt. Der grunderwerbsteuerliche Blickwinkel wird bei solchen Rechtsgeschäften oftmals nicht oder nur unzulänglich betrachtet. Dies führt dann zur Entstehung von Grunderwerbsteuer, die durchaus hätte vermieden werden können.

Dieser Beitrag soll die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften und ihre Rechtsberater sensibilisieren, bei Anteilsveräußerung stets auch die grunderwerbsteuerlichen Belange in ihre Überlegungen einzubeziehen, aber auch aufzeigen, wie u.U. die Verwirklichung des grunderwerbsteuerlichen Tatbestands aufgehoben werden kann.

I. Besteuerungstatbestände der Grunderwerbsteuer

Die Besteuerungstatbestände der Grunderwerbsteuer sind enumerativ in § 1 GrEStG aufgezählt. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden Erwerbsvorgänge:

- Übergang des Eigentums an einem Grundstück;[1]
- Gesellschafterwechsel von mindesten 95 % bei einer Personengesellschaft[2] mit inländischem Grundbesitz;[3]
- Anteilsvereinigung von mindestens 95 % bei Personen-[4] und Kapitalgesellschaft[5] mit inländischem Grundbesitz.[6]

Dabei knüpfen diese Besteuerungstatbestände grds. an einen zivilrechtlichen Rechtsträgerwechsel an; eine wirtschaftliche Übertragung ist nur von grunderwerbsteuerlicher Relevanz, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist.

II. Anteilsvereinigung

Dem Besteuerungstatbestand der Anteilsvereinigung unterfallen

- die Anteilsvereinigung durch ein Rechtsgeschäft;[7]
- die Vereinigung, wenn kein schuldrechtliches Geschäft vorausgegangen ist;[8]
- der Erwerb von mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft;[9]
- der Erwerb von mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft ohne ein schuldrechtliches Geschäft.[10]

Bei der Anteilsvereinigung werden nicht die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge, sondern fingierte Grundstückserwerbe der Grunderwerbsteuer unterworfen.[11] Der Inhaber von mindestens 95 % der Anteile wird so behandelt, als gehörten ihm als Folge der Anteilsvereinigung in seiner Hand die Grundstücke, die dieser Gesellschaft gehören, ihr grunderwerbsteuerlich zuzurechnen sind.

Gegenstand der weiteren Betrachtungen soll hier nur die Anteilsvereinigung im Fall einer Kapitalgesellschaft bei Anteilserwerb durch ein Rechtsgeschäft sein.

III. Anteilsvereinigung durch ein Rechtsgeschäft

Bei einer Kapitalgesellschaft,

- zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört,

unterliegt

- ein Rechtsgeschäft,
- das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile der Kapitalgesellschaft begründet,

der Grunderwerbsteuer, wenn durch die Übertragung

- unmittelbar oder mittelbar
- mindestens 95 % der Anteile

in der Hand des Erwerbers allein vereinigt werden.

- Grundstück im Vermögen der Kapitalgesellschaft

Der Tatbestand der Vorschrift setzt voraus, dass zum Vermögen der Gesellschaft ein inländisches Grundstück gehört. Dabei bestimmt sich allein nach spezifischen grunderwerbsteuerrechtlichen Gesichtspunkten, ob ein Grundstück zum Vermögen der Gesellschaft zählt. Danach ist ein Grundstück nicht nur dann als Vermögen der Kapitalgesellschaft zu erfassen, wenn es in deren Eigentum steht, sondern auch, wenn es ihr aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 GrEStG zuzurechnen ist.[12]

- Übertragung durch ein Rechtsgeschäft

Der Besteuerungstatbestand stellt auf ein Rechtsgeschäft ab, durch das ein Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an der Kapitalgesellschaft entsteht.[13]

Rechtsgeschäfte sind Tatbestände, die eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthalten und als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt sind.[14] Durch sie werden rechtliche Beziehungen gestaltet, begründet, verändert und aufgehoben.[15]

Im Wesentlichen erfasst der Tatbestand also die Anteilsübertragung durch Kauf, Tausch und Schenkung.

- Unmittelbare oder mittelbare Vereinigung

Die Anteilsvereinigung muss nicht unmittelbar in der Hand des Erwerbers eintreten. Auch eine mittelbare Anteilsvereinigung über eine andere Gesellschaft oder teilweise unmittelbare und teilweise mittelbare Vereinigung verwirklichen den Tatbestand.[16]

- Mindestens 95 % der Anteile

---

1 § 1 Abs. 1 GrEStG.

2 Personengesellschaft = OHG, KG, GbR; nicht dazugehören: (typische und atypische) stille Gesellschaft, Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft.

3 § 1 Abs. 2a GrEStG.

4 Vgl. Fn. 2.

5 Kapitalgesellschaft = AG, KGaA, GmbH; nicht dazugehören: Vereine, Stiftungen.

6 § 1 Abs. 3 GrEStG.

7 § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

8 § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG.

9 § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG.

10 § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG.

11 BFH v. 4.2.2008 – II B 38/07, BFH/NV 2008, 927.

12 BFH v. 30.3.1988 – II R 76/87, BStBl. II 1988, S. 550.

13 Anteilsvereinigungen ohne ein solches Rechtsgeschäft unterfallen dem Besteuerungstatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG.

14 Vgl. §§ 105 – 185 BGB.

15 Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Rechtsgeschäfte, online im Internet: *http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/133/rechtsgeschaefte-v6.html*.

16 Vgl. gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 2.12.1999 – z.B. FinMin NRW – S 4501 – 9 – V A 2, BStBl. I 1999, S. 991.

Die Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft löst die Entstehung von Grunderwerbsteuer aus, wenn durch sie der Erwerber eine Beteiligungsquote von mindestens 95 % des Nominalkapitals erreicht.[17] Die Höhe der durch Rechtsgeschäft übertragenen Anteilsquote ist nicht entscheidend. Allein maßgeblich ist, ob durch sie die Mindestbeteiligungsquote erreicht wird. Demgemäß kann auch der Erwerb eines Minianteils – bei bereits bestehender Beteiligung – eine Grunderwerbsteuer auslösen.

IV. Verstärkung einer bereits bestehenden Anteilsvereinigung

Die Verstärkung einer bereits bestehenden Anteilsvereinigung löst keinen grunderwerbsteuerlichen Besteuerungstatbestand aus. Ist ein Gesellschafter bereits zu mindestens 95 % unmittelbar oder mittelbar an einer Kapitalgesellschaft mit Grundbesitz beteiligt, dann fällt beim Hinzuerwerb der restlichen Anteile keine Grunderwerbsteuer an.[18]

Die Ausnahme von der Besteuerung gilt dann nicht nur für die Grundstücke, die bei der Anteilsvereinigung bereits zum Vermögen der Gesellschaft gehörten, sondern auch für solche Grundstücke, die erst danach angeschafft wurden. Unbeachtlich ist auch, ob bei Anteilsvereinigung keine Erwerbsvorgänge verwirklicht wurden, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine Grundstücke zum Vermögen der Gesellschaft gehörten.

V. Beispiele für die Anteilsvereinigung

Beispiel 1:

Beteiligt an der A-GmbH, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, sind die Gesellschafter A und B je zur Hälfte. Im Dezember 2012 verkauft A seinen Geschäftsanteil an B.

B hat durch den Anteilserwerb mindestens 95 % der Anteile unmittelbar in seiner Hand vereinigt. Der Grundbesitz der GmbH unterfällt der Grunderwerbsteuer.

Beispiel 2:

Gesellschafterin der B-GmbH, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, ist zu 100 % die C-GmbH. Gesellschafter der C-GmbH, sind V und S je zur Hälfte. V veräußert seinen Anteil an der C-GmbH im Dezember 2012 an den S.

S hat durch den Anteilserwerb mindestens 95 % der Anteile an der B-GmbH mittelbar in seiner Hand vereinigt. Beim Grundbesitz der B-GmbH fällt Grunderwerbsteuer an.

Abwandlung Beispiel 2:

Zum Vermögen der C-GmbH gehört ebenfalls ein Grundstück.

Neben der dargestellten mittelbaren Anteilsvereinigung bei der B-GmbH ist auch eine unmittelbare Anteilsvereinigung bei der C-GmbH eingetreten. Das Grundstück im Vermögen der C-GmbH unterliegt dann ebenfalls der Grunderwerbsteuer.

Beispiel 3:

Gesellschafter der D-AG, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, waren zunächst die E-GmbH und die F-GmbH zu gleichen Teilen. Gesellschafter der E-GmbH waren je zur Hälfte X und Y. An der F-GmbH waren sie nicht beteiligt. Im Dezember 2012 erwarb X von der F-GmbH deren Anteile an der D-AG.

Mit dem Erwerb der Anteile an der D-AG von der F-GmbH wird X zu 50 % unmittelbar Gesellschafter der D-AG. Weiter ist X mittelbar über die E-GmbH noch mit 25 % an der D-AG beteiligt. Da der – unmittelbare zzgl. mittelbare – Anteilsbesitz des X an der D-AG nur 75 % beträgt, wird durch den Anteilserwerb der Besteuerungstatbestand nicht verwirklicht.

Abwandlung Beispiel 3:

X erwirbt im Dezember 2012 nicht nur die Anteile der F-GmbH an der D-AG, sondern auch 90 % des hälftigen Anteils von Y an der E-GmbH (= 45 % Beteiligungsquote E-GmbH).

Neben der unmittelbaren Beteiligung an der D-AG i.H.v. 50 % ist X durch den Erwerb des Anteils an der E-GmbH nunmehr zu 47,5 % (= 95 % von 50 %) mittelbar an der D-AG beteiligt. Damit hat X in seiner Hand mindestens 95 % der Anteile an der D-AG. Bei der D-AG ist der Grunderwerbsteuertatbestand somit verwirklicht.

Beispiel 4:

Gesellschafter der W-GmbH, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, sind die O-GmbH mit 70 % der Geschäftsanteile und die U-GmbH mit 30 %. Alleiniger Gesellschafter der O-GmbH ist Z. Er ist auch mit einer Quote von 90 % der Anteile Gesellschafter der U-GmbH. Im Dezember erwirbt Z auch die restlichen Geschäftsanteile an der U-GmbH.

Z war im Zeitpunkt des Anteilserwerbs bereits zu mehr als 95 % mittelbar an der W-GmbH beteiligt; und zwar zu 70 % über die O-GmbH und zu 27 % (= 90 % von 30 %) über die U-GmbH. Mit dem Erwerb der Restanteile an der U-GmbH wird eine bereits bestehende mittelbare Anteilsvereinigung nur verstärkt. Grunderwerbsteuer wird dadurch nicht ausgelöst.

VI. Bemessungsgrundlage und Steuer

Die Grunderwerbsteuer wird beim Tatbestand der Anteilsvereinigung nach dem speziell für diesen Zweck festzustellenden Bedarfswert[19] des jeweilig betroffenen Grundstücks

17 Eigene Anteile der Kapitalgesellschaft bleiben außer Betracht; BFH v. 16.1.2002 – II R 52/00, BFH/NV 2002, 1053.

18 Vgl. gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 2.12.1999 – z.B. FinMin NRW – S 4501 – 9 – V A 2, BStBl. I 1999, S. 991, [unter Nr. 3].

19 § 138 Abs. 2 – 4 BewG.

bemessen.[20] Der Steuersatz der Grunderwerbsteuer beträgt 3,5 %.[21]

VII. Steuerschuldner

Schuldner der Grunderwerbsteuer ist im Fall der Anteilsvereinigung der Erwerber, in dessen Hand mindestens 95 % der Anteile an der Gesellschaft vereinigt werden.[22]

VIII. Annullierung einer Anteilsvereinigung

Wenn durch Erwerb von Anteilen die Anteilsvereinigung objektiv eintritt, ist der Besteuerungstatbestand verwirkt, die Grunderwerbsteuer entstanden, auch wenn die beteiligten Gesellschafter subjektiv den Eintritt dieses Ergebnisses nicht gewollt haben. Ist so eine ungewollte Anteilsvereinigung eingetreten, dann sieht das GrEStG gleichwohl noch Möglichkeiten zur Abwendung einer Grunderwerbsteuerfestsetzung oder gar zur Aufhebung oder Änderung einer bereits durchgeführten Steuerfestsetzung vor.

1. Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs vor Eigentumsübertragung

Wird ein Erwerbsvorgang rückgängig gemacht, bevor das Eigentum auf den Erwerber übergegangen ist, dann wird die Grunderwerbsteuer

- auf Antrag des Steuerschuldners

nicht festgesetzt oder eine bereits durchgeführte Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Rückgängigmachung

- innerhalb von 2 Jahren

seit der Entstehung der Grunderwerbsteuer

- auf eine entsprechende Vereinbarung,
- auf die Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder
- auf die Inanspruchnahme einer Rückkaufoption

zurückzuführen ist.[23]

Zudem führt noch ein vor Eigentumsübertragung rückgängig gemachter Erwerbsvorgang zur Nichtfestsetzung bzw. Aufhebung oder Änderung der Grunderwerbsteuer, wenn die Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden und der Erwerbsvorgang deshalb aufgrund des sich daraus ergebenden Rechtsanspruchs aufgehoben wird.[24]

2. Rückerwerb des Veräußerers nach der Eigentumsübertragung

Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an einem veräußerten Grundstück zurück, dann wird

- auf Antrag des Steuerschuldners
- sowohl für den Rückerwerb
- als auch für den vorausgegangenen Erwerb

die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben,

1. wenn
   a) der Rückerwerb innerhalb von 2 Jahren seit der Entstehung der Grunderwerbsteuer für den vorangegangenen Erwerb stattfindet (freiwilliger Rückerwerb);[25]
   b) das dem Erwerb zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig ist bzw. infolge einer Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist;[26]
   c) die Vertragsbedingungen des Übereignungsgeschäfts nicht erfüllt werden und dieses Rechtsgeschäft deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird.[27]

Die Norm ist über ihren Wortlaut, der nur auf die Veräußerung von Grundstücken abstellt, hinaus auch auf die übrigen grunderwerbsteuerlichen Tatbestände anzuwenden.[28]

3. Freiwilliger Rückerwerb der Anteile

Im Fall einer unbeabsichtigten Anteilsvereinigung kommt i.a.R. für die Abwehr einer Grunderwerbsteuerfestsetzung bzw. für deren Aufhebung nur ein freiwilliger Rückerwerb der Anteile in Betracht.

Dazu ist erforderlich, dass die Anteile, deren Erwerb die Anteilsvereinigung verwirklicht hat tatsächlich unter Wahrung der Identität der Beteiligten zurückübertragen werden. Haben mehrere Rechtsgeschäfte zur Anteilsvereinigung geführt, dann genügt es, wenn die Anteile aus einem dieser Rechtsgeschäfte zurückübertragen werden und dadurch die Mindestbeteiligungsquote unterschritten wird.

20 § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG.
21 § 11 Abs. 1 GrEStG.
22 § 13 Nr. 5 Buchst. a) GrEStG.
23 § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.
24 § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG.
25 § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG.
26 § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG.
27 § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG.
28 BFH, Beschl. v. 2.3.2011 – II R 64/08, BFH/NV 2011, 1009, unter B.IV.2.a) cc) [Rn. 91] m.w.N.: *„Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn der Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet. Diese Vorschrift betrifft über ihren Wortlaut hinaus nicht nur den Rückerwerb des Eigentums an einem veräußerten Grundstück, sondern auch Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG. Dies folgt aus § 16 Abs. 5 GrEStG, wonach § 16 Abs. 1 bis 4 GrEStG nicht gilt, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt worden war. Diese Regelung setzt die grundsätzliche Anwendbarkeit der Begünstigungsvorschrift des § 16 GrEStG auch auf diese Tatbestände voraus (Sack in Boruttau, a.a.O., § 16 Rz 251; Hofmann, a.a.O., § 16 Rz 8; Pahlke/Franz, a.a.O., § 16 Rz 71 ff.; BFH-Urteil vom 16.1.1980 II R 83/74, BFHE 130, 70, BStBl II 1980, 359 zu § 17 GrEStG 1963 Rheinland-Pfalz)“.*

Dabei ist nach Auffassung der Finanzverwaltung stets die vollständige Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts gefordert.

Für den grunderwerbsteuerlichen Tatbestand des 95 %igen Gesellschafterwechsels bei einer Personengesellschaft[29] hat der BFH[30] indes schon gegenteilig entschieden. Danach ist zumindest für diesen Tatbestand gesichert, dass auch ein nur anteiliger Rückerwerb für die Nichtfestsetzung oder Aufhebung von Grunderwerbsteuer ausreicht, soweit infolgedessen ein Übergang von mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile im Ergebnis nicht mehr gegeben ist.

Weil beim Tatbestand der Anteilsvereinigung wie auch beim vorerwähnten Gesellschafterwechsel nicht die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge,[31] sondern fingierte Grundstückserwerbe[32] der Steuer unterworfen werden, ist m.E. der Rechtssatz der BFH-Entscheidung auch bei der Anteilsvereinigung anzuwenden. So hat auch das FG Mecklenburg-Vorpommern[33] diese Grundsätze bei dem Tatbestand Anteilsvereinigung angewendet und nicht für erforderlich gehalten, dass das Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile begründet hat, in vollem Umfange rückgängig gemacht wird. Die Finanzverwaltung hat diese Sichtweise nicht akzeptiert und – wie vom FG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Streitsache zugelassen – Revision eingelegt.[34]

IX. Zusammenfassung

1. Eine durch den Erwerb von Anteilen an der Kapitalgesellschaft, zu deren Vermögen Grundstücke gehören, eingetretene Anteilsvereinigung kann ohne Weiteres innerhalb von 2 Jahren durch Rückerwerb des Veräußerers rückgängig gemacht werden.

2. M.E. reicht ein teilweiser Rückerwerb an Anteilen aus, sofern dadurch die 95 %-Schwelle nicht mehr erreicht wird. Die Finanzverwaltung hingegen verlangt weiterhin den Rückerwerb in vollem Umfang. Die höchstrichterliche Entscheidung durch den BFH bleibt abzuwarten.

3. Soll derzeit eine ungeplante Anteilsvereinigung zurückgeführt werden, sollten – um sicher zu gehen – sämtliche Anteile, die im maßgeblichen Rechtsgeschäft erworben wurden, zurückverkauft werden. Zu einem späteren Zeitpunkt können dann Anteile in einem Umfange, der nicht zur Anteilsvereinigung führt, übertragen werden.

29 § 1 Abs. 2a GrEStG.

30 BFH, Urt. v. 18.4.2012 – II R 51/11, BFH/NV 2012, 1390.

31 BFH, Beschl. v. 4.2.2008 – II B 38/07; BFH/NV 2008, 927.

32 Der Inhaber von 95 % der Anteile wird so behandelt, als gehörten ihm durch die Vereinigung der Anteile in seiner Hand die Grundstücke, die der Gesellschaft gehören, ihr grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind.

