Inhalt

Notarrecht

Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts 402
von Richter am BGH Dr. Ulrich Herrmann, Karlsruhe

Steuerrecht

Fragliche Höhe der Gegenleistung bei Übernahme von Erwerbsnebenkosten 410
von Notarvertreter/Dipl.-Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Waiblingen

Rückwirkende Aufhebung verwirkter Steuertatbestände bei der Grunderwerbsteuer 412
von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

ZNotP-Forum

Das Gesetz zur Erleichterung der Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg und seine potenziellen Folgen 414
von Dipl.-Rechtspfleger (FH) Stefan Lissner, Konstanz

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
Die Antworten finden Sie auf S. 440. 420

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht
Bindungsfristen bei Bauträgerverträgen
BGH, Urt. v. 27. 9. 2013 – V ZR 52/12 420

Erbrecht
Herausgabeansprüche des Vertragserben gegen Dritten
BGH, Urt. v. 20. 11. 2013 – IV ZR 54/13 424

Familienrecht
Anforderung an Verfahrensfähigkeit
BGH, Beschl. v. 30. 10. 2013 – XII ZB 317/13 428

Lottogewinn als Zugewinn
BGH, Beschl. v. 16. 10. 2013 – XII ZB 277/12 430

Hinweispflicht des Rechtsanwalts über Kosten bei gemeinsamer Beratung
BGH, Urt. v. 19. 9. 2013 – IX ZR 322/12 432

Notarrecht
Vorläufige Amtsenthebung im Zusammenhang mit Kettenkaufverträgen
BGH, Beschl. v. 8. 11. 2013 – NotSt(B) 1/13 434

Steuerrecht
Minderung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch Veräußerer
BFH, Urt. v. 17. 4. 2013 – II R 1/12 436

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Bauverpflichtung in einem Grundstückskaufvertrag, Wiederkaufsrecht
OLG Oldenburg, Beschl. v. 27. 6. 2013 – 12 W 170/13 438

Notarrecht

Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts

von Richter am BGH Dr. Ulrich Herrmann, Karlsruhe

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtsprechung des Senats für Notarsachen des BGH in den zurückliegenden 12 Monaten. Ein quantitativ wesentlicher Teil der Verfahren hatte, wie auch in den vergangenen Jahren, die Besetzung von Notarstellen und die Amtsenthebung zum Gegenstand. Insoweit hatte der Senat jedoch nur wenig Gelegenheit, seine Rechtsprechung fortzuentwickeln. Vielmehr ging es zumeist um die Anwendung der bereits feststehenden Grundsätze auf den jeweiligen Einzelfall. Die folgende Darstellung von Rechtsstreitigkeiten, die die Vergabe von Notarstellen und die Amtsenthebung betrafen, beschränkt sich deshalb auf die Verfahren, in denen Besonderheiten auftraten. Rechtlich anspruchsvoller – und für den heutigen Zuhörerkreis sicherlich interessanter – waren die Prozesse, die die notarielle Tätigkeit selbst zum Gegenstand hatten.

I. Besetzung von Notarstellen

1. Im ersten zu referierenden Verfahren[1] ging es um die Konkurrenz eines Anwaltsnotars und einer bislang noch nicht zur Notarin bestellten Rechtsanwältin vor dem 1.5.2011. Der klagende Anwaltsnotar war Inhaber einer nicht auskömmlichen Notarstelle, die nur deshalb eingerichtet worden war, um die Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in einem kleineren Ort im ländlichen Raum sicherzustellen. Die Landesjustizverwaltung schrieb in einem größeren Nachbarort eine frei gewordene Notarstelle mit einem auskömmlichen Urkundsaufkommen aus. Sie beabsichtigte, diese Stelle an eine Mitbewerberin des Anwaltsnotars, die bislang noch nicht Notarin war, zu vergeben. Die gegen die Auswahlentscheidung gerichtete Anfechtungsklage blieb vor dem OLG ohne Erfolg. Die Berufung des Klägers ist nicht zugelassen worden.

Bei der Bewerbung des Klägers auf die ausgeschriebene Stelle handelte es sich entgegen seiner Ansicht der Sache nach um einen Antrag auf Amtssitzverlegung, der an § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO, nicht aber an § 6 Abs. 3 BNotO zu messen war.

Die Auswahl nach § 6 Abs. 3 BNotO vollzieht sich, wie sich aus § 6 Abs. 1 BNotO ergibt, unter den Bewerbern, die erst das Amt des Notars anstreben. Ein solches Amt hatte der Kläger aber bereits inne. Das Notaramt ist auch nicht identisch mit dem Amtssitz. Dies folgt insbesondere aus § 10 Abs. 1 Satz 1 BNotO, wonach dem Inhaber eines Notaramts ein bestimmter Ort als Amtssitz zugewiesen wird. Das Gesetz unterscheidet somit zwischen dem Amt des Notars und dessen Amtssitz. Diese Differenzierung zwischen dem Amt als solchem und dem Amtssitz liegt auch der Rechtsprechung des Senats zur Konkurrenz zwischen Notaren und Notaranwärtern um eine Stelle zugrunde. Danach hängt die Entscheidung der Landesjustizverwaltung über die Bewerbung des bereits amtierenden Notars nicht nur von einer Auswahl nach § 6 Abs. 3 BNotO, sondern auch – und vorrangig – davon ab, ob sein Wechsel nach dem Maßstab des § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO mit den Belangen einer geordneten Rechtspflege in Einklang steht. Bei der Beurteilung dieser Frage ist der Justizverwaltung ein weiterer Ermessenspielraum eingeräumt, als derjenige bei einer reinen Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 3 BNotO. Dies beruht darauf, dass der bereits amtierende Notar nicht in seiner Berufswahlfreiheit i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern durch das mögliche weitere Festhalten an seinem bisherigen Amtssitz lediglich in der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) betroffen ist, die aufgrund der staatlichen Bindungen des Notaramts von vornherein besonderen Beschränkungen unterliegt.[2]

Dies entsprach der Grundrechtssituation des Klägers. Er war bereits Inhaber eines Notaramts. Ihm wurde lediglich nicht der begehrte neue Amtssitz zugewiesen. Er wurde damit durch die Besetzungsentscheidung der beklagten Landesjustizverwaltung nicht in seiner Berufswahl-, sondern lediglich in seiner Berufsausübungsfreiheit betroffen.

Allerdings waren nicht sämtliche Erwägungen der Beklagten rechtsfehlerfrei. Eine der Erwägungen der Auswahlentscheidung war, es würde eine neue unauskömmliche Stelle geschaffen, wenn die umstrittene Stelle mit dem Kläger besetzt würde. Denn dann wäre die bislang von ihm innegehaltene Stelle neu zu besetzen.

Dies hat der Senat beanstandet.[3] Für das von der Beklagten in den Blick genommene Verhältnis der im betroffenen AG-Bezirk anfallenden Urkundszahlen zur Anzahl der vorhandenen Notarstellen war es gleichgültig, ob die ausgeschriebene Stelle mit dem Kläger oder einem anderen Bewerber besetzt wurde. Richtig war zwar, dass unabhängig von der Anzahl der Urkundsgeschäfte erneut eine Notarstelle für den bisherigen Amtssitz des Klägers auszuschreiben gewesen wäre, wenn er auf der im vorliegenden Verfahren streitigen Stelle zum Zuge gekommen wäre. Hierdurch hätte sich jedoch im Vergleich zur Situation, dass ein noch nicht zum Notar bestellter Mitbewerber die umstrittene Stelle übertragen bekommen hätte, weder etwas an der Anzahl der besetzten Notarstellen noch etwas an deren örtlicher Verteilung innerhalb des AG-Bezirks geändert. Es wäre entgegen der Auffassung der Beklagten nicht eine weitere Stelle entstanden.

1 Senatsbeschl. v. 26.11.2012 – NotZ (Brfg) 5/12, NJW-RR 2013, 694.

2 Z.B. Senat – NotZ (Brfg) 5/12, NJW-RR 2013, 694 Rn. 3 und Beschl. v. 18.7.2011 – NotZ (Brfg) 1/11, NJW-RR 2012, 53 Rn. 13 und v. 11.8.2009 – NotZ 4/09, DNotZ 2010, 467 Rn. 8 jeweils m.w.N.

3 Beschl. v. 26.11.2012 – NotZ (Brfg) 5/12, NJW-RR 2013, 694 Rn. 6.

Die Auswahlentscheidung wurde jedoch im Ergebnis von folgender vorrangig angestellter Erwägung der Beklagten getragen.[4] Die Beklagte hatte im Hinblick darauf, dass sich ab dem 1.5.2011 die fachliche Eignung der Bewerber um ein Notaramt im Bereich des Anwaltsnotariats i.d.R. nur nach den Ergebnissen der notariellen Fachprüfung und des die juristische Ausbildung abschließenden Staatsexamens richtet (§ 6 Abs. 3 Satz 2 BNotO), als tragendes Abwägungskriterium herangezogen, dass die von der Beigeladenen – und anderen konkurrierenden Rechtsanwälten – im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage erbrachten fachlichen Leistungen nahezu gegenstandslos würden, wenn der von dem Kläger angestrebten Amtssitzverlegung der Vorzug gegeben würde. Diese Beurteilung war unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats zur Konkurrenz von Notarassessoren mit bereits amtierenden Notaren[5] nicht zu beanstanden. Zwar waren die dort ausgeführten Erwägungen nicht uneingeschränkt auf die vorliegende Fallgestaltung zu übertragen. Eine den Regelvorrang für Notarassessoren rechtfertigende ausgeprägte Fürsorgepflicht der Landesjustizverwaltung besteht gegenüber Bewerbern aus der Rechtsanwaltschaft im Bereich des Anwaltsnotariats (§ 3 Abs. 2 BNotO) im Allgemeinen nicht. Die zugunsten der Notarassessoren streitenden Vertrauensgesichtspunkte können im Ausnahmefall jedoch auch im Bereich des Anwaltsnotariats für sich erstmals um ein Notaramt bewerbende Rechtsanwälte eingreifen. Der Beklagte durfte in der vorliegenden besonderen Situation, die sich daraus ergab, dass der Gesetzgeber die Kriterien zur Bemessung der fachlichen Eignung änderte, das Vertrauen der Bewerber in die Erheblichkeit der nach Maßgabe der bisherigen Rechtslage erworbenen Qualifikationen als schutzwürdig betrachten.

2. In einem weiteren Konkurrentenverfahren im Bereich des Anwaltsnotariats stand die Einhaltung der örtlichen Wartezeit im Mittelpunkt. Die im Auswahlverfahren unterlegene Bewerberin unterhielt ihre Anwaltskanzlei 500 m von der Grenze des AG-Bezirks, für den die in Rede stehende Notarstelle ausgeschrieben worden war. Sie hatte gegenüber einer Mitbewerberin, die innerhalb des AG-Bezirks kanzleiansässig war, im Besetzungsverfahren eine deutlich höhere Punktzahl erzielt. Die Landesjustizverwaltung gab jedoch jener Bewerberin den Vorzug. Zur Begründung verwies sie auf § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO. Danach soll zum Notar nur bestellt werden, wer mindestens 3 Jahre in dem vorgesehenen Amtsbereich tätig war. Die gegen die Auswahlentscheidung gerichtete Klage der nicht berücksichtigten Bewerberin blieb vor dem OLG erfolglos. Den Antrag der Klägerin, die Berufung zuzulassen, wies der Senat zurück.[6]

Entgegen der Ansicht der Klägerin vermittelte ihr gegenüber der erfolgreichen Bewerberin der Gesamtsumme nach deutlich besseres Punkteergebnis keinen Anspruch auf eine Ausnahme von der Regelvoraussetzung des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO. Das Erfordernis der Einhaltung der allgemeinen und der örtlichen Wartezeit ist der Auswahl unter den geeigneten Bewerbern (§ 6 Abs. 3 BNotO) vorgelagert.[7] Würde schon die bessere Eignung als solche genügen, von den Erfordernissen des § 6 Abs. 2 BNotO abzusehen, verlören diese ihre eigenständige Bedeutung. Dementsprechend hat grds. eine Auswahl nach der besseren Eignung und Befähigung nur unter den Bewerbern stattzufinden, die die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 BNotO erfüllen.

Zwar kann in seltenen Ausnahmefällen ein Verzicht auf die Einhaltung der örtlichen Wartezeit geboten sein. Der Senat hat – das Vorliegen eines solchen außergewöhnlichen Falls vorausgesetzt – es für möglich gehalten, dass ein öffentliches Interesse, von der Einhaltung des § 6 Abs. 2 BNotO abzusehen, auch in der Bestenauslese liegen könne, da umfassender Auswahlmaßstab für das Notariat die persönliche und fachliche Eignung sei. Ein derartiger außerordentlicher Sachverhalt war in dem betreffenden Fall nicht erkennbar. Die höhere Punktezahl der Klägerin beruhte allein darauf, dass sie 192 Punkte für Fortbildungskurse erhalten, während die erfolgreiche Bewerberin insoweit außer der Teilnahme an dem Pflichtkurs nichts aufzuweisen hatte. Dies begründete aber keinen außerordentlichen Eignungsvorsprung. Nach der Senatsrechtsprechung lässt sich die fachliche Eignung nur unter Heranziehung sowohl der theoretischen Fortbildung als auch der praktisch erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse zuverlässig beurteilen.[8] Die Klägerin hatte jedoch mit lediglich 1,8 Beurkundungspunkten kaum Erfahrungen in der notariellen Praxis, sodass von einer signifikant besseren Eignung nicht die Rede sein konnte.

Auch der Hinweis der Klägerin, dass ihre Anwaltskanzlei lediglich 500 m von der Grenze des AG-Bezirks, für den die Stelle ausgeschrieben war, entfernt lag, begründete keinen Ausnahmefall, der es rechtfertigt hätte, von der Einhaltung des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO abzusehen. Dass ein Rechtsanwalt seinen Kanzleisitz in unmittelbarer geografischer Nähe zu einem anderen AG-Bezirk unterhält, sich sein Mandantenstamm auch aus diesem Bezirk speist und er vielfach (auch) vor Gerichten und Behörden des Nachbarbezirks auftritt, ist kein ungewöhnlicher Vorgang. Er ist nicht auf Ballungsgebiete, zumal nicht auf den hier betroffenen Großraum beschränkt. Gerade auch in ländlichen Gebieten kommt eine solche Fallgestaltung oftmals vor. Solche Situationen sind vielmehr im Rahmen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO regelmäßige Folge jedweder Abgrenzung von AG-Bezirken. Die damit für die am geografischen Rand eines Bezirks tätigen Rechtsanwälte verbundenen Misshelligkeiten werden zumindest teilweise dadurch ausgeglichen, dass § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO grds. auch umgekehrt Bewerbungen potenziell konkurrierender benachbarter Rechtsanwälte aus dem angrenzenden Bezirk entgegensteht.

4 Beschl. v. 26.11.2012 – NotZ (Brfg) 5/12, NJW-RR 2013, 694 Rn. 7 f.

5 NotZ 4/09, DNotZ 2010, 467; s. auch Senatsbeschl. v. 18.7.2011 – NotZ (Brfg) 1/11, NJW-RR 2012, 53.

6 Beschl. v. 26.11.2012 – NotZ (Brfg) 7/12, AnwBl. 2013, 151.

7 Beschl. v. 26.11.2012 – NotZ (Brfg) 7/12, AnwBl. 2013, 151 Rn. 8; Senatsurt. v. 5.3.2012 – NotZ (Brfg) 14/11, ZNotP 2012, 194 Rn. 5; Senatsbeschl. v. 21.2.2011, a.a.O.; v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75, 77 und v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, NJW 2002, 968, 969.

8 Z.B. Beschl. v. 26.10.2009 – NotZ 1/09 Rn. 25 und v. 20.11.2006 – NotZ 4/06, ZNotP 2007, 109 Rn. 29.

74243312_ZNotP_Innenteil.indd 403 20.12.13 13:44

II. Amtsenthebungsverfahren

Der Senat hatte sich (leider) auch mit einer Reihe von Verfahren zu befassen, in denen Notare wegen der Art ihrer Wirtschaftsführung (§ 50 Abs. 1 Nr. 8, 2. Var. BNotO) vorläufig oder endgültig ihres Amts enthoben wurden. Insoweit waren lediglich die hierzu in st. Rspr.[9] entwickelten Grundsätze auf die Einzelfälle anzuwenden. Hervorzuheben ist aber eine Passage in dem Senatsbeschl. v. 2.1.2013.[10] Dieser ist zu entnehmen, dass eine die Interessen der Rechtsuchenden gefährdende Art der Wirtschaftsführung dann zu verneinen sein kann, wenn Gläubiger lediglich in einer kurzen, vorübergehenden und inzwischen überwundenen Phase der beruflichen Tätigkeit des Notars gezwungen sind, ihre Forderungen zwangsweise beizutreiben. Voraussetzung ist allerdings, dass die zuverlässige Aussicht einer stabilen Konsolidierung der Einkommenssituation besteht, was in dem konkreten Fall nicht gegeben war. Zum anderen hat der Senat in seinem in demselben Verfahren ergangenen Urt. v. 22.7.2013[11] hervorgeben, dass eine nicht nur vereinzelt nachlässige Handhabung steuerlicher Verpflichtungen eine für einen Notar nicht hinnehmbare Art der Wirtschaftsführung darstellt, die erhebliche Zweifel an seiner wirtschaftlichen Zuverlässigkeit begründet.

III. Notarielle Tätigkeit

1. Die rechtlich interessanteste Sache zu diesem Themenkreis lag dem Senatsurt. v. 4.3.2013[12] zugrunde. Gegenstand war die beabsichtigte Beurkundungstätigkeit eines deutschen Notars im EU-Ausland. Der etwas vereinfachte Sachverhalt war folgender:

Der klagende Notar teilte seiner Aufsichtsbehörde mit, er beabsichtige, 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. Der Notar 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. Einige Monate später unterrichtete der Kläger die Aufsichtsbehörde von seiner Absicht, 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 Aufsichtsbehörde verweigerte die Genehmigungen. Zur Begründung führte sie aus, § 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,[13] 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.

Die hiergegen erhobene Klage, die soweit inzwischen Erledigung eingetreten war, auf Feststellung umgestellt war und mit der verschiedene Hilfsanträge gestellt wurden, blieb in beiden Instanzen erfolglos.

Die Sache warf eine Vielzahl von interessanten Rechtsfragen auf. Allerdings trog die mancherorts vorhandene Erwartung, der Rechtsstreit werde zur Klärung führen, ob und inwieweit die Ausführungen des EuGH zur Einordnung der notariellen Tätigkeit nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) im Rahmen der Niederlassungsfreiheit auf die Dienstleistungsfreiheit übertragbar seien.

Aus der Entscheidung des Gerichtshofs 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.[14] Demgegenüber vertritt ein anderer Teil des Schrifttums[15] die Auffassung, dass die Erwägungen in der Entscheidung des Gerichtshofs[16] 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 seien, 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 hat der Senat in seiner Entscheidung[17] darauf hingewiesen, 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[18] oder die Anwendung der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr betreffe.[19] Auch das BVerfG hat in seinem Beschl. v. 19.6.2012[20] ausgeführt, die

9 S. hierzu z.B. Senatsbeschl. v. 26.10.2009 – NotZ 14/08, Rn. 11 m.w.N.
10 NotZ (Brfg) 13/12, Rn. 5.
11 NotZ (Brfg) 13/12, Rn. 17.
12 NotZ (Brfg) 9/12, ZNotP 2013, 112 (für BGHZ vorgesehen).
13 C-54/08, Slg. 2011, I-4355 = ZNotP 2011, 311.
14 *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.
15 *Fuchs*, EuZW 2011, 475 f.; *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484 f.; *Pelikan*, notar 2011, 259, 260; *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 325 f.
16 ZNotP 2011, 311 Rn. 83 ff.
17 ZNotP 2011, 311 Rn. 19.
18 ZNotP 2011, 311 Rn. 75.
19 ZNotP 2011, 311 Rn. 76.
20 NJW 2012, 2639 Rn. 46 ff.

Entscheidung des Gerichtshofs stehe der Qualifizierung der notariellen Tätigkeit als hoheitlich und den daraus folgenden Beschränkungen der Berufsausübung nicht entgegen.

Eine Entscheidung hierzu und dementsprechend ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (Art. 267 AEUV) war jedoch entbehrlich. Es kam auf diese Fragen nicht an. Die Klage war auch ohne deren Beantwortung abzuweisen.

Nicht zu teilen vermochte der Senat jedoch die Ansicht der beklagten Aufsichtsbehörde, § 11 BNotO (Genehmigung von Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks) gelte lediglich für die inländische Urkundstätigkeit.[21] Der Wortlaut der Bestimmung enthält eine Einschränkung auf inländische auswärtige Beurkundungen nicht. 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,[22] 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.

Die vom Kläger beabsichtigten Beurkundungen in den Niederlanden waren nach § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO nicht genehmigungsfähig, selbst wenn zu seinen Gunsten unterstellt wurde, dass er die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit für sich in Anspruch nehmen konnte, weil die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV (Ausübung öffentlicher Gewalt) für die notarielle Urkundstätigkeit nicht gilt.

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.[23] Ein solcher 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.[24] Maßgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wünsche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, d.h. in der Sache selbst liegende zwingende Gründe.[25] 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.[26]

An diesen Kriterien gemessen, schied die Erteilung der vom Kläger begehrten Genehmigung für die Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag aus. Im gesamten Verfahren hatte er weder besondere Interessen seines Auftraggebers geltend gemacht, die einer Beurkundung der Generalvollmacht durch einen niederländischen Notar oder in der Geschäftsstelle des Klägers entgegenstehen, noch waren solche anderweitig ersichtlich. Erst recht waren 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.

Entgegen der Ansicht des Klägers griff der auf Auswärtsbeurkundungen im Inland bezogene Schutzzweck des § 11 Abs. 2 BNotO auch hinsichtlich der beabsichtigten Beurkundungen in anderen Mitgliedstaaten der EU ein.[27] 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.[28] Es soll ein „Reisenotariat“ verhindert werden, das die Fundamente des Zulassungswesens unterminieren würde.[29] 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.[30] Zwar mag, wie der Kläger unter Hinweis auf den Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG v. 9.8.2000[31] hervorhob, eine gelegentliche Abwesenheit des Notars, der

21 Urt. v. 4.3.2013 – NotZ (Brfg) 9/12, ZNotP 2013, 112 Rn. 15.

22 Vgl. Begr. des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze, BR-Drucks. 890/05, S. 23.

23 Senatsurteil, a.a.O. Rn. 21; weiter 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*, BNotO, 9. Aufl., § 11 Rn. 3. S. auch Nr. VII 21 Abs. 1 der für den Kläger maßgebenden 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), die den Allgemeinen Verfügungen fast aller anderen Länder (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 25.4.2001 – Not 7/01, Rn. 16; *Lerch*, ebda., § 11 Rn. 9) entspricht (s. auch Nr. IX 1 RLE/BNotK (abgdr. bei Schippel/Bracker/*Görk*, ebda., S. 968).

24 Eylmann/Vaasen/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 11 Rn. 4; Schippel/Bracker/*Püls* (Fn. 23), § 11 Rn. 3.

25 Vgl. Schippel/Bracker/*Püls* (Fn. 23), § 11 Rn. 3.

26 Vgl. Schippel/Bracker/*Püls* (Fn. 23), § 11 Rn. 3; Nr. IX 1 Buchst. b RLE/BNotK; s. ferner auch Nr. IX 1 Buchst. d RLE/BNotK.

27 Senatsurt. v. 4.3.2013 – NotZ (Brfg) 9/12, ZNotP 2013, 112 Rn. 23.

28 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.

29 *Lerch* (Fn. 23), § 10a Rn. 7.

30 Schippel/Bracker/*Püls* (Fn. 23), § 10a Rn. 2.

31 NJW 2000, 3486, 3487.

eine Auswärtsbeurkundung vornimmt, von seinem Amtssitz unbedenklich sein. Die vom Kläger angestrebte generelle Genehmigung von Beurkundungen im Ausland hätte jedoch auch eine längere Abwesenheit von seiner Geschäftsstelle ermöglicht, die die ordnungsgemäße Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in seinem Amtsbereich hätte beeinträchtigen können. 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 war 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 stand dem nicht entgegen. Er betraf lediglich Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle, aber innerhalb des Amtsbereichs. Es handelte sich mithin darum, dass der Notar seiner Urkundstätigkeit in unmittelbarer geografischer Nähe zu seiner Geschäftsstelle nachging. Demgegenüber ist bei Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks typischerweise – und auch hier (Entfernung Berlin – Den Haag) – die im Interesse der Rechtsuchenden notwendige Präsenz in seiner Geschäftsstelle erheblich gefährdet.

Unabhängig hiervon war die Versagung der Genehmigung auch auf ein IPR-rechtliches „Standbein“ zu stützen. Der Kläger konnte seiner aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgenden Verpflichtung, dem Willen des Beteiligten im Rahmen des rechtlich Zulässigen vollumfängliche Wirkung zu verschaffen,[32] bei der beabsichtigen Auslandsbeurkundung nicht genügen.[33] 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 entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH[34] als notarielle nicht bereits wegen Verstoßes gegen dieses Prinzip schlechthin unwirksam sind.

Eine Vollmacht, welche der Kläger in Den Haag zu beurkunden beabsichtigte, richtet sich nach dem deutschen Internationalen Privatrecht grds. nach dem Recht des Landes, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird.[35] Für die Form gilt allerdings Art. 11 EGBGB.[36] 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 entsprechende 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 verkannte, 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 war aber vorliegend nicht der Fall. Das niederländische Sicherheits- und Justizministerium hatte 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.

Die in Aussicht genommene, vom Kläger zu beurkundende Vollmacht sollte eine Generalvollmacht sein, die nicht auf bestimmte Geschäfte beschränkt war, 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 konnte, stand nach § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO der Erteilung der beantragten Genehmigung für das Rechtsgeschäft in Den Haag ebenfalls entgegen. Das zumindest potenzielle Wirksamkeitsdefizit von Urkunden, die vom Kläger im Ausland errichtet würden, schloss auch die von ihm beantragte allgemeine Genehmigung einer Urkundstätigkeit in den Mitgliedstaaten der EU außerhalb Deutschlands aus.[37]

Die aus den vorstehenden Erwägungen folgende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Klägers war – sofern nicht ohnehin die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV eingriff[38] – unionsrechtlich unbedenklich.[39]

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,[40] macht die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts nicht unanwendbar. Der Gerichtshof hat

32 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.

33 Senat, a.a.O. Rn. 25 ff.

34 Urt. v. 30.4.1998 – IX ZR 150/97, BGHZ 138, 359, 361 f.

35 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.

36 OLG München, NJW-RR 1989, 663, 664; OLG Stuttgart, DNotZ 1981, 747 jeweils zu Art. 11 EGBGB a.F.; Erman/*Hohloch* (Fn. 35), Anh. I Art. 37 EGBGB Rn. 20; Palandt/*Thorn* (Fn. 35), Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 2.

37 Senat, a.a.O. Rn. 27 f.

38 Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08, NJW 2011, 2941 Rn. 75 f.; BVerfG, NJW 2012, 2639 Rn. 46 ff.

39 Senat, a.a.O. Rn. 29 f.

40 A.a.O. Rn. 93.

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.[41] 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.[42] Nichts anderes kann für die hier in Rede stehende Dienstleistungsfreiheit gelten. Die Beschränkungen für Auswärtsbeurkundungen durch den Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2, 2. Alt. BNotO und die restriktiven Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllen nach Auffassung des Senats diese Bedingungen, wie er in seinem Urteil näher ausgeführt hat.[43]

Die vom Kläger für seine Rechtsposition ferner angeführte Berufsanerkennungsrichtlinie[44] war nicht einschlägig.[45]

Der Senat sah sich nicht gehalten, wegen der von ihm erörterten unionsrechtlichen Frage ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den EuGH zu richten.[46] Vielmehr war dies nach der „acte clair-Doktrin“[47] entbehrlich. Dass im Allgemeininteresse, insbesondere zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen, die örtliche Zuständigkeit von Notarenbeschränkt werden kann, hatte der Gerichtshof in seinem Urt. v. 24.5.2011 ausdrücklich hervorgehoben.[48] Die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Beschränkungen war angesichts des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter einerseits und der Geringfügigkeit der Beeinträchtigungen der objektiven Interessen der Notare und der Rechtsuchenden andererseits offenkundig.

2. Zwei weitere Fälle, in denen die notarielle Tätigkeit in Rede stand, betrafen Disziplinarverfahren, die ihren Ursprung in der Doppelfunktion von Anwaltsnotaren hatten.

a) In der ersten Sache[49] nahm der klagende Notar in den Jahren 2005 und 2006 als Rechtsanwalt in einem Scheidungsverfahren ein Mandat für den beteiligten Ehemann wahr. Dessen Ehefrau war anwaltlich nicht vertreten. Die Ehe wurde im März 2006 einvernehmlich geschieden. Mit Ausnahme des Versorgungsausgleichs wurden Folgesachen nicht geregelt. Sie waren auch nicht Gegenstand der anwaltlichen Beratung durch den Kläger. Am 24.7.2008 beurkundete dieser als Notar einen Grundstücksübertragungsvertrag zwischen den geschiedenen Eheleuten. Die vormalige Ehefrau übertrug darin gegen die Verpflichtung zur Zahlung von 50.000 € ihrem früheren Gatten ihre ideelle Miteigentumshälfte an einem bislang gemeinsamen Grundstück. § 4 des Vertrags („Gegenleistung“) enthielt folgenden Abs. 7: „Die Vertragsparteien erklären, dass mit Erfüllung der Zahlungsverpflichtung sämtliche wechselseitigen etwaigen Zugewinnausgleichsansprüche erledigt sind.“

Die beklagte Aufsichtsbehörde verhängte gegen den Notar wegen dieses Sachverhalts eine Geldbuße von 750 €. Dessen Widerspruch und Klage hiergegen blieben ohne Erfolg. Der Senat hat die Zulassung der Berufung des Klägers abgelehnt.

Der Senat bejahte ebenso wie die Beklagte und die Vorinstanz einen Verstoß des Klägers gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG. Nach dieser Bestimmung soll ein Notar u.a. an einer Beurkundung nicht mitwirken in Angelegenheiten einer Person, für die er außerhalb einer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war. Aufgrund der Wahrnehmung seines anwaltlichen Mandats zugunsten des früheren Ehemanns im Scheidungsverfahren war der Kläger bereits in „derselben Angelegenheit“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG tätig gewesen, als er den Grundstücksübertragungsvertrag v. 24.7.2008 beurkundete. Der Begriff „derselben Angelegenheit“ bedeutet, dass sich die außernotarielle Tätigkeit und das notarielle Urkundsgeschäft auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt beziehen müssen.[50] Die eheliche Gemeinschaft ist der typische Fall eines solchen Lebenssachverhalts, sodass ein Anwaltsnotar, der einen Ehepartner in einer ehelichen Angelegenheit beraten oder vertreten hat, als Notar einen Ehe-, Unterhalts- oder Scheidungsfolgenvertrag nicht mehr beurkunden darf.[51]

Hiergegen hatte der Kläger verstoßen. Er hatte den Ehemann aufgrund des ihm erteilten Anwaltsmandats in dem 2006 abgeschlossenen Scheidungsverfahren vertreten. Der von ihm beurkundete Grundstücksübertragungsvertrag enthielt in seinem § 4 Abs. 7 eine Regelung über den Zugewinnausgleich und damit über eine Scheidungsfolge. Entgegen der Auffassung des Klägers war es unbeachtlich, ob sein Anwaltsmandat im Scheidungsverfahren die Beratung oder Vertretung im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich nicht erfasste. Es genügte, dass er als Rechtsanwalt zugunsten einer Partei in dem Eheverfahren mitwirkte und der von ihm als Notar beurkundete Vertrag eine Scheidungsfolgenregelung enthielt, da beide Tätigkeiten im Gesamtzusammenhang des einheitlichen Vorgangs, der Scheidung der beiden betroffenen Ehegatten,

41 BVerfG, NJW 2012, 2639 Rn. 46 unter Bezugnahme auf EuGH Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08, NJW 2011, 2941 Rn. 98.

42 A.a.O.

43 A.a.O. Rn. 31.

44 RL 2055/36/EG v. 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. Nr. L 255, S. 22).

45 Senat, a.a.O. Rn. 32.

46 A.a.O. Rn. 33 f.

47 S. hierzu z.B. Senatsbeschl. v. 22.3.2010 – NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rn. 33 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

48 A.a.O. Rn. 98.

49 Beschl. v. 26.11.2012 – NotSt (Brfg) 2/12, ZNotP 2013, 31.

50 Senat, a.a.O. Rn. 9; weiter z.B. OLG Schleswig, NJW 2007, 3651, 3652; Eylmann/Vaasen/*Frenz* (Fn. 24), § 11 Rn. 7; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler (Fn. 23), § 16 Rn. 14, 76; Schippel/Bracker/*Schäfer* (Fn. 23), § 16 Rn. 47; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 3 Rn. 114.

51 Senat, a.a.O.; vgl. weiter z.B. Senatsbeschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 314; OLG Schleswig, NJW 2007, 3651, 3652; *Armbrüster*, a.a.O., Rn. 76; Eylmann/Vaasen/*Frenz* (Fn. 24), § 11 Rn. 47; *Schäfer* (Fn. 23), § 16 Rn. 47; *Winkler* (Fn. 50), § 3 Rn. 114.

standen. Der Begriff der „selben Angelegenheit“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ist nicht eng auszulegen.[52] Es reicht aus, wenn ein Gesamtzusammenhang innerhalb des einheitlichen Lebenssachverhalts besteht.[53] Dies erfordert der Schutzzweck der Vorschrift, die das Vertrauen in die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars gewährleisten soll.[54] Bereits der objektiv begründete Anschein, der Notar werde aufgrund seiner außernotariellen Vorbefassung sein Amt nicht entsprechend diesen Anforderungen ausüben, steht hiernach seiner Mitwirkung an dem betreffenden Urkundsgeschäft entgegen.[55] Gerade auch in der vorliegenden Fallgestaltung kam der Schutzzweck des Mitwirkungsverbots zum Tragen. Auch wenn der Kläger im Scheidungsverfahren noch nicht im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich mandatiert war, war er jedoch – pflichtgemäß – einseitiger Interessenvertreter des Ehemanns. Bei objektiver Betrachtung bestand auch für eine vernünftige Partei die begründete Besorgnis, diese parteiliche Vorbefassung des Klägers werde bei der Beurkundung, die eine Regelung zu einer unmittelbaren Scheidungsfolge enthielt, noch fortwirken.

Die für die Pflichtverletzung verhängte Sanktion hat der Senat ebenfalls gebilligt. Auch unter Berücksichtigung dessen, dass dem Kläger lediglich Fahrlässigkeit zur Last fiel und er disziplinarrechtlich nicht vorbelastet war, schied ein bloßer Verweis (§ 97 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BNotO), der die mildeste Ahndung eines Dienstvergehens darstellt, als Disziplinarmaßnahme aus. Vielmehr war die Verhängung einer Geldbuße angemessen und insbesondere auch verhältnismäßig. Ein Verstoß gegen Mitwirkungsverbote, wie er dem Kläger zur Last fiel, zählt als solcher schon zu den gewichtigen Pflichtwidrigkeiten eines Notars, der ganz erhebliche Konsequenzen erlaubt und auch erforderlich macht, wie der Senat bereits mit Beschl. v. 22.3.2004[56] ausgeführt hatte. Beurkundungsverbote haben als zentralen Zweck, das Ansehen des Notaramts in den Augen der Bevölkerung zu schützen. Der Notar ist gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer aller Beteiligten. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufsrechts und rechtfertigen überhaupt erst das Vertrauen, das dem Notar entgegengebracht wird; sie bilden mithin das Fundament des Notarberufs.[57] Der Gesetzgeber hat deshalb in § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO die Amtspflicht des Notars festgeschrieben, jedes Verhalten zu vermeiden, das auch nur den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit und der Parteilichkeit. Das sich hieraus ergebende Gewicht der Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 BeurkG spiegelt sich auch in § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO wieder. Danach führen wiederholte grobe Verstöße eines Notars gegen die Verbote des § 3 Abs. 1 BeurkG zwingend zur Amtsenthebung, wobei hierfür noch nicht einmal ein erheblicher Schuldvorwurf erforderlich ist.[58]

Angesichts dessen und unter Berücksichtigung des in § 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO bestimmten Geldbußenrahmens von bis zu 50.000 € erschien der verhängte Betrag maßvoll.

b) Ein gleichsam umgekehrter Sachverhalt lag einem am 4.3.2013 verkündeten Urteil des Senats für Notarsachen[59] zugrunde. Der betroffene Anwaltsnotar beurkundete 1999 einen Erbauseinandersetzungsvertrag zwischen drei Geschwistern, in dem u.a. die Aufteilung eines Grundstücks und die Vornahme diverser Arbeiten an diesem geregelt waren. 7 Jahre später vertrat er den Ehemann einer der Miterbinnen in einem Zivilrechtsstreit gegen die beiden anderen Geschwister. Gegenstand des Prozesses waren Werklohnansprüche im Zusammenhang mit der Durchführung von Arbeiten an dem Grundstück, wobei geltend gemacht wurde, diese Leistungen seien von dem Erbauseinandersetzungsvertrag nicht erfasst gewesen. Der Präsident des LG erteilte dem Notar wegen Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot nach § 14 Abs. 1 BNotO i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO einen Verweis.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren focht der Notar die Disziplinarverfügung vor dem OLG an. Dieses wies die Klage ab. Auf die Berufung des Klägers hat der Senat die angefochtene Verfügung aufgehoben und das Disziplinarverfahren eingestellt.

Die notarrechtliche disziplinarische Ahndung des beanstandeten Verhaltens scheiterte 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 oder 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.

Dies war vorliegend nicht der Fall. Das in Rede stehende Verhalten war eine anwaltliche Tätigkeit, die der Kläger nach Auffassung des LG-Präsidenten unter Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO aufgenommen hatte. 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.[60]

52 Senatsbeschl. v. 26.11.2012 – NotSt(Brfg) 2/12, ZNotP 2013, 31 Rn. 12; BGH, Urt. v. 25.5.1984 – V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler (Fn. 23), § 16 Rn. 14, 76; *Winkler* (Fn. 50), § 3 Rn. 114.

53 Senat, a.a.O.; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler (Fn. 23), § 16 Rn. 76; *Winkler* (Fn. 50), § 3 Rn. 114.

54 Senat, a.a.O.; BGH, Urt. v. 25.5.1984 – V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232 sowie Senatsbeschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 316 f.; *Winkler* (Fn. 50), § 3 Rn. 114.

55 Senatsbeschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 317; *Winkler* (Fn. 50), § 3 Rn. 114.

56 NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 315.

57 Senat – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 316 f.

58 Senat – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 317.

59 NotSt (Brfg) 1/12, ZNotP 2013, 117.

60 Vgl. BGH, Urt. v. 25.5.1968 – AnwSt (R) 8/67, BGHSt 22, 157, 163 f. zu dem vergleichbaren Fall des § 45 Nr. 4 BRAO a.F.

Anhaltspunkte dafür, dass im konkreten Einzelfall ein notarieller Pflichtverstoß überwog, waren nicht festzustellen. Da die beanstandete Handlung nicht der Disziplinargewalt der notariellen Aufsichtsbehörden unterfiel, war das Disziplinarverfahren unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung einzustellen.

3. Das letzte Verfahren, über das diesem Beitrag zu berichten ist, hatte die Erteilung der Genehmigung für eine Nebentätigkeit des betroffenen Notars als Vorstandsmitglied einer gemeinnützigen Stiftung, die Anteilseignerin von auf Gewinn ausgerichteten Gesellschaften war, (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 BNotO) zum Gegenstand.[61]

Der Notar hatte eine letztwillige Verfügung beurkundet, durch die die künftige Erblasserin bestimmte, dass nach ihrem Tode eine rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts errichtet und diese Alleinerbin ihres Vermögens werden solle. Zweck der Stiftung sollte die Förderung des Sports sein. Zum Vermögen der Erblasserin und damit der später errichteten Stiftung gehörten umfangreiche Beteiligungen an Unternehmen, die auf Gewinnerzielung und -optimierung ausgerichtet waren. In einer Ergänzungsurkunde stellte die künftige Erblasserin klar, dass Aufgabe der Stiftung u.a. die Wahrnehmung aller Gesellschafter- und Eigentümerrechte betreffend das geschäftliche Vermögen „entsprechend der Firmenphilosophie“ der betroffenen Unternehmen sei. In einer weiteren letztwilligen Verfügung bestimmte sie, dass der Notar eines der insgesamt drei Vorstandsmitglieder der Stiftung sein solle.

Nach dem Tod der Erblasserin wurde die Stiftung rechtswirksam errichtet. Die vom Notar beantragte Genehmigung der Nebentätigkeit als Stiftungsvorstandsmitglied lehnte die beklagte Aufsichtsbehörde unter Hinweis auf § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO ab, wonach die Genehmigung zu versagen ist, wenn die beabsichtigte Nebentätigkeit mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gefährden kann. Auf die Klage des Notars hob das OLG den betreffenden Bescheid der Beklagten auf und verpflichtete sie, den Kläger neu zu bescheiden. Den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des OLG lehnte der Senat ab.