33 Urt. v. 19.9.2012 – 3 K 362/10; abrufbar unter *www.landesrecht-mv.de*, *www.openjur.de* und *www.dejure.org*.

34 Az. des BFH: II R 57/12, *www.bundesfinanzhof.de*/Anhängige Verfahren.

ZNotP-Fragezeichen

1. V hat seinem Sohn S unentgeltlich ein Grundstück übertragen. In dem Vertrag ist vereinbart, dass S an seine Schwester T, die an der Urkunde nicht beteiligt war, einen Geldbetrag i.H.v. 20.000 € zahlen soll, fällig innerhalb von 6 Jahren.

   T erwirbt mit dem Vertragsschluss

   a) einen eigenen Anspruch,

   b) keinen eigenen Anspruch.

2. Wie Fall 1. S zahlt bei Fälligkeit nicht. V verlangt die Rückübertragung des Grundstücks. Besondere vertragliche Regelungen bestehen insoweit nicht.

   V kann

   a) zu Recht die Rückübertragung verlangen,

   b) die Rückübertragung nicht verlangen.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Aufklärungspflicht über Ertragsfähigkeit eines Grundstücks

BGB §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

1. Vermitteln die von dem Verkäufer eines Hausgrundstücks angegebenen Mieteinnahmen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund besonderer Umstände ein falsches Bild über die Ertragsfähigkeit des Grundstücks, muss er den Käufer über diese Umstände aufklären, wenn sie für dessen Kaufentschluss erkennbar von Bedeutung sind.

2. Die in einem Kaufvertrag vereinbarten Informationspflichten können über das hinausgehen, was der Verkäufer aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis mitzuteilen verpflichtet gewesen wäre.

BGH, Urt. v. 1. 2. 2013 – V ZR 72/11

[1] Mit notariellem Vertrag v. 14.3.2007 verkaufte der Beklagte der Insolvenzschuldnerin (im Folgenden: Schuldnerin) u.a. ein mit einem Einkaufszentrum bebautes Grundstück in M. Der Kaufpreis von 11.779.699 € war durch Multiplikation der Jahresmieten mit dem Faktor 11,33 errechnet worden. Die Richtigkeit dieser Mieten wurde von dem Beklagten garantiert.

[2] Von der mehr als 7.000^Sqm großen Gesamtfläche des Einkaufszentrums war mehr als die Hälfte durch Verträge aus den Jahren 1993 und 1994 für die Dauer von 15 Jahren an die S AG (im Folgenden: Hauptmieter) für umgerechnet 12,42 €/qm vermietet. Diese nutzte die Flächen im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses allerdings nicht mehr selbst, sondern hatte sie, mit Ausnahme einer leer stehenden Teilfläche von etwa 900 qm, untervermietet. Der aus den Untermietverhältnissen durchschnittlich erzielte Mietzins betrug bei Abschluss des Kaufvertrags 3,38 €/qm. Der Schuldnerin war aufgrund eines Exposés bekannt, dass Teile der von der Hauptmieterin angemieteten Flächen untervermietet waren.

[3] In dem notariellen Kaufvertrag garantierte der Beklagte, dass die von den Mietern geschuldete jährliche Nettokaltmiete den in einer Anlage aufgeführten Beträgen entspricht, und dass dem Käufer und seinen Beratern die Mietvertragsunterlagen einschließlich aller Nachträge und Zusatzvereinbarungen sowie der Mieterkorrespondenz übergeben werden. Ferner heißt es in dem Vertrag, die Schuldnerin werde den Kaufgegenstand in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen lassen (due dilligence) und behalte sich daher das Recht vor, innerhalb von 9 Tagen nach Vertragsschluss Nachverhandlungen zu verlangen, bei deren Scheitern jede Partei vom Vertrag zurücktreten könne.

[4] Im Hinblick auf die von den Hauptmieten erheblich abweichenden Untermieten hat die Schuldnerin von dem Beklagten Zahlung von 2.794.340,56 € verlangt. Der Beklagte hat im Wege der Widerklage die Freigabe von Mietausfallbürgschaften verlangt, die er der Schuldnerin vertragsgemäß gestellt hatte. Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung der Schuldnerin – unter Feststellung der Erledigung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs – zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger, der als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin den Rechtsstreit aufgenommen hat, die Anträge auf Zahlung und auf Abweisung der Widerklage weiter.

Aus den Gründen:

[5] I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei nicht gehalten gewesen, die Schuldnerin unaufgefordert über die Höhe der Untermieten zu informieren. Die Schuldnerin habe gewusst, dass die Hauptmietverträge nur noch eine kurze Laufzeit gehabt hätten, und dass die von der Hauptmieterin angemieteten Flächen untervermietet gewesen seien. Ihr sei daher das Risiko bekannt gewesen, bei der anschließenden Neuvermietung die bis dahin erzielten Mieten nicht mehr realisieren zu können. Jedenfalls habe der Beklagten davon ausgehen dürfen.

[6] II. A. Zur Klage

Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[7] 1. Ohne Rechtsfehler verneint das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Schuldnerin nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen schuldhafter Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch den Beklagten. Dieser musste die Schuldnerin nach den gegebenen Umständen nicht ungefragt darauf hinweisen, dass die von der Hauptmieterin erzielten Untermieten weniger als 1/4 der im Kaufvertrag garantierten (und von der Hauptmieterin tatsächlich gezahlten) Hauptmieten betrugen.

[8] a) Allerdings besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Vertragsanschauung redlicherweise erwarten darf (Senat, Urt. v. 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 34 und v. 11.11.2011 – V ZR 245/10, NJW 2012, 846, 847 Rn. 6; BGH, Urt. v. 11.8.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362 Rn. 22 jeweils m.w.N.). Dabei kann der Verkäufer auch verpflichtet sein, den Käufer über Umstände aufzuklären, die für dessen Preiskalkulation wesentlich sind, wenn er erkennt, dass der Käufer sein Angebot auf der Grundlage falscher Vorstellungen abgibt (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1972 – VIII ZR 32/71, WM 1972, 854, 856).

[9] Eine erhebliche Diskrepanz zwischen den vereinbarten Mieten für das Kaufobjekt und die von dem Mieter erzielten Untermieten kann ein solcher Umstand sein. Da sich ein vertraglich vereinbarter Mietzins i.d.R. nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten bildet, gilt der zzt. des Vertragsabschlusses von dem Eigentümer aus dem Grundstück gezogene Nutzen nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung eines Hausgrundstücks (Senat, Urt. v. 19.10.1980 – V ZR 51/87, NJW 1981, 45, 46 und v. 5.10.2001 – V ZR 275/00, WM 2002, 195, 196; Beschl. v. 10.1.2008 – V ZR 81/07, Grundeigentum 2008, 983, 984); dies ist auch der Grund dafür, dass die tatsächlichen Mieterträge – wie auch hier geschehen – in Grundstückskaufverträgen aufgeführt werden. Vermitteln die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erzielten Mieten aufgrund besonderer Umstände ein falsches Bild über die Ertragsfähigkeit des Grundstücks, ist also die übliche Schlussfolgerung von den vereinbarten Mieten auf die Ertragsfähigkeit nicht gerechtfertigt, muss der Verkäufer den Käufer hierüber ungefragt aufklären. Der Verkäufer hat den Käufer daher darüber zu informieren, dass die von ihm angegebenen Mieten zwar vereinbart und vereinnahmt worden sind, aber die rechtlich zulässige (vgl. Senat, Urt. v. 2.12.1988 – V ZR 91/87, NJW 1989, 1795 und v. 22.6.1990 – V ZR 126/89, NJW-RR 1990, 1161, 1162 und Beschl. v. 10.1.2008 – V ZR 81/07, Rn. 16 – Wohnhausgrundstücke) oder die von Kostenträgern als erstattungsfähig anerkannte Höhe (Urt. v. 26.1.1996 – V ZR 42/94, NJW-RR 1996, 690 – Seniorenheimgrundstück) übersteigen.

[10] b) Die Aufklärungspflicht setzt allerdings voraus, dass sich die Fehlvorstellung des Käufers auf Umstände bezieht, die für seinen Kaufentschluss erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1983 – VIII ZR 142/82, WM 1983, 1006, 1007). Davon wird i.d.R. auszugehen sein, wenn der Kaufpreis, wie hier, auf der Grundlage der aktuellen Jahresmieten ermittelt wird. Anders kann es sich allerdings verhalten, wenn der Kaufpreis, den ein Käufer zu zahlen bereit

ist, nicht an die tatsächliche Nutzung des Grundstücks im Verkaufszeitpunkt anknüpft. So liegt es hier. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nicht davon ausgehen müssen, dass die Schuldnerin nicht bereit wäre, das Grundstück zu dem vereinbarten Preis zu kaufen, wenn ihr die Diskrepanz zwischen der Höhe der Mieten und der Höhe der Untermieten bekannt wäre, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Kaufpreis war ersichtlich nicht im Hinblick auf die tatsächliche Nutzung des Einkaufszentrums im Verkaufszeitpunkt bestimmt worden; denn diese war von einer bereits mehrjährigen Aufgabe der Nutzung durch den Hauptmieter, einer nur noch zweijährigen Restlaufzeit der (langfristigen) Hauptmietverträge und erheblichen Leerständen bei den vermietbaren Flächen geprägt. Wenn die Schuldnerin in Kenntnis dieser Umstände einen Kaufpreis akzeptierte, der auf der Grundlage der von der Hauptmieterin – ersichtlich nur noch mit Rücksicht auf ihre Bindung an die 1993 bzw. 1994 geschlossenen Mietverträge – gezahlten Mieteinnahmen bemessen war, durfte der Beklagte davon ausgehen, dass die Schuldnerin – eine Investmentgesellschaft – eigene Pläne hinsichtlich des Einkaufszentrums verfolgte, mit denen sie die Erwartung verband, einen entsprechenden Ertrag aus dem Grundstück zu erwirtschaften.

[11] 2. Das Berufungsurteil ist jedoch deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht den vorgetragenen Sachverhalt nicht unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt hat. Es hat nicht berücksichtigt, dass die Klage wegen eines Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Nichterfüllung einer im Kaufvertrag vereinbarten Informationspflicht begründet sein kann.

[12] a) Ein Verkäufer kann sich vertraglich dazu verpflichten, dem Käufer bestimmte Auskünfte zu erteilen oder Unterlagen vorzulegen. Die in einem Kaufvertrag vereinbarten Informationspflichten können über das hinausgehen, was der Verkäufer aufgrund der sich aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergebenden Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Käufers mitzuteilen verpflichtet ist (vgl. *B. Grunewald*, Kaufrecht, § 6 Rn. 9; Prütting/Wegen/Weinreich/*D. Schmidt*, BGB, 7. Aufl., § 437 Anm. 76).

[13] b) So ist es hier. Die Revision verweist dazu auf das Vorbringen der Schuldnerin, dass der Beklagte in dem Kaufvertrag solche Informationspflichten übernommen, aber nicht erfüllt habe.

[14] aa) Der Beklagte hat in Nr. 12 des notariellen Vertrags im Hinblick auf die Überprüfung des Kaufgegenstands durch die Schuldnerin garantiert, der Schuldnerin und deren Beratern nicht nur sämtliche Mietvertragsunterlagen, sondern auch die Mieterkorrespondenz zu übergeben. Zu dieser gehörte der von der Schuldnerin im Berufungsrechtszug vorgelegte Schriftwechsel zwischen der Vermögensverwaltung des Beklagten und der Hauptmieterin aus den Jahren 1997, 2002 und 2003, in der diese die Höhe der jeweiligen Untermieten mitteilte und in Bezug darauf – wenn auch vergeblich – um eine teilweise Entlassung aus dem Mietvertrag und um eine Mietminderung bat. Diese Korrespondenz mit den beigefügten Untermietverträgen hätte der Beklagte nach der vertraglichen Vereinbarung vorlegen müssen. Feststellungen, dass er dieser Verpflichtung nachgekommen ist, fehlen, weil das Berufungsgericht seine Prüfung auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten beschränkt und sich mit dem auf die vertraglich vereinbarten Informationspflichten bezogenen Vorbringen nicht befasst hat.

[15] bb) Dieses Vorbringen ist jedoch erheblich. Der Kläger könnte im Fall der Verletzung der vertraglichen Informationspflicht – wie bei einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung – von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes den Betrag verlangen, um den die Schuldnerin den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat (vgl. zum Schadensersatz aus vorvertraglichem Verschulden: Senatsurt. v. 6.4.2001 – V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2877 und v. 19.5.2006 – V ZR 264/05, BGHZ 168, 35, 39 Rn. 22). Diese Gleichstellung in den Rechtsfolgen ist deshalb geboten, weil die Überprüfung des Kaufgegenstands – zu deren Durchführung die Unterlagen vorzulegen waren – über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses andauerte und die Schuldnerin sich das Recht vorbehalten hatte, noch nach dem Vertragsschluss innerhalb einer bestimmten Frist eine Nachverhandlung zur Anpassung des Vertrags zu verlangen.

[16] Dass die Schuldnerin von diesem Recht auch dann keinen Gebrauch gemacht hätte, wenn der Beklagte seine Informationspflicht durch Vorlage der Unterlagen erfüllt und die Schuldnerin dadurch von den Untermieten und dem darauf gestützten Begehren der Mieterin auf Herabsetzung der Mieten Kenntnis erlangt hätte, ist weder festgestellt noch vorgetragen.

[17] III. Das Berufungsurteil ist deshalb insoweit aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO), da die Sache nicht entscheidungsreif ist. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[18] 1. Ob der Beklagte seiner vertraglichen Informationspflicht durch Vorlage der Mieterkorrespondenz nachgekommen ist, wird noch festzustellen sein.

[19] 2. Der Kläger hätte darzulegen und zu beweisen, dass im Fall der Erfüllung der Informationspflicht es für die Schuldnerin vernünftigerweise nur die Möglichkeit gegeben hätte, in Ausübung ihres vertraglichen Rechts eine Vertragsanpassung zu verlangen. Verhielt es sich so, wäre zugunsten des Klägers der bei der Verletzung von Aufklärungspflichten geltende Grundsatz anzuwenden, dass derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, beweispflichtig dafür ist, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte (vgl. Senat, Urt. v. 6.4.2001 – V ZR 402/99, NJW 2001, 2021, 2022 und v. 30.11.2007 – V ZR 284/06, NJW 2008, 649, 650 Rn. 10), weil der Geschädigte die Informationen über die Untermieten und das Begehren des Mieters auf Herabsetzung der Miete unbeachtet gelassen und den Vertrag so wie geschehen abgeschlossen hätte.

[20] 3. Sollte eingewandt werden, dass die Schuldnerin auf die ihr angebotenen Informationen über die Untermietverhältnisse verzichtet habe, wäre dies von dem Beklagten darzulegen und zu beweisen.

[21] 4. Ein dem Kläger wegen schuldhafter Verletzung vertraglicher Informationspflichten zuzuerkennender Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB wäre nicht nach § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen. Im Fall einer Verletzung von Informationspflichten kommt ein Mitverschulden desjenigen, dem die zu erteilenden Informationen vorenthalten wurden, nämlich nur unter besonderen Umständen zur Anrechnung, da sich dieser auf die Richtigkeit und Vollständigkeit ihm erteil-

ten Informationen verlassen darf (vgl. BGH, Urt. v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152, 159 Rn. 21 m.w.N.). Daran ändert auch die Mitteilung in dem Kaufvertrag nichts, dass die Schuldnerin den Kaufgegenstand in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht einer Überprüfung (Due Diligence) unterziehen werde. Ob sich aus einer solchen Vertragsbestimmung eine vorvertragliche Obliegenheit des Käufers ergibt, den Kaufgegenstand sachverständig untersuchen zu lassen (verneinend: *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846, 848; grds. bejahend: *Hasselbach/Ebbinghaus*, DB 2012, 216, 221), kann hier dahinstehen. Ein Mitverschulden des Käufers ist nämlich zu verneinen, wenn er – wie es hier die Schuldnerin unter Einschaltung von Anwälten und Unternehmensberatern getan hat – eine solche Risikoprüfung durchgeführt, der Verkäufer jedoch seine vertraglichen Informationspflichten durch die Vorlage unvollständiger Unterlagen verletzt hat (vgl. OLG München, Urt. v. 26.7.2006 – 7 U 2128/06, Rn. 115).

[22] B. Zur Widerklage

Diese ist zu Recht abgewiesen worden, weil die Bürgschaft nach Nr. 3.1.5 des Kaufvertrags zurückzugeben war, nachdem feststand, dass die verbürgte Verbindlichkeit des Verkäufers durch den Ablauf der Mietzeit erloschen war. Ein Zurückbehaltungsrecht der Schuldnerin nach § 273 BGB besteht aus den in dem von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Gründen des erstinstanzlichen Urteils nicht. Die Revision hat insoweit auch nichts vorgebracht.

Grundstücksrecht

Zweifel des Grundbuchamts an der Verfügungsbefugnis eines Ehegatten

BGB § 1365 Abs. 1; GBO § 19

Leitsatz (amtlich):

Hat ein im gesetzlichen Güterstand lebender Grundstückseigentümer über ein ihm gehörendes Grundstück ohne Zustimmung des Ehegatten verfügt, darf das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis nur anzweifeln, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen sowohl der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB bestehen (Bestätigung von BGHZ 35, 135).

BGH, Beschl. v. 21. 2. 2013 – V ZB 15/12

[1] I. Der Beteiligte zu 2 ist der gemeinsame Sohn des Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau. Diese war als Eigentümerin des eingangs bezeichneten Grundstücks sowie als Miteigentümerin zu 1/2 eines weiteren, gemeinsam mit ihrem Ehemann bewohnten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 1 und seine Ehefrau leben im gesetzlichen Güterstand. Mit notariellem Erbvertrag v. 8.6.2006 setzte die Ehefrau den Beteiligten zu 2 zu ihrem alleinigen Erben ein. Darüber hinaus erklärte sie in der notariellen Urkunde, sie beabsichtige ihren Grundbesitz schon zu Lebzeiten auf ihn zu übertragen. Für den Fall, dass die beabsichtigte Grundstücksübertragung nicht bis zum 30.6.2010 zu notariellem Protokoll erklärt worden sei, erteilte sie dem Beteiligten zu 2 die unwiderrufliche Vollmacht, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB den Grundbesitz auf sich zu übertragen und aufzulassen.

[2] Nachdem der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 im Mai 2010 mitgeteilt hatte, dass er die Übertragung des eingangs bezeichneten Grundstücks auf sich in die Wege leiten werde, wies dieser mit Schreiben v. 17.6.2010 das Grundbuchamt darauf hin, dass die geplante Übertragung des Grundstücks gem. § 1365 BGB seiner Zustimmung bedürfe. Zur Begründung führte er an, dass das Grundstück nahezu das gesamte Vermögen seiner Ehefrau darstelle. Dessen Wert belaufe sich auf ca. 2.500.000 € bis 4.000.000 €, den Wert des hälftigen Miteigentumsanteils seiner Ehefrau an der gemeinsam bewohnten Immobilie schätze er auf 135.000 € bis 160.000 €, ihr übriges Vermögen betrage etwa 100.000 €.