Die Vorinstanz hatte ausgeführt, die Genehmigungsfähigkeit einer Nebentätigkeit müsse sich an dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers ausrichten, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare zu wahren und jeder denkbaren Gefährdung entgegenzutreten. Dabei sei bereits dem mit einer bestimmten Nebentätigkeit verbundenen Anschein einer Gefährdung der notariellen Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu begegnen.[62] Dies sei jedoch nicht festzustellen. Zwar habe dem Stiftungsvorstand, auch die Überwachung der Einhaltung der „Firmenphilosophie“ der Unternehmen obgelegen, sodass er umfangreiche Einflussmöglichkeiten auf die geschäftlichen Tätigkeiten der Firmen gehabt habe. Dies sei jedoch nicht ausreichend, um die vom Kläger beantragte Genehmigung zu versagen.[63] Die ihm eingeräumten Befugnisse gingen über diejenigen eines Mitglieds des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft nicht hinaus. Eine solche Tätigkeit sei jedoch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG[64] nicht generell mit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Notars unvereinbar. Demnach greife der zwingende Versagungsgrund des § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO nicht ein. Die Beklagte habe vielmehr gem. § 8 Abs. 3 Satz 1 BNotO nach pflichtgemäßem Ermessen über den Antrag des Klägers zu entscheiden. Da es an Ermessenserwägungen der Beklagten bislang fehle, sei er erneut zu bescheiden.

Mit seinem den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung zurückweisenden Beschluss hat der Senat die Ausführungen des OLG im Wesentlichen gebilligt. Ergänzend hat er hervorgehoben, dem Einwand der Beklagten hinsichtlich der Ausrichtung der Gesellschaften, an denen die Stiftung beteiligt sei, auf Gewinnmaximierung komme kein entscheidendes Gewicht zu, da nicht eine verbotene Tätigkeit nach § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BNotO, sondern allein die Frage der Genehmigungsfähigkeit der Nebenbeschäftigung als Mitglied des Vorstands einer Stiftung in Rede stehe. Der Gesetzgeber hat in § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO die Übernahme einer Nebenbeschäftigung insbesondere zu einer gewerblichen Tätigkeit als auch nach Nr. 2 dieser Vorschrift den Eintritt in den Vorstand, Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat oder ein sonstiges Organ einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft oder eines in einer anderen Rechtsform betriebenen wirtschaftlichen Unternehmens nur unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass sowohl die gewerbliche Tätigkeit als auch der Eintritt in Organe einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft nicht generell unzulässig sind. Die Erzielung von Gewinn steht deshalb einer Nebenbeschäftigung nicht von vornherein entgegen. Deshalb kam dem Umstand, dass die dem Stiftungsvermögen zugehörigen Gesellschaften auf Gewinnmaximierung sowie auf Expansion und Verdrängung von Wettbewerbern ausgerichtet waren, kein entscheidendes Gewicht zu. Allein hieraus kann nicht von vornherein der Schluss gezogen werden, dass die Tätigkeit im Vorstand der Stiftung unzulässig ist.

Gleiches ergab sich aus den im BeurkG enthaltenen Wertungen. Die Bestimmungen des BeurkG zu den für den Notar geltenden Mitwirkungsverboten (§ 3 BeurkG) setzen ebenfalls voraus, dass es dem Notar erlaubt sein kann, einem vertretungsberechtigten oder einem nicht vertretungsberechtigten Organ anzugehören.[65] § 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BeurkG regelt, dass die Mitgliedschaft in einem Organ, das nicht zur Vertretung berechtigt, keinen Ausschluss von der Beurkundungstätigkeit bedingt, im Gegensatz zur Mitgliedschaft in

61 Urt. v. 22.7.2013 – NotZ (Brfg) 15/12.

62 OLG Celle, Urt. v. 18.10.2012 – Not 5/12, Rn. 26 unter Bezugnahme u.a. auf Senatsurt. v. 11.7.2005 – NotZ 9/05, DNotZ 2005, 951.

63 OLG Celle, Urt. v. 18.10.2012 – Not 5/12, Rn. 33 ff.

64 Unter Bezugnahme auf BVerfG, DNotZ 2003, 65.

65 Vgl. BVerfG, DNotZ 2003, 66 f.

einem vertretungsberechtigten Organ nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BeurkG. Die Tätigkeit als Aufsichtsrat einer Gesellschaft begründet damit nur eine Hinweispflicht nach § 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BeurkG i.V.m. Abs. 2 Satz 1 BeurkG. Der Gesetzgeber sieht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit und Parteilichkeit des Notars einen Hinweis an die Urkundsbeteiligten als ausreichend an. Auch Fall der Mitgliedschaft in einem vertretungsberechtigten Organ schließt die Beurkundungstätigkeit nur aus, wenn die jeweilige Gesellschaft, deren vertretungsberechtigtem Organ der Notar angehört, beteiligt ist.

Erfolglos hatte die Beklagte geltend gemacht, die angefochtene vorinstanzliche Entscheidung beruhe auf Verfahrensmängeln. Das OLG habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass zum Stiftungsvermögen umfangreiches Grundvermögen gehöre und deswegen auch Grundstücksgeschäfte zu besorgen seien, mit denen der Kläger infolge seiner Tätigkeit in Kontakt komme. Das OLG hatte hier zutreffend darauf abgestellt, dass der Zweck der Firmen nicht im Bereich des Grundstücksverkehrs lag und auch keine besondere Affinität zu diesem Bereich aufwies. Daran änderte nichts, dass eine der Gesellschaften aufgrund ihrer Größe über umfangreiches Grundvermögen verfügte. Bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Eintritts in ein vertretungsberechtigtes Organ einer Gesellschaft ist grds. zugrunde zu legen, dass sich der Notar im Fall der Genehmigung an die bestehenden Mitwirkungsverbote halten und alle Ge- und Verbote beachten werde.

Die Mitgliedschaft des Klägers im Stiftungsvorstand war schließlich inhaltlich so weit entfernt von der operativen Tätigkeit der einzelnen am Markt tätigen Unternehmen, dass auch deren Bekanntwerden in dem im vorliegenden Fall inmitten stehenden kleinstädtischen Milieu für sich genommen keinen Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit begründete.

Steuerrecht

Fragliche Höhe der Gegenleistung bei Übernahme von Erwerbsnebenkosten

Zugleich Anmerkung zu BFH, Urt. v. 17.4.2013 – II R 1/12, ZNotP 2013, 436 (in diesem Heft)

von Notarvertreter/Dipl.-Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Waiblingen[*]

Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gilt bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der vom Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen als Gegenleistung, die den Maßstab für die Ermittlung der Höhe der Grunderwerbsteuer darstellt.

Streitigkeiten über die Höhe und Zusammensetzung der Gegenleistung entstehen regelmäßig wegen der Struktur von notariellen Urkunden und deren zugrunde liegenden rechtlichen Verfügungen. Ein Grundstückskaufvertrag kann eine Vielzahl von rechtlichen Verpflichtungen und gegensätzlichen Ansprüchen enthalten. Die konkrete Fragestellung in dieser Entscheidung des BFH betraf die Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch den Veräußerer.

Hierbei sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Zum einen die Frage, ob die Verpflichtung des Veräußerers bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam bestanden hat und zum anderen, ob diese Verpflichtung eine eigenständige und von der Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag zu trennende Nebenpflicht darstellt. Für die Betrachtung der letzten Fragestellung sind wirtschaftliche Erwägungen nicht zu berücksichtigen. Richtigerweise hat bereits die Vorinstanz ausgeführt, dass es nicht darauf ankommt, ob im Ergebnis dem Veräußerer wirtschaftlich weniger Mittel zur Verfügung stehen als nominell nach dem Kaufpreis zu folgern.[1] Ebenso ist es unerheblich ob die Übernahme der potenziellen Nebenpflicht für die Vertragsparteien essenziell für den Abschluss des Kaufvertrags war.

In diesem Sachverhalt erkannte der BFH keinen Fall der nachträglichen Herabsetzung der Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage bestimmt sich aus der im Vertrag vereinbarten Gegenleistung. Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass der Kläger seine Gegenleistung in voller Höhe für einerseits den Erwerb des Grundeigentums und andererseits für den Erhalt des Erstattungsanspruchs bezogen auf die Erwerbsnebenkosten aufgewendet hat.

Der Erwerb des Erstattungsanspruchs hinsichtlich der Erwerbsnebenkosten stellt keinen grunderwerbsteuerlichen Vorgang dar und ist von der Bemessungsgrundlage des grunderwerbsteuerlichen Erwerbs des Grundbesitzes abzuziehen. Der Erstattungsanspruch ist ein auf Geld gerichteter Anspruch und damit bestimmbar. Eine genaue Bestimmung des Erstattungsanspruchs war zum Zeitpunkt der Angebotsannahme noch nicht möglich. Unabhängig von der konkreten Höhe der zu erstattenden Erwerbsnebenkosten, war der Rechtsboden für die Erstattung bereits mit Vertragsannahme gelegt. Voraussetzung für einen wirksamen Vertragsschluss durch Annahmeerklärung war, dass der Erwerber die Finanzierung sichergestellt hat. Damit war gleichzeitig der Anspruch auf Erstattung der Erwerbsnebenkosten, der sich ebenfalls an der Sicherstellung der Finanzierung orientierte, geschaffen.

* Der Autor ist Notarvertreter im Landesdienst bei den Notariaten Kernen i.R. und Remshalden und Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

1 FG Sachsen, Urt. v. 25.5.2011 – 4 K 205/07, DStRE 2012, 1275.

Mit dieser Entscheidung weicht der BFH vordergründig nicht nur von der Rechtsprechung der Vorinstanz, sondern auch von anderen Entscheidungen zur Frage der Minderung von der grunderwerbsteuerlich relevanten Gegenleistung ab. So wurde entschieden, dass die Verpflichtung des Veräußerers zur Übernahme von Kosten im Zusammenhang mit der Verschönerung und der Altlastensanierung des Vertragsgegenstands nicht mindernd bei der Grunderwerbsteuer berücksichtigt werden.[2]

Die Argumentationen der FG sind relativ gleichlautend, indem sie ausführen, dass der Kaufpreis in Übereinstimmung mit § 433 Abs. 2 BGB das Entgelt für den Vertragsgegenstand ist. Der Kaufpreis muss grds. in Geld bestehen. Was im Einzelfall Kaufpreis ist, ergibt sich jeweils aus dem Kaufvertrag. Bei der Pflicht zur Kaufpreiszahlung handelt es sich um die im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Verpflichtung des Verkäufers stehende Hauptpflicht des Käufers. Zum Kaufpreis gehört alles, was der Käufer vereinbarungsgemäß an den Verkäufer leisten muss, um den Kaufgegenstand zu erhalten. Auf die Bezeichnung durch die Parteien kommt es insoweit nicht an. Über den Kaufpreis hinaus übernommene Verpflichtungen des Käufers können die Gegenleistung erhöhen, ebenso wie zurückbehaltende Rechte des Verkäufers.

Aus der Überlegung des Gegenseitigkeitsverhältnisses der Hauptpflichten von Erwerber und Veräußerer wird nun geschlussfolgert, dass regelmäßig die als solche bezeichnete Kaufpreisschuld Gegenleistung ist.

Dem ist der BFH hier zu Recht nicht gefolgt. Zunächst ist es zu begrüßen, dass der BFH nicht ausschließlich auf die Formulierung von Kaufpreis und potenzieller Minderung zurückgreift, sondern die getroffenen Vertragsabreden als Ganzes bewertet. In diesem Fall leistet der Veräußerer die Eigentumsverschaffung des Vertragsgegenstands und die Übernahme der Erwerbsnebenkosten, während der Erwerber den Kaufpreis und die Übernahme des Eigentums leistet. Der BFH hält es, anders als noch das FG, nicht für nötig, dass die Vertragsparteien in der notariellen Erwerbsurkunde festhalten, dass durch die Übernahme der Erwerbsnebenkosten die Anschaffungskosten für den Erwerber insgesamt gemindert sind. Dies ergibt sich durch die Abänderung der dispositiven Vorschrift in § 448 Abs. 2 BGB.

Dem BFH ist darin zu folgen, dass Gegenleistung sämtliche Leistungen sind, die der Erwerber für den Erwerb des grunderwerbsteuerlich maßgeblichen Vertragsgegenstands aufwendet. Maßgeblich ist das Grundstück im Sinne des GrEStG. Sofern darüber hinaus noch Geldforderung, wie z.B. aus der Verpflichtung der Übernahme von Erwerbsnebenkosten erworben werden, sind diese von der Gegenleistung abzuziehen. In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf ein Näheverhältnis von der Geldforderung zur Hauptleistungspflicht an.

Fraglich ist, ob sich aus der Rechtsprechung des BFH zur Frage der Übernahme von Erwerbsnebenkosten auch eine andere Beurteilung z.B. für den Fall der Übernahme von Kosten der Sanierung ergibt. In dem konkret durch das FG Münster entschiedenen Fall ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht keine Änderung. Insoweit war die Urkunde widersprüchlich gestaltet. Vertragsgegenstand der Hauptverpflichtung war das Grundstück in dem Zustand, wie es sich befindet. Im weiteren Verlauf der Urkunde wurden Regelungen getroffen, dass Kosten übernommen werden, wenn z.B. Sondergründungskosten über ein bestimmtes Maß hinaus entstehen.

Bei der Grunderwerbsteuer konnte nur der eigentliche Vertragsgegenstand Grundstück, für den unmissverständlich ein Kaufpreis in voller Höhe zu entrichten war, berücksichtigt werden. Aufschiebend bedingte Ansprüche auf Übernahme von Sondergründungskosten stellen einen eigenen Anspruch dar, der durch die Formulierung in der Urkunde nicht mit dem Kaufpreis abgegolten wurde und somit im Ergebnis die Grunderwerbsteuerhöhe nicht mindern konnte.

Für den Notar empfiehlt es sich innerhalb der Urkunde klar zwischen Gegenleistung für den Grundstückserwerb und weiteren Leistungen zu differenzieren. Hierbei können die Ausführungen für Zubehör entsprechende Anwendung finden. Vergleichbar zu der differenzierten Splitterung des Gesamtkaufpreises in Anteil für Zubehör, übergegangene Rücklage und Vertragsgegenstand, sollte vorsorglich auch ein Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer dargestellt werden. Das v.g. Urteil des BFH wird hierbei möglicherweise Erleichterungen dahingehend schaffen, dass eine Minderung des wirtschaftlichen Kaufpreises auch dann Geltung erlangt, wenn dies so nicht eindeutig formuliert ist.

Einer solchen Auslegung der Urkunde kann durch zielgerichtete und detaillierte Formulierung von Vertragsgegenstand und Gegenleistung der Rechtsboden entzogen werden.

Auch die besonderen Schwierigkeiten, die der Sachverhalt in verfahrensrechtlicher Hinsicht bereitete, da die Grunderwerbsteuerfestsetzung bereits bestandskräftig geworden ist und nun mehr zu klären war, nach welcher Vorschrift noch eine Berücksichtigung hinsichtlich der übernommenen Erwerbsnebenkosten möglich ist, können durch zielgerichtete Formulierungen z.B. zur Höhe der übernommenen Kosten vor der Festsetzung vermieden werden.

---

2 FG Münster, Urt. v. 24.1.2008 – 8 K 4674/04 GrE, JurionRS 2008, 11305.

Rückwirkende Aufhebung verwirkter Steuertatbestände bei der Grunderwerbsteuer

Freiwilliger Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren beim vollständigen Gesellschafterwechsel einer Personengesellschaft und bei Anteilsvereinigung bei einer Personen- oder Kapitalgesellschaft

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Die Rechtsauffassung zu der Frage, ob die Grunderwerbsteuer, die für einen vollständigen Gesellschafter bei einer Personengesellschaft oder für eine Anteilsvereinigung bei einer Personen- oder Kapitalgesellschaft festgesetzt wurde, auch dann aufzuheben war, weil ein Teil der erworbenen Gesellschaftsbeteiligung zurückübertragen wurde oder ob dazu der gesamte die Besteuerung auslösende Erwerb zurückerworben werden musste, war streitig. Diese Frage scheint nunmehr durch zwei Entscheidungen des BFH abschließend geklärt.

I. Freiwilliger Rückerwerb

Die durch die Übereignung eines Grundstücks entstandene Grunderwerbsteuer kann auf Antrag durch freiwilligen Rückerwerb rückgängig gemacht werden:

Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird 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 2 Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet. Dazu ist innerhalb dieser Frist die Auflassung zu erklären und die Eintragung ins Grundbuch zu beantragen.[1]

Der BFH hatte in zwei Grundsatzentscheidungen darüber zu befinden, ob die Rückgängigmachung eines verwirkten Besteuerungstatbestands der Grunderwerbsteuer neben der Grundstücksübereignung auch im Fall der Besteuerungstatbestände

- Gesellschaftwechsel bei Personengesellschaften mit inländischen Grundstücken,[2]
- Anteilsvereinigung bei Kapital- und Personengesellschaften im inländischen Grundstücken[3]
- Geltung hat.

Neben der Anwendung dem Grunde nach war für diese beiden, mit prozentualen Grenzen ausgestatteten Steuernormen zu klären, ob die in den die Besteuerung auslösenden Verträgen übertragenen Gesellschaftsanteile stets – wie dies bei Grundstücksübertragungen der Fall ist – in vollem Umfange zurückgekauft werden müssen oder ob ein die Prozentgrenze unterschreitender Teilrückkauf von Anteilen für die Aufhebung festgesetzter Grunderwerbsteuer ausreicht.

II. Grunderwerbsteuer bei Gesellschafterwechsel

Der am 4.7.2012 veröffentlichten Entscheidung v. 18.4.2012 – II R 51/11[4] ist u.a. der folgenden Leitsatz zu entnehmen:

§ 16 Abs. 2 GrEStG ist auf einen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG anzuwenden, wenn Anteile am Gesellschaftsvermögen vom neuen Gesellschafter auf den alten Gesellschafter ganz oder teilweise zurückübertragen werden und infolgedessen ein Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen im Ergebnis nicht mehr gegeben ist.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Gesellschafter der grundbesitzenden D KG waren D als persönlich haftender Gesellschafter und die Kommanditistinnen K1 und K2. Im Jahr 2008 erwarb M (Sohn des D) die Kommanditanteile von K1 und K2 sowie alle Geschäftsanteile der X GmbH, die zuvor (ohne Kapitalbeteiligung) als weitere persönlich haftende Gesellschafterin in die KG eingetreten war. D schied im April 2009 als Komplementär aus der Gesellschaft aus und trat als Kommanditist in die Gesellschaft ein. Mit notariell beurkundeten Vertrag v. 15.5.2009 übertrug D seinen gesamten Kommanditanteil auf M.

Das Finanzamt setzte für den durch den Vertrag v. 15.5.2009 bewirkten vollständigen Gesellschafterwechsel gem. § 1 Abs. 2a GrEStG Grunderwerbsteuer gegen die Gesellschaft fest.

Die Gesellschaft legte Einspruch gegen den Grunderwerbsteuerbescheid ein. Dann hoben D und M durch notariell beurkundeten Vertrag v. 20.10.2010 über die „Teilrückabwicklung einer Kommanditanteilsübertragung“ die gemäß Vertrag v. 15.5.2009 erfolgte Übertragung des Kommanditanteils auf M rückwirkend bzgl. eines Kommanditanteils von 6 % auf, sodass D nunmehr mit 6 % und M mit 94 % an der Klägerin beteiligt waren.

Einspruch und Klage, mit denen die Gesellschaft die Aufhebung der Steuerfestsetzung gem. § 16 Abs. 2 GrEStG begehrte, blieben ohne Erfolg. Nach Auffassung von Finanzamt und FG genüge die Teilrückabwicklung der Kommanditanteilsübertragung auf M gemäß Vertrag v. 20.10.2010 nicht der von § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG geforderten vollständigen Rückgängigmachung desjenigen Rechtsvorgangs, der die Tatbestandsverwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG herbeigeführt habe.

1 § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG.
2 § 1 Abs. 2a GrEStG.
3 § 1 Abs. 3 GrEStG.

III. Grunderwerbsteuer bei Anteilsvereinigung

Auf 24.7.2013 veröffentlichte der BFH seine Entscheidung v. 11.6.2013 – II R 52/12[5] zum anteiligen Rückerwerb von Gesellschaftsanteilen mit den folgenden Leitsätzen:

1. *§ 16 Abs. 2 GrEStG ist auf einen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG anwendbar.*
2. *Der Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG ist nicht (mehr) erfüllt, wenn durch einen Anteilsrückerwerb das von dieser Vorschrift vorausgesetzte Quantum von 95 % der Anteile der Gesellschaft unterschritten wird.*

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

An einer GmbH mit Grundbesitz (Stammkapital 25.000 €) waren beteiligt

K	64,8 %	16.200 €
H	25,2 %	6.300 €
F	10,0 %	2.500 €

K erwarb dann am 18.12.2008 von H den gesamten Geschäftsanteil und ferner von F einen Geschäftsanteil i.H.v. 1.250 € (5 %), sodass nunmehr folgende Beteiligungsverhältnisse ergaben:

K	95,0 %	23.750 €
F	5,0 %	1.250 €.

Das Finanzamt setzte gegen K im Hinblick auf die in seiner Person vereinigten 95 % der Anteile an der GmbH Grunderwerbsteuer fest. Gegen diesen Bescheid legte die K Einspruch ein.

Im Verlauf des Einspruchsverfahrens vereinbarte K mit F gemäß notariell beurkundetem Vertrag v. 10.2.2010 die Aufhebung des Kauf- und Abtretungsvertrags v. 18.12.2008 sowie die Rückabtretung des Geschäftsanteils von 1.250 € an der GmbH. In demselben Vertrag übertrug F einen Geschäftsanteil von 1.225 € an K.

Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage hatte Erfolg. Das FG[6] wandte die Rechtsgrundsätze der Entscheidung II R 51/11 v. 18.4.2012 auf den Besteuerungstatbestand der Anteilsvereinigung an. Unschädlich sei, dass lediglich ein Teil der übertragenen Anteile zurückübertragen worden sind. Eine vollständige Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile begründet habe, sei nicht erforderlich. Allein maßgeblich sei, dass – bei vorliegenden sonstigen Voraussetzungen – durch Rückerwerb die tatbestandliche Größe 95 % unterschritten wird.

IV. Inhalt der Entscheidungen

1. Anwendung des § 16 Abs. 2 (Nr. 1) GrEStG auf die Besteuerungstatbestände Gesellschafterwechsel bei der Personengesellschaft und Anteilsvereinigung bei Personen- und Kapitalgesellschaften

Dass die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG erfasst, folgt aus § 16 Abs. 5 GrEStG. Danach gelten § 16 Abs. 1 – 4 GrEStG nicht, wenn u.a. ein nach § 1 Abs. 2a oder Abs. 3 GrEStG grunderwerbsteuerbarer Erwerbsvorgang rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt worden war. Diese Regelung setzt also die grundsätzliche Anwendbarkeit der Begünstigungsvorschrift des § 16 GrEStG auch auf die Steuertatbestände des § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG voraus.[7]

2. Vollständiger Rückerwerb der die o.a. Besteuerungstatbestände verwirklichenden Anteile nicht erforderlich; teilweiser Rückerwerb, durch den das tatbestandliche Quantum von 95 % unterschritten wird, reicht aus

Entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung[8] setzt § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG im Hinblick auf Erwerbsvorgänge i.S.d. § 1 Abs. 2a oder Abs. 3 GrEStG nicht den Rückerwerb sämtlicher Anteile voraus, deren Übergang zur Verwirklichung der Steuertatbestände beigetragen haben. Vielmehr reicht es aus, einen Gesellschafterwechsel, der zur Tatbestandsverwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG beigetragen hat, oder einen Erwerb von Gesellschaftsanteilen, der den Tatbestand der Anteilsvereinigung bewirkt hat, insoweit rückgängig zu machen, als dadurch im Ergebnis ein Übergang von weniger als 95 % erfolgt und damit die Voraussetzungen für den fiktiven Übergang der Gesellschaftsgrundstücke „auf eine neue Gesellschaft“ wieder entfallen sind.

4 BFH/NV 2012, 1390; BB 2012, 2096; DB 2012, 1907; DStR 2012, 1034; DStRE 2012, 1034; HFR 2012, 972.

5 Abzurufen unter *www.bundesfinanzhof.de/Entscheidungen/Entscheidungen online*.

6 FG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 19.9.2012 – 3 K 362/10, abrufbar unter *www.openjur.de*, *www.landesrecht-mv.de* oder *www.dejure.com*.

7 So bereits BFH, Beschl. v. 1.3.2011 – II R 64/08 [unter B. IV. 2. a) cc)], BFH/NV 2011, 1009, mit weiteren Hinweisen.

8 Vgl. gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 25.2.2010, BStBl. I 2010, S. 245, DStR 2010, 697; DB 2010, 874, unter Nr. 9: „§ 16 Abs. 2 GrEStG ist im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG dann anzuwenden, wenn einer der Gesellschafterwechsel, die zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG geführt haben, vollständig, d.h. rechtlich und tatsächlich, i.S.d. § 16 GrEStG rückgängig gemacht wird und etwaige weitere Gesellschafterwechsel nicht zu einem Übergang von mindestens 95 % am Gesellschaftsvermögen geführt haben.“.

74243312_ZNotP_Innenteil.indd 413 20.12.13 13:44

Diese Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG bei nur teilweisen Rückerwerb folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 16 GrEStG und den Steuertatbeständen des § 1 GrEStG, weil § 16 GrEStG eine am Besteuerungszweck orientierte gegenläufige Korrekturvorschrift zu § 1 GrEStG ist.[9]

Die in Rede stehenden Steuertatbestände des § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG sind ausschließlich dann erfüllt, wenn – unter den näher definierten Voraussetzungen –

- 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen oder
- 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen in der Hand eines Gesellschafters vereinigt werden.

Werden daher nach § 1 Abs. 2a oder Abs. 3 GrEStG steuerbare Änderungen des Gesellschafterbestands in der Weise beseitigt, dass das von diesen Normen vorausgesetzte Quantum von 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen unterschritten wird, dann sind die Steuertatbestände schon nicht (mehr) erfüllt.

Demgemäß setzen Rückerwerbe i.S.d. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG in Bezug auf § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG auch nicht voraus, dass zur Tatbestandsverwirklichung führende (letzte) Anteilsübertragungen insgesamt rückgängig gemacht werden.

3. Hinweis

Ob und ggf. welche weiteren Voraussetzungen an died en Anforderungen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG genügenden Rückerwerbe von Gesellschaftsanteilen zu stellen sind, wenn die Gesellschaftsanteile im Zusammenhang mit deren Rückerwerb an Dritte weiterveräußert werden, hat der BFH nicht entschieden. Dieser Punkt konnte offenbleiben, weil in den entschiedenen Fällen eine solche Weiterveräußerung nicht erfolgte.

Es ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung derartige Sachverhalte insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung[10] betrachten wird.

V. Praxisbedeutung der Entscheidungen

Die Finanzverwaltung hat sich – wohl im Hinblick auf das Revisionsverfahren II R 52/12 – nicht dazu durchringen können, das Urt. v. 18.4.2012 – II R 51/11[11] amtlich zu veröffentlichen. Nach dem Vermerk in der Bekanntmachung des Urt. v. 11.6.2013 – II R 52/12[12] auf der Internetseite des BFH ist dieses Urteil z.V.b. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung ihre bis dato gegenteilige Rechtsauffassung aufgeben wird.

Mit den beiden Entscheidungen entfällt für die Zukunft der bisher üblich gewesene Abschluss von zwei Verträgen, um die im Zusammenhang mit der Übertragung von Gesellschaftsanteil ungewollt entstandene Grunderwerbsteuer wieder aufzuheben. Nach deren Rechtssatz genügt definitiv dazu ein Vertrag über den Rückerwerb von Anteilen in einem Umfange, durch den das tatbestandliche Quantum von 95 % unterschritten wird.

9 BFH, Urt. v. 19.3.2003 – II R 12/01, BStBl. II 2003, S. 770, und v. 25.4.2007 – II R 18/05, BStBl. II 2007, S. 726.

10 § 42 AO.

11 BFH/NV 2012, 1390; BB 2012, 2096; DB 2012, 1907; DStR 2012, 1034; DStRE 2012, 1034; HFR 2012, 972.

12 Abzurufen unter *www.bundesfinanzhof.de/Entscheidungen/Entscheidungen online*.

ZNotP-Forum

Das Gesetz zur Erleichterung der Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg und seine potenziellen Folgen

von Dipl.-Rechtspfleger (FH) Stefan Lissner, Konstanz[*]

Baden-Württemberg hat am 11.9.2013 ein Gesetzgebungsverfahren im Bund auf den Weg gebracht, welches von vielen bislang kaum beachtet wurde, da es sich vermeintlich nur auf ein Bundesland und selbst dort nur auf einen Teil des Landes beschränkt. Das Gesetz zur Erleichterung der Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg hat jedoch auch Potenzial für Auswirkungen auf andere Länder und ist nur auf den ersten Blickwinkel hin, ein „örtlich" beschränktes Gesetzesvorhaben. Da für die Umsetzung des Vorhabens bestehendes Bundesrecht modifiziert werden muss, sind letztlich alle tangiert. In der vorliegenden Abhandlung soll das Vorhaben dargelegt, dessen Notwendigkeit geprüft und insoweit auch potenzielle Alternativen aufgezeigt werden.

* Der Autor ist stellvertretender Landesvorsitzender des Bund Deutscher Rechtspfleger Landesverband Baden-Württemberg e.V.

I. Vorhaben

Das Land Baden-Württemberg hat am 11.9.2013 einen Gesetzesantrag in den Bundestag eingebracht, welches vermeintlich die Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg erleichtern soll. Das Gesetz zur Erleichterung der Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg[1] sieht hierzu drei Grundmaßnahmen vor. Zunächst sollen die bei Umsetzung der Grundbuchamtsreform frei werdenden Stellen der bisherigen kommunalen Ratschreiber in den Landesdienst übernommen werden und diese – angesichts des dort steigenden Bedarfs – als Rechtspfleger eingesetzt werden. Um das grundbuchrechtliche Fachwissen dieser Ratschreiber weiter zu nutzen, soll es ermöglicht werden, den zahlenmäßig begrenzten bisherigen Ratschreibern als Landesbeamte in den AG die Aufgaben eines Rechtspflegers in Grundbuchsachen zu übertragen. Als weiterer Schritt soll ein gestiegener Personalbedarf an Fachkräften kompensiert werden. Hierzu soll es außerdem ermöglicht werden, dem ebenfalls begrenzten Personenkreis der Beschlussfertiger insbesondere aus dem badischen Rechtsgebiet Aufgaben der Rechtspfleger in Grundbuchsachen zu übertragen. Als dritter Schritt sollen die nach der Reform notwendig werdenden kommunalen Grundbucheinsichtsstellen mit Ratschreibern besetzt werden, die nach § 149 GBO i.d.F. ab 1.1.2018 die Befähigung zum mittleren Verwaltungs- oder Justizdienst haben, was eine Anpassung der Qualifikationsanforderung der genannten Personen für die entsprechenden Aufgaben zur Konsequenz haben soll.

II. Im Einzelnen

1. Übernahme kommunaler Mitarbeiter

In Baden-Württemberg werden die Grundbücher historisch bedingt überwiegend bei den Kommunen geführt. Hierzu beschäftigt die Gemeinde Ratschreiber, die jedoch kommunale Beamte und keine Landesbeamte der Justiz sind. Als Grundbuchbeamte werden i.d.R. Notare im Landesdienst oder Rechtspfleger tätig. Die in Baden-Württemberg ursprünglich vorhandenen 654 Grundbuchämter sollen nun sukzessive bis 2018 in 13 zentrale AG integriert werden. Dies führt einerseits dazu, dass bei den Gerichten erheblicher Personalbedarf besteht. Auf der anderen Seite führt die Reform dazu, dass bei den Kommunen – soweit für die Ratschreiber keine anderweitige Verwendung besteht – ein Überhang an Personal zu verzeichnen ist. Das Gesetz zur Erleichterung der Umsetzung der Grundbuchamtsreform in Baden-Württemberg sieht daher die Schaffung eines neuen § 35a RPflG vor, der zukünftig die Befähigung dieser Ratschreiber als „Bereichsrechtspfleger“ regelt. Ratschreiber mit Befähigung zum gehobenen Verwaltungs- oder Justizdienst, die bis 31.12.2017 das Amt i.S.d. § 32 des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit mindestens 3 Jahre nicht nur zeitweilig ausgeübt haben, dürfen nach dem neu zu schaffenden § 35a RPflG als Beamte im Landesdienst die Aufgaben eines Rechtspflegers in Grundbuchsachen wahrnehmen. Voraussetzung ist eine geeignete Qualifikation, die derzeit mittels einer Zusatzausbildung erreicht werden soll. Das Land ist überdies nach § 35a RPflG verpflichtet, die fachliche Qualifikation durch geeignete Fortbildungsmaßnahmen sicherzustellen. Das Vorhaben stößt in der Praxis auf Widerstand. Der Bund Deutscher Rechtspfleger etwa – als Fachverband der betroffenen Berufsgruppe der funktionell für das Grundbuch zuständigen Rechtspfleger – hat sich bereits in einem Schreiben v. 2.10.2013 an die zuständigen Fraktionen des Deutschen Bundestages gewandt, und insbesondere mit der Sorge um das deutsche Grundbuchwesen einen Einhalt des Gesetzgebungsverfahrens gefordert.[2] Hintergrund ist vor allem die Tatsache, dass das Vorhaben zeitlich zu spät komme und eine hinreichende Qualifikation der Ratschreiber nach gegenwärtiger Ausgestaltung des angedachten § 35a RPflG nicht garantiert sei. Gegenwärtig sieht § 35a RPflG in seiner beabsichtigten Fassung nur vor, dass das Land eine ausreichende Qualifikation sicherstellen müsse. Diese Garantie jedoch soll bei geplanter Umsetzung nur in einer Zusatzausbildung des angedachten Personals stattfinden. Eine weitere Ausgestaltung dieser Zusatzausbildung und daher einer Umsetzung dieser „Garantie“ findet sich bislang nicht. Das infrage kommende kommunale Personal ist gegenwärtig fachlich nicht geeignet, die beabsichtigten und anfallenden Aufgaben vollumfänglich selbstständig zu erledigen. Ratsschreiber verfügen über eine Ausbildung in der allgemeinen Verwaltung, jedoch nicht schwerpunktmäßig auf den notwendigen Rechtsgebieten. Auch eine wie geplant kurzfristige und fachlich isolierte Zusatzausbildung kann diesen Mangel nicht kompensieren, zumal die Ausbildung nur auf das Grundbuchwesen beschränkt angedacht ist. Das Grundbuch – als ein sehr wichtiges Register – ist nicht ohne Grund besonders wichtig. Hieran sind viele rechtliche Punkte geknüpft. Auflassungen, Zwangsversteigerungen, Hypotheken, Grundschulden, Vertrauen in das Grundbuch und öffentlicher Glaube sind nur einige Stichworte, die damit verbunden sind. Neben den Kenntnissen im Grundbuchrecht sind stets auch fachübergreifend viele andere Rechtsgebiete betroffen. Kenntnisse des Zwangsvollstreckungsrechts, Kenntnisse des Immobiliarrechts, Kenntnisse des Insolvenz- oder gar auch des Strafrechts sind nur einige wenige Rechtsgebiete, die ebenfalls bei der Vermittlung von Grundbuchwissen dazugehören. Weitere Sachgebiete des Rechtspflegerstudiums sind denkbar. Eine Aneignung entsprechender Kenntnisse kann nur durch eine echte, fachübergreifende Rechtspflegerausbildung – dem vollen Rechtspflegerstudium – erfolgen. Während sich „echte“ Rechtspfleger ein solches Wissen in einem 3 Jahre dauernden Fachstudium aneignen müssen, wäre es fatal – und würde auch die Ausbildung ad absurdum führen – wenn nun aus vermeintlichen Personalbedarfsgründen diese Ausbildung infrage gestellt würde und eine nur kurz dauernde Zusatzausbildung genügen solle. Ein leistungsfähiges und zuverlässiges Grundbuchsystem gewährleistet den Rechtsverkehr an Grund und Boden und ermöglicht die Investi-

1 BR-Drucks. 686/13; BT-Drucks. 18/70..

2 Quelle: Stellungnahme des Bund Deutscher Rechtspfleger v. 2.10.2013 an die Fraktionen des Deutschen Bundestags.

tionsfähigkeit im Zusammenhang mit Immobilien, solide Kreditsicherung und Wohnungsbau.[3] Jede Verlagerung der Verantwortlichkeit auf weniger umfangreich ausgebildete Kräfte verändert den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit fatalen Folgen für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Die Folge einer Verlagerung wäre demnach zwingend die Nachqualifizierung der eingesetzten Nichtrechtspfleger zu echten Rechtspflegern. Nur dadurch könnte die in § 35a RPflG vorgesehene Qualifikation erreicht werden. Hiergegen sprechen auch keine Bedenken, ist es doch vergleichsweise bei anderen Berufsgruppen ähnlich. So ist auch bei ehemaligen Angehörigen der Bundeswehr bei Übernahme in den Justizdienst Voraussetzung, dass die volle Rechtspflegerausbildung erfolgreich absolviert wird. Hiergegen sprechen auch keine persönlichen Belange, da das Rechtspflegerstudium zeitlich befristet und überschaubar ist. Vielmehr spricht auch eine Solidarität mit den neu beabsichtigten Kollegen hierfür. Nur durch eine volle Ausbildung kann auch für deren Zukunft eine ausreichende Flexibilität und Qualifikation gewährleistet werden. Betrachte man die mit der Grundbuchamtsreform einhergehende Zentralisierung, werden auch viele Schicksale betroffen sein. Nicht immer bleibt der Wunsch, an einem Ort oder eine Behörde dauerhaft zu verweilen. Mangels voller Eignung zum Rechtspfleger werden solchen Gedanken aber ein Riegel vorgeschoben. Eine spätere Verwendung – etwa auch dann, wenn nach erfolgreicher Umsetzung der Reform Personal wieder abgebaut werden muss – erscheint dann nur scher und unflexibel möglich. Die Frage einer späteren Verwendung der „Bereichsrechtspfleger“ falls sie aus irgendeinem Grund im späteren Verlauf nicht mehr im Grundbuch eingesetzt werden können, bleibt beim derzeitigen Vorhaben offen und stellt auch für die neuen Kollegen einen unbefriedigenden Zustand dar. Nur durch ein volles Rechtspflegerstudium kann die weitere Zukunft der Bereichrechtspfleger, eine ausreichende Flexibilität und Qualifikation und natürlich auch eine weitere Verwendung gewährleistet werden. Zu recht sollten die kommunalen Ratschreiber daher auf eine vollständige Ausbildung, also auf das Rechtspflegerstudium, pochen. Alles andere wäre ihnen und ihrer weiteren Verwendung, nicht zuträglich und im Sinne einer staatlichen Fürsorgepflicht auch nicht vertretbar. Diesem notwendigen Erfordernis wird der angedachte § 35a RPflG gegenwärtig nicht gerecht und stellt daher auch für die bislang kommunalen Mitarbeiter auch hinsichtlich deren Zukunft und weiteren Verwendungsmöglichkeit eine unbefriedigende Lösung dar. Nicht ohne Grund erfolgte daher auf dem Gewerkschaftstag des bbw (Beamtenbund Baden-Württemberg) eine einstimmige Ablehnung des Vorhabens durch alle Verbände. I.Ü. muss in diesem Zusammenhang auch eine Beurteilung nach dem neuen Beurteilungswesen betrachtet werden. Es wird anzunehmen sein, dass bei nur isolierter Fachausbildung eine befriedigende Bewertung gegenüber voll ausgebildeten Rechtspflegern bereits am Anforderungsprofil scheitern wird. Auch wenn Ratschreiber angesichts einer wesentlich besseren Beförderungspraxis bei den Kommunen meist höher dotiert übernommen werden müssten, wird eine weitere Beförderung wohl aus diesem Blickwinkel heraus ausscheiden.

Fazit:

Der derzeitige hohe Anspruch an das Grundbuch kann nur mit der umfassenden Ausbildung eines vollausgebildeten Rechtspflegers erfüllt und garantiert werden (Immobiliarrecht, Zwangsvollstreckungsrecht etc. sind „Königsdisziplinen“ der Rechtspfleger und mit keiner anderen Ausbildung vergleichbar) – dieses Wissen ist unmöglich in 3 Monaten zu vermitteln. Gegen die angedachte Übernahme kommunaler Ratschreiber bestehen nach derzeitiger Ausgestaltung des Vorhabens und insbesondere angesichts der geplanten kurzfristigen und fachlich isolierten „Zusatzqualifikation“ Bedenken. Diese betreffen an sich nicht die Übernahme als solche, sondern eine entsprechende bislang nicht garantierte Qualifikation, die auch eine spätere Weiterverwendung des genannten Personenkreises ermöglicht. Dies ist nur mit vollem Rechtspflegerstudium garantiert. Die Solidarität gegenüber den neuen Kollegen – aber auch das zukünftige menschliche „miteinander“ an einer Behörde – erfordern eine breite Basis an Wissensvermittlung, sodass Flexibilität und eine weitere Verwendung garantiert und vor allem auch Fehler und Haftungsansprüche ausgeschlossen sind. Hinsichtlich der derzeitigen Planung ist das Gesetzesvorhaben unausgewogen.

2. Beschlussfertiger als Bereichsrechtspfleger

Das Gesetzesvorhaben sieht hier vor, dem begrenzten Personenkreis der Beschlussfertiger insbesondere aus dem badischen Rechtsgebiet Aufgaben der Rechtspfleger in Grundbuchsachen zu übertragen.