[3] Mit notarieller Urkunde v. 6.7.2010 erklärte der Beteiligte zu 2 im Namen seiner Mutter, dass er das eingangs bezeichnete Grundstück unentgeltlich auf sich übertrage und erklärte zugleich die Auflassung. Nachdem der Notar die Eigentumsumschreibung beantragt hatte, teilte er auf Aufforderung des Grundbuchamts mit, die Vertragsparteien hätten ihm plausibel dargelegt, dass § 1365 BGB nicht zur Anwendung komme. Der Beteiligte zu 2 wurde als Eigentümer des übertragenen Grundstücks in das Grundbuch eingetragen.

[4] Den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Eintragung eines Amtswiderspruchs hat das Grundbuchamt abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 seinen Beschwerdeantrag weiter.

[5] II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts liegen die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nicht vor. Dem Grundbuchamt hätten im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eigentumsumschreibung auf den Beteiligten zu 2 konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB nicht vorgelegen. Die von dem Beteiligten zu 1 in dem Schreiben v. 17.6.2010 genannten Wertangaben seien ohne nähere Substanziierung und Glaubhaftmachung durch Steuerunterlagen oder Gutachten erfolgt. Die positive Kenntnis des Beklagten zu 2 von den Vermögensverhältnissen seiner Mutter werde lediglich aus seiner Stellung als deren einziges Kind hergeleitet.

[6] III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 78 Abs. 1 GBO) und auch i.Ü. zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG). Sie ist jedoch unbegründet. Zu Recht lehnt das Beschwerdegericht es ab, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs anzuweisen (vgl. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO).

[7] Die Eintragung eines Widerspruchs setzt nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Das Grundbuchamt hat durch die Eintragung des Beteiligten zu 2 keine gesetzlichen Vorschriften verletzt.

[8] 1. a) Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Da sich die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis von der Befugnis zur sachenrechtlichen Verfügung über das Recht bzw. über das Eigentum ableitet (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 19 Rn. 56), hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen, ob

der Bewilligende Verfügungsbeschränkungen unterliegt (Senat, Beschl. v. 28.4.1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139). Eine solche Beschränkung enthält die Vorschrift des § 1365 Abs. 1 BGB (vgl. Senat, Urt. v. 13.11.1963 – V ZR 56/62, BGHZ 40, 218). Danach kann sich ein im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebender Ehegatte nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen; hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er diese Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Zustimmungsbedürftig sind nicht nur Rechtsgeschäfte über das Gesamtvermögen als solches. Vielmehr können auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Gegenstand § 1365 BGB unterfallen, wenn dieser Gegenstand das ganze oder nahezu das ganze Vermögen ausmacht. Letzteres ist bei größeren Vermögen i.d.R. anzunehmen, wenn dem verfügenden Ehegatten Werte von weniger als 10 % seines ursprünglichen Gesamtvermögens verbleiben (Senat, Urt. v. 7.10.2011 – V ZR 78/11, NJW 2011, 3783, 3784; BGH, Urt. v. 13.3.1991 – XII ZR 79/90, NJW 1991, 1739).

[9] Weitere Voraussetzung ist, dass der Vertragspartner weiß, dass es sich bei dem infrage stehenden Gegenstand um das ganze oder nahezu ganze Vermögen des Ehegatten handelt oder wenn der Erwerber zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt (Senat, Urt. v. 26.2.1965 – V ZR 227/62, BGHZ 43, 174, 177; Urt. v. 25.6.1993 – V ZR 7/92, BGHZ 123, 93, 95).

[10] b) Da das Zustimmungserfordernis jedoch eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis des Ehegatten (§ 1364 BGB) darstellt, kann das Grundbuchamt grds. davon ausgehen, dass ein Rechtsgeschäft über ein Grundstück auch bei im gesetzlichen Güterstand lebenden Eheleuten nicht eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstellt, dass also der Ausnahmefall des § 1365 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Das Grundbuchamt ist nur dann zu einer Beanstandung gem. § 18 GBO berechtigt und verpflichtet, wenn es von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB Kenntnis hat oder wenn aus den Eintragungsunterlagen oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegender Umstände begründeter Anlass zu einer solchen Annahme besteht. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte sowohl für das Vorliegen des objektiven als auch für das Vorliegen des subjektiven Tatbestands des § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind, darf das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens verlangen (vgl. Senat, Beschl. v. 28.4.1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139 ff.; BayObLGZ 67, 87, 90 f.; BayObLG, MittBayNot 2000, 439; OLG Celle, NJW-RR 2000, 384; OLG Zweibrücken, FGPrax 2003, 249; OLG Schleswig, MittBayNot 2006, 38).

[11] 2. Gemessen daran ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt den Beteiligten zu 2 als Eigentümer des ihm von der Ehefrau des Beteiligten zu 1 übertragenen Grundstücks eingetragen hat, ohne die Zustimmung des Beteiligten zu 1 oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen.

[12] a) Die dem Grundbuchamt vorgelegte notarielle Urkunde v. 8.6.2006, in welcher die Ehefrau des Beteiligten zu 1 ihre Absicht erklärte, dem Beteiligten zu 2 noch zu ihren Lebzeiten ihren gesamten Grundbesitz zu überlassen, und ihm eine unwiderrufliche Vollmacht zur Übertragung des Grundbesitzes erteilte, gab keinen Anlass, die Verfügungsbefugnis der Ehefrau in Zweifel zu ziehen.

[13] Zwar liegen ausreichende konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB dann vor, wenn sich der dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunde über das Grundstücksgeschäft entnehmen lässt, dass sich das Rechtsgeschäft auf den gesamten Grundbesitz eines Ehegatten bezieht. Die notarielle Urkunde v. 8.6.2006 beinhaltet aber kein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft i.S.d. § 1365 Abs. 1 BGB. Mit der bloßen Absichtserklärung, ihren Grundbesitz noch zu ihren Lebzeiten auf den Beteiligten zu 2 zu übertragen, hat sich die Ehefrau des Beteiligten zu 1 nicht zu einer Verfügung über die Grundstücke verpflichtet.

[14] Der Umstand, dass sie dem Beteiligten zu 2 für den Fall, dass die beabsichtigte Grundstücksübertragung nicht binnen 4 Jahren vorgenommen sein sollte, die unwiderrufliche Vollmacht erteilt hat, die Grundstücke auf sich zu übertragen, führt zu keiner anderen Beurteilung. In der bloßen Vollmachtserteilung liegt keine Verpflichtung zur Übereignung des Grundbesitzes. Die Vollmachterteilung selbst bedarf auch wenn sie unwiderruflich ist und unter Befreiung von den Beschränkungen nach § 181 BGB erteilt wird nicht nach § 1365 BGB der Einwilligung des anderen Ehegatten. § 1365 BGB knüpft allein an das Verpflichtungsgeschäft bzw. an die Verfügung selbst an. Daher bedarf erst das von dem Vertreter ausgeführte Geschäft, wie wenn der Ehegatte es selbst vorgenommen hätte, der Zustimmung nach § 1365 Abs. 1 BGB (vgl. Staudinger/*Thiele*, BGB, 2007, § 1365 Rn. 12; MünchKomm-BGB/*Koch*, 5. Aufl., § 1365 Rn. 49).

[15] b) Das dem Grundbuchamt vorgelegte Schreiben des Beteiligten zu 1 v. 17.6.2010 enthält ebenfalls keine konkreten Anhaltspunkte für die Annahme, dass es sich bei dem mit notariellem Vertrag v. 6.7.2010 übertragenen Grundstück nahezu um das gesamte Vermögen seiner Ehefrau handelte.

[16] Die Angaben des Beteiligten zu 1 zum Vorliegen des objektiven Tatbestands des § 1365 Abs. 1 BGB erschöpften sich darin, dass er den Wert des übertragenen Grundstücks auf ca. 2.500.000 € bis 4.000.000 €, den des hälftigen Miteigentumsanteils an der gemeinsam bewohnten Immobilie auf 135.000 € bis 160.000 € und den Wert des übrigen Vermögens seiner Ehefrau auf ca. 100.000 € schätzte. Diese pauschalen, nicht erkennbar auf nachvollziehbare Bewertungsgrundlagen gestützten Behauptungen begründen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Zustimmungspflicht nach § 1365 Abs. 1 BGB. Solche Anhaltspunkte liegen nur dann vor, wenn der dem Grundbuchamt unterbreitete Sachverhalt so plausibel ist, dass sich ohne die Anstellung von Ermittlungen berechtigte Bedenken an der Verfügungsbefugnis des Ehegatten aufdrängen; dies erfordert den Vortrag konkreter, durch entsprechende Nachweise hinreichend belegter Tatsachen zu den Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB. Bloße Wertangaben zum Grundbesitz des verfügenden Ehegatten reichen hierzu nicht aus.

[17] Darüber hinaus muss bei einem Rechtsgeschäft über einen Einzelgegenstand der dem Grundbuchamt unterbreitete Sachverhalt konkrete Anhaltspunkte auch dafür geben, dass der Erwerber positive Kenntnis vom Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäfts hatte oder zumindest die Verhältnisse kannte, aus denen sich ergab, dass das übertragene Grundstück nahezu das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten ausmachte. Da es sich insoweit um eine innere Tatsache handelt, kann sie nur aus äußeren Tatsachen gefolgert werden. Im Hinblick darauf, dass das Schreiben des Beteiligten zu 1 bereits keine konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen des objektiven Tatbestands

des § 1365 Abs. 1 BGB enthielt, kann dahingestellt bleiben, ob es auch wie das Beschwerdegericht meint an Anhaltspunkten für die erforderliche Kenntnis des Beteiligten zu 2 von den Vermögensverhältnissen seiner Mutter fehlt. Allerdings liegt bei engen Verwandten, sofern sie in Kontakt miteinander stehen, eine entsprechende Kenntnis nahe (OLG Celle, FamRZ 1987, 942, 944; MünchKomm-BGB/*Koch*, a.a.O., § 1365 Rn. 33; *Bauer*, MittBayNot 2006, 39, 41).

[18] IV. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Keine Nichtigkeit bei Verstoß gegen § 57 AktG

AktG §§ 57, 62; BGB § 134

Leitsatz (amtlich):

Bei einem Verstoß gegen § 57 AktG sind weder das Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig.

BGH, Urt. v. 12. 3. 2013 – II ZR 179/12

[1] Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der B AG (im Folgenden: Schuldnerin), deren Aktionärin die H GmbH, die Rechtsvorgängerin der Beklagten, war. Mit notariellem Kauf- und Abtretungsvertrag v. 27.9.1995 übertrug die Schuldnerin alle Geschäftsanteile an der A GmbH im Nennwert von 1 Mio. DM an die Rechtsvorgängerin der Beklagten zum Kaufpreis von 1.257.000 DM. Zum Zeitpunkt des Verkaufs und der Abtretung der Geschäftsanteile war Prof. Dr. W Vorstandsmitglied der Schuldnerin. Beim Kauf und Abtretungsvertrag v. 27.9.1995 wurde die Schuldnerin von zwei anderen Vorstandsmitgliedern vertreten. Aufseiten der Erwerberin handelte der Sohn von Prof. Dr. W, der einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Rechtsvorgängerin der Beklagten war. Am Stammkapital der Käuferin waren zum Zeitpunkt des Erwerbs Prof. Dr. W mit 24,99 %, seine Ehefrau mit 9,07 % und drei Kinder mit jeweils 17,06 % beteiligt, darunter der geschäftsführende Sohn. 7,84 % hielten die T AG und 6,92 % die M AG.

[2] Der Kläger ist der Auffassung, dass der Kauf- und Abtretungsvertrag v. 27.9.1995 nichtig sei. Der Verkauf der Geschäftsanteile sei eine verbotene Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 AktG, weil die Geschäftsanteile im September 1995 mehr als 3,7 Mio. € wert gewesen seien und der Kaufpreis dazu in einem objektiven Missverhältnis stehe. Die Schuldnerin sei durch den Vorstand nicht wirksam vertreten worden. Zwischen der Käuferin und dem damaligen Vorstandsmitglied Prof. Dr. W bestehe wirtschaftliche Identität, sodass die Schuldnerin nach § 112 AktG durch ihren Aufsichtsrat hätte vertreten werden müssen.

[3] Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass der Kauf- und Abtretungsvertrag v. 27.9.1995 nichtig und die Schuldnerin weiterhin Gesellschafterin der A GmbH sei, hilfsweise, die Beklagte zur Abtretung der Geschäftsanteile an den Kläger zu verurteilen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat keinen Erfolg.

[5] I. Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2012, 1024) hat ausgeführt, die Abtretung der Geschäftsanteile sei wirksam. Die Schuldnerin habe durch den Vorstand vertreten werden können, weil § 112 AktG im Interesse der Rechtsicherheit nicht auf Fallgestaltungen auszudehnen sei, bei denen das Geschäft nicht gegenüber dem Vorstand, sondern gegenüber einer Gesellschaft, an der er beteiligt sei, abgeschlossen werde. Jedenfalls lägen dafür die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vor, weil das Vorstandsmitglied Prof. Dr. W nur zu knapp 25 % an der Käuferin beteiligt gewesen sei. Die familiäre Verbundenheit zu anderen Gesellschaftern der Käuferin führe nicht zu einer Zurechnung von deren Anteilen.

[6] Der Kauf- und Abtretungsvertrag sei auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 57 AktG nichtig. Ob ein Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert der Geschäftsanteile vorliege, könne offenbleiben. Weder das schuldrechtliche Geschäft noch das Erfüllungsgeschäft seien bei einem Verstoß gegen § 57 AktG nichtig.

[7] II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

[8] 1. Die Schuldnerin ist nicht Gesellschafterin der A GmbH geblieben. Der Kauf- und Abtretungsvertrag ist wirksam.

[9] a) Die Schuldnerin wurde bei dem Kauf- und Abtretungsvertrag vom Vorstand wirksam vertreten (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). Gegenüber Vorstandsmitgliedern vertritt die Gesellschaft zwar der Aufsichtsrat (§ 112 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Käuferin ist aber nicht mit dem Vorstandsmitglied der Schuldnerin Prof. Dr. W gleichzusetzen. Ob § 112 Abs. 1 Satz 1 AktG erweiternd dahin auszulegen ist, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft auch gegenüber Gesellschaften vertritt, in denen ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat (*Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 112 AktG Rn. 8; Bürgers/Körber/*Israel*, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 3; *Hölters/Hamloch-Gesinn/Gesinn*, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 7; a.A. – nur bei wirtschaftlicher Identität – MünchKomm-AktG/*Habersack*, 3. Aufl., § 112 Rn. 9; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl., § 112 Rn. 18; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 112 Rn. 2a; *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 11; Grigoleit/*Tomasic*, AktG, § 112 Rn. 6; gegen jede Ausweitung GroßKomm-AktG/*Hopt/Roth*, 4. Aufl., § 112 Rn. 43), kann hier dahinstehen. Das Vorstandsmitglied der Schuldnerin Prof. Dr. W hatte keinen maßgeblichen Einfluss. Er war mit 24,99 % an der Beklagten beteiligt und damit nur Minderheitsgesellschafter. Dass ihm darüber hinaus Rechte bei der Käuferin zustanden, die einen maßgeblichen Einfluss begründen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

[10] Die Geschäftsanteile seiner Familienangehörigen sind Prof. Dr. W nicht zuzurechnen. So lange mit Familienangehörigen keine rechtlich bindenden Vereinbarungen wie Treuhandvereinbarungen oder Stimmbindungsverträge getroffen sind, besteht keine rechtlich vermittelte Möglichkeit einer maßgeblichen Einflussnahme. Eine mögliche soziale Beherrschung durch ein Familienoberhaupt kann dagegen nicht genügen. § 112 AktG trägt der Besorgnis Rechnung, dass der Vorstand bei einem Geschäft gegenüber Vorstandsmitgliedern nicht die erforderliche Unbefangenheit aufbringt. Ein solcher Interessenkonflikt kann bei Geschäften mit Gesellschaften, an denen

neben einem Vorstandsmitglied Mitglieder seiner Familie beteiligt sind, nicht von vornherein unterstellt werden, weil die Interessen der Mitglieder einer Familie nicht stets gleich laufen und eine dahingehende Vermutung keine Grundlage hätte. Das Verbot in § 89 Abs. 3 AktG betrifft nur bestimmte Geschäfte.

[11] b) Zu Recht hat das Berufungsgericht den Kauf- und Abtretungsvertrag auch i.Ü. für wirksam erachtet. Für die revisionsrechtliche Beurteilung ist dabei der Vortrag des Klägers zu unterstellen, dass der Kaufpreis in einem objektiven Missverhältnis zum Wert der Anteile steht, weil das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat, und die Abtretung der Geschäftsanteile danach als eine verbotene Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG anzusehen ist.

[12] Bei einem Verstoß gegen § 57 AktG sind weder das Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig.

[13] aa) Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist im Fall des § 57 AktG sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig (KK-AktG/*Lutter*, 2. Aufl., § 57 Rn. 63; GroßKomm-AktG/*Henze*, a.a.O., § 57 Rn. 203; *Strohn*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern,1977, S. 24 f.; jedenfalls für das Verpflichtungsgeschäft: RGZ 107, 161, 168), wobei teilweise zwischen der sog. offenen und der verdeckten Rückzahlung – typischer Fall: der Verkauf von Gegenständen oder wie hier Geschäftsanteilen unterschieden wird (vgl. KK-AktG/*Lutter*, a.a.O., § 57 Rn. 69; *Hüffer*, a.a.O., § 57 Rn. 23). Nach a.A. ist nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig (*Geßler*, FS Fischer, 1979, S. 131, 142 ff.; *Flume*, ZHR 144 [1980], 18, 23 ff.; *Wilhelm*, FS Flume, Bd. II 1978, S. 337, 383 ff.). Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht führt der Verstoß gegen § 57 AktG weder zur Nichtigkeit des Erfüllungs- noch des Verpflichtungsgeschäfts (MünchKomm-AktG/*Bayer*, a.a.O., § 57 Rn. 162; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, a.a.O., § 57 Rn. 74; KK-AktG/*Drygala*, 3. Aufl., § 57 Rn. 133 f.; Grigoleit/*Rachlitz*, a.a.O., § 57 Rn. 20; Heidel/*Drinhausen*, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 53; Hölters/*Solveen*, AktG, § 57 Rn. 28; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, a.a.O., § 57 Rn. 87).

[14] bb) Sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft sind wirksam.

[15] (1) § 57 AktG enthält zwar mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB. Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, führt das aber nicht nach § 134 BGB zu dessen Nichtigkeit, weil § 62 AktG die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr als spezialgesetzliche Vorschrift anders regelt. Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Eine solche andere gesetzliche Regelung enthält § 62 AktG.

[16] (2) Die Regelungen in den §§ 57, 62 AktG sind dahin auszulegen, dass bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr weder das der verbotenen Leistung an den Aktionär zugrunde liegende Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist. Die Annahme einer Nichtigkeit führt zu Konkurrenzproblemen mit dem Anspruch nach § 62 AktG und stellt für den Kapitalschutz bei der Aktiengesellschaft keine angemessene Lösung dar.