Beamte des mittleren Dienstes, die seit mindestens 5 Jahren im Justizdienst beschäftigt sind und die vor dem 1.1.2018 überwiegend als Beschlussfertiger in Grundbuchämtern tätig waren, dürfen nach dem neu geplanten § 35a Abs. 2 RPflG dann als Beamte im Landesdienst die Aufgaben eines Rechtspflegers in Grundbuchsachen wahrnehmen. Vor Wahrnehmung der Rechtspflegeraufgaben haben diese Beamten an für sie bestimmten Lehrgängen einer Fachhochschule erfolgreich teilzunehmen, die insgesamt mindestens 3 Monate dauern und die wissenschaftlichen Erkenntnisse und Methoden sowie die berufspraktischen Fähigkeiten und Kenntnisse, die zur Erfüllung der Aufgaben eines Rechtspflegers in Grundbuchsachen erforderlich sind, vermitteln. In der bisherigen Struktur werden Aufgaben der Grundbuchführung teilweise von kommunalen Ratschreibern, teilweise von Notaren im Landesdienst wahrgenommen. Den Notaren im Landesdienst sin insbesondere im badischen Rechtsgebiet mittlere Beamte als sog. „Beschlussfertiger“ zur Seite gestellt, die Grundbuchgeschäfte, insbesondere Grundbucheintragungen, selbstständig unterschriftsreif vorbereiten. Mit Durchführung der Grundbuchamtsreform wird es keine weiteren Beschlussfertiger mehr geben. Daher soll das frei werdende Wissen weiter ge-

3 Quelle: Stellungnahme des Bund Deutscher Rechtspfleger v. 2.10.2013 an die Fraktionen des Deutschen Bundestags.

nutzt werden und diese „Vorbereiter“ daher als Bereichsrechtspfleger eingesetzt werden. Auch dieses Vorhaben wird überwiegend kritisiert. Zum einen soll es sich nach Angaben der personalverwaltenden Stellen lediglich um eine Handvoll infrage kommender Personen handeln. Hier werden als Kritikpunkte daher vorwiegend ökonomische Gesichtspunkte ins Feld geführt, die eine Änderung des Bundesgesetzes wegen vielleicht „20 Personen“ kaum rechtfertige. Zum anderen gilt auch hier das Gesagte zur Ausbildung. § 35a RPflG in der beabsichtigten Fassung sieht hier explizit lediglich eine Zusatzqualifikation von 3 Monaten vor. Beamte des mittleren Dienstes verfügen derzeit überwiegend über kein Abitur. Ein fachwissenschaftliches Studium, ein fundiertes fachübergreifendes, materiell-rechtliches Wissen ist ihrer Ausbildung fremd bzw. wird nur rudimentär angesprochen. Zwar verfügen die entsprechenden Vorverfüger oftmals über langjähriges Wissen. Dieses Wissen ist ebenso wie bei Ratschreibern jedoch nur isoliert und lässt eine spätere Verwendung auf anderen Gebieten nicht zu. Auch hier erscheint angesichts der Solidarität im Hinblick auf Dienstpostenbewertungen, Beurteilungswesen und Flexibilität – auch was persönliche Belange betrifft – sowie spätere Verwendung der bessere Weg, eine volle Ausbildung zu absolvieren, wie es bereits bisher im Rahmen des Aufstieges nicht selten war. Anstelle des angedachten Vorhabens sind stattdessen die Voraussetzungen für den regulären Aufstieg zu erleichtern und insbesondere die Altersregelungen aufzuheben. Dieser reguläre Aufstieg wird vollumfänglich unterstützt. Gerade das jetzige Vorhaben wird auch deshalb kritisiert, da es letztlich nichts anderes darstellt, als eine Laufbahnöffnung. Dies wäre nicht nur ungerecht gegenüber bisherigen Aufstiegsbeamten, sondern widerspricht auch der gemeinschaftlichen Zielsetzung gewerkschaftlicher Beschlüsse. So hat – bspw. der davon betroffene Beamtenbund Baden-Württemberg mit allen seinen Gewerkschaftsmitgliedern – einem solchen Vorgehen bereits 2012 einstimmig eine Absage erteilt. Kritiker sehen zudem die Gefahr, dass Anforderungen an Ausbildung und Qualifikation durch die einfache Notwendigkeit, Personal „unterbringen“ zu müssen umgangen werden könnte und auch dieses „Einfallstor“ zukünftig für andere Vorhaben offen stehen wird (dieselben Probleme werden nämlich noch in anderen Bereichen, z.B. im Nachlassbereich auftreten). Das Vorhaben stellt eine Verwässerung der Laufbahngruppen dar und könnte sich zu einem Präzedenzfall auch für andere, zukünftige Vorhaben entwickeln - ganz ohne Not. Hieran ändert nichts, dass der Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 18/70 vom 20.11.2013) ausdrücklich von einer Einmaligkeit aufgrund besonderer Lage spricht. Hieran ändert auch nichts, dass das Justizministerium Baden-Württemberg gegenüber berufsständischer Vertretungen mündlich erklärt hat, dass kein Präzedenzfall für zukünftige Vorhaben geschaffen werde und eine ähnliche Vorgehensweise bei anderen Sachverhalten ausscheide. Etabliert sich diese Art der Laufbahnöffnung ohne vorhandene Notwendigkeit erst, wird ein Präzedenzfall geschaffen, der dann auch auf andere Gebiete übertragen werden könnte. Anforderungen an Ausbildung, Studium und Qualifikation dürfen nicht ohne Not einfach aufgegeben werden. Auch hier kann die richtige Richtung nur die Vollqualifikation sein.

Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass die entsprechend infrage kommenden Mitarbeiter bereits heute über ein tief gehendes grundbuchrechtliches Fachwissen verfügten und nur die formalen Voraussetzungen für die Tätigkeit als Rechtspfleger i.S.v. § 2 des RPflG fehlen würden. Dies darf angesichts des notwendigen Wissens (s.o.), des materiell-rechtlichen Wissens und angesichts der danebenstehenden Ausbildung der bisherigen Beschlussfertiger durchaus angezweifelt werden. Mag ein solches Wissen unter Umständen aufgrund jahrelanger Verwendung vorhanden sein, scheidet es dennoch aus sobald fachübergreifende Fragen auftreten. Angesichts eines angeblich kleinen infrage kommenden Personenkreis dürften sich neben den qualitativen Bedenken auch ökonomische Bedenken zur Änderung des Bundesgesetzes (RPflG) stellen.

3. Besetzung der Einsichtsstellen

Bei den Gemeinden können Grundbucheinsichtsstellen (§ 35a LFGG) zum Zwecke der Grundbucheinsicht sowie zur Erteilung und Beglaubigung von Abschriften aus dem Grundbuch eingerichtet werden. Diese Grundbucheinsichtsstellen sind jeweils mit einem Ratschreiber zu besetzen (§ 35a Abs. 3 LFGG). Ab dem 1.1.2018 muss der Ratschreiber nach § 149 GBO in der dann gültigen Fassung mindestens die Befähigung zum mittleren Verwaltungs- oder Justizdienstbesitzen. Zugleich entsprechen die den Ratschreibern bei den Grundbucheinsichtsstellen obliegenden Aufgaben denjenigen Aufgaben, die bei den AG den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorbehalten sind, die nicht zwingend über diese Qualifikation verfügen müssen (vgl.§ 153 Abs. 5 Satz 1 GVG in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften). Die Gemeinden beschäftigen jedoch kaum Ratschreiber, die den in § 149 Satz 2 GBO in der ab dem 1.1.2018 gültigen Fassung geforderten Qualifikationsanforderungen entsprechen. Um die Einrichtung solcher Stellen wegen des fehlenden Personals nicht zu verhindern, soll hierzu in § 149 GBO ein Verweis auf § 153 Abs. 5 Satz 1 GVG eingefügt werden, der den Einsatz fachlich geeigneter Ratschreiber auch ohne Qualifikation zum mittleren Verwaltungs- oder Justizdienst ermöglicht.

III. Konzeption

Das Gesetz setzt sich zum Ziel, einen anstehenden Personalbedarf zu kompensieren. Dieser Personalbedarf ließe sich kurzfristig auch nicht über die Gewinnung voll ausgebildeter Rechtspfleger von der Fachhochschule decken, da Letztere bereits an die Grenzen der Kapazität gelangt sei. Trotz maximaler Ausdehnung vorhandener Ausbildungskapazitäten und trotz Neueinstellungen von Rechtspfleger bestünde ein Bedarf. Dieser Konzeption wird der Gesetzesentwurf hingegen nicht gerecht. Zum einen solle nach der personalverwaltenden Stelle der Bedarf – wie vom Gesetzesentwurf begründet – gar nicht (mehr) bestehen. Zum anderen wird

die zeitliche Umsetzung und die Etablierung entsprechender Aus- und Fortbildungsmaßnahmen, die Gewinnung von Lehrkräften und die logistische Bewerkstelligung dazu führen, dass die Maßnahmen – sofern sie denn überhaupt notwendig sein sollten – ohnehin zu spät realisiert werden. Das Vorhaben spricht sowohl bei der Übernahme der Ratschreiber als auch bei der Ausbildung von Bereichsrechtspflegern aus der Gruppe der Beschlussfertiger von „wenigen" Einzelfällen. Angesichts einer Kosten-Nutzen-Betrachtung erscheint das Vorhaben daher ökonomisch sinnlos. Zudem bestehen anderweitige Alternativen.

IV. Alternativlos – oder Alternativen?

Betrachtet man die Aussagen, wonach lediglich Einzelfälle von dem geplanten Gesetz profitieren sollen, erscheint es bereits daher fragwürdig, ob damit ein angeblicher Personalmangel gedeckt werden kann. Ließe sich wegen einer Handvoll benötigter Stellen keine anderen Lösungen finden, als – mühevoll – Bundesrecht zu ändern? Betrachtet man anderweitige Vorhaben oder gar realisierte Zustände, ließe sich bereits auf Landesebene ohne großen Aufwand praktikable Lösungen erzielen. Das Vorhaben ist daher keineswegs alternativlos.

1. Lösungen im Grundbuchbereich selbst

Im badischen Landesteil kommen die im Zuge der Zentralisierung der Grundbuchämter freigesetzten Beschlussfertiger, im württembergischen Landesteil die Notariatsangestellten, die mit vorbereitenden Tätigkeiten betraut sind, in Betracht. Würden diese die Rechtspfleger entlasten, stünden im Rechtspflegerbereich Kapazitäten zur Übernahme der Grundbuchtätigkeit der Notare im Landesdienst zur Verfügung. Die Bereiche von Rechtspfleger und Assistenzteam (also bisher Geschäftsstelle) bleiben gegenwärtig strikt getrennt. Begründet wird dies damit, dass eine „ganzheitliche Bearbeitung" der effizienteste Weg der Erledigung der Aufgaben sei. Das Assistenzteam darf also keine vorbereitenden Tätigkeiten für den Rechtspfleger ausführen. Würde man dieses Modell der strikten Trennung der Aufgaben von Rechtspfleger und Assistenzteam lockern, könnten Rechtspfleger sinnvoll unterstützt, die Beschlussfertiger effizient eingesetzt werden. Der Einsatz von Beschlussfertigern, die die Eintragung lediglich vorbereiten, wurde auch bereits bei verschiedenen Grundbuchämtern erfolgreich praktiziert. Steigende Erledigungszahlen sind ein Beleg dafür. Auch die Erfahrungen anderer Bundesländer, etwa NRW, sprechen für eine Arbeitsaufteilung von Beschlussfertiger einerseits und Rechtspfleger als Entscheider andererseits.

2. Nichtumsetzung der Länderöffnungsklausel zur Übertragung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Prüfung der PKH/Verfahrenskostenhilfe

Das Vorhaben, das i.Ü. entgegen IV 1. eine Aufgabe der ganzheitlichen Bearbeitung protegiert, könnte einen anderweitigen Bedarf an Rechtspflegern obsolet werden lassen und damit zur Entspannung der Personalsituation erheblich beitragen. Am 16.5.2013 hat der Bundestag die Reform des PKH- und Beratungshilferechts beschlossen. Gegenüber dem bisherigen Gesetzesentwurf v. 14.11.2012[4] wurden auf Empfehlung[5] des Rechtsausschusses noch einigen Änderungen vorgenommen. Während der Gesetzesentwurf v. 14.11.2012[6] noch eine Übertragung der Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse in allen Gerichtsbarkeiten auf den Rechtspfleger bzw. den Urkundsbeamten vorsah,[7] enthält die abschließend angenommene Fassung lediglich noch eine Länderöffnungsklausel. Die Länderöffnungsklausel wurde explizit deshalb geschaffen, um den Ländern die Möglichkeit zu geben, das Vorhaben individuell umzusetzen um dabei auch auf den erhöhten Personalbedarf, also die vorhandenen Ressourcen, Rücksicht nehmen zu können.[8] Anstelle auf die vorhandenen Ressourcen Rücksicht zu nehmen, protegiert Baden-Württemberg hingegen eine Umsetzung der Länderöffnungsklausel. Es soll mit einer Umsetzung 2014 zu rechnen sein. Die getroffene Regelung führt jedoch zu Mehraufwand,[9] zu zeitlichen Verzögerungen. Das Gesetz führt angesichts weiterer Zwischenstationen bei der Bearbeitung und eines deutlichen Mehraufwandes (für alle Beteiligte) auch im Rechtsmittelverfahren zu nicht hinnehmbaren Verzögerungen. Dies wird für alle Beteiligte – insbesondere auch für die Anwaltschaft – zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Die Übertragung ist systemfremd und ineffizient und bürgerunfreundlich. Würde man das Vorhaben stattdessen nicht realisieren, stünden Arbeitskraftanteile für das Grundbuch zur Verfügung.

3. Aufgabe unzuständiger Aufgaben

In Baden-Württemberg besteht weiterhin das in der Literatur und Rechtsprechung als gesetzeswidrig bezeichnete System der Vorverfügung im Insolvenzrecht. Bereits an anderer Stelle wurde hierüber referiert.[10] Die Vorverfügung – wie sie in einigen Bundesländern noch existiert – ist ein kritisch zu betrachtendes Rudiment aus dem Konkursrecht. Während das Konkursrecht in § 25 RPflG eine entsprechende gesetzliche Grundlage für die Vorverfügung schaffte – diese Norm erlaubte den Landesjustizverwaltungen den Fachrechtspfleger zur Vorbereitung heranzuziehen – wurde diese Regelung durch das Dritte Gesetz zur Änderung des RPflG v. 6.8.1998[11] explizit gestrichen. Die Regelung des Vorverfügens wurde als veraltet, rechtssystematisch und rechtspolitisch überholt und vor allem dem Berufsbild des Rechtspflegers in seiner jetzigen Funktion nicht gerecht werdend eingestuft.[12] Die Vorverfügung wird daher zu Recht als „ver-

4 BT-Drucks. 17/11472.
5 BT-Drucks. 17/13538.
6 BT-Drucks. 17/11472.
7 BT-Drucks. 17/11472, S. 25.
8 BT-Drucks. 17/13538, S. 41.
9 *Giers*, FamRZ 2013, 1341 ff.
10 *Lissner*, ZInsO 2012, 1881; *ders.*, ZInsO 2012, 2282; ebenso: *Frind*, ZInsO 2012, 2093.
11 BGBl. I, S. 2030.
12 *Frind*, ZInsO 2012, 2093.

altet“,[13] besorgniserregend,[14] haftungsrelevant und schlicht gesetzeswidrig bezeichnet, da sie in der heutigen gesetzlichen Konzipierung nicht mehr vorgesehen ist und sich insbesondere weder unter Bezugnahme auf den alten § 25 RPflG noch auf § 27 RPflG stützen lässt.[15] Dennoch wird noch in weiten Teilen Baden-Württembergs weiterhin das System der Vorverfügung beibehalten. Würde man an dieser Stelle ansetzten, wären auch im Grundbuchbereich ausreichend Stellen vorhanden.

4. Übertragungen weiterer Aufgaben

Bereits an anderen Stellen ist mit der weiteren Aufgabenübertragung vom Rechtspfleger auf den mittleren Dienst zu rechnen. So soll im Rahmen des Models „KomPakt“ langfristig die Kostenfestsetzung, die Ersatzfreiheitsstrafe und das Mahnverfahren auf den mittleren Dienst übertragen werden. Auch was das Hinterlegungsverfahren betrifft, bestünden Optionen. Bei Realisierung der geplanten Vorhaben wäre eine angeblich notwendige Personaldeckung sicher zu erreichen. Klarstellend soll angemerkt werden, dass an dieser Stelle keine Bewertung der angedachten Aufgabenübertragungen und keine Einschätzung zur Sinnhaftigkeit vorgenommen werden soll. Es soll nur aufgezeigt werden, dass entsprechende Vorhaben parallel seitens der Justizverwaltung bereits ins Auge gefasst wurden.

Fazit: Vorliegend sind nur einige wenige (nicht abschließende) Punkte genannt, bei deren Betrachtung ein Personalmangel auch anderweitig kompensiert werden könnte. Dies wäre effizienter, leichter und vor allem kurzfristiger zu realisieren und böte nicht Gefahr, das sensible und haftungsrelevante Grundbuch durch den Verlust von Qualitätsstandards zu gefährden.

V. Aktuelle Entwicklung

Der Bundesrat hat am 11.Oktober 2013 (915. Sitzung) entschieden, das Gesetzesvorhaben in den Bundestag einzubringen. Mit Schreiben vom 20.11.2013 hat die Bundesregierung beschlossen, das Vorhaben zu unterstützen. Die Bundeskanzlerin hat den vom Bundesrat beschlossenen Gesetzesentwurf daher mit Schreiben vom 20.11.2013 nebst Stellungnahme der Bundesregierung an den Präsidenten des Bundestages übersandt m.d.B., die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen (BT-Drucks. 18/70 v. 20.11.2013). Die Stellungnahme der Bundesregierung folgt im wesentlichen den Worten der grün-roten Landesregierung Baden-Württembergs. Durch das Vorhaben solle auf die besonderen personalwirtschaftlichen Belange des Landes Baden-Württemberg im Bereich des Grundbuchwesens reagiert werden können. Gleichzeitig diene das Vorhaben nach der Aussage der Bundesregierung dazu, in ausgewogener Art und Weise die Nutzbarmachung des besonderen grundbuchrechtlichen Fachwissens der Ratschreiber und Beschlussfertiger bei gleichzeitiger Wahrung der hohen fachlichen Qualität der Tätigkeit des Rechtspflegers zu erhalten. Die in diesem Beitrag aufgezeigten Bedenken wurden daher seitens der Bundesregierung bislang nicht erkannt - vielleicht auch da das Verfahren vermeintlich nur Baden-Württemberg betrifft. Der hierdurch geschaffene Präzedenzfall könnte (s.o.) aber auch länderübergreifend Nachahmer in ähnlichen Konstellationen finden. Dieser Gefahr sollte unmittelbar begegnet werden.

VI. Zusammenfassung

Ein leistungsfähiges und zuverlässiges Grundbuchsystem gewährleistet den Rechtsverkehr an Grund und Boden und ermöglicht die Investitionsfähigkeit im Zusammenhang mit Immobilien, solider Kreditsicherung und Wohnungsbau. Das geplante Vorhaben läuft Gefahr „Musterfall“ für eine Aushöhlung des Rechtssystems und natürlich zu einem weiteren, nicht hinnehmbaren Qualitätsverlust zu werden. In sensiblen Bereichen wie Vollzug, Justiz, Polizei etc. ist es wichtig, über qualifiziertes Personal zu verfügen. Die Aufgabe von Qualitätsstandard ist eine Entwicklung, die man nicht unterstützen sollte. Einem Vorstoß, Anforderungen an Qualifikation und Studium wegen personalpolitischen Erwägungen durch Herabsetzung dieser zu begegnen, ist entschieden entgegenzutreten. Dies könnte sich zu einem bundesweiten Trend fortsetzen und ist mehr als bedenklich. Nochmals: Bedenken bei Übernahme des angedachten Personals bestehen ausdrücklich nicht. Auch was den regulären Aufstieg mittlerer Beamter betrifft, bestehen keine Bedenken. Bedenklich ist lediglich die Aufgabe von Qualitätsstandart in der angedachten Form. Der angedachte § 35a RPflG wird dem Ziel und der Konzeption nicht gerecht und stellt auch für die angesprochenen Personengruppen eine nicht zufriedenstellende Lösung dar. Eine zufriedenstellende Lösung liegt hingegen auf der Hand: Vollausbildung. Ein u.U. bis dahin bestehender Personalbedarf kann anderweitig bedient werden. Beim Grundbuchrecht handelt es sich um ein komplexes, haftungsrelevantes Verfahrensrecht bei dem viele anderen Rechtsgebiete ebenfalls einfließen. Bestehende Standards können nur bei sachgerechter Vollausbildung beibehalten werden. Eine nur unzureichende „kurzfristig“ Ausbildung geht zulasten von Wissen, sachgerechter Bearbeitung und Bearbeitungszeiten und ist – auch was die Rücksichtnahme auf das neu angedachte Personal und deren Zukunftsplanung und Verwendung betrifft – nicht wünschenswert. Häufig hören wir derzeit in der Presse von der Forderung nach gleicher Bezahlung für gleiche Arbeit. Dem liegt unterschiedliche Bezahlung bei gleichartiger Tätigkeit im Model der kritisierten Leiharbeit zu Grunde. Betrachtet man die sich aus dem akt. Gesetzesvorhaben ergebende Situation in Verbindung mit der Grundbuchreform und die sich daraus ergebende Situation der Entscheider unterschiedlichster Herkunft (mittlere Beamte als Bereichsrechtspfleger, Rechtspfleger, Ratschreiber als Bereichsrechtspfleger und ehem. (Bezirks-)Notare und die bestehende unterschiedliche Besoldung sind zumindest Zweifel am Vorhaben erlaubt.