[17] Wenn das Verpflichtungsgeschäft als nichtig angesehen wird, konkurriert der Anspruch aus § 62 AktG mit dem Bereicherungsrecht. Das führt zu Konkurrenzproblemen nicht nur mit dem Entreicherungseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) oder der Haftungverschärfung nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB, sondern auch hinsichtlich der Verjährungsregeln (§§ 195, 199 BGB). Dazu wird – von der eine Nichtigkeit annehmenden Meinung – meist vorgeschlagen, dass die Regelungen in § 62 AktG das Bereicherungsrecht verdrängen (GroßKomm-AktG/*Henze*, a.a.O., § 62 Rn. 59), sodass die Annahme der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts jedenfalls gegenüber dem Aktionär folgenlos bleibt. Dass die Gesellschaft auch bei Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts die eingegangene Verpflichtung nicht erfüllen darf, folgt schon aus § 62 AktG, weil die Gesellschaft die Leistung sofort zurückfordern müsste. Auch für verbotswidrig abgeschlossene Geschäfte mit Dritten, die auf eine Einlagenrückgewähr an den Aktionär hinauslaufen, bietet § 62 AktG ausreichenden Schutz (vgl. etwa BGH, Urt. v. 31.5.2011 – II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 44 f. – Dritter Börsengang; MünchKomm-AktG/*Bayer*, a.a.O., § 57 Rn. 166 f.).

[18] Die Annahme einer Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts verstärkt zwar den insolvenzrechtlichen Schutz, weil der Gesellschaft im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Empfängers des unter Verstoß gegen § 57 AktG übertragenen Gegenstands nach § 47 InsO ein Recht auf Aussonderung des wegen des nichtigen Erfüllungsgeschäfts nicht zur Insolvenzmasse gehörigen Gegenstands zusteht. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts führt aber bei der Übertragung von beweglichen Sachen, Grundstücken und Rechten zu unterschiedlichen Ergebnissen schon hinsichtlich der Verjährung von Ansprüchen. Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB verjährt in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB); bei der unwirksamen Übertragung von Rechten gibt es keine Verjährung. Das steht wiederum in Widerspruch zur Verjährungsfrist nach § 62 Abs. 3 AktG.

[19] Gegen die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts spricht zudem, dass § 57 AktG nicht die gegenständliche Zusammensetzung des Kapitals, sondern seine Erhaltung dem Wert nach bezweckt und dass nicht der Leistungsaustausch mit dem Aktionär als solcher, sondern dessen unangemessene Bedingungen missbilligt werden. Das hat der Gesetzgeber durch die Einführung der Regelung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, nach der das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Satz 1 bei Deckung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär nicht gilt, klargestellt. Ein Anspruch auf Rückgewähr des verbotswidrig weggegebenen Gegenstands kann sich trotz des auf einen nur wertmäßigen Kapitalschutz gerichteten Zwecks des § 57 AktG auch aus § 62 Abs. 1 AktG ergeben (vgl. zu § 31 GmbHG, BGH, Urt. v. 17.3.2008 – II ZR 24/07, BGHZ 176, 62 Rn. 9), ohne dass das Erfüllungsgeschäft für nichtig erachtet werden muss. Da bei den hier in Rede stehenden Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Aktionär nicht selten Ungewissheit darüber besteht, ob die Gegenleistung des Aktionärs angemessen ist oder nicht, wäre – wenn man die Auffassung zugrunde legt, dass ein Verstoß gegen § 57 AktG zur Nichtigkeit (auch) des Erfüllungsgeschäfts führt – häufig auch unsicher, ob das Erfüllungsgeschäft nichtig ist oder nicht. Das würde zu einer Unsicherheit über die dingliche Zuordnung der von der Gesellschaft weggegebenen Vermögensgegenstände führen und damit zu weiterer Rechtsunsicherheit.

74243304_ZNotP_Innenteil.indd 107 25.04.13 16:22

[20] (3) Schließlich ist der Senat auch für die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Recht (§§ 30, 31 GmbHG) von der Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts ausgegangen (BGH, Urt. v. 23.6.1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125, 129 f.). Dass bei der Aktiengesellschaft das gesamte Vermögen geschützt ist, bei der GmbH dagegen nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung der Rechtsfolgen nicht.

[21] 2. Damit verhilft auch der hilfsweise verfolgte Anspruch auf Rückabtretung der Geschäftsanteile der Klage nicht zum Erfolg. Der Anspruch ist verjährt. Der Rückgewähranspruch verjährte nach § 62 Abs. 3 AktG in der bis 14.12.2004 geltenden Fassung, die maßgeblich ist (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB), in 5 Jahren seit dem Empfang der Leistung. Die Geschäftsanteile wurden 1995 abgetreten, die Klage im Jahr 2006 erhoben. Da der Kaufvertrag wirksam ist, besteht daneben kein – möglicherweise in anderer Frist verjährender – Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB.

Folgen der Nichtigerklärung eines Wahlbeschlusses

AktG §§ 246, 250 Abs. 1, 251 Abs. 3

Leitsätze (amtlich):

1. **Wird die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten, so führt die Beendigung des Amtes durch Rücktritt des gewählten Aufsichtsratsmitglieds zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses für die Wahlanfechtungsklage, wenn die Nichtigerklärung keinen Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, der Aktionäre sowie der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats mehr haben kann.**

2. **Die Nichtigerklärung oder Nichtigkeitsfeststellung eines Wahlbeschlusses hat grundsätzlich solche Auswirkungen, wenn die Beschlussfähigkeit oder das Zustandekommen eines Aufsichtsratsbeschlusses von der Stimme eines Aufsichtsratsmitglieds abhängt, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird. Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird, ist für die Stimmabgabe und Beschlussfassung wie ein Nichtmitglied zu behandeln.**

BGH, Urt. v. 19. 2. 2013 – II ZR 56/12

[1] Der Kläger ist Aktionär der Beklagten und hat die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten v. 28.8.2008 über die Wahl zum Aufsichtsrat von Dr. B, L, O, Dr. V, die wiedergewählt wurden, sowie M und Dr. P, die neu gewählt wurden, angefochten. Zwischen dem 1.10.2008 und 5.2.2009 legten diese Mitglieder des Aufsichtsrats der Beklagten ihre Ämter nieder, L mit Schreiben v. 1.10.2008, eingegangen beim Vorstand der Beklagten am 6.10.2008, M mit Schreiben v. 14.11.2008, Dr. B mit Schreiben v. 28.11.2008 mit Wirkung zum 30.11.2008, O mit Schreiben v. 19.11.2008 mit Wirkung zum 30.11.2008, Dr. V mit Schreiben v. 21.1.2009 mit Wirkung zum Ablauf der nächstfolgenden Hauptversammlung, die am 25.3.2009 stattfand, und Dr. P mit Schreiben v. 2.2.2009 mit Wirkung zum 1.2.2009. Die am 29.9.2008 eingereichte Anfechtungsklage wurde am 17.10.2008 zugestellt.

[2] Die Anfechtungsklage bzw. hilfsweise erhobene Nichtigkeitsfeststellungsklage hat der Kläger u.a. damit begründet, dass der Aufsichtsrat keinen Wahlvorschlag für die Nachwahl des ausscheidenden Aufsichtsratsmitglieds A gemacht habe, das auf Vorschlag der Bundesregierung gewählt werden sollte. Die Wiederwahl von Aufsichtsratsmitgliedern sei treuwidrig gewesen, weil die von der Hauptversammlung beschlossene Sonderprüfung nicht abgeschlossen gewesen sei und auch der im Auftrag des Vorstands erstellte Sonderprüfungsbericht nicht vorgelegt worden sei, sodass die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder nicht habe geprüft werden können. L sei als Aufsichtsrat ungeeignet, wie sich daran zeige, dass er kurz nach der Hauptversammlung als Vorstand der Kreditanstalt für Wiederaufbau abberufen worden sei. Zahlreiche Auskunftsverlangen seien nicht oder nicht vollständig oder wahrheitswidrig beantwortet worden. Hilfsweise hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt habe.

[3] Das LG hat auf diesen Hilfsantrag des Klägers festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, soweit er den Beschluss in der Hauptversammlung betreffend die Wahl des Aufsichtsratsmitglieds M betreffe, und die Klage i.Ü. abgewiesen. Unter Zurückweisung der Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht auf die Anschlussberufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[5] I. Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf – 6 U 168/10, juris) hat ausgeführt, ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss der Hauptversammlung v. 28.8.2008 über die Wahl des Aufsichtsratsmitgliedes L habe bereits bei Zustellung der Klage nicht mehr bestanden und sei hinsichtlich der anderen Aufsichtsratsmitglieder durch ihren Rücktritt entfallen. Eine Beschlussmängelklage komme im Fall der Amtsniederlegung eines anfechtbar gewählten Aufsichtsratsmitgliedes ausnahmsweise nur noch dann in Betracht, wenn das Vorhandensein des anfechtbar gewählten Aufsichtsrats in der Zeit bis zu dessen Amtsniederlegung zu weiteren, rechtlich relevanten Folgen geführt habe, an deren Verhinderung für den Anfechtungskläger ein besonderes rechtliches Interesse bestehe. Es könne nur noch in solchen Ausnahmefällen bejaht werden, in denen die in anfechtbarer Weise gewählten Aufsichtsratsmitglieder in der Zeit bis zu ihrer Amtsniederlegung weitere, ihrerseits rechtlich relevante Beschlüsse (mit)gefasst hätten, zu denen es ohne ihre Mitwirkung nicht oder jedenfalls nicht mit dem gleichen Inhalt gekommen wäre. Nach der „Lehre vom fehlerhaft bestellten Organ“ sei ein Aufsichtsratsmitglied, das sein Amt angenommen und ausgeübt hat, ungeachtet einer etwaigen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit seiner Bestellung zumindest partiell und bis zum Widerruf seiner Bestellung oder bis zur Niederlegung seines Amts wie ein wirksam bestelltes Mitglied des Aufsichtsrats zu behandeln.

[6] Selbst bei einem restriktiven Verständnis der „Lehre vom fehlerhaft bestellten Organ“ könnten sich rechtliche Konsequenzen aus der Tätigkeit eines anfechtbar gewählten Aufsichtsrats in der Zeit bis zu der Niederlegung seines Amts allenfalls aus dessen Mitwirkung an der weiteren Beschlussfassung

74243304_ZNotP_Innenteil.indd 108 25.04.13 16:22

im Aufsichtsrat selbst oder in dessen Gremien ergeben; aber selbst solche weiteren, unter Mitwirkung eines fehlerhaft bestellten Aufsichtsrats gefassten Beschlüsse ihrerseits kämen dabei wirksam zustande, wenn feststehe, dass sie nicht auf der Stimme des fehlerhaft bestellten Mitgliedes beruhten, sie mithin also nicht auch ohne die Mitwirkung des fehlerhaft bestellten Mitgliedes in gleicher Weise zustande gekommen wären.

[7] Der Kläger habe die erforderlichen Tatsachen für ein solches ausnahmsweise fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis nicht vorgetragen und bewiesen. Die Beibringungs- und Beweislast liege für eine Prozessvoraussetzung – wie hier das Rechtsschutzbedürfnis – bereits nach allgemeinen prozessualen Regeln grds. beim Kläger. Auch durch das mögliche Eingreifen einer sekundären Behauptungslast der Beklagten zumindest im Hinblick auf das interne Abstimmungsverhalten der von der Klage betroffenen Aufsichtsratsmitglieder sei der Kläger nicht seiner Verpflichtung enthoben, zunächst auf der Ebene seiner primären Darlegungslast in dem ihm nach seiner Kenntnis der Umstände möglichen Umfang zumindest pauschal zu dem Bestehen seines Rechtsschutzbedürfnisses vorzutragen. Auch wenn ihm das etwaige Abstimmungsverhalten der betroffenen Aufsichtsratsmitglieder und deren Teilnahme oder Nichtteilnahme an den verschiedenen Sitzungen im Einzelnen nicht bekannt sein möge, hätte der Kläger dennoch zumindest allgemein dazu vortragen müssen, welche Beschlüsse in welchen Sitzungen des Aufsichtsrats in dem in Betracht kommenden Zeitraum v. 28.8.2008 – 5.2.2009 überhaupt gefasst worden seien, aus deren wegen der möglichen Mitwirkung der anfechtbar gewählten Aufsichtsräte u.U. fehlerhaftem Zustandekommen sich trotz der zwischenzeitlichen Amtsniederlegung derselben ein etwa fortdauerndes Rechtsschutzbedürfnis für seine Beschlussmängelklage ergeben könnte. Ein zumindest pauschaler Vortrag dazu wäre dem Kläger auch unter dem bloßen Rückgriff auf öffentlich zugängliche Informationsquellen wie z.B. den Geschäftsbericht der Beklagten für das Jahr 2008/09 oder auf sonstige, ihm in seiner Eigenschaft als Aktionär bekannt gewordene oder zumindest zugängliche Tatsachen jedenfalls möglich gewesen.

[8] Eine entscheidungserhebliche Mitwirkung der Aufsichtsratsmitglieder in Aufsichtsratsausschüssen könne aufgrund des vom Kläger nicht bestrittenen konkreten Vortrags der Beklagten nicht festgestellt werden.

[9] II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[10] 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Beendigung des Amts eines Aufsichtsratsmitglieds etwa durch Rücktritt zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses für eine Wahlanfechtungsklage führen kann (*Marsch-Barner*, FS K. Schmidt, 2009, S. 1109, 1119; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 246 Rn. 11). Voraussetzung dafür ist aber, dass eine Nichtigerklärung keinen Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, der Aktionäre sowie der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats mehr haben kann.

[11] a) Bisher ist in der Rechtsprechung ein Entfallen eines Rechtsschutzbedürfnisses bei der Klage gegen einen aufgehobenen Beschluss (BGH, Beschl. v. 27.9.2011 – II ZR 225/08, ZIP 2011, 2195), gegen den Ausgangsbeschluss nach einer Neuvornahme (BGH, Urt. v. 15.12.2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210) sowie beim Ausscheiden des Anfechtungsklägers aus dem Kreis der Aktionäre (BGH, Urt. v. 9.10.2006 – II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 14) angenommen worden. Der Bestätigungsbeschluss (§ 244 Satz 2 AktG) führt dagegen nicht zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern hat materielle Wirkung auf den Ausgangsbeschluss (BGH, Urt. v. 15.12.2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210).

[12] b) Der Rücktritt von Aufsichtsratsmitgliedern vom Aufsichtsratsamt führt nicht in jedem Fall zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses an der gegen einen Wahlbeschluss gerichteten Anfechtungsklage.

[13] aa) Das Rechtsschutzinteresse folgt bei statthaften Gestaltungsklagen aus der Gestaltungswirkung, weil die Gestaltung nur durch Urteil erfolgen kann (MünchKomm-ZPO/*Becker-Eberhard*, 4. Aufl., Vor §§ 253 ff. Rn. 31). Dem entsprechend verlangt der Senat für die Anfechtungsklage kein besonderes eigenes Rechtsschutzinteresse des Aktionärs (BGH, Urt. v. 27.4.2009 – II ZR 167/07, ZIP 2009, 1158 Rn. 13 m.w.N.). Wenn die Gestaltungswirkung wie nach der Aufhebung eines Beschlusses nicht mehr eintreten kann, ist das Rechtsschutzinteresse an der Vernichtung des Beschlusses entfallen. Trotz der Beendigung des Amts als Aufsichtsrat kann bei der Wahlanfechtungsklage die Gestaltungswirkung eines Urteils aber noch eintreten. Die Nichtigerklärung des Wahlbeschlusses wirkt, wie sich aus § 250 Abs. 1 AktG i.V.m. § 241 Nr. 5 AktG ergibt, auf den Beschlusszeitpunkt zurück (*Stilz*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 252 Rn. 6).

[14] bb) Das Rechtsschutzinteresse an der Nichtigerklärung eines Beschlusses kann darüber hinaus entfallen, wenn sie keinerlei Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, der Aktionäre, der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats mehr haben kann. Wenn ein Beschluss keinerlei Wirkungen für Vergangenheit und Zukunft mehr hat, besteht auch an seiner Vernichtung oder der Klärung seiner Rechtmäßigkeit kein anerkennenswertes Rechtsschutzinteresse mehr. Das ist etwa bei der Neuvornahme der Fall (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210). Danach kann auch der Rücktritt eines Aufsichtsrats das Rechtsschutzinteresse an der Wahlanfechtung entfallen lassen, wenn die Nichtigerklärung keinerlei Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, der Aktionäre, der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats mehr haben kann.

[15] 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht aber vom Kläger näheren Vortrag zu den Aufsichtsratssitzungen verlangt.

[16] Ein Rechtsschutzinteresse an der Anfechtungsklage besteht nur noch, wenn die Nichtigerklärung der Wahlbeschlüsse Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, der Aktionäre, der Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats haben kann. Solche Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft kann die Nichtigerklärung haben, wenn die Mitwirkung der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder für das Zustandekommen eines Aufsichtsratsbeschlusses, die Ablehnung eines Beschlussantrags oder die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats ursächlich war. Die Darlegungslast dafür trägt nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast die Beklagte, sodass der Kläger keine weiteren Einzelheiten zu den Aufsichtsratssitzungen vortragen musste.

[17] a) Die Nichtigerklärung oder Nichtigkeitsfeststellung eines Wahlbeschlusses hat grds. Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft und der Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn die Beschlussfähigkeit oder das Zustande-

kommen eines Aufsichtsratsbeschlusses von der Stimme eines Aufsichtsrats abhängt, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird. Ein Aufsichtsratsbeschluss ist nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst, wenn Nichtmitglieder mitgestimmt haben und ihre Stimmen für die Beschlussfassung oder die Ablehnung eines Beschlussantrags ursächlich geworden sind (vgl. BGH, Urt. v. 17.4.1967 – II ZR 157/64, BGHZ 47, 341, 346). Nicht Mitglied des Aufsichtsrats ist nicht nur das nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglied, sondern auch das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl erfolgreich angefochten wird.

[18] aa) Die Auswirkung der Nichtigkeit oder der Nichtigerklärung der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds auf die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats und die rechtliche Wirksamkeit der Stimmabgabe ist streitig. Teilweise wird aufgrund der Lehre vom faktischen Organ das nichtig oder anfechtbar bestellte Aufsichtsratsmitglied auch für die Stimmabgabe wie ein wirksam bestelltes Organmitglied behandelt (*Bayer/Lieder*, NZG 2012, 1, 6; *Schürnbrand*, NZG 2008, 609, 610; *ders.*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007, S. 288 f.; *Happ*, FS Hüffer, 2010, S. 293, 305; MünchKomm-AktG/*Habersack*, 3. Aufl., § 101 Rn. 70; *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 101 Rn. 36 f.; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, a.a.O., § 101 Rn. 112; *Hüffer*, a.a.O., § 101 Rn. 18; vgl. auch OLG Frankfurt/M., ZIP 2011, 24, 27). Andere behandeln dagegen das nichtig oder anfechtbar gewählte Aufsichtsratsmitglied wie einen Dritten (OLG Köln, ZIP 2008, 1767, 1768; *E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 707 f.; GroßKomm-AktG/*K. Schmidt*, 4. Aufl., § 252 Rn. 12; *Stilz*, in: Spindler/Stilz, a.a.O., § 252 Rn. 6; MünchKomm-AktG/*Hüffer*, a.a.O., § 250 Rn. 21; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl., § 101 Rn. 111 und § 108 Rn. 93; Hölters/*Simons*, AktG, § 101 Rn. 51; Bürgers/*Israel*, AktG, 2. Aufl., § 101 Rn. 3; Heidel/*Breuer/Frame*, AktG, 3. Aufl., § 101 Rn. 24; differenzierend zu den Auswirkungen *Marsch-Barner*, a.a.O., S. 1109, 1123 ff.) oder unterscheiden zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Wahl (GroßKomm-AktG/*Hopt/Roth*, a.a.O., § 101 Rn. 217 und Rn. 228).

[19] bb) Der Senat hat die Beschlüsse eines Aufsichtsrats, dessen Mitglieder alle nichtig gewählt worden waren, für nichtig erachtet (BGH, Urt. v. 16.12.1953 – II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 246; vgl. auch Urt. v. 4.7.1994 – II ZR 114/93, ZIP 1994, 1171, 1172). Andere Entscheidungen betreffen die Mitwirkung von Aufsichtsratsmitgliedern, deren Amtszeit abgelaufen war (BGH, Urt. v. 24.2.1954 – II ZR 63/53, BGHZ 11, 327, 331; Urt. v. 17.4.1967 – II ZR 157/64, BGHZ 47, 341, 346). Für Pflichten, Haftung und Vergütung ist anerkannt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auf den Aufsichtsrat anwendbar sind (BGH, Urt. v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 14).

[20] cc) Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird, ist für die Stimmabgabe und Beschlussfassung wie ein Nichtmitglied zu behandeln. Würde der nichtig oder anfechtbar gewählte Aufsichtsrat in allen Fällen wie ein wirksam bestelltes Organ behandelt, wirkte eine erfolgreiche Wahlanfechtung insgesamt nur ex nunc; auch die Nichtigkeit eines Wahlbeschlusses würde erst ab gerichtlicher Feststellung Wirkungen entfalten. Das lässt sich mit § 250 Abs. 1 AktG, wonach Wahlbeschlüsse von Anfang an nichtig sein können, und mit der Verweisung in § 250 Abs. 1 AktG auf § 241 Nr. 5 AktG, wonach der Wahlbeschluss ex tunc nichtig ist, wenn er für nichtig erklärt wird, nicht in Einklang bringen.

[21] Sofern die Stimmen der als Nichtmitglieder zu behandelnden Aufsichtsräte für die Beschlussfassung oder die Ablehnung eines Beschlussantrags ursächlich geworden sind, ist ein entsprechender Beschluss nicht gefasst oder kommt sogar eine Umkehrung des Beschlussergebnisses infrage. Der Beschluss muss nicht so behandelt werden, als sei er ordnungsgemäß gefasst worden. Der Zweck der Gleichbehandlung der fehlerhaften mit der ordnungsgemäßen Bestellung eines Organs, das Vertrauen unbeteiligter Dritter zu schützen und den Schwierigkeiten bei einer Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen zu begegnen, betrifft Aufsichtsratsbeschlüsse nicht in jedem Fall. Soweit eine Rückabwicklung den berechtigten Interessen der Beteiligten widersprechen würde, ist dem im Einzelfall zu begegnen.

[22] (1) Soweit Aufsichtsratsbeschlüsse gegenüber außenstehenden Dritten vollzogen werden, sind Dritte, die die Nichtigkeit eines Beschlusses nicht kennen oder kennen müssen, bereits dadurch geschützt, dass sie auf die Handlungsbefugnis desjenigen, der die Aufsichtsratsbeschlüsse vollzieht, vertrauen dürfen (vgl. etwa *E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 710).

[23] (2) Organmitglieder, die die Nichtigkeit kennen oder kennen müssen, sind dagegen nicht schutzwürdig, jedenfalls nicht über die Aufdeckung der Nichtigkeit der Wahl hinaus. Mit der Gleichstellung von nichtig gewählten Aufsichtsräten mit ordnungsgemäß gewählten Organen würden andere Organe im Gegenteil daran gehindert, sich auf die Unwirksamkeit von Beschlüssen des Aufsichtsrats zu berufen, obwohl sie daran gerade ein Interesse haben können oder sogar rechtlich dazu verpflichtet sind, die Unwirksamkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse geltend zu machen. Der Vorstand, zu dessen Aufgaben gehört, die Tätigkeit eines nichtig gewählten Aufsichtsrats zu verhindern, könnte etwa daran gehindert werden, wenn ihn der nichtig gewählte Aufsichtsrat abberufen könnte, ohne dass er dem die Nichtigkeit der Wahl entgegenhalten kann. Auch ein Aufsichtsratsmitglied kann ein Interesse an der Feststellung haben, dass ein Beschluss – auch schon vor seiner Amtszeit – nicht wirksam gefasst ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2012 – II ZR 55/11, ZIP 2012, 1750 Rn. 12). Es ist kein Grund ersichtlich, warum er sich nicht darauf berufen können soll, dass ein nichtig gewähltes Mitglied mitgewirkt hat. Wenn ein Beschlussantrag nur aufgrund der Mitwirkung eines solchen Nichtmitglieds abgelehnt worden ist, kann daran sogar ein berechtigtes Interesse bestehen, etwa um die Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund durchsetzen zu können.

[24] Auch bei der Bestellung eines Vorstands führt die Behandlung des Aufsichtsratsmitglieds, dessen Wahl nichtig ist oder erfolgreich angefochten wird, als Nichtmitglied zu interessengerechten Ergebnissen. Der Vorstand ist hinsichtlich seiner Vergütung und seiner Befugnis zur Geschäftsführung durch die Grundsätze über die fehlerhafte Bestellung geschützt. Der nach der Aufdeckung der Nichtigkeit der Wahl rechtmäßig zusammengesetzte Aufsichtsrat kann die fehlerhafte Bestellung bestätigen, kann sie aber auch ebenso wie der Vorstand – beenden (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 288). Nach der Lehre vom faktischen Organ wäre die Bestellung des Vorstands dagegen nicht fehlerhaft, sondern wirksam und könnte vom Aufsichtsrat nur aus wichtigem Grund widerrufen werden (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG). Es liegt im Interesse der Gesellschaft, an einem Vorstand, der durch einen nicht

74243304_ZNotP_Innenteil.indd 110 25.04.13 16:22

rechtmäßig, bspw. lediglich von einer Minderheit gewählten Aufsichtsrat bestimmt worden ist, nicht auch noch festhalten zu müssen.

[25] (3) Dort, wo das Vorliegen eines Aufsichtsratsbeschlusses wie bei den Vorschlägen zur Beschlussfassung der Hauptversammlung (§ 124 Abs. 3 Satz 1 AktG) Anknüpfungspunkt für eine Entscheidung der Hauptversammlung ist, ist der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluss bei der ursächlichen Mitwirkung eines Mitglieds, dessen Wahl zum Aufsichtsrat angefochten, aber noch nicht für nichtig erklärt ist, trotz einer späteren Nichtigerklärung des Wahlbeschlusses für die Entscheidung der Hauptversammlung nicht relevant. Fehlt ein nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG notwendiger Beschlussvorschlag, liegt ein Verfahrensfehler für die Entscheidung der Hauptversammlung vor, der zur Anfechtung führen kann, wenn er relevant ist. Relevant ist der Beschlussvorschlag eines nicht ordnungsgemäß besetzten Organs, weil damit ein Bekanntmachungsmangel vorliegt und Bekanntmachungsmängel nach der gesetzlichen Wertung für das Teilhaberecht des Aktionärs grds. von Bedeutung sind (BGH, Urt. v. 12.11.2001 – II ZR 225/99, BGHZ 149, 158, 164 f.). Im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat ist ein Aufsichtsrat mit einem anfechtbar gewählten Mitglied aber ordnungsgemäß besetzt, weil der Wahlbeschluss bis zur Nichtigerklärung wirksam ist und erst rückwirkend unwirksam wird. Der Aufsichtsrat konnte zu diesem Zeitpunkt keinen Beschlussvorschlag in anderer, „richtiger" Besetzung machen. Eine Rückabwicklung nach der Nichtigerklärung ist nicht nur unmöglich, sondern steht auch im Gegensatz zu dem Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, eine Hauptversammlung einberufen und dort wirksam Beschlüsse fassen zu können (vgl. *E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 708; *Marsch-Barner*, a.a.O., S. 1109, 1127). Damit scheidet ein Mangel, der für das Teilhaberecht eines Aktionärs von Bedeutung ist, aus. Entsprechendes gilt dort, wo wie bei der satzungsgemäßen Bestimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden zum Versammlungsleiter an die jeweils aktuelle Funktion als Aufsichtsratsmitglied angeknüpft wird.

[26] (4) Für die Nichtigkeit des Jahresabschlusses bei einer fehlerhaften Mitwirkung des Aufsichtsrats bei der Feststellung des Jahresabschlusses (§ 256 Abs. 2 AktG) enthält § 256 Abs. 6 Satz 1 AktG eigene Regeln zum Schutz der Gesellschaft, die nicht einfach übergangen werden dürfen (*E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 710), sofern die Mitwirkung eines lediglich anfechtbar gewählten Mitglieds, dessen Wahl bis zur Nichtigerklärung als wirksam zu behandeln ist, überhaupt als fehlerhafte Mitwirkung des Aufsichtsrats anzusehen ist (verneinend *Rölike*, in: Spindler/Stilz, a.a.O., § 256 Rn. 51; MünchKomm-AktG/*Hüffer*, a.a.O., § 256 Rn. 44).

[27] b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht eine konkrete Darlegung und ggf. einen Beweis durch den Kläger vermisst, dass die Mitwirkung der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder für die Beschlussfähigkeit oder das Zustandekommen eines Beschlusses ursächlich war. Die Darlegungslast liegt insoweit bei der Beklagten.

[28] aa) Die Beweis- und Darlegungslast für die Prozessvoraussetzungen und damit auch für das (fortbestehende) Rechtsschutzinteresse liegt zwar grds. beim Kläger; die Pflicht, das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen, ändert daran nichts (vgl. MünchKomm-ZPO/*Becker-Eberhard*, 3. Aufl., Vor §§ 253 ff. Rn. 15; Zöller/*Greger*, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 7 und 18 zum Feststellungsinteresse). An dieser Darlegungs- und Beweislast ändert sich nicht allein deshalb etwas, weil ein Anfechtungskläger i.d.R. ein Rechtsschutzinteresse für die Anfechtungsklage hat und dieses hier durch die Rücktritte nur entfallen ist, wenn die Nichtigerklärung oder die Nichtigkeitsfeststellung keine Auswirkungen auf Beschlüsse des Aufsichtsrats hat. Dabei handelt es sich nicht um ein rechtshinderndes, rechtsvernichtendes oder rechtshemmendes Merkmal, für das der Gegner die Beweislast trägt.

[29] bb) Die Beklagte trifft aber eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf solche Umstände, die der Kläger nicht kennen kann. Diesen Anforderungen an ihre sekundäre Beweislast ist die Beklagte bei den Ausschussbeschlüssen nachgekommen, nicht jedoch bei den Beschlüssen des gesamten Aufsichtsrats. Der Kläger als Aktionär kann das Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat nicht kennen, weil er nicht dessen Mitglied ist und damit außerhalb des Geschehensablaufs steht. Dass er wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, unter Zugriff auf allgemein zugängliche Quellen zumindest pauschal zu dem Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses vortragen könne, welche Beschlüsse in welchen Sitzungen überhaupt gefällt worden seien, genügt nicht, um das maßgebliche Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat zu kennen. Abgesehen davon lässt sich dem Berufungsurteil auch nicht entnehmen, aus welchen allgemein zugänglichen Quellen der Kläger die Sitzungen des Aufsichtsrats und die dort zur Abstimmung gelangten Beschlüsse erfahren kann.

[30] Der Beklagten ist die substanziierte Darlegung auch nicht deshalb unmöglich, weil der Aufsichtsrat nach § 116 Satz 2 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Davon kann sich der Aufsichtsrat befreien (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 40). Die Offenbarung ist auch nicht unzumutbar, wenn die Beklagte damit der Wahlanfechtung den Boden entziehen will. Die Beklagte hat sich auf die Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich der Ausschüsse bisher überhaupt nicht, hinsichtlich des Gesamtaufsichtsrats jedenfalls mit einem pauschalen Vortrag nur teilweise berufen.

[31] III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 ZPO). Da bisher keine Feststellungen zu den vorgetragenen Beschlussmängeln getroffen sind, kann der Senat über die Begründetheit der Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage nicht entscheiden. I.Ü. muss die Beklagte auch Gelegenheit erhalten, Einzelheiten zur Teilnahme der Aufsichtsratsmitglieder an den Aufsichtsratssitzungen vorzutragen, nachdem dazu bisher keine Veranlassung bestand, da das Berufungsgericht ihren Vortrag für ausreichend erachtet hat.

[32] Für den Fall, dass das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangt, dass das Rechtsschutzbedürfnis entfallen ist, weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei eine hilfsweise Erledigungserklärung nicht für zulässig erachtet hat (vgl. BGH, Urt. v. 8.2.2011 – II ZR 206/08, ZIP 2011, 637 Rn. 22).

74243304_ZNotP_Innenteil.indd 111 25.04.13 16:22

Notarrecht

Beurkundung im Ausland

BNotO § 11 Abs. 2

Leitsätze (amtlich):

1. **Der Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO erfasst auch Urkundstätigkeiten von Notaren im Ausland.**
2. **Sofern die Genehmigungsfähigkeit einer notariellen Urkundstätigkeit im EU-Ausland nicht bereits am Territorialitätsprinzip scheitert, was der Senat offen gelassen hat, kommt eine Genehmigung nur ausnahmsweise in Betracht, sofern objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten gefährdet sind, wenn nicht ein Notar ihres Vertrauens tätig werden kann. Maßgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wünsche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, das heißt in der Sache selbst liegende zwingende Gründe.**

BGH, Urt. v. 4. 3. 2013 – NotZ (Brfg) 9/12

[1] Der Kläger ist Notar in B. Mit Schriftsatz v. 16.9.2011 unterrichtete er die Beklagte davon, dass er beabsichtige, Mitte Oktober 2011 in Rotterdam eine Beurkundung nach deutschem Recht und in deutscher Sprache vorzunehmen. Beigefügt war ein Schreiben des niederländischen Ministeriums für Sicherheit und Justiz, mit dem ihm mitgeteilt wurde, es gebe für die Tätigkeit eines deutschen Notars nach deutschem Recht in den Niederlanden kein gesetzliches Hindernis, sofern das deutsche Notarrecht eine Tätigkeit im Ausland erlaube. Er beantragte „rein vorsorglich“, ihm für diese und für alle weiteren künftigen Beurkundungen in Ländern der EU in seiner Eigenschaft als deutscher Notar eine Genehmigung zu erteilen. Mit Schreiben v. 10.10.2011 teilte die Beklagte, nachdem sie zuvor eine Stellungnahme der Notarkammer B eingeholt hatte, dem Kläger mit, sie lehne die Erteilung der beantragten Genehmigung ab. § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO regele lediglich die Genehmigung der inländischen Urkundstätigkeit außerhalb des Amtsbezirks des Notars. Sie weise jedoch darauf hin, dass die Auslandstätigkeit eines deutschen Notars unzulässig sei, weil dessen Hoheitsbefugnisse auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt seien. Das Tätigwerden eines Notars im Ausland stelle ein Dienstvergehen dar. Dies gelte auch unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH v. 24.5.2011 (C-54/08), da hiernach Beschränkungen von Art. 43 EG (Art. 49 AEUV) im Allgemeininteresse auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit zulässig seien. Angesichts der Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung bedürfe es keines Verwaltungsakts.

[2] Hiergegen hat der Kläger Klage erhoben, mit der er die Verpflichtung der Beklagten zur Genehmigung der beabsichtigten Beurkundung unter Verzicht auf disziplinarische Maßnahmen, hilfsweise zur Duldung, beantragt hat. Weiter hilfsweise hat er die Feststellung begehrt, dass die beabsichtigte Beurkundung in den Niederlanden deutsche Rechtsvorschriften nicht verletze. Nachdem sich die vom Kläger in Aussicht genommene Beurkundung in Rotterdam durch Zeitablauf zerschlagen hatte, hat er nur noch beantragt, die Rechtswidrigkeit des Bescheids der Beklagten v. 10.10.2011 festzustellen.

[3] Mit Schreiben v. 8.3.2012 teilte der Kläger der Beklagten seine Absicht mit, in Den Haag die Generalvollmacht eines dort wohnhaften deutschen Staatsangehörigen zu beurkunden. Er bat um Genehmigung dieser Beurkundung und aller weiteren künftigen entsprechenden Beurkundungen im EU-Ausland. Die Beklagte beschied den Kläger unter dem 21.3.2012 entsprechend ihrem Schreiben v. 10.10.2011, auf das sie Bezug nahm. Auch hiergegen hat der Kläger Klage erhoben, mit der er beantragt hat, die Vfg. v. 21.3.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, seine Beurkundungen nach deutschem Recht und in deutscher Sprache sowie unter Beachtung der europäischen Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie in ihrer jeweiligen Fassung in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten außerhalb Deutschlands zu genehmigen, hilfsweise zu dulden. Hilfsweise hat er weiter beantragt festzustellen, dass die in den Niederlanden beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht eines in Den Haag wohnenden deutschen Staatsangehörigen Regelungen der BNotO oder einer aufgrund der BNotO erlassenen Rechtsverordnung nicht verletze.

[4] Das KG hat die Klage abgewiesen (NJW-RR 2012, 1143). Der in Bezug auf die beabsichtigte Beurkundung in Rotterdam gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei zwar statthaft, jedoch i.Ü. unzulässig. Der Kläger habe kein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Zwar bestehe Wiederholungsgefahr, da die Beklagte auch künftig nicht bereit sei, entsprechende Genehmigungen zu erteilen, wie sich ihrem Schreiben v. 21.3.2012 entnehmen lasse. Dies rechtfertige die beantragte Feststellung jedoch nicht. Vorliegend gehe es in erster Linie um Rechtsfragen, deren Klärung der Kläger in vollem Umfang im Rahmen des auf die Beurkundung in Den Haag gerichteten Verpflichtungsantrags zu erreichen vermöge. Soweit der Kläger Amtshaftungsansprüche wegen der entgangenen Gebühren aus der Beurkundung in Rotterdam geltend machen wolle, sei im Hinblick auf deren begrenzte Höhe schon der Eintritt eines Schadens nicht ersichtlich. Daneben fehlten auch Anhaltspunkte, die auf ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten hindeuten könnten.