13 *Herrmann*, in: Arnold/Meyer-Stolte/Herrmann/Hansens, RPflG, 4. Aufl. 1994, § 25 Rn. 2.

14 *Frind*, ZInsO 2012, 2093.

15 *Frind*, ZInsO 2012, 2093 m.w.N.

ZNotP-Fragezeichen

1. Eine aus 6 Personen bestehende Miteigentümergemeinschaft möchte eine Vereinbarung nach § 1010 BGB in das Grundbuch eintragen lassen, wonach jeder Miteigentümer seinen Anteil nur veräußern kann, wenn dem die Mehrheit der Miteigentümer zugestimmt hat.

   a) Eine solche Vereinbarung ist eintragungsfähig.

   b) Eine solche Vereinbarung ist nicht eintragungsfähig.

2. Der verstorbene E hat in einem Testament seinen Sohn S zu ½ Anteil als Erben eingesetzt, und zwar als Vorerben. Nacherbe ist der Enkelsohn E. Zum weiteren Erben zu ½ Anteil ist die kinderlose Tochter T des Erblassers berufen. T ist vor dem Erblasser verstorben.

   a) Die Nacherbfolge erstreckt sich auch auf den ½ Anteil, den S durch Anwachsung nach § 2094 BGB erhält.

   b) Die Nacherbfolge bezieht sich nicht auf den durch Anwachsung erworbenen ½ Anteil, vielmehr ist S insoweit Vollerbe.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Bindungsfristen bei Bauträgerverträgen

BGB §§ 147, 291 Abs. 2, 308 Nr. 1

Leitsätze (amtlich):

1. **Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Bauträgerverträgen kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraums von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB; Fortführung von Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873).**
2. **Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen der den Abschluss eines Bauträgervertrags Antragende an sein Angebot länger als drei Monate gebunden ist, sind stets mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar.**
3. **Die auf der Anwendung der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie beruhende Zug um Zug-Verurteilung hindert nicht die Zuerkennung von Prozesszinsen.**

BGH, Urt. v. 27. 9. 2013 – V ZR 52/12

[1] Mit notarieller Erklärung v. 17.8.2004 gab der Kläger gegenüber der Beklagten ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung in einem noch zu sanierenden Mehrfamilienhaus zum Preis von 103.500 € ab. Darin heißt es u.a.:

„Ich biete hiermit der E. … den Abschluss des in der Anlage zu dieser Urkunde beinhalteten Kaufvertrages an, an das ich mich bis zum Ablauf des 31. Dezember 2004 unwiderruflich gebunden halte. Nach Ablauf der Frist erlischt das Angebot nicht von selbst, kann jedoch von dem Anbietenden schriftlich widerrufen werden."

[2] Die Beklagte nahm das Angebot mit notarieller Erklärung v. 18.10.2004 an. Nach Zahlung des Kaufpreises und erklärter Auflassung wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Für das zur Finanzierung des Kaufpreises aufgenommene Darlehen zahlte er bis zum 31.5.2011 Zinsen i.H.v. 37.094,32 €. An Mieteinnahmen erzielte er insgesamt 10.764 €.

[3] Gestützt auf die Ansicht, dass wegen verspäteter Annahme des Angebots kein Vertrag zustande gekommen sei, hat der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des lastenfreien Wohnungseigentums und zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten beantragt. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat den Rückzahlungsbetrag um die erzielte Nettomiete abzgl. nicht umlagefähiger Nebenkosten auf 94.744,44 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage reduziert und die weitergehende Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

[4] Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Im Wege der Anschlussrevision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will er die vollständige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen:

[5] I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts (dessen Entscheidung in MDR 2012, 630 f. veröffentlicht ist) hat der Kläger einen Anspruch auf Rückerstattung des um die Mieteinnahmen reduzierten Kaufpreises nebst Prozesszinsen aus ungerechtfertigter Bereicherung Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums, weil der Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei. Die in dem Vertragsangebot enthaltene Bindungsfrist für den Kläger sei unangemessen lang. Die Beklagte habe das Angebot nicht rechtzeitig angenommen. Ihre als neues Angebot geltende Annahmeerklärung habe der Kläger nicht angenommen. Der Bereicherungsanspruch sei nicht verjährt und nicht verwirkt. Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten müsse die Beklagte als Schadensersatz erstatten. Der Zinsanspruch ergebe sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

[6] Die dagegen gerichteten Rechtsmittel sind unbegründet.

[7] II. Revision der Beklagten:

[8] 1. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB). Zwischen den

Parteien ist kein Vertrag zustande gekommen, sodass die Kaufpreiszahlung ohne Rechtsgrund erfolgte. Die Beklagte hat das Angebot des Klägers v. 17.8.2004 nicht rechtzeitig angenommen. Zwar hat sie die Annahme innerhalb der in dem Angebot enthaltenen Bindungsfrist erklärt. Aber die Klausel über diese Frist, die sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll von der nachfolgenden Fortgeltungsklausel trennen lässt, sodass es auf deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht ankommt (vgl. nur BGH, Urt. v. 13.1.2010 – VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rn. 13), ist nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Das hat nach § 306 Abs. 2 BGB zur Folge, dass für die Annahmefrist die gesetzliche Regelung in § 147 Abs. 2 BGB gilt. Danach erfolgte die Annahme des Angebots nicht rechtzeitig. Gem. § 146 BGB war es in diesem Zeitpunkt bereits erloschen.

[9] a) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Bindungsklausel um eine von der Beklagten gestellte AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB. Das legen auch die Parteien ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde. Folglich ist der Weg für eine Inhaltskontrolle dieser Vertragsabschlussklausel nach § 308 Nr. 1 BGB frei (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 7).

[10] b) Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergibt die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner (vgl. BGH, Urt. v. 13.9.2000 – VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139, 141 f. m.w.N.) hier, dass die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist von 4 Monaten und 2 Wochen den Kläger unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt hat und deshalb nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Denn die Frist geht wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus. Dass die Beklagte hieran ein schutzwürdiges Interesse hatte, hinter dem das Interesse des Klägers an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen musste mit der Folge, dass er nicht unangemessen benachteiligt wurde (vgl. Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, a.a.O., Rn. 8), ist nicht ersichtlich.

[11] aa) Ausgangspunkt für die Prüfung der Unangemessenheit nach § 308 Nr. 1 BGB ist § 147 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Bei der Bemessung der danach zu bestimmenden Annahmefrist, welche sich aus der Zeit für die Übermittlung des Antrags an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie aus der Zeit für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden zusammensetzt und die mit der Abgabe des Angebots zu laufen beginnt (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rn. 11), ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

[12] bb) Gemessen an diesen Grundsätzen erachtet der Senat bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen über den Erwerb einer fertiggestellten Eigentumswohnung, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht, eine Frist für den Eingang der Annahmeerklärung von 4 Wochen als angemessen (Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, a.a.O., Rn. 11 m.w.N.). Die Frage, ob eine längere Bindungsfrist des Antragenden bei Bauträgerverträgen anzuerkennen ist (s. dazu OLG Nürnberg in *Bunte*, AGBE, Bd. I, Nr. 5 zu § 10 Nr. 1; OLG Dresden, BauR 2005, 559, 560; LG Frankfurt/M. in *Bunte*, AGBE, Bd. II, Nr. 19 zu § 10 Nr. 1; Bamberger/Roth/*Becker*, BGB, 3. Aufl., § 308 Nr. 1 Rn. 9; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2006, § 308 Nr. 1 Rn. 11; *Graf von Westphalen*, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl., § 10 Nr. 1 Rn. 13; *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 1 Rn. 14; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl., Rn. 170 ff.; *Blank*, Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rn. 1215; *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333; *Eue*, MittBayNot 2007, 390, 391; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1044), hat der Senat bisher offengelassen. Er verneint sie nunmehr. Unter regelmäßigen Umständen kann auch derjenige, der einem Bauträger gegenüber ein Angebot abgibt, dessen Entscheidung innerhalb von 4 Wochen erwarten. Es kann nämlich nach der Verkehrsanschauung nicht davon ausgegangen werden, dass ein Bauträger typischerweise beabsichtigt, erst dann über die Annahme des Angebots zu entscheiden, wenn ihm auch für einen Großteil der übrigen Einheiten des Bauprojekts bindende Angebot vorliegen. Ob die Realisierung eines Bauprojekts eine solche Platzierungsphase erfordert, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von der Finanzkraft des Bauträgers und den Vermarktungschancen des Vorhabens, ab. Aber auch bei Vorhaben, denen eine solche Phase vorausgeht, ist das Interesse des Bauträgers an einer längeren Bindung nicht durchgängig und damit typischerweise vorhanden; ist die Finanzierung bei einer Verkaufsquote von bspw. 60 % gesichert und diese Quote erreicht, entfällt es bei allen nachfolgenden Angeboten.

[13] cc) Ob bei der Bestimmung, welche Frist angemessen i.S.v. § 308 Nr. 1 BGB ist, im konkreten Fall absehbare Verzögerungen zu berücksichtigen sind (vgl. Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, a.a.O., Rn. 12 m.w.N.), oder ob insoweit allein eine generalisierende und typisierende Betrachtung geboten ist (vgl. *H. Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 308 Nr. 1 BGB Rn. 11), bedarf hier keiner Entscheidung. Der Vortrag der Parteien ergibt nichts dafür, dass der Kläger wusste oder absehen konnte, dass die Beklagte für die Annahme des Angebots eine längere Zeit benötigte, als er unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. Nach seinem unwidersprochen gebliebenen Vortrag in der Berufungserwiderung, den das Berufungsgericht in seiner Entscheidung zusammengefasst wiedergibt, wurde er vor der Angebotsabgabe nicht über den nach Ansicht der Beklagten entscheidenden verzögernden Umstand informiert, dass zunächst Angebote zum Erwerb sämtlicher Einheiten vorliegen müssten, bevor die Beklagte das Angebot annehmen konnte. Allein wegen des Charakters des Projekts als steuerbegünstigte Kapitalanlage musste der Kläger nicht mit Verzögerungen bei der Angebotsannahme rechnen, weil er keine Kenntnis von dem Vorbereitungsstand der Projektdurchführung hatte. Nach dem in dem Berufungsurteil ebenfalls wiedergegeben Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung wusste der Kläger lediglich, dass nicht nur innerhalb der Angebotsfrist die von ihm benötigte und von der Beklagten beschaffte Finanzierung zu bewerkstelligen war, sondern auch, dass aufgrund der Besonderheiten der steuerlichen Förderung des Erwerbs nach § 7i EStG mit der Durchführung von Sanierungsarbeiten erst nach dem Verkauf sämtlicher Wohneinheiten in dem Objekt begonnen werden konnte. Unabhängig davon, ob die zu dem frühestmöglichen Beginn der Sanierungsarbeiten vertretene Ansicht der Beklagten zutrifft, spricht auch dieser Vortrag nicht dafür, dass der Kläger die zu der Verzögerung bei der Abgabe der Annahmeerklärung führenden Umstände vorhersehen konnte. Aus seiner Sicht musste die Beklagte innerhalb des regelmäßigen Annahmezeitraums von 4 Wochen nicht ihre Erfüllungsfähig-

keit herstellen, sondern sich nur darüber klar werden, ob sie gewillt und in der Lage sein würde, den Vertrag entsprechend den in dem Angebot enthaltenen Modalitäten zu erfüllen.

[14] dd) Geht die Bindungsfrist – wie hier – wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus, stellt dies nur dann keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter welchem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, Rn. 8).

[15] (1) Auf dieser Grundlage hat die in dem Angebot des Klägers enthaltene Bindungsfrist von 4 Monaten und 2 Wochen keinen Bestand. Zwar sollte hier – anders als in dem der bereits mehrfach genannten Senatsentscheidung v. 11.6.2010 zugrunde liegenden Fall – kein Kaufvertrag über eine bereits fertiggestellte Wohnung geschlossen werden. Das in einem denkmalgeschützten Gebäude gelegene Kaufobjekt musste – ebenso wie die 13 anderen Einheiten – in einer der Errichtung nahekommenden Art und Weise saniert werden, um es in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Im Hinblick auf die mit dem Erwerb erstrebten Steuervorteile durften die Arbeiten erst nach dem Vertragsschluss beginnen (§ 7i Abs. 1 Satz 5 EStG). Auch ist der Beklagten zuzugeben, dass die Durchführbarkeit des Gesamtprojekts von der Gesamtfinanzierung abhängt, welche erst gesichert erscheint, wenn eine Mindestanzahl von Wohnungen verkauft ist, und dass sich der für den Verkauf notwendige Zeitraum nicht sicher prognostizieren lässt. Schließlich trifft die weitere Ansicht der Beklagten, dass die Sicherung der Durchführung des Gesamtvorhabens und der steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten im wohlverstandenen Interesse sämtlicher Erwerber liege, ebenfalls zu.

[16] (2) Selbst wenn dies ein schutzwürdiges Interesse des Bauträgers an der späten Annahme des Angebots begründen sollte, ist es aber nicht gerechtfertigt, den Interessenten formularmäßig einer derart langen Bindungsfrist zu unterwerfen. Denn während dieser Zeit ist er nicht nur in seiner Dispositionsfreiheit bzgl. der Anlageentscheidung beschränkt, sondern er hat diese Freiheit überhaupt nicht. Die Reaktion auf eine bis kurz vor Fristablauf ausbleibende Annahmeerklärung dahingehend, sich nach einem anderen Objekt umzusehen und sich damit die Steuervorteile für das laufende Jahr zu sichern, ist ihm nicht möglich. Der Verkäufer ist dagegen völlig frei in seiner Entscheidung, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Von letzterer Möglichkeit kann er nicht nur dann Gebrauch machen, wenn die Durchführung des Gesamtvorhabens nicht gesichert ist, sondern auch dann, wenn das Interesse an dem Erwerb der Wohnungen so groß ist, dass später gewonnene Kaufinteressenten einen höheren Preis akzeptieren als diejenigen, die bereits ein Angebot abgegeben haben. Diese einseitige Bevorzugung des Verkäufers wird – anders als die Beklagte meint – nicht dadurch kompensiert, dass für den Kaufinteressenten die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erst begründet werden, wenn die Realisierung des Gesamtvorhabens und der steuerlichen Vorteile gesichert ist.

[17] (3) Auch wenn der Bauträger ein schutzwürdiges Interesse an der über die gesetzliche Annahmefrist (§ 147 Abs. 2 BGB) hinausgehenden Bindung hat, hinter welchem das Interesse des Antragenden an einer kurzen Bindung zurückstehen muss, darf die Bindungsfrist nicht länger als 3 Monate sein. Ohne diese zeitliche Begrenzung der Frist ist der notwendige Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht möglich. Hält der Bauträger diese Frist für nicht ausreichend, darf er nicht den Weg der Sukzessivbeurkundung von Angebot und Annahme gehen. Vielmehr muss er sich für einen einaktigen Vertragsschluss entscheiden und versuchen, seine Interessen z.B. durch die Vereinbarung einer Rücktrittsklausel zu wahren.

[18] c) Eine geltungserhaltende Reduktion der somit unwirksamen Bindungsklausel auf den mit § 308 Nr. 1 BGB zu vereinbarenden Inhalt ist ausgeschlossen (§ 306 Abs. 2 BGB). Die durch die Unwirksamkeit entstandene Lücke kann nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden, weil die Bindungsklausel als Vertragsabschlussklausel nicht Gegenstand eines Vertrags ist und eine sinnentsprechende Anwendung der Grundsätze von der ergänzenden Vertragsauslegung wegen des Vorrangs der Regelung in § 147 Abs. 2 BGB nicht möglich ist (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rn. 10). Das hat zur Folge, dass nicht nur die Bindung des Antragenden beseitigt wird, sondern der Antrag nicht mehr angenommen werden kann, weil er nicht mehr existent ist (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, a.a.O., Rn. 15).

[19] d) Die Annahme der gem. § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung der Beklagten durch Schweigen des Klägers scheidet ebenso aus wie die schlüssige Annahme durch Zahlung des Kaufpreises und Durchführung des Vertrags. Denn dem Kläger war nicht bewusst, dass für das Zustandekommen des Vertrags möglicherweise noch eine Willenserklärung seinerseits erforderlich war (vgl. Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, a.a.O., Rn. 16 ff. mit umfangreichen Nachweisen).

[20] 2. Ebenfalls zu Recht vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, dass der Bereicherungsanspruch des Klägers nicht verjährt ist. Er unterliegt der besonderen Verjährungsfrist von 10 Jahren nach § 196 BGB (vgl. Senat, Urt. v. 25.1.2008 – V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824, 825), welche bei Klageeinreichung noch nicht abgelaufen war. Die Beklagte erhebt im Revisionsverfahren insoweit auch keine Einwände.

[21] 3. Den Ausschluss des Anspruchs gem. § 814 BGB verneint das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei mit der Begründung, dass der Kläger bei Zahlung des Kaufpreises nicht gewusst habe, dass kein Vertrag zustande gekommen sei. Das nimmt die Beklagte ebenfalls hin.

[22] 4. Ohne Erfolg bleiben ihre Angriffe gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs durch den Kläger verstoße nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

[23] a) Der Kläger hat sein Recht zur Rückabwicklung des nichtigen Vertrags nicht verwirkt.

[24] aa) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt; zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen (st. Rspr., s. nur Senat, Urt. v. 16.3.2012 – V ZR 279/10, NJW 2012, 1796, 1798 f. Rn. 24).

[25] bb) An solchen Umständen fehlt es hier. Der Kläger hat nur deshalb den Kaufpreis bezahlt und den Vertrag durchgeführt, weil er bis zu der Kenntnis von der Senatsentscheidung v. 11.6.2010 (V ZR 85/09, NJW 2010, 2873) von einem wirksamen Vertragsschluss ausgegangen war. Auch die Beklagte hatte und hat immer noch dasselbe rechtliche Verständnis. Die Vertragsabwicklung erschöpfte sich in der Erbringung der beiderseitigen – vermeintlichen – vertraglichen Leistungen. Die Beklagte hat somit keine Dispositionen in einem durch das unterbliebene Rückabwicklungsverlangen des Klägers begründeten Vertrauen getätigt. Das sieht sie nunmehr nicht anders.

[26] b) Dem Rückabwicklungsverlangen steht – anders als die Beklagte meint – auch nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Von einem solchen Verhalten des Klägers kann solange keine Rede sein, wie er von dem Vorliegen eines wirksamen Vertrags ausgegangen ist. Dass der Kläger in diesem Glauben war, ist – entgegen der Ansicht der Beklagten – keine unzulässige Unterstellung. Eine bloße Unterstellung ist vielmehr die von dem Kläger bestrittene Behauptung der Beklagten, er habe sich bereits im Jahr 2004 unangemessen lange an sein Angebot gebunden gefühlt. Dafür, dass dies tatsächlich so war, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass die Beklagte mit der Verwendung der unwirksamen Bindungsklausel gegen ihre vorvertraglichen Pflichten verstoßen hat und damit rechnen musste, der Kläger werde die Unwirksamkeit erst später erkennen und sich dann auf die verspätete Annahme des Angebots berufen. Auch dies schließt ein widersprüchliches Verhalten des Klägers aus (vgl. BGH, Urt. v. 12.3.2008 – XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254, 2256).

[27] 5. Gegen die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten in Bezug auf die Rücknahme der Wohnung und gegen ihre Verurteilung zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten erinnert die Beklagte nichts. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht gegeben.