[5] Die in Bezug auf die beabsichtigte Beurkundung in Den Haag erhobene Verpflichtungsklage sei unbegründet.

[6] Nach § 11 Abs. 2 BNotO dürfe ein Notar außerhalb seines Amtsbezirks Urkundstätigkeiten nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzug sei oder die Aufsichtsbehörde es genehmigt habe. Die Genehmigung sei nur zu erteilen, wenn gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten gefährdet seien, sollte kein Notar ihres Vertrauens tätig werden. Allein die Wünsche und Interessen des Notars oder der Auftraggeber genügten insoweit nicht. Entsprechend sei in Nr. 21 Abs. 1 AVNot geregelt, dass die Genehmigung nur in besonderen Ausnahmefällen erteilt werden solle. Ein solcher liege hier nicht vor. Die Tätigkeit der Notare sei öffentlich-rechtlich geregelt. Hoheitliche Befugnisse seien regelmäßig auf das eigene Staatsgebiet beschränkt. Dieser Grundsatz gelte auch zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Danach könne sich der Kläger nicht auf die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 AEUV) berufen. Die Zuständigkeit der EU erstrecke sich nicht auf die Rechtspflege, die im föderalen Verbund grds. den Mitgliedstaaten zugeordnet sei. Rechtspflege und Freiwillige Gerichtsbarkeit seien originäre Staatsaufgaben. Daran habe die Übertragung von Aufgaben aus diesen Bereichen, namentlich der Urkundstätigkeit auf die Notare, nichts geändert. Damit beschränkten sich aber auch die mit der Aufgabenübertragung verbundenen Befugnisse der Notare auf das Territorium der

Bundesrepublik Deutschland. Dem könne die Entscheidung des EuGH v. 24.5.2011 (C-54/08) nicht entgegengehalten werden. Soweit der Gerichtshof im dortigen Verfahren, das die Niederlassungsfreiheit allein vor dem Hintergrund des für den Zugang zum Notariat bestehenden Staatsangehörigkeitserfordernisses betroffen habe, festgestellt habe, die den deutschen Notaren übertragenen Aufgaben seien nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, ändere dies nichts daran, dass der Staat die vorsorgende Rechtspflege als staatliche Aufgabe übernommen habe, mit der Folge der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Notariats.

[7] Schließlich folge selbst bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis nichts anderes. Auch dann lägen die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO nicht vor. Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen könnten, seien gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt würden, aus zwingenden Gründen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt und geeignet seien, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, sowie nicht über das hinausgingen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sei. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege sei ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel, sogar ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Zur Verwirklichung dieses Zieles seien die Regelungen zum örtlichen Amtsbereich geeignet. Insoweit stehe den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zu, den der Bundesgesetzgeber nicht überschritten habe. Sinn der Bestimmung zum Amtsbereich (§ 10a Abs. 2 BNotO) sei die Sicherung einer gleichmäßigen Versorgung der rechtsuchenden Bevölkerung mit leistungsfähigen Notariaten und die Verhinderung eines unerwünschten überörtlichen Wettbewerbs zwischen Notaren. Diese Belange könnten durch die Regelungen zum örtlichen Amtsbereich gewahrt werden. Sie seien auch erforderlich, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Mildere Mittel zur Verwirklichung der im allgemeinen Interesse verfolgten Ziele seien nicht gegeben.

[8] Der Hilfsantrag, mit dem die Beklagte zur Duldung der vom Kläger beabsichtigten Urkundstätigkeit in den EU-Mitgliedstaaten verpflichtet werden solle, sei als allgemeine Leistungsklage zwar statthaft, jedoch i.Ü. unzulässig. Selbst wenn Art. 56 AEUV dem Kläger das Recht zur Urkundstätigkeit in den EU-Mitgliedstaaten gäbe, bedeutete dies keine Entlassung aus der Aufsicht der Beklagten. Die Aufsicht als solche verletzte den Kläger jedoch nicht in seinen subjektiven Rechten.

[9] Der hilfsweise erhobene Antrag festzustellen, dass die in den Niederlanden beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht eines in Den Haag wohnenden deutschen Staatsangehörigen mit den maßgeblichen Regelungen in Einklang stehe, sei zulässig, jedoch unbegründet. Die Urkundstätigkeit des Klägers sei grds. auf B beschränkt. Diese Beschränkungen seien aus den v.g. Gründen rechtmäßig.

[10] Mit seiner von der Vorinstanz zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Aus den Gründen:

[11] Die Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg.

[12] 1. Zutreffend hat die Vorinstanz angenommen, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage, die auf Rechtwidrigkeitsfeststellung der Ablehnung der mit Schriftsatz des Klägers v. 16.9.2011 angekündigten Beurkundung in Rotterdam gerichtet ist, unzulässig ist. Es fehlt das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse (vgl. zu diesem Erfordernis z.B. Senatsbeschl. v. 18.7.2011 – NotZ[Brfg] 10/10, NJW-RR 2012, 57 Rn. 16 m.w.N.).

[13] Mit Recht hat das KG ein solches Interesse verneint, das der Kläger damit begründet hat, die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids v. 10.10.2011 sei präjudiziell für Amtshaftungsansprüche wegen der entgangenen Gebühren für die beabsichtigte Beurkundung. Zwar ist die Präjudizialität der etwaigen Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche grds. geeignet, das Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu begründen (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 136 m.w.N.; Schippel/Bracker/*Herrmann*, BNotO, 9. Aufl., § 111b Rn. 43). Jedoch scheidet dies aus, wenn ein Prozess, mit dem solche Ansprüche verfolgt werden, offenbar aussichtslos ist (*Kopp/Schenke*, a.a.O., § 113 Rn. 136 m.w.N.). Dies ist hier der Fall. Eine etwaige Amtshaftungsklage (§ 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG) gegen das Land B würde offensichtlich am fehlenden Verschulden der Beklagten scheitern. Mit Recht hat das KG darauf hingewiesen, dass die Rechtsauffassung der Beklagten zumindest vertretbar ist. Dessen ungeachtet würde ein Verschulden nunmehr jedenfalls an der sog. Kollegialgerichtsrichtlinie scheitern. In st. Rspr. haben der BGH und vor ihm bereits das RG in Anwendung dieser Richtlinie entschieden, dass einen Beamten i.d.R. ein Verschulden nicht trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (s. hierzu z.B. BGH, Urt. v. 14.3.2002 – III ZR 302/00, BGHZ 150, 172, 184; v. 20.2.1992 – III ZR 188/90, BGHZ 117, 240, 250 und v. 6.2.1986 – III ZR 109/84, BGHZ 97, 97, 107). Dies ist hier der Fall, weil das KG durch Senatsentscheid die Rechtsansicht der Beklagten gebilligt hat, deutsche Notare dürften im Ausland, einschließlich der Mitgliedstaaten der EU, Urkundstätigkeiten nicht ausüben.

[14] 2. Jedenfalls im Ergebnis zu Recht hat das KG die Klage auch insoweit abgewiesen, als der Kläger beantragt, die sich u.a. auf die beabsichtigte Beurkundung in Den Haag beziehende Vfg. v. 21.3.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, Beurkundungen des Klägers nach deutschem Recht und in deutscher Sprache sowie unter Beachtung der europäischen Berufsqualifikationsrichtlinie im EU-Ausland zu genehmigen, hilfsweise zu dulden. Dieser Antrag ist zwar zulässig, jedoch unbegründet, da der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung nicht hat.

[15] a) Zutreffend hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass sich der Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO entgegen der Auffassung der Beklagten auch auf Urkundstätigkeiten außerhalb Deutschlands bezieht. Der Wortlaut der Bestimmung enthält eine Einschränkung auf inländische auswärtige Beurkundungen nicht, und auch der Zweck der Vorschrift gebietet eine solche Begrenzung ihres Anwendungsbereichs nicht. Mag auch dem Gesetzgeber vor Augen gestanden haben, dass Beurkundungen deutscher Notare im Ausland wegen des hoheitlichen Charakters und des Territorialitätsprinzips von vornherein ausgeschlossen sind (vgl. Begründung des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Än-

derung der BNotO und anderer Gesetze, BR-Drucks. 890/05, S. 23), so ist dies doch eine Frage der Genehmigungsfähigkeit einer solchen Tätigkeit, nicht aber eine solche der Reichweite des Genehmigungsvorbehalts. Dieser Vorbehalt ist auch in Fällen einer beabsichtigten Auslandstätigkeit der Notare notwendig, um die gebotene Aufsicht der Justizverwaltung (§ 93 Abs. 1 BNotO) sicherzustellen. Diese ist gerade auch bei Tätigkeiten mit Auslandsbezug erforderlich, nicht zuletzt um völkerrechtliche und außenpolitische Komplikationen zu vermeiden.

[16] Entgegen der Ansicht des Klägers genügt § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Bestimmtheitsgebot, obgleich die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung für Auswärtsbeurkundungen in der Bestimmung nicht näher definiert sind. Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm richten sich nach Art und Schwere des mit ihr verbundenen Eingriffs in die Grundrechte der Betroffenen (BVerfGE 110, 33, 55). Dass die Vorschrift auslegungsbedürftig ist, steht dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen, solange die Auslegung unter Nutzung der juristischen Methodik zu bewältigen ist und die im konkreten Anwendungsfall verbleibenden Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Verwaltungshandelns gefährdet sind (z.B. BVerfG, a.a.O., S. 56 f. sowie BVerfGE 118, 168, 188). Diesen Maßstäben entspricht § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO. Durch das dort normierte Genehmigungserfordernis wird der betroffene Notar lediglich in seiner Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG), nicht aber in seiner Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) betroffen. Die Einschränkung ist zudem von geringerem Gewicht, da die Notare im Hinblick darauf, dass ihre Stellen nach den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege einzurichten sind (§ 4 BNotO), i.a.R. auch ohne Auswärtsbeurkundungen ausgelastet sind und wirtschaftlich bestehen können. Die Kriterien für die Erteilung der Genehmigungen von Auswärtsbeurkundungen ergeben sich aus der die BNotO insgesamt bestimmenden Leitlinie, dass die Erfordernisse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege zu wahren sind (vgl. §§ 4, 9 Abs. 1 Satz 2, 0a Abs. 1 Satz 2, 25 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Aus dem Sinn des § 11 Abs. 2 BNotO, die Beschränkungen des § 11 Abs. 1 BNotO und damit die einer den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechende Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen zu sichern (§ 4 BNotO), sowie aus der Regelung, dass bei Gefahr im Verzug eine berechtigte auswärtige Urkundstätigkeit (§ 11 Abs. 2, 1. Alt. BNotO) vorliegen kann, lassen sich die – restriktiven – Anforderungen für die Genehmigung (s. dazu näher Buchst. b bb) mit der notwendigen Klarheit ableiten.

[17] b) Zumindest im Ergebnis zutreffend hat das KG angenommen, dass der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung für die in Aussicht genommene Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag und für alle weiteren Beurkundungen in anderen EU-Staaten nicht hat.

[18] aa) Der Senat hat hierbei im Blick, dass der EuGH in seinem Urt. v. 24.5.2011 (C-54/08, NJW 2011, 2941) die Urkundstätigkeit der deutschen Notare nicht als die Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) qualifiziert hat, die von der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV) ausgenommen ist.

[19] Hieraus ist in der Literatur verschiedentlich der Schluss gezogen worden, auch für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 AEUV) greife hinsichtlich der notariellen Urkundstätigkeit die Bereichsausnahme zugunsten der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ (Art. 51 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV) nicht mehr ein, sodass deutsche Notare grds. auch im EU-Ausland beurkunden dürften (*Hamacher*, AnwBl 2011, 913, 914, 916 f.; *Pohl*, EWS 2011, 353, 354, 358; *Ritter*, EuZW 2011, 707, 708, 710; *Schmidt/Pinkel*, NJW 2011, 2928, 2930). Demgegenüber vertritt ein anderer Teil des Schrifttums (*Fuchs*, EuZW 2011, 475 f.; *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484 f.; *Pelikan*, notar 2011, 259, 260; *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 325 f.) die Auffassung, dass die Erwägungen in der Entscheidung des Gerichtshofs (a.a.O., Rn. 83 ff.) zur Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) in Bezug auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare (§ 5 BNotO a.F.) nicht auf die hier in Rede stehende Frage übertragbar sind, ob der nach deutschem Bundesrecht (schlicht) hoheitliche Charakter der notariellen Beurkundungstätigkeit und das Territorialitätsprinzip eine Beschränkung des – möglicherweise betroffenen – Rechts aus Art. 56 AEUV rechtfertigen, die in der Versagung einer Urkundstätigkeit im EU-Ausland liegen könnte. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in seinem Urt. v. 24.5.2011 ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die von ihm zu behandelnde Rüge der Kommission weder den Status noch die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung (a.a.O., Rn. 75) oder die Anwendung der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr betreffe (a.a.O., Rn. 76). Auch das BVerfG hat in seinem Beschl. v. 19.6.2012 (NJW 2012, 2639 Rn. 46 ff.) ausgeführt, die Entscheidung des Gerichtshofs stehe der Qualifizierung der notariellen Tätigkeit als hoheitlich und den daraus folgenden Beschränkungen der Berufsausübung nicht entgegen.

[20] Eine Entscheidung des Senats hierzu ist allerdings nicht veranlasst, sodass es einer Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 1 – 3 AEUV nicht bedarf. Denn der Kläger kann die beantragte Genehmigung auch dann nicht beanspruchen, wenn zu seinen Gunsten unterstellt wird, dass er die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit für sich in Anspruch nehmen kann, weil die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV (Ausübung öffentlicher Gewalt) für die notarielle Urkundstätigkeit nicht gilt.

[21] bb) Die Genehmigung einer Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks gem. § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO setzt, wie sich aus der – parallelen – gesetzlichen Gestattung der amtsbezirksüberschreitenden Urkundstätigkeiten bei Gefahr im Verzug (§ 11 Abs. 2, 1. Alt. BNotO) ergibt, voraus, dass ein besonderer Ausnahmefall vorliegt (z.B. OLG Celle, Beschl. v. 25.4.2001 – Not 7/01 Rn. 16; *Lerch*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 11 Rn. 9; Schippel/Bracker/*Püls*, a.a.O., § 11 Rn. 3). Dies ist gesetzesinterpretierend auch in Nr. VII 21 Abs. 1 der Allgemeinen Verfügung der Senatsverwaltung für Justiz des Landes Berlin über die Angelegenheiten der Notarinnen und Notare v. 30.5.2006 (AVNot – ABl. S. 2007, zuletzt geändert am 5.9.2011, ABl. S. 2155) – entsprechend den Allgemeinen Verfügungen fast aller anderen Länder (vgl. OLG Celle, a.a.O.; *Lerch*, a.a.O., § 11 Rn. 9) – so bestimmt (s. auch Nr. IX 1 RLE/BNotK [abgdr. bei Schippel/Bracker/*Görk*, a.a.O., S. 968]). Ein solcher Ausnahmefall kann etwa vorliegen, wenn es sich um objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten handelt, die gefährdet sind, wenn nicht ein Notar ihres Vertrauens tätig werden kann (Eylmann/Vaasen/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 11 Rn. 4; Schippel/Bracker/*Püls*, a.a.O., § 11 Rn. 3). Maßgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wün-

sche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, d.h. in der Sache selbst liegende zwingende Gründe (vgl. Schippel/Bracker/*Püls*, a.a.O., § 11 Rn. 3). Solche mögen etwa vorliegen, wenn ein Notar ein schwieriges Vertragswerk in langen Beratungen vorbereitet hat, bei der Beurkundung die Kenntnis der Verhältnisse bedeutsam ist und die Beurkundung aus unvorhersehbaren Gründen außerhalb des Amtsbezirks erfolgen muss (vgl. Schippel/Bracker/*Püls*, a.a.O., § 11 Rn. 3; Nr. IX 1 Buchst. b RLE/BNotK; s. ferner auch Nr. IX 1 Buchst. d RLE/BNotK).

[22] An diesen Kriterien gemessen, scheidet die Erteilung der vom Kläger begehrten Genehmigung für die Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag aus. Im gesamten Verfahren hat der Kläger weder besondere Interessen seines Auftraggebers geltend gemacht, die einer Beurkundung der Generalvollmacht durch einen niederländischen Notar oder in der Geschäftsstelle des Klägers entgegenstehen, noch sind solche anderweitig ersichtlich. Erst recht sind für den weitergehenden Antrag des Klägers, ihm generell die Genehmigung zu Beurkundungen im EU-Ausland zu erteilen, besondere, nach dem vorstehenden Maßstab beachtliche Interessen der – unbestimmten – Urkundsbeteiligten nicht erkennbar. Diese zunächst der Verwaltung zustehende Würdigung kann der Senat selbst abschließend vornehmen, da angesichts der Klarheit der Umstände ein Beurteilungsspielraum nicht mehr besteht.

[23] (1) Entgegen der Ansicht des Klägers greift der auf Auswärtsbeurkundungen im Inland bezogene Schutzzweck des § 11 Abs. 2 BNotO auch hinsichtlich der beabsichtigten Beurkundungen in anderen Mitgliedstaaten der EU ein. Die aus § 11 BNotO folgenden Beschränkungen der Berufsausübung der Notare dienen in gleicher Weise wie die in § 10a BNotO enthaltenen örtlichen Restriktionen der Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und der insgesamt bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der BNotO, BT-Drucks. 11/8307, S. 18; BVerfG, NJW 2000, 3486, 3487; DNotZ 1993, 748, 749). Es soll ein „Reisenotariat“ verhindert werden, das die Fundamente des Zulassungswesens unterminieren würde (*Lerch*, a.a.O., § 10a Rn. 7). Es soll dabei nicht nur verhindert werden, dass durch die Tätigkeit auswärtiger Notare in lukrativen Bezirken eine Überversorgung entsteht. Vielmehr geht der Schutzzweck auch dahin, zu vermeiden, dass Notare, die für einen bestimmten Amtsbereich wegen des dort bestehenden Bedürfnisses bestellt wurden, ihre Tätigkeit in erheblichem Maße an einen anderen, ihnen günstiger erscheinenden Ort verlagern und so die bedarfsgerechte Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in dem ihnen zugewiesenen Bereich gefährden (Schippel/Bracker/*Püls*, a.a.O., § 10a Rn. 2). Zwar mag, wie der Kläger unter Hinweis auf den Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG v. 9.8.2000 (NJW 2000, 3486, 3487) hervorhebt, eine gelegentliche Abwesenheit des Notars, der eine Auswärtsbeurkundung vornimmt, von seinem Amtssitz unbedenklich sein. Die vom Kläger angestrebte generelle Genehmigung von Beurkundungen im Ausland würde jedoch auch eine längere Abwesenheit von seiner Geschäftsstelle ermöglichen, die die ordnungsgemäße Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in seinem Amtsbereich beeinträchtigen kann. Deshalb kann die Genehmigung für Auslandstätigkeiten nach § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO – deren grundsätzliche Zulässigkeit unterstellt – nicht anders als bei auswärtigen Urkundstätigkeiten im Inland nur in Einzelfällen, nicht aber, wie vom Kläger angestrebt, generell erteilt werden. Aber auch die vom Kläger konkret beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht in Den Haag ist nach dem v.g. Schutzzweck nicht genehmigungsfähig. Um die angemessene Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in dem Amtsbereich, für den der Notar bestellt ist, zu gewährleisten, muss die Auswärtsbeurkundung – gleichgültig, ob sie im In- oder Ausland erfolgen soll – entsprechend den für die inländische Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks entwickelten Kriterien zu § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Der vorzitierte Beschluss des BVerfG v. 9.8.2000 (NJW 2000, 3486, 3487) steht dem nicht entgegen. Er betrifft lediglich Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle, aber innerhalb des Amtsbereichs. Es geht mithin darum, dass der Notar seiner Urkundstätigkeit in unmittelbarer geografischer Nähe zu seiner Geschäftsstelle nachgeht. Demgegenüber ist bei Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks typischerweise – und auch hier (Entfernung B – Den Haag) – die im Interesse der Rechtsuchenden notwendige Präsenz in seiner Geschäftsstelle erheblich gefährdet.

[24] (2) Aber auch unabhängig hiervon sind die vom Kläger beabsichtigten Urkundstätigkeiten in den EU-Mitgliedstaaten außerhalb Deutschlands nicht genehmigungsfähig, und zwar sowohl hinsichtlich der Beurkundung der Generalvollmacht in Den Haag als auch – und erst recht – soweit er eine allgemeine Genehmigung begehrt.

[25] Zu den aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgenden Pflichten des Notars gehört, nach der Erforschung des Willens der Beteiligten, diesem im Rahmen des rechtlich Zulässigen in der Urkunde vollumfängliche Wirkung zu verschaffen (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 9.12.2010 – III ZR 272/09, WM 2011, 571 Rn. 16; v. 22.7.2010 – III ZR 293/09, BGHZ 186, 335 Rn. 16 und v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93, NJW 1994, 2283). Dies ist bei einer Beurkundung durch einen deutschen Notar im Ausland regelmäßig nicht möglich, selbst wenn man unterstellt, dass das Territorialitätsprinzip nicht eingreift und die Urkunden als notarielle entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 30.4.1998 – IX ZR 150/97, BGHZ 138, 359, 361 f.) nicht bereits wegen Verstoßes gegen dieses Prinzip schlechthin unwirksam sind.

[26] Eine Vollmacht, welche der Kläger in Den Haag zu beurkunden beabsichtigt, richtet sich nach dem deutschen Internationalen Privatrecht grds. nach dem Recht des Landes, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird (sog. Wirkungsstatut; h.M., z.B. BGH, Urt. v. 3.2.2004 – XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315, 1316 und v. 17.11.1994 – III ZR 70/93, BGHZ 128, 41, 47; OLG München, NJW-RR 1989, 663, 664; OLG Stuttgart, DNotZ 1981, 746, jeweils m.w.N.; Erman/*Hohloch*, BGB, 12. Aufl., Anh. I Art. 37 EGBGB Rn. 12; Palandt/*Thorn*, BGB, 72. Aufl., Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 1). Für die Form gilt allerdings Art. 11 EGBGB (OLG München, NJW-RR 1989, 663, 664; OLG Stuttgart, DNotZ 1981, 746, 747 jeweils zu Art. 11 EGBGB a.F.; Erman/*Hohloch*, a.a.O., Anh. I Art. 37 EGBGB Rn. 20; Palandt/Thorn, a.a.O., Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 2). Nach Abs. 1 dieser Bestimmung tritt für die Formgültigkeit alternativ zum Wirkungsstatut grds. die Ortsform hinzu. Das bedeutet, dass eine Vollmacht auch dann formgültig ist, wenn sie zwar nicht den Formerfordernissen des Rechts des Staats genügt, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird, jedoch die Form nach dem Recht des Staats gewahrt ist, in dem die entsprechen-

de Urkunde errichtet wurde. Diese zusätzliche Möglichkeit, einer Vollmachtsurkunde Wirksamkeit in notarieller Form zu verschaffen, fehlt zumindest i.d.R., wenn ein deutscher Notar die Beurkundung im Ausland vornimmt. Er kann, wie der Kläger selbst nicht verkennt, ein Urkundsgeschäft (allenfalls) nach deutschem Recht vornehmen, nicht aber eine notarielle Urkunde nach dem jeweiligen Ortsrecht errichten, sofern nicht das ausländische Recht dies zulässt. Letzteres ist aber vorliegend nicht der Fall. Das niederländische Sicherheits- und Justizministerium hat in seinem Schreiben v. 27.7.2011 den Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er notarielle Amtshandlungen nach niederländischem Recht, dessen Art. 12 Abs. 1, Titel 1, 10. Buch des Burgerlijk Wetboek i.Ü. inhaltlich mit Art. 11 Abs. 1 EGBGB übereinstimmt, nicht vornehmen könne.

[27] Die in Aussicht genommene, vom Kläger zu beurkundende Vollmacht soll eine Generalvollmacht sein, die nicht auf bestimmte Geschäfte beschränkt ist, bei denen sich die fehlende Wahrung der Ortsform möglicherweise faktisch nicht auswirken kann. Damit wäre die vom Kläger zu errichtende Urkunde mit einem Wirksamkeitsdefizit behaftet, das bei einer Beurkundung im Inland nicht bestünde. Dass der Kläger aus diesem Grunde seine Pflichten als Notar bei einer Auslandsbeurkundung nicht vollumfänglich einhalten kann, steht mithin nach § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO der Erteilung der beantragten Genehmigung für das Rechtsgeschäft in Den Haag ebenfalls entgegen.

[28] Das zumindest potenzielle Wirksamkeitsdefizit von Urkunden, die vom Kläger im Ausland errichtet würden, schließt auch die von ihm beantragte allgemeine Genehmigung einer Urkundstätigkeit in den Mitgliedstaaten der EU außerhalb Deutschlands aus.

[29] (3) Die aus den vorstehenden Erwägungen folgende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Klägers ist – sofern nicht ohnehin die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV eingreift (vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08, NJW 2011, 2941 Rn. 75 f.; BVerfG, NJW 2012, 2639 Rn. 46 ff.) – unionsrechtlich unbedenklich.

[30] (a) Dass nach Auffassung des EuGH notarielle Tätigkeiten nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt: des Art. 51 Abs. 1 AEUV) verbunden sind (a.a.O., Rn. 93), macht die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts nicht unanwendbar. Der Gerichtshof hat im Gegenteil ausdrücklich in Betracht gezogen, dass der Zweck notarieller Amtstätigkeit, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, als zwingender Grund des Allgemeininteresses Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund der Besonderheiten der notariellen Tätigkeit rechtfertigen könne (BVerfG, NJW 2012, 2639 Rn. 46 unter Bezugnahme auf EuGH, a.a.O., Rn. 98). Der Gerichtshof hat hierbei ausdrücklich auch Beschränkungen der örtlichen Zuständigkeit von Notaren für zulässig gehalten, soweit diese zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind (a.a.O.). Nichts anderes kann für die hier in Rede stehende Dienstleistungsfreiheit gelten.

[31] Die Beschränkungen für Auswärtsbeurkundungen durch den Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO und die restriktiven Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllen diese Bedingungen. Sowohl die ausreichende Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in den Bereichen, für die die Notare bestellt sind, als auch die Gewährleistung der möglichst umfassenden rechtlichen Wirksamkeit der Beurkundungen dienen dazu, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten und stellen daher gewichtige Allgemeininteressen dar, die Einschränkungen der notariellen Berufsausübung rechtfertigen. Sie sind auch geeignet, diese Zwecke zu erreichen. Mildere Mittel, die die Ziele in gleicher Weise verwirklichen können, stehen nicht zu Gebote. Schließlich sind die Beschränkungen auch verhältnismäßig. Die betroffenen Notare werden nur geringfügig in der Ausübung ihres Berufs beeinträchtigt, da sie im Hinblick darauf, dass Notarstellen nach den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege einzurichten sind (§ 4 Satz 1 BNotO), i.a.R. auch ohne Auswärtsbeurkundungen ausgelastet sind und wirtschaftlich bestehen können. Die Interessen der Rechtsuchenden werden gleichfalls höchstens geringfügig betroffen, da es ihnen fast immer zuzumuten ist, sich eines örtlich ansässigen Notars zu bedienen oder sich in die Geschäftsstelle des auswärtigen Notars zu begeben.

[32] (b) Die RL 2055/36/EG v. 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. Nr. L 255, S. 22) ist, wie sich aus ihrem Art. 1 ergibt, für die vorliegend inmitten stehende Frage der Genehmigung der Auslandstätigkeit eines Notars durch dessen heimatliche Aufsichtsbehörde nicht einschlägig, sodass der Kläger aus ihr nichts für seine Rechtsauffassung herzuleiten vermag.

[33] (c) Die vorstehende Würdigung steht dem Senat zu, ohne dass er den EuGH gem. Art. 267 Abs. 1 – 3 AEUV um eine Vorabentscheidung ersuchen müsste. Die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte der Mitgliedstaaten entfällt, wenn die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es davon überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (acte clair, s. z.B. Senatsbeschl. v. 22.3.2010 – NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rn. 33 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH).

[34] Dass im Allgemeininteresse, insbesondere zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen, die örtliche Zuständigkeit von Notaren beschränkt werden kann, hat der Gerichtshof in seinem Urt. v. 24.5.2011 (NJW 2011, 2941) ausdrücklich hervorgehoben (a.a.O., Rn. 98). Die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Beschränkungen ist angesichts des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter einerseits und der Geringfügigkeit der Beeinträchtigungen der objektiven Interessen der Notare und der Rechtsuchenden andererseits offenkundig.

[35] c) Der auf Duldung der Beurkundungen im EU-Ausland gerichtete, hilfsweise gestellte Verpflichtungsantrag des Klägers ist zwar als Form der allgemeinen Leistungsklage zulässig, da die Beklagte zu erkennen gegeben hat, gegen die vom Kläger beabsichtigte Tätigkeit disziplinarisch vorzugehen, und somit dessen Rechte (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen sind. Der Antrag ist jedoch unbegründet, da die angestrebte Urkundstätigkeit im EU-Ausland aus den vorstehenden Gründen genehmigungsbedürftig und nicht genehmigungsfähig ist.

[36] 3. Der auf Feststellung der Konformität der beabsichtigten Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag mit den

Bestimmungen der BNotO und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen gerichtete Hilfsantrag des Klägers ist unzulässig. Er hat nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand. Der Kläger begehrt die Feststellung der rechtlichen Qualifikation einer bestimmten Handlung. Dies stellt eine bloße Vorfrage zu den Rechten und Pflichten des Klägers dar, die nicht nach § 43 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 111b Abs. 1 BNotO feststellungsfähig ist (vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Aufl., § 43 Rn. 13; Posser/Wolff/*Möstl*, VwGO, § 43 Rn. 3; s. auch BVerwGE 90, 220, 228). Zudem wäre die Klage aus den o.a. Erwägungen auch unbegründet.

Zuständigkeit bei Verstößen eines Anwaltsnotars gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO und § 14 Abs. 1 Satz 1 BNotO

BNotO §§ 110 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1;
BRAO § 45 Abs. 1 Nr. 1

Leitsatz (amtlich):

Zur Zuständigkeit für die Ahndung des Verstoßes eines Anwaltsnotars gegen das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO und damit einhergehender Verletzung der Neutralitätspflicht nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

BGH, Urt. v. 4. 3. 2013 – NotSt (Brfg) 1/12

[1] Der Kläger ist Anwaltsnotar.

[2] Gegenstand des vorliegenden Disziplinarverfahrens ist folgender Sachverhalt:

[3] Die Geschwister G und H sowie M waren als ungeteilte Erbengemeinschaft Eigentümer des ehemaligen Gärtnereigrundstücks W Straße 1 in B. Am 22.10.1999 beurkundete der Kläger als Notar unter seiner Urkundennr. 159/99 eine Teilerbauseinandersetzung dieser Erbengemeinschaft hinsichtlich dieses Grundstücks, wonach M einen noch zu vermessenden Teil von ca. 2.041 m^2 als Eigentum unter Anrechnung auf ihren Erbteil erhielt. M verpflichtete sich zur Durchführung von diversen Arbeiten auf dem Gesamtgrundstück, insbesondere an dem Wohnhaus. Der Aufwand für diese Arbeiten sollte wiederum von dem anzurechnenden Betrag hinsichtlich des restlichen Erbteils abgezogen werden.

[4] Die Arbeiten wurden von dem Ehemann der M, dem Heizungs-Sanitär-Installateur- und Schlossermeister W, durchgeführt. Für diesen erhob der Kläger in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt mit Schriftsatz v. 18.10.2006 beim LG Darmstadt Klage gegen G und H auf Zahlung von Werklohn i.H.v. 16.808,76 €. Begründet wurde die Klage damit, dass nach Durchführung der von M im Rahmen der Teilerbauseinandersetzung geschuldeten Arbeiten weitere Arbeiten von der Erbengemeinschaft durch die Beklagten des Zivilprozesses in Auftrag gegeben worden seien. Diese verkündeten der Miterbin M den Streit. Der Rechtsstreit endete mit einem Vergleich. Darin verpflichteten sich die dortigen Beklagten zur Zahlung von 5.000 €. Wegen dieses Betrags sollte Frau M im Innenausgleich aus der Erbengemeinschaft nicht in Anspruch genommen werden. Die Abwicklung sollte dergestalt geschehen, dass aus dem Konto der Erbengemeinschaft 5.000 € an jeden Erben ausgezahlt werden, damit die Beklagten des Zivilprozesses aus den ihnen zustehenden Beträgen die Vergleichssumme bezahlen könnten.

[5] Aufgrund einer Dienstaufsichtsbeschwerde des Miterben H befasste sich zunächst die Rechtsanwaltskammer mit der Rüge, dass der Kläger, der als Notar die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hinsichtlich dieses Grundstücks beurkundet habe, nicht als Rechtsanwalt des Ehemanns einer der Miterben habe auftreten dürfen. Die Rechtsanwaltskammer wies mit Bescheid v. 11.7.2007 die gegen den Kläger erhobene Beschwerde zurück.

[6] Mit Disziplinarvfg. v. 16.8.2011 erteilte der Präsident des LG Darmstadt als zuständige Dienstaufsichtsbehörde dem Kläger einen Verweis wegen Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot nach § 14 Abs. 1 BNotO i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO. Der Präsident des LG hat seine Disziplinarverfügung darauf gestützt, dass der Kläger in dem Rechtsstreit nicht für den Ehemann einer Miterbin habe tätig werden dürfen. Im Rahmen des geführten Rechtsstreits gegen die Miterbengemeinschaft sei es um die Frage gegangen, welche Tätigkeiten seitens der Ehefrau des dortigen Klägers zu bezahlen gewesen seien. Dies hänge damit zusammen, dass ausweislich der Urkunde des Klägers v. 22.10.1999 ein Teil der Werkleistung allein von der Miterbin M zu tragen gewesen wäre, der aber gerade nicht eingeklagt gewesen sei. Dass sich die Sachverhalte entgegen der Ansicht des Klägers nicht trennen ließen, ergebe sich auch daraus, dass der Rechtsstreit durch einen Vergleich beendet worden sei, in dem durch einen Vertrag zugunsten Dritter auch M als Miterbin einbezogen worden sei. Tatsächlich habe sich der erhobene Anspruch von vornherein gegen die Erbengemeinschaft und damit auch gegen M als Mitglied dieser Erbengemeinschaft gerichtet. Nachdem der Kläger für die Erbengemeinschaft als Notar tätig geworden sei, habe er als Rechtsanwalt keine Ansprüche gegen diese Erbengemeinschaft als Klägervertreter verfolgen dürfen, bei der die Frage zu klären gewesen sei, welche Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft oder einzelne Mitglieder bestünden, wenn dazu eine Abgrenzung zu den Arbeiten notwendig gewesen sei, die Gegenstand der Beurkundung gewesen seien. Dass die Rechtsanwaltskammer Frankfurt/M. das Verhalten des Klägers ebenfalls geprüft und darin keine anwaltliche Pflichtverletzung gesehen habe, könne den Kläger nicht entlasten, da vorliegend eine notarielle Amtspflicht zu beurteilen sei. Insgesamt hielt der Präsident des LG einen Verweis für tat- und schuldangemessen.

[7] Der gegen die Disziplinarverfügung erhobene Widerspruch des Klägers ist vom Präsidenten des OLG zurückgewiesen worden.

[8] Die gegen die Disziplinarverfügung in der Gestalt des Widerspruchsbescheids erhobene Klage ist vor dem OLG Frankfurt/M. erfolglos geblieben. Das OLG hat die Anfechtungsklage für nicht begründet erachtet. Der Kläger habe durch Verstoß gegen das anwaltliche Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zugleich die nachwirkende notarielle Neutralitätspflicht nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BNotO verletzt. Der Entscheidung im notariellen Disziplinarverfahren stehe im vorliegenden Fall die Entscheidung der unzuständigen Rechtsanwaltskammer nicht entgegen, da das Gericht an die vorangegangene Entscheidung der Berufskammer und der Staatsanwaltschaft nicht gebunden sei. Der Kläger habe als Rechtsanwalt wegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO nicht tätig werden dürfen.

[9] Mit der vom Senat zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger die Anfechtung der Disziplinarverfügung in der Gestalt des Widerspruchsbescheids weiter. Er macht geltend, das OLG habe zu Unrecht die Dienstaufsicht der Notare als zuständig für

die Ahndung des angenommenen Pflichtenverstoßes angesehen und zugleich verkannt, dass kein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO vorliege.

Aus den Gründen:

[10] Die Berufung des Klägers ist begründet. Die Disziplinarverfügung des Präsidenten des LG Darmstadt und der Widerspruchsbescheid des Präsidenten des OLG Frankfurt/M. sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten. Sie sind daher aufzuheben (§ 109 BNotO, § 65 Abs. 1 Satz 1, § 3 BDG, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Da eine Ahndung der dem Kläger als Notar vorgeworfenen Verfehlung im Disziplinarverfahren nicht in Betracht kommt, ist das Verfahren einzustellen (§ 32 Abs. 1 Nr. 4 BDG analog).

[11] 1. Eine disziplinarrechtliche Ahndung scheitert bereits an § 110 Abs. 1 BNotO. Maßgebend für die Zuständigkeit zur Ahndung einer Pflichtverletzung ist danach, ob der Pflichtenverstoß des Anwaltsnotars vorwiegend mit dem Amt als Notar oder der Tätigkeit als Rechtsanwalt im Zusammenhang steht. Ist dies zweifelhaft ober besteht ein solcher Zusammenhang nicht, so ist im anwaltsgerichtlichen Verfahren, anderenfalls im Disziplinarverfahren zu entscheiden. Das bedeutet, nur ein nicht zweifelhafter Zusammenhang des Pflichtenverstoßes mit dem Amt als Notar begründet die Disziplinargewalt der Dienstaufsicht über die Notare.