[28] 6. Schließlich bleibt die Revision insoweit erfolglos, als sich die Beklagte gegen die Zuerkennung von Prozesszinsen auf den von ihr zu erstattenden Kaufpreis wendet. In diesem Punkt ist das angefochtene Urteil ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Zwar gibt es Prozesszinsen (§§ 818 Abs. 4, 291 BGB) erst ab der Fälligkeit der Schuld (§ 291 Satz 1, 2. HS BGB), und das in einer Zug-um-Zug-Verurteilung zum Ausdruck kommende Zurückbehaltungsrecht steht dem Eintritt der Fälligkeit entgegen (Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2876 Rn. 30; BGH, Urt. v. 14.1.1971 – VII ZR 3/69, BGHZ 55, 198, 200). Aber so verhält es sich hier nicht. Die Zug-um-Zug-Verurteilung der Beklagten beruht nicht auf einem Zurückbehaltungsrecht des Klägers, sondern ist lediglich die Folge der im Bereicherungsrecht geltenden Saldotheorie. Die wechselseitigen Bereicherungsansprüche können nicht isoliert geltend gemacht werden, sondern sämtliche Be- und Entreicherungsposten sind von vornherein zu saldieren, sodass nur ein einziger Bereicherungsanspruch in Höhe des Überschusses besteht (s. nur Senat, Urt. v. 14.7.2000 – V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 54 f. = *ZNotP 2000, 389*). Bei wie hier ungleichartigen Leistungen kann die Saldierung nur in der Weise erfolgen, dass dem Zahlungsanspruch des Klägers dessen Herausgabepflicht Zug-um-Zug gegenübergestellt wird. An der Einheitlichkeit des Anspruchs ändert das nichts. Dieser bleibt fällig, durchsetzbar und ist deshalb nach § 291 BGB zu verzinsen (vgl. Senat, Urt. v. 25.1.2013 – V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825, 826 Rn. 13 zu einem einheitlichen Schadensersatzanspruch).

[29] III. Anschlussrevision des Klägers:

[30] Das Rechtsmittel ist unbegründet. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises um die erzielte Nettomiete abzgl. nicht umlagefähiger Nebenkosten zu kürzen ist und die Beklagte die dem Kläger entstandenen Finanzierungskosten nicht erstatten muss.

[31] 1. Bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung eines durchgeführten, jedoch nicht zustande gekommenen gegenseitigen Vertrags begründen die beiderseitigen Vermögensverschiebungen (grds.) keine eigenständigen Herausgabeansprüche; vielmehr besteht von vornherein nur ein einheitlicher Anspruch auf Herausgabe des Überschusses der Aktiv- über die Passivposten, der dem Teil zusteht, zu dessen Gunsten sich ein Saldo errechnet (vgl. nur Senat, Urt. v. 14.7.2000 – V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 54 f. = *ZNotP 2000, 389*). Dabei darf ein Käufer nicht ohne Weiteres sämtliche mit dem Kauf zusammenhängende Aufwendungen in das Abrechnungsverhältnis als entreichernde Posten einstellen; vielmehr ist zu prüfen, welcher Partei das jeweilige Entreicherungsrisiko zuzuweisen ist (Senat, Urt. v. 6.12.1991 – V ZR 311/89, BGHZ 116, 251, 256).

[32] Nach diesen Grundsätzen muss sich der Kläger auf den von der Beklagten zurückzugewährenden Kaufpreis die erzielten Mieterträge abzgl. nicht umlagefähiger Nebenkosten anrechnen lassen (§§ 818 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB). Das stellt er auch nicht in Abrede. Vielmehr wendet er sich gegen die Anrechnung ohne Berücksichtigung seiner Finanzierungskosten. Damit hat er jedoch keinen Erfolg. Denn die Finanzierungskosten sind nicht als entreichernder Posten in die Saldierung einzubeziehen, weil nach der Interessenlage der Kläger insoweit das Entreicherungsrisiko trägt (Senat, Urt. v. 6.12.1991 – V ZR 311/89, a.a.O.; Urt. v. 14.7.2000 – V ZR 82/99, BGHZ 154, 52, 56 = *ZNotP 2000, 389*).

[33] An diesem Ergebnis ändert nichts, dass der Kläger die Mieterträge nur erzielt hat, weil er die Wohnung gegen Zahlung des finanzierten Kaufpreises erworben hat. Denn der Kausalzusammenhang zwischen Vermögenszuwachs und Vermögensverlust ist nur eine Voraussetzung für die Berücksichtigung einzelner Posten bei der Saldierung. Davon unberührt bleibt der Gesichtspunkt der Risikoverteilung, der sich hier – s. vorstehend – zulasten des Klägers auswirkt.

[34] 2. Dem Kläger steht auch kein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der Finanzierungskosten wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB) zu, den er in die Saldierung einbeziehen könnte (vgl. Senat, Urt. v. 14.7.2000 – V ZR 82/99, a.a.O.). Zwar entspricht es st. Rspr., dass die Verwendung unwirksamer Klauseln in AGB zu einer Haftung nach dieser Anspruchsgrundlage führen kann. Aber zu erstatten sind nur solche Schäden, welche gerade durch die Unwirksamkeit der Klausel verursacht worden sind und deren Realisierung die verletzte Norm verhindern soll. Das trifft für die von dem Kläger geltend gemachten Finanzierungskosten nicht zu; denn sie resultieren nicht aus der zu langen Bindungsfrist in dem Angebot, sondern beruhen ausschließlich auf seiner früheren Ansicht,

dass mit der Annahmeerklärung der Beklagten ein Vertrag zustande gekommen sei (s. zu allem Senat, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2875 Rn. 24 f.).

[35] IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Erbrecht

Herausgabeansprüche des Vertragserben gegen Dritten

BGB §§ 2287, 822

Leitsatz (amtlich):

Bei einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung kann die Herausgabe des Geschenks gemäß § 2287 BGB auch von einem Dritten, der den Gegenstand unentgeltlich vom Beschenkten erlangt hat, unter den Voraussetzungen des § 822 BGB verlangt werden.

BGH, Urt. v. 20. 11. 2013 – IV ZR 54/13

[1] Der Kläger begehrt – soweit für das Revisionsverfahren noch erheblich – als Schlusserbe des am 27.2.2009 verstorbenen Erblassers G Z vom Beklagten, dem Sohn der verstorbenen zweiten Ehefrau des Erblassers, Übereignung und Herausgabe eines Grundstücks.

[2] Der Kläger wurde am 16.9.1945 als außerehelicher Sohn der R Z geboren. Die Mutter des Klägers heiratete 1950 den Erblasser. 1978 erwarben die Eheleute das Anwesen Uhlandstraße 9 in M am M zu je hälftigem Miteigentum. Am 15.3.1982 errichteten sie ein Testament folgenden Inhalts:

„Wir, die Eheleute G und R Z …, setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses ein.

Erbe des Letztversterbenden soll unser Sohn Wilfried [der Kläger] sein. Erlebt unser Sohn sein Erbe nicht, dann erbt unser Enkelkind Markus Z."

[3] Die Mutter des Klägers verstarb am 18.3.1982. Der Erblasser heiratete am 4.5.1983 M Z, die ihren am 10.3.1961 geborenen Sohn, den Beklagten, mit in die Ehe brachte. Nach der Eheschließung machte der damalige Bevollmächtigte des Klägers Ansprüche gegen den Erblasser nach dem Tod der Mutter des Klägers geltend. Im Schreiben v. 10.5.1983 heißt es:

„… Das von Ihnen und Ihrer verstorbenen Gattin gemeinsam errichtete Testament vom 15. März 1982 liegt mir vor. Da mein Mandant nur Schlußerbe ist und damit erst nach Ihrem Tode erben wird, hat er einen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils. Er kann somit ein Viertel des Nachlaßwertes in Geld beanspruchen. Von der Geltendmachung des Anspruchs wurde bisher abgesehen. Da Sie jedoch inzwischen wieder geheiratet haben, ist es sicherlich für beide Seiten gut, wenn jetzt eine abschließende Regelung der Erbschaftsangelegenheit erfolgt. Weder Sie noch Ihre neue Ehefrau hätten dann künftige Ansprüche zu vergegenwärtigen. …"

[4] In der Folgezeit führten der Kläger sowie der Erblasser Verhandlungen über die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Während der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch auf 30.000 DM bezifferte, zahlte der Erblasser an diesen zunächst am 9.4.1984 den von ihm errechneten Betrag i.H.v. 14.009,80 DM. Der Kläger nahm den Erblasser daraufhin hinsichtlich des verbleibenden Pflichtteilsbetrags auf Zahlung vor dem LG Darmstadt (9 O 407/84) in Anspruch. Mit notariellem Vertrag v. 6.8.1984 übertrug der Erblasser das Eigentum an dem Anwesen in M auf seine zweite Ehefrau und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht vor. Am 17.12.1984 schlossen der Kläger und der Erblasser in dem Verfahren vor dem LG Darmstadt folgenden Vergleich:

„1. Der Beklagte zahlt zur Abgeltung aller gegenseitigen Forderungen an den Kläger 7.500,- DM.

2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben."

[5] Mit weiterem notariellem Vertrag v. 20.3.2004 übertrug die zweite Ehefrau des Erblassers das Eigentum an dem Hausgrundstück unter Zustimmung des Erblassers auf den Beklagten und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht vor. Am 3.8.2008 verstarb sie. Der Kläger nahm den Beklagten klageweise u.a. auf Übereignung und Herausgabe des Grundstücks in Anspruch. Kurz vor Verkündung des landgerichtlichen Urteils gründete der Beklagte am 18.2.2011 die „S G Limited" (i.F.: Limited), eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung auf Aktien mit Sitz in England und Wales. Auf diese übertrug er mit notariellem Vertrag v. 4.3.2011 das Grundstück in M unter Vorbehalt eines lebenslang unentgeltlichen Wohnrechts zu einem Preis von 35.000 €. Die Limited wurde am 20.6.2011 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Am 30.3.2011 übertrug der Beklagte nach seiner Behauptung ferner seine Geschäftsanteile an der Limited an eine „J Incorporated" mit Sitz in Oregon und Nevada.

[6] Mit Urt. v. 23.2.2011 hat das LG den Beklagten u.a. (Nr. 1 des Urteilstenors) verurteilt, das Grundstück in M herauszugeben und aufzulassen.

[7] Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag bzgl. des Grundstücks weiter.

Aus den Gründen:

[8] Das Rechtsmittel führt im ausgeurteilten Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[9] I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte das ihm von seiner Mutter geschenkte Grundstück gem. §§ 2287, 822 BGB an den Kläger als testamentarischen Schlusserben des G Z herauszugeben. Zu Recht habe das LG die Einsetzung des Klägers als Schlusserben infolge wechselbezüglicher Verfügungen in dem Testament v. 15.3.1982 bejaht. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass R Z ihren einzigen Sohn zugunsten ihres Ehemannes enterbt hätte, wenn nicht ihr Ehemann diesen zugleich als seinen Erben eingesetzt hätte, zumal er keine eigenen Abkömmlinge gehabt habe. Dies möge letztlich dahinstehen, weil G Z niemals eine abweichende testamentarische Bestimmung getroffen habe. Der Kläger habe auch nicht im Pflichtteilsprozess im Jahr 1984 oder im

Zusammenhang mit diesem auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament verzichtet. Der Erblasser habe durch die Übertragung des Grundstücks an seine zweite Ehefrau eine unentgeltliche Verfügung i.S.d. § 2287 Abs. 1 BGB vorgenommen. Dies sei in der Absicht geschehen, den Kläger zu benachteiligen. Zwar sei die zur Entstehung des Anspruchs aus § 2287 BGB erforderliche Voraussetzung des Todes des Erblassers im Zeitpunkt des Versterbens seiner zweiten Ehefrau noch nicht eingetreten gewesen. Ihr Nachlass sei aber mit dieser noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehung belastet gewesen. Eine Haftung des Beklagten als gesetzlicher Erbe seiner Mutter scheide aus. Ihre Herausgabepflicht sei wegen Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB entfallen, nachdem sie das Grundstück durch die Schenkung v. 20.3.2004 unentgeltlich weitergegeben habe. In einem solchen Fall ermögliche § 822 BGB den Durchgriff auf den Beklagten als Beschenkten. Es handele sich um eine Art gesetzliche Schuldübernahme, die den Dritten in die Position einrücken lasse, die vormals der Erstempfänger innegehabt habe. Der Gläubiger solle durch die Entreicherung des Erstempfängers weder besser noch schlechter stehen als zuvor. Soweit der Beklagte das Grundstück nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert habe, könne er sich auf einen Wegfall der Bereicherung nicht berufen.

[10] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

[11] 1. Rechtsfehlerfrei sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wechselbezüglichkeit. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB). Diese Regelung ist nach st. Rspr. des Senats auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11, *ZNotP 2012, 61* = ZEV 2012, 37 Rn. 7; Urt. v. 26.11.1975 – IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8, 15). Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des Klägers als Schlusserben festgestellt. Es hat ausdrücklich ausgeführt, das LG habe diese Wechselbezüglichkeit zu Recht bejaht und hat das näher begründet. Soweit das Berufungsgericht weiter ausführt, dies könne letztlich dahinstehen, weil G Z niemals eine abweichende testamentarische Bestimmung getroffen habe, handelt es sich lediglich um eine Zusatz- oder Hilfsbegründung. Demgegenüber bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht abweichend von seinen zuvor getroffenen Feststellungen und den Ausführungen des LG, denen es sich angeschlossen hat, die Wechselbezüglichkeit infrage stellen und im Ergebnis offenlassen wollte.

[12] Rechtsfehler bei der Feststellung der Wechselbezüglichkeit sind dem Berufungsgericht ebenfalls nicht unterlaufen. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die fehlende Wechselbezüglichkeit folge daraus, dass das Testament weder eine Pflichtteilsstraf- noch eine Wiederverheiratungsklausel enthalte. Zwar kann die Wiederverheiratungsklausel im Einzelfall ein Indiz für die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen sein (Senatsbeschl. v. 16.1.2002 – IV ZB 20/01, BGHZ 149, 363, 365 f. = *ZNotP 2002, 155*). Ihr Fehlen lässt aber nicht auf das Fehlen der Wechselbezüglichkeit schließen. Hier spricht für die Wechselbezüglichkeit, dass die Eheleute sich angesichts des offenbar unmittelbar bevorstehenden Todes der Ehefrau noch dazu entschlossen, eine entsprechende Verfügung mit wechselseitiger Erbeinsetzung und Schlusserbeneinsetzung des Klägers zu errichten. Warum sie dies getan haben sollten, wenn der Überlebende ohne Weiteres wieder zu einer abweichenden Verfügung berechtigt sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Auch wenn im Testament vom Kläger als „unser Sohn“ die Rede ist, muss ferner berücksichtigt werden, dass dieser nicht der leibliche Sohn des Erblassers ist. Die Ehefrau hatte mithin ein berechtigtes Interesse daran, die Stellung des Klägers auch nach dem Ableben des Erblassers zu sichern, was nur durch wechselbezügliche Verfügungen mit entsprechender Bindungswirkung möglich war.

[13] 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil angenommen, der Kläger habe nicht auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament v. 15.3.1982 verzichtet. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch. Die tatrichterliche Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Recht hat das Berufungsgericht nicht auf das Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers v. 10.5.1983 an den Erblasser, mit dem er den Pflichtteilsanspruch nach seiner verstorbenen Mutter geltend gemacht hat abgestellt. Ob in dem Schreiben überhaupt ein Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung zu sehen ist, kann offenbleiben, da ein derartiger Erb- bzw. Zuwendungsverzicht jedenfalls gem. §§ 2348, 2352 Satz 3 BGB mangels notarieller Beurkundung unwirksam wäre.

[14] Soweit die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass auch der Prozessvergleich v. 17.12.1984 keinen Erbverzicht des Klägers enthält, lässt das ebenfalls keinen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler erkennen. Die Überprüfung einer vertraglichen Vereinbarung, insbesondere eines Vergleichs, ist im Revisionsverfahren ohnehin nur insoweit möglich, als das Berufungsgericht gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat (BGH, Urt. v. 11.3.1996 – II ZR 26/95, NJW-RR 1996, 932 unter I; Staudinger/*Marburger*, BGB, 2009, § 779 Rn. 57 f.). Das ist hier nicht der Fall. Ein ausdrücklicher Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung aus dem Testament v. 15.3.1982 wurde in dem Vergleich nicht erklärt. Es ist nicht ersichtlich, dass in dem Prozess, der unmittelbar nur den Pflichtteilsanspruch des Klägers nach der vorverstorbenen Mutter zum Gegenstand hatte, überhaupt über einen Vergleich des Inhalts gesprochen wurde, dass der Kläger zugleich auf seine Rechtsstellung als Schlusserbe verzichten sollte. Infolgedessen verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger nunmehr Ansprüche aus seiner Erbenstellung gegen den Beklagten geltend macht.

[15] 3. Der Vertragserbe oder der bindend eingesetzte Schlusserbe kann gem. § 2287 Abs. 1 BGB i.V.m. § 822 BGB auch vom Zweitbeschenkten Herausgabe des Geschenks verlangen.

[16] a) Ein Anspruch gegen den Zweitbeschenkten hier also den Beklagten kommt in Betracht, weil im Rahmen von § 2287 BGB auch § 822 BGB mit der darin vorgesehenen Herausgabepflicht eines Dritten angewendet werden kann. § 2287 BGB verweist hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung,

sodass jedenfalls die §§ 818 – 821 BGB Anwendung finden (MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2287 Rn. 21; Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2006, § 2287 Rn. 23). Der Senat hat die Frage einer Anwendung auch von § 822 BGB in einer älteren Entscheidung offengelassen (Urt. v. 19.3.1981 – IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205, 211 f.). Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, § 822 BGB finde entsprechend Anwendung (vgl. MünchKomm-BGB/*Musielak*, a.a.O., § 2287 Rn. 21 m.w.N.; Soergel/*Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2287 Rn. 25; Bamberger/Roth/*Litzenburger*, BGB, 3. Aufl., § 2287 Rn. 23). Die Gegenauffassung lehnt eine entsprechende Anwendung ab, weil § 822 BGB nicht nur den Umfang des Bereicherungsanspruchs bestimme, sondern einen selbstständigen Anspruch darstelle (so Staudinger/*Kanzleiter*, a.a.O., § 2287 Rn. 23). Insoweit ist allerdings bereits im Bereicherungsrecht streitig, ob § 822 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (so Staudinger/*Lorenz*, BGB, 2007, § 822 Rn. 2; anders MünchKomm-BGB/*Schwab*, a.a.O., § 822 Rn. 7; offengelassen von BGH, Urt. v. 10.2.2004 – X ZR 117/02, BGHZ 158, 63, 67 = *ZNotP 2004, 440*).

[17] Der Senat beantwortet die Frage nunmehr dahin, dass § 822 BGB unabhängig von seiner dogmatischen Einordnung auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB zumindest entsprechend anzuwenden ist. Hierfür spricht der Sinn und Zweck der §§ 2287, 822 BGB, wonach der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig ist als das Interesse des Vertrags- bzw. Schlusserben an der Herausgabe des Geschenks. So hat auch bereits der BGH auf den Rückforderungsanspruch des bedürftigen Schenkers nach § 528 BGB die Regelung des § 822 BGB entsprechend angewendet (Urt. v. 3.2.1989 – V ZR 190/87, BGHZ 106, 354, 357 f.; v. 10.2.2004, a.a.O.). Hierzu hat er ausgeführt, dass das Erfordernis der Unterhaltssicherung Vorrang vor dem Vertrauen des Beschenkten in die Rechtsbeständigkeit der Zuwendung hat. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers nur gegen den von ihm Beschenkten und nicht auch gegen einen Dritten bestünde, an den das Geschenk unentgeltlich weitergegeben worden sei. Der Dritte sei nicht schutzwürdiger als der ursprünglich Beschenkte. § 822 BGB beruhe auf der Interessenbewertung, dass derjenige, der unentgeltlich das erlangt habe, was der unmittelbar Bereicherte hätte herausgeben müssen, nicht schutzwürdig sei. Dafür spreche auch, dass anderenfalls § 528 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Geschenks zulasten Unterhaltsverpflichteter oder sonst der Allgemeinheit übergangen werden könnte.

[18] Vergleichbares gilt im Rahmen von § 2287 BGB. Auch hier ist der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig als das Interesse des Vertragserben bzw. unwiderruflich eingesetzten Schlusserben, die Erbschaft ungeschmälert von beeinträchtigenden Schenkungen zu erhalten. Die Wertung des § 822 BGB, dass der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese an den Gläubiger herauszugeben hat, soweit infolge der Zuwendung die Verpflichtung des ersten Empfängers entfallen ist, beansprucht auch in den Fällen des § 2287 BGB Geltung. Anderenfalls hinge es vom Zufall zeitlicher Abfolge ab, ob der Gläubiger seinen Anspruch noch gegen den ursprünglich Beschenkten gem. § 2287 Abs. 1 BGB durchsetzen kann oder dies wegen unentgeltlicher Weitergabe des Geschenks nicht mehr möglich wäre. Abgesehen davon würden Manipulationen bei der Weitergabe des Geschenks Tür und Tor geöffnet.