[12] a) Hier hat das OLG einen Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO angenommen. Dies würde zugleich einen Verstoß gegen die Neutralitätspflicht nach § 14 Abs. 1 BNotO darstellen. Formal gesehen hätte der Kläger als Anwaltsnotar jedoch zunächst einmal seine anwaltlichen Pflichten verletzt, da er die hier in Rede stehende Handlung in seiner Funktion als Rechtsanwalt wahrgenommen hat. Inhaltlich stellt die Verletzung der Tätigkeitsverbote nach § 45 BRAO eine Verletzung der anwaltlichen Verpflichtung zur Unabhängigkeit dar. Diese Standespflicht fordert in den in § 45 Abs. 1 BRAO aufgeführten Fällen einen Verzicht auf die Vertretung z.B. in einem Zivilprozess. Nach der Rechtsprechung des BGH ist in dem Fall, dass der Notar eine von § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfasste Beurkundung vorgenommen hat, von einem Übergewicht der anwaltlichen Pflichtverletzung im Verhältnis zum gleichzeitig verwirklichten Amtspflichtenverstoß als Notar auszugehen (vgl. BGHSt 22, 157, 163 f. zu dem vergleichbaren Fall des § 45 Nr. 4 BRAO a.F., dessen Regelungsgehalt nunmehr in § 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO erfasst ist. § 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO ist seinerseits lex specialis zu § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO anzusehen, weil mit der Verwirklichung des § 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO stets zugleich ein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO vorliegt [*Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl., § 45 Rn. 12]; s. auch *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl., § 110 Rn. 15; *Feuerich*, in: Feuerich/Weyland, a.a.O., § 118a Rn. 35; *Johnigk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, § 118a BRAO Rn. 8), wenn nicht besondere Anhaltspunkte eine andere Wertung erfordern.

[13] Dem steht der Beschluss des Senats v. 9.12.1991 (NotZ 26/90, DNotZ 1992, 455) nicht entgegen. Dort war bereits in der Vorinstanz (OLG Köln, Urt. v. 7.11.1990 – 2 VA [Not] 14/90) der Vorwurf einer Verletzung von § 45 Nr. 4 BRAO a.F. verneint worden. Gegenstand des Verfahrens vor dem Senat war deshalb allein eine davon unabhängige Verletzung der notariellen Neutralitätspflicht durch mangelnde organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Mandatsannahmen durch in der Anwaltssozietät tätige Anwälte in Fällen, in denen über Inhalte von vom Notar beurkundeten Urkunden gestritten wurde. Der Senat hatte in der o.g. Entscheidung keinen Anlass, sich zu den Voraussetzungen des § 110 BNotO zu äußern. Daher kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, der Verstoß eines Anwaltsnotars gegen seine Neutralitätspflicht aus § 14 Abs. 1 BNotO überwiege einen anwaltlichen Verstoß gegen das Vertretungsverbot aus § 45 BRAO (so aber *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 110 Rn. 23; sich *Sandkühler* anschließend *Lohmann*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 110 BNotO Rn. 14).

[14] b) Im vorliegenden Fall liegen keine Anhaltpunkte vor, die ein Übergewicht eines notariellen Pflichtenverstoßes begründen würden. Dies gilt schon deshalb, weil der Inhalt der vom Kläger beurkundeten Teilerbauseinandersetzung allenfalls wirtschaftliche Bedeutung für den anschließenden Zivilprozess hatte und besondere Informationen aus dem Beurkundungsverfahren nicht von Bedeutung für die Erfolgsaussicht der von ihm als Prozessbevollmächtigter erhobenen Klage waren. Der Kläger des Zivilprozesses hatte seine Klage auf Aufträge gestützt, die die Erbengemeinschaft ihm erteilt habe. Die Frage, wie das Grundstück im Innenverhältnis der Miterben aufgeteilt wurde, war ohne rechtliche Relevanz für die Begründetheit der Werklohnforderung. Ferner war es rechtlich unerheblich, ob im Innenverhältnis der Erbengemeinschaft die Ehefrau des dortigen Klägers gewisse Arbeiten zu übernehmen hatte. Sollten diese Arbeiten durch die Erbengemeinschaft dem Kläger des Zivilprozesses als Werkauftrag übertragen worden sein, würde die Begründetheit seiner Klage durch Abgrenzungsschwierigkeiten, welche dieser Tätigkeiten im Innenverhältnis von welchem der Miterben zu tragen war, nicht berührt.

[15] Unentschieden bleiben kann, ob ein Übergewicht eines anwaltlichen Pflichtenverstoßes anzunehmen wäre. Nach § 110 Abs. 1 BNotO, § 118a Abs. 1 BRAO ist bereits dann eine Ahndung im notariellen Disziplinarverfahren ausgeschlossen, wenn kein Übergewicht des notariellen Amtspflichtenverstoßes festzustellen ist.

[16] 2. Dahinstehen kann deshalb, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO vorliegt, woran Zweifel bestehen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es erforderlich, dass die vorangegangene Tätigkeit und der insoweit anvertraute Verfahrensstoff in dem neuen Auftragsverhältnis eine rechtliche Bedeutung erlangen kann (vgl. – zu § 356 StGB – BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 344/62, BGHSt 18, 192, 193; Urt. v. 7.10.1986 – 1 StR 519/86, BGHSt 34, 190, 191), um von derselben Rechtssache nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ausgehen zu können. Dies ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen, da die beurkundete Teilerbauseinandersetzung – wie ausgeführt – keine rechtliche Bedeutung für die vom Kläger als Prozessbevollmächtigter erhobene Zivilklage hatte.

[17] 3. Da eine disziplinarrechtliche Ahndung nicht in Betracht kommt, ist neben der Aufhebung der angefochtenen Bescheide die Einstellung des Disziplinarverfahrens auszusprechen.

[18] 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 109 BNotO, § 77 Abs. 1 BDG, § 154 Abs. 1 VwGO und die Wertfestsetzung auf § 109 BNotO, § 78 Satz 2 BDG, § 52 Abs. 2 GKG.

74243304_ZNotP_Innenteil.indd 118 25.04.13 16:22

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Eintragung von Erben nach Erbauseinandersetzung

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

Wird ein Miterbe nach Auseinandersetzung als Alleineigentümer einer nicht im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft eingetragen, ist dessen Eintragung kostenpflichtig. § 60 Abs. 4 KostO ist nicht anwendbar.

OLG Celle, Beschl. v. 24. 4. 2012 – 4 W 26/12

Sachverhalt:

Die Mutter der Beteiligten war Eigentümerin verschiedener Immobilien. Sie verstarb im Jahr 2011 und wurde gemäß dem gemeinschaftlichen Erbschein des AG v. 3.8.2011 von den Beteiligten zu je ein Halb beerbt. Die Erben schlossen sodann am 28.6.2011 einen notariell beurkundeten Erbauseinandersetzungsvertrag. In diesem Vertrag regelten sie die Übertragung bestimmter Immobilien zum Alleineigentum eines der Erben. Für die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Alleineigentümer erhob das Grundbuchamt Kosten i.H.v. insgesamt 4.617 €. Hiergegen wenden sich die Beteiligten. Sie meinen, dass die Eintragung als Alleineigentümer entsprechend § 60 Abs. 4 KostO gebührenfrei sein müsse. Der gegen den Kostenbescheid eingelegten Erinnerung hat das Grundbuchamt mit Beschl. v. 31.1.2012 nicht abgeholfen. Hiergegen haben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz v. 8.2.2012 Beschwerde eingelegt, der das AG mit Beschl. v. 9.2.2012 nicht abgeholfen hat.

Entscheidung:

Der Senat ist der Auffassung, dass § 60 Abs. 4 KostO auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Die Vorschrift besagt, dass die Gebühren nach den Abs. 1 – 3 des § 60 KostO nicht erhoben werden bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, sofern der Eintragungsantrag binnen 2 Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Nach der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift sollte eine Gebührenfreiheit dem Einzutragenden zugutekommen, wenn es sich um eine Grundbuchberichtigung durch Eintragung des Erben handelte, zumal an der Berichtigung der Eigentümereintragung ein öffentliches Interesse bestehe (BT-Drucks. 4/351, S. 19). Dieser Gedanke hat in dem Gesetzeswortlaut seinen Niederschlag gefunden. Eine Berichtigung des Grundbuchs kommt aber denkgesetzlich nur in Betracht, wenn sich der Eigentümerwechsel bereits außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat und nicht erst durch die Eintragung selbst stattfindet.

Danach können die Beteiligten eine Gebührenfreiheit nicht beanspruchen. Der Beteiligte zu 1 ist Alleineigentümer nicht durch die Erbschaft, sondern erst durch die Eintragung im Grundbuch geworden. Denn der Beteiligte zu 1 wird nicht als Erbe in das Grundbuch eingetragen, sondern nur deswegen, weil er infolge eines Rechtsgeschäfts, nämlich der Auseinandersetzung der ungeteilten Erbengemeinschaft, einen Anspruch auf die Eintragung als Alleineigentümer erworben und sich das Rechtsgeschäft erst durch die Eintragung im Grundbuch vollendet hat. In diesem Fall ist aber eine Gebührenfreiheit mit dem o.g. Sinn und Zweck des § 60 Abs. 4 KostO nicht vereinbar. Für die Auslegung des Senats spricht auch die Regelung in § 83 Satz 2 GBO. Danach soll das Gericht die als Erben eingesetzten Personen darauf hinweisen, dass das Grundbuch unrichtig geworden ist und gebührenrechtliche Vergünstigungen für eine Grundbuchberichtigung bestehen. Soweit sich die Verweisung in § 60 Abs. 4 KostO auf Abs. 2, in dem u.a. die Gebühren bei Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft geregelt sind, bezieht, führt auch dies vorliegend nicht zu einer Gebührenfreiheit. Denn die Verweisung war bereits Bestandteil der ursprünglich vorgesehenen Ermäßigung auf die halbe Gebühr und dort sinnvoll, bevor auf Initiative des Bundesrats die Gebührenfreiheit Gesetz wurde (vgl. Nachweise bei Rohs/Wedewer/*Rohs*, KostO, 2011, § 60 Rn. 1a). Der Senat befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Rpfleger 1968, 34; JurBüro 2006, 651), OLG Köln (Rpfleger 1968, 35), OLG Zweibrücken (JurBüro 1982, 591; MDR 1990, 478), LG Detmold (FamRZ 2009, 246) und LG Kassel (Rpfleger 2007, 289) sowie der Kommentierung von Rohs/Wedewer/*Rohs*, a.a.O., § 60 Rn. 16c) und *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., E Anm. 6.5 (vgl. auch die Anmerkung von *Stober*, Rpfleger 1966, 91 und 182 sowie Rpfleger 1968, 36).

Die gegenteilige Auffassung (*Lappe*, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 60 Rn. 60; OLG Celle [8. ZS], Rpfleger 1966, 182; Rpfleger 1968, 36; OLG Schleswig, DNotZ 1995, 795; OLG Köln, NJW-RR 2003, 1726, OLG München, JurBüro 2006, 266; KG, Rpfleger 1966, 91) hält der Senat nicht für überzeugend.

Soweit die Beteiligten auf den Beschluss des OLG Celle (8. ZS) v. 25.9.1978 (Nds.Rpfl. 1979, 42) Bezug genommen haben, ist diese Entscheidung auf den vorliegenden Sachverhalt ohnehin nicht übertragbar. Zutreffend das das AG darauf hingewiesen, dass der dortigen Stellung als Alleineigentümer keine Erbauseinandersetzung zugrunde gelegen hat, sondern ein Erwerb mit dinglicher Wirkung. Der 8. ZS hat dort ausgeführt: „Auch dann, wenn wie hier, die Miterben einem aus ihrem Kreise ihre Erbanteile mit dinglicher Wirkung übertragen haben, wird dieser Alleineigentümer eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks, ohne dass es für den Rechtserwerb der Grundbucheintragung bedurfte; insofern unterscheidet sich dieser Sachverhalt von einer Erbauseinandersetzung; dort findet zwar ebenso wie hier ein rechtsgeschäftlicher Erwerb statt, dieser vollendet sich jedoch ohne Eigentümereintragung im Grundbuch nicht. Während dort zweifelhaft sein kann, ob die Anwendung von § 60 Abs. 4 KostO vom Gesetzeszweck gedeckt wird, erscheint das hier eindeutig gerechtfertigt“. Dem ist aus der Sicht des Senats nichts hinzuzufügen.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist zwar zu Grundbuchgebühren ergangen, ist aber gleichermaßen für Notare von Interesse.

§ 60 Abs. 4 KostO bestimmt, dass die Eintragungsgebühren für den Eigentümerwechsel, die in § 60 Abs. 1 – 3 KostO geregelt sind, nicht erhoben werden bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, wenn der Eintragungsantrag

binnen 2 Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Die Gebührenfreiheit setzt voraus, dass der Erblasser zzt. des Erbfalls als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war und die einzutragenden Eigentümer „Erben" sind (Korintenberg/*Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 60 Rn. 51). Ob diese Gebührenfreiheit auch dann eintritt, wenn ein Miterbe nach vorausgehender Auseinandersetzung als Eigentümer eingetragen werden soll, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das OLG Celle lehnt sie in der hier besprochenen Entscheidung ab, andere Gerichte halten sie für zutreffend (s. Fundstellen in der Entscheidungsbegründung). Insbesondere das OLG München hat in einer neueren Entscheidung die Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO bejaht (MittBayNot 2007, 75 = ZNotP 2007, 119). Mit beachtlichen Argumenten vertritt das OLG München mit dem OLG Köln (NJW-RR 2003, 1726) den Standpunkt, dass die Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO auch dann gelten muss, wenn ein Erbe nach Auseinandersetzung in das Grundbuch eingetragen wird. Dies soll auch dann zutreffen, wenn die Auseinandersetzung dadurch herbeigeführt wird, dass der eine Miterbe seinen Erbanteil an den anderen Miterben überträgt und die Erbengemeinschaft dadurch faktisch aufgelöst ist. Mit *Lappe*, a.a.O., § 60 Rn. 60, vertritt das OLG München den Standpunkt, dass § 60 Abs. 4 KostO anzuwenden ist, weil die Erbengemeinschaft vernünftigerweise nur ein Übergangsstadium sein kann und die Voreintragung der Erbengemeinschaft niemals den Zweck haben kann, eine auf lange Dauer angelegte Übergangssituation zu schaffen. Sinn und Zweck kann nur sein, klare Eigentumsverhältnisse zu schaffen, d.h. den aus der Erbauseinandersetzung hervorgehenden neuen Eigentümer im Grundbuch auszuweisen. Würde man der Gegenmeinung folgen, so *Lappe* weiter, beseitigt man nicht nur den Anreiz für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, sie würde ausschließlich den Alleinerben gegenüber mehreren Erben begünstigen. Unweigerlich stellt sich hier, so *Lappe*, a.a.O., weiter, die Frage der verfassungskonformen Auslegung (Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG). Dem ist zuzustimmen und wird durch die Entscheidung des BVerfG v. 23.5.2006 – 1 BvR 1484/99, erhärtet (Orientierung am Gleichheitsgedanken wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln).

Nach wie vor stehen sich gegensätzliche Auffassungen gegenüber. Die vom OLG Celle vertretene Auffassung, welche die Gebührenfreiheit für die Eintragung eines Erben nach Auseinandersetzung versagt, wird durch eine beachtliche Zahl von Gerichtsentscheidungen gestützt. Gleiches kann die Gegenmeinung für sich beanspruchen, da die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 60 Abs. 4 KostO auf die Eintragung des Erben nach vorausgegangener Auseinandersetzung durch eine nicht unbeträchtliche Zahl von Gerichtsentscheidungen getragen wird (vgl. hierzu die Hinweise in der Entscheidungsbegründung des OLG Celle).

Der Meinungsstreit ist auch durch die Entscheidung des OLG Celle nicht beendet.

In die Richtung der vom OLG Celle favorisierten Auslegung des § 60 Abs. 4 KostO geht auch eine weitere aktuelle Entscheidung des OLG Zweibrücken v. 19.6.2012 (3 W 50/11), FGPrax 2012, 223. Der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist verstorben. Er wurde von zwei Erben beerbt. Zum Nachlass gehörte Grundbesitz. Durch eine notariell beurkundete Abschichtungsvereinbarung schied eine Miterbin aus der Erbengemeinschaft aus. Die Berichtigung des Grundbuchs wurde beantragt. Auf die Voreintragung der Erbengemeinschaft wurde verzichtet. Fraglich war, ob das Grundbuchamt zu Recht eine Gebühr nach § 60 Abs. 2 KostO erhoben hat oder ob Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO für die Eintragung des verbliebenen Miterben maßgeblich war. Das OLG Zweibrücken sprach sich für die Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO, also für die Gebührenfreiheit aus. Der wesentliche Unterschied zwischen einer Abschichtung und einer Auseinandersetzung läge darin, dass bei Letzterer eine Auflassung notwendig sei, der Eigentumsübergang wird erst durch die Eintragung der Auflassung im Grundbuch bewirkt. Bei einer Abschichtung vollzieht sich dagegen der Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs. Einer Auflassungserklärung bedarf es in diesem Fall zum Eigentumsübergang nicht. Die Eintragung eines Miterben als Alleineigentümer nach einer Auseinandersetzung sei kein gebührenfreier Vorgang, weil ein rechtsgeschäftlicher Erwerb durch den Miterben vorläge, die Berichtigung des Grundbuchs mithin nicht auf dem Erbfall, sondern auf der Erbauseinandersetzung beruht. Der Erbe, der hingegen weitergehend Eigentum in der Folge einer Abschichtungsvereinbarung erwirbt, erlangt dieses aufgrund seiner Stellung als Erbe außerhalb des Grundbuchs. Durch die Abschichtung wächst der Anteil des ausgeschiedenen Miterben dem anderen Miterben zu, was im Grundbuch lediglich durch eine Grundbuchberichtigung richtigzustellen ist. Rechtsgrund sei weiterhin der Eigentumserwerb aufgrund Erbschaft (§ 1922 BGB) und nicht etwa ein rechtsgeschäftlicher Erwerb von der Miterbin. Der Vorgang sei deshalb von § 60 Abs. 4 KostO erfasst, wonach die Eintragung des Erben als Alleineigentümer gebührenfrei ist. Ob dies auch dann zu gelten hat, wenn zwischenzeitlich die Erbengemeinschaft ins Grundbuch eingetragen worden ist, ließ das OLG Zweibrücken ausdrücklich offen.

ZNotP-Fragezeichen

1. a) Maßgeblich ist die Auslegungsregel des § 330 Satz 2 BGB. Danach erwirbt der Dritte im Zweifel einen eigenen Anspruch, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt wird.

2. b) Es handelt sich um eine Schenkung unter Auflage (vgl. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 525 Rn. 8). Eine Nichtvollziehung der Auflage kann der Schenker nach § 527 BGB unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Rückübertragung verlangen. Hier scheitert der Anspruch nach § 527 Abs. 2 BGB schon daran, dass der T ein eigener Anspruch zusteht.