[19] Die hiergegen vorgebrachten Bedenken der Revision greifen nicht durch. Sie macht zunächst geltend, dass im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB der zur Rückforderung des Schenkungsgegenstands führende „Mangel“ in der Person des Schenkers und damit im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem liege. Demgegenüber entstehe der Anspruch aus § 2287 BGB wegen eines Fehlverhaltens des Erblassers gegenüber einem Dritten (dem Vertrags- bzw. Schlusserben), nicht jedoch wegen eines Fehlverhaltens des Erstbeschenkten. Der zur Kondiktion führende Mangel liege somit außerhalb der Schenkungskette. Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil es auch im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB nicht um ein Fehlverhalten des Erstbeschenkten geht. Er hat das Geschenk deshalb herauszugeben, weil der Schenker es wegen Verarmung benötigt. Der Umstand, dass bei § 2287 Abs. 1 BGB der Herausgabeanspruch dem Vertrags- bzw. Schlusserben zusteht, beruht auf der erbrechtlichen Wertung dieser Vorschrift, dass die Interessen des Vertrags- bzw. Schlusserben Vorrang vor denen des Beschenkten haben. Ist der Beschenkte mithin in beiden Fällen nicht schutzwürdig und rückt der Zweitbeschenkte in dessen Rechtsstellung ein, so ist kein Grund ersichtlich, warum § 822 BGB nicht auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB Anwendung finden sollte.

[20] Der unterschiedliche Beginn der Verjährungsfrist rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Zwar beginnt die dreijährige Verjährung des § 195 BGB bei den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkungen gem. § 2287 Abs. 2 BGB erst mit dem Erbfall. Dies ist aber nur Konsequenz daraus, dass auch der Anspruch nach § 2287 BGB erst entsteht, nachdem dem Vertrags- bzw. Schlusserben die Erbschaft angefallen ist. Für die Frage der Anwendung von § 822 BGB gibt der Beginn der Verjährungsfrist nichts her.

[21] b) Kommt somit eine entsprechende Anwendung von § 822 BGB und damit eine Durchgriffsmöglichkeit auf den Zweitbeschenkten in Betracht, so setzt dies zunächst voraus, dass ursprünglich ein Herausgabeanspruch gegen den Erstbeschenkten bestanden hat. Dies scheitert hier noch nicht daran, dass die zweite Ehefrau des Erblassers vor diesem verstorben ist. Zwar kann der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB von dem Vertrags- bzw. Schlusserben erst nach dem Anfall der Erbschaft geltend gemacht werden. Ist zu dieser Zeit – wie im Streitfall – der Beschenkte bereits verstorben, bleibt § 2287 Abs. 1 BGB aber dennoch anwendbar. Der Anspruch richtet sich dann gegen die vertraglichen bzw. gesetzlichen Erben des Beschenkten. Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die dem Grunde nach bereits durch die Schenkung angelegt ist, sich aber erst durch den Erbfall in der Person des Vertrags- bzw. Schlusserben verwirklicht. Zu den Nachlassverbindlichkeiten zählen gem. § 1967 Abs. 2 BGB alle vom Erblasser „herrührenden“ Schulden. Erfasst werden mithin auch Verbindlichkeiten aus noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehungen. Entsprechend hat der BGH für einen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB angenommen, dass dieser sich bei Bedürftigkeit des Schenkers, die erst nach dem Tod des Beschenkten eintritt, gegen die Erben des Beschenkten richtet (Urt. v. 7.6.1991 – V ZR 214/89, NJW 1991, 2558 unter II).

[22] c) Der Anspruch aus § 822 BGB setzt ferner voraus, dass die Verpflichtung des ursprünglichen Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung gerade infolge der unentgeltlichen Zu-

wendung des Erlangten an den Dritten ausgeschlossen ist. Der Dritte haftet daher nur subsidiär. Es verbleibt mithin bei der Haftung des Empfängers, wenn die Weitergabe des Erlangten erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist (§ 818 Abs. 4 BGB) oder wenn der Empfänger gem. §§ 819 ff. BGB verschärft haftet (vgl. Staudinger/*Lorenz*, a.a.O., § 822 Rn. 11; Bamberger/Roth/*Litzenburger*, a.a.O., § 2287 Rn. 24; MünchKomm-BGB/*Musielak*, a.a.O., § 2287 Rn. 21). Die verschärfte Haftung tritt ein, sobald der Beschenkte von der Bindung des Erblassers an den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament und von dessen Beeinträchtigungsabsicht Kenntnis erlangt (MünchKomm-BGB/*Musielak*, a.a.O., § 2287 Rn. 21). Diese Frage hat das Berufungsgericht nicht erörtert, sondern ist unter Nr. 1.5 ohne Weiteres von einem Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Grundstücks ausgegangen. Im Ergebnis kann dies offenbleiben, da eine Inanspruchnahme des verschärft haftenden Bereicherungsschuldners auch ausscheidet, wenn sich die Befreiung von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, z.B. gem. § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Herausgabe, ergibt (Palandt/*Sprau*, BGB, 72. Aufl., § 818 Rn. 53). Das ist hier der Fall, da die zweite Ehefrau des Erblassers nach der Übertragung des Grundstücks an den Beklagten zu einer Rückgabe – unabhängig von ihrer Bösgläubigkeit – nicht mehr in der Lage war.

[23] 4. Der Herausgabeanspruch des Klägers gem. § 2287 Abs. 1 BGB ist nicht im Hinblick auf ein Pflichtteilsrecht der beschenkten zweiten Ehefrau beschränkt. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass durch Schenkungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten die Vertragserben nicht beeinträchtigt werden, sofern die Schenkungen dem Pflichtteil wertmäßig entsprechen (Senatsurt. v. 28.9.1983 – IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272; v. 29.6.2005 – IV ZR 56/04, ZEV 2005, 479 unter 3b; Senatsbeschl. v. 3.5.2006 – IV ZR 72/05, ZEV 2006, 505 unter II3a; MünchKomm-BGB/*Musielak*, a.a.O., § 2287 Rn. 10). Diese Entscheidungen des Senats behandelten aber ausschließlich Fälle, bei denen die Pflichtteilsberechtigten noch lebten und jeweils selbst klageweise auf Herausgabe des Geschenks in Anspruch genommen wurden. In solchen Fallgestaltungen kommt dem Grunde nach die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs in Betracht. Der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB ist dann auf dasjenige beschränkt, was nach Begleichung des Pflichtteils übrig bleibt. Der Gläubiger muss, wenn er die Herausgabe des Geschenks beansprucht und verlangen kann, zugleich den fiktiven Pflichtteil an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten auskehren (vgl. Senatsurt. v. 28.9.1983 – IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Die zweite Ehefrau des Erblassers war bereits vor diesem verstorben. Ein Pflichtteilsanspruch war zu keinem Zeitpunkt entstanden und konnte auch nicht mehr entstehen. Der bloßen abstrakten Pflichtteilsberechtigung des Beschenkten als Quelle, aus der erst mit dem Erbfall unter gewissen Voraussetzungen ein Pflichtteilsanspruch entstehen kann (*Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rn. 4098) kommt demgegenüber keine maßgebliche Bedeutung zu.

[24] 5. Das Berufungsurteil ist jedoch aufzuheben, weil es dem Umstand der Veräußerung des Grundstücks durch den Beklagten nicht hinreichend Rechnung getragen hat. Soweit es in Nr. 1.8 des Urteils hierzu lediglich heißt, der Beklagte könne sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen, ist das in dieser Form – jedenfalls ohne weitere Feststellungen – unzutreffend.

[25] a) Zunächst liegt kein Anwendungsfall der §§ 265, 325 ZPO vor. Gem. § 265 Abs. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die streitbefangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. In einem derartigen Fall hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Streitbefangen ist eine Sache nur, wenn die für das Verfahren maßgebliche Sachlegitimation des Rechtsvorgängers auf seiner rechtlichen Beziehung zu der Sache beruht und diese den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet (BGH, Urt. v. 20.7.2007 – V ZR 245/06, NJW-RR 2008, 102 Rn. 26; v. 5.7.2002 – V ZR 97/01, MDR 2002, 1185 unter II1; v. 16.1.1963 – V ZR 237/60, BGHZ 39, 21, 25 f.; Musielak/*Foerste*, ZPO, 10. Aufl., § 265 Rn. 3; *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 265 Rn. 7). Danach muss die Veräußerung dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation entziehen. Dies ist im Regelfall dann gegeben, wenn das Eigentum oder ein dingliches Recht an der Sache streitig ist (Urteil des BGH v. 20.7.2007, a.a.O.; *Roth*, a.a.O., § 265 Rn. 7 f.). Schuldrechtliche Ansprüche gegen den Eigentümer auf Herausgabe oder auf Auflassung aufgrund eines Schuldverhältnisses werden dagegen i.d.R. von § 265 ZPO nicht erfasst (BGH, Urt. v. 16.1.1963, a.a.O.; *Roth*, a.a.O., § 265 Rn. 9; Musielak/*Foerste*, a.a.O., § 265 Rn. 4; offengelassen im Urt. v. 5.7.2002 – V ZR 97/01, MDR 2002, 1148 unter II1). Eine Ausnahme kann lediglich in Betracht kommen, wenn nichtdingliche Rechte einer Sache in einer dinglichen Rechten vergleichbaren Weise anhaften (BGH, Urt. v. 20.7.2007, a.a.O.). Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich – auch wenn er auf Herausgabe gerichtet ist – um einen rein schuldrechtlichen Anspruch, dessen Rechtsfolgen sich nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung richten. Der Vertrags- bzw. Schlusserbe hat mithin Anspruch auf Übereignung und Besitzverschaffung des verschenkten Gegenstands. Dieser selbst ist allerdings nicht streitbefangen i.S.v. § 265 Abs. 1 ZPO.

[26] b) Soweit das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten nach § 818 Abs. 4 BGB angenommen hat, hat es verkannt, dass der Kläger gegen den Beklagten keinen Geldzahlungsanspruch oder einen solchen auf Leistung vertretbarer Sachen geltend macht, sondern Auflassung und Herausgabe eines individualisierten Grundstücks verlangt. Auch eine verschärfte Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ändert nichts daran, dass sich eine Befreiung des Kondiktionsschuldners von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, etwa wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 275 Abs. 1 BGB, ergeben kann (Palandt/*Sprau*, a.a.O., § 818 Rn. 53). Hat der Schuldner die geschuldete Sache veräußert, ist die Leistung allerdings nicht schon deswegen unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest (BGH, Versäumnisurt. v. 26.3.1999 – V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 181 f.; Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 Rn. 33). Darlegungs- und

beweispflichtig für die Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Bereicherungsschuldner, hier also der Beklagte.

[27] Insoweit fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Dass der Beklagte das Grundstück nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils an die Limited unter Vorbehalt eines lebenslangen unentgeltlichen Wohnrechts veräußert hat und diese am 20.6.2011 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde, muss noch nicht dazu führen, dass dem Beklagten eine Übertragung des Grundstücks auf den Kläger unmöglich wäre. Eine solche Übertragung käme etwa in Betracht, wenn der Beklagte diese als Geschäftsführer und/oder Gesellschafter der Limited oder auf andere Weise veranlassen könnte. Anlässlich der Gründung der Limited war der Beklagte auch noch selbst alleiniger Anteilseigner. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat er dann zwar vorgetragen, er habe seine Anteile an der Limited gemäß Urkunde v. 30.3.2011 an eine J Incorporated in Oregon und Nevada übertragen. Diesbezüglich hat er allerdings nur ein nicht unterschriebenes Schreiben der Limited v. 7.4.2011 unter Bezugnahme auf eine Protokollniederschrift v. 30.3.2011 übergeben. Ebenfalls steht nicht fest, wer Anteilseigner der neuen Gesellschaft in Oregon und Nevada ist. Sollte dies der Beklagte sein, wäre es ihm weiterhin möglich, das Grundstück an den Kläger zu übertragen. Der Beklagte wird daher im Einzelnen darzulegen und ggf. zu beweisen haben, dass ihm keinerlei rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeit auf die nunmehrige Grundstückseigentümerin verblieben ist mit dem Inhalt, dass diese das Grundstück entweder unmittelbar oder mittelbar über den Beklagten an den Kläger übereignet.

Familienrecht

Anforderung an Verfahrensfähigkeit

FamFG §§ 275, 11

Leitsätze (amtlich):

1. **Der Betroffene ist in Betreuungssachen als verfahrensfähig anzusehen, ohne dass es auf seine Fähigkeit ankommt, einen natürlichen Willen zu bilden.**
2. **Die Verfahrensfähigkeit umfasst auch die Befugnis, einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen.**

BGH, Beschl. v. 30. 10. 2013 – XII ZB 317/13

[1] I. Für die unter einer schweren Demenz leidende Betroffene bestand seit November 2011 eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen der Vermögenssorge, der Gesundheitsfürsorge und der Aufenthaltsbestimmung. Mit Beschl. v. 18.1.2013 ist das AG der Bitte des als berufsmäßiger Betreuer bestellten Rechtsanwalts O, aus seinem Betreueramt entlassen zu werden, nachgekommen und hat die Beteiligte zu 1 zur neuen Betreuerin bestellt. Zudem hat es für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet.

[2] Hiergegen hat Rechtsanwalt R ausdrücklich namens und in Vollmacht der Betroffenen Beschwerde eingelegt. Nach Anhörung der Betroffenen hat das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

[3] II. Die statthafte und auch i.Ü. zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Beschwerdeentscheidung.

[4] 1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es fehle an einer wirksamen Vollmachterteilung an Rechtsanwalt R durch die Betroffene. Zwar sei sie ohne Rücksicht auf ihre Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig. Für die Erteilung einer Vollmacht sei aber weiter erforderlich, dass sie sich einen eigenen natürlichen Willen zum Gegenstand der Mandatserteilung bilden könne sowie sich gebildet und dann auch artikuliert habe. Dass dies der Fall sei, könne trotz dreier Vollmachten v. 1.12.2011, 3.2.2012 und 14.1.2013 nicht festgestellt werden.

[5] 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die dem Rechtsanwalt R durch die Betroffene erteilte Verfahrensvollmacht ist wirksam, sodass dieser in zulässiger Weise für die Betroffene die Beschwerde eingelegt hat.

[6] a) Gem. § 275 FamFG ist der Betroffene im Betreuungsverfahren ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig. Die Verfahrensfähigkeit umfasst dabei das gesamte Verfahren, sodass dem Betroffenen insoweit alle Befugnisse eines Geschäftsfähigen zur Verfügung stehen.

[7] Die ganz h.M. leitet daraus auch die grundsätzliche Befugnis des Betroffenen ab, jederzeit selbst einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen (KG, FamRZ 2010, 835; OLG Schleswig, FamRZ 2007, 1126; BayObLG, BtPrax 2005, 148; BayObLG, Beschl. v. 3.3.2004 – 3Z BR 268/03, juris Rn. 5; OLG Saarbrücken, FGPrax 1999, 108, 109; Keidel/*Budde*, FamFG, 17. Aufl., § 275 Rn. 5; MünchKomm-FamFG/*Schmidt-Recla*, 2. Aufl., § 275 Rn. 3; Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 275 Rn. 11; Bork/Jacoby/Schwab/*Heiderhoff*, FamFG, 2. Aufl., § 275 Rn. 2; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 275 FamFG Rn. 5; *Knittel*, Betreuungsrecht, Stand: 1.3.2013, § 275 FamFG Rn. 9; Horndasch/Viefhues/*Beermann*, FamFG, § 275 Rn. 2; *Brosey*, in: Bahrenfuss, FamFG, § 275 Rn. 2; Schulte-Bunert/Weinreich/*Rausch*, FamFG, 3. Aufl., § 275 Rn. 5; *Grabow*, in: Holzer, FamFG, § 275 Rn. 2; BeckOK-FamFG/*Günter*, Stand: 1.7.2013, § 275 Rn. 2; *Heidebach*, in: Haußleiter, FamFG, § 275 Rn. 3; Jurgeleit/*Meier*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 275 FamFG Rn. 3; HK-BUR/*Bauer*, Stand: Juli 2011, § 275 Rn. 7; a.A. Prütting/Helms/*Roth*, a.a.O., § 316 Rn. 3 f.). Der Senat teilt diesen Ansatz.

[8] Die Norm des § 275 FamFG ersetzt § 66 FGG, der wiederum auf das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) v. 12.9.1990 (BGBl. I, S. 2002) zurückging. Ein wesentliches Ziel der mit dem Betreuungsgesetz vorgenommenen Änderungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit war es, die Rechtsposition des Betroffenen auch im Verfahren zu stärken. In einem fairen Verfahren sollte er eigenständiger Beteiligter und nicht „Verfahrensobjekt“ sein. Als Kernstück der Verfahrensvorschriften wurde daher schon in § 66 FGG die Verfahrensfähigkeit des Betroffenen ausdrücklich geregelt und auf alle die Betreuung betreffenden Verfahren ausgedehnt. Damit sollte der Betroffene in die Lage versetzt werden, seinen Willen nach Kräften selbst zu vertreten, ohne auf Andere, insbesondere gesetzliche Vertreter, angewiesen zu sein (vgl. Senatsbeschl. v. 4.5.2011 – XII ZB 632/10, *ZNotP*

2011, 267 = FamRZ 2011, 1049 Rn. 10; BT-Drucks. 11/4528, S. 89 und 170).

[9] Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck einer Stärkung der verfahrensrechtlichen Position des Betroffenen würde ohne die Möglichkeit, selbst einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen, in vielen Fällen verfehlt. Denn wie schon der Blick auf die in § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten medizinischen Voraussetzungen der Betreuung verdeutlicht, wird es dem Betroffenen häufig nur mit anwaltlicher Vertretung möglich sein, seine Rechte im Betreuungsverfahren effektiv wahrzunehmen.

[10] b) Unterschiedliche Auffassungen werden in Rechtsprechung und Literatur allerdings dazu vertreten, ob die Erteilung einer wirksamen Verfahrensvollmacht durch den Betroffenen zumindest das Vorliegen eines auf die Vertretung durch einen Bevollmächtigten gerichteten natürlichen Willens erfordert.

[11] aa) Die Befürworter einer solchen Einschränkung des § 275 FamFG (Prütting/Helms/*Fröschle*, a.a.O., § 275 Rn. 11; HK-BUR/*Bauer*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 8; vgl. auch OLG Saarbrücken, FGPrax 1999, 108, 109; wohl auch BayObLG, BtPrax 2005, 148 und Beschl. v. 3.3.2004 – 3 Z BR 268/03, juris Rn. 7; unklar *Grabow*, a.a.O., § 275 Rn. 2) verweisen auf die Natur der Vollmachterteilung als Willenserklärung und darauf, dass die gesetzgeberische Vorstellung vom Betroffenen als selbstbestimmtem Verfahrenssubjekt zuweilen nicht verwirklicht werden könne, wenn der Betroffene durch seine Erkrankung jegliche Fähigkeit eingebüßt habe, sich verständlich zu artikulieren, den Sinn und die Folgen seiner Erklärung auch nur ansatzweise zu erkennen oder sich eine wenigstens ungefähre Vorstellung von seiner Lage zu bilden. Die Anerkennung von Äußerungen des Betroffenen als rechtserheblich berge dann die Gefahr, den Betroffenen – mehr oder weniger wohlmeinender – privater Herrschaft Dritter zu unterwerfen.

[12] bb) Demgegenüber hält die in der Literatur h.M. (MünchKomm-FamFG/*Schmidt-Recla*, a.a.O., § 275 Rn. 2 und 6; Bork/Jacoby/Schwab/*Heiderhoff*, a.a.O., § 275 Rn. 3; *Knittel*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 9; *Sonnenfeld*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 275 FamFG Rn. 13; *Damrau/Zimmermann*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 5; Horndasch/Viefhues/*Beermann*, a.a.O., § 275 Rn. 3; *Bassenge*, in: Bassenge/Roth, FamFG, 12. Aufl., § 275 Rn. 1; Schulte-Bunert/Weinreich/*Rausch*, a.a.O., § 275 Rn. 5; BeckOK-FamFG/*Günter*, a.a.O., § 275 Rn. 2a; *Heidebach*, a.a.O., § 275 Rn. 2; Jurgeleit/*Meier*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 4; *Schmidt*, FGPrax 1999, 178, 179; vgl. auch OLG Schleswig, FamRZ 2007, 1126) das Erfordernis eines natürlichen Willens für mit Wortlaut und Zweck der Vorschrift unvereinbar und in der Praxis problematisch.

[13] c) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend.

[14] aa) Nach dem Wortlaut des § 275 FamFG besteht die Verfahrensfähigkeit des Betroffenen uneingeschränkt und ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nichts dazu entnehmen, dass der Gesetzgeber gleichwohl eine Differenzierung etwa nach unterschiedlichen Graden der geistigen Leistungsfähigkeit oder aber nach der Schwere der psychischen und physischen Beeinträchtigungen des Betroffenen vornehmen wollte. Vielmehr ging es ihm darum, die Rolle des Betroffenen als eigenständigem Verfahrensbeteiligten zu sichern (BT-Drucks. 11/4528, S. 89 und 170). Damit trug der Gesetzgeber Art. 1 Abs. 1 GG Rechnung, aus dem folgt, dass niemand zum bloßen Objekt eines ihn betreffenden staatlichen Verfahrens werden darf (BVerfGE 63, 332, 337).

[15] Mit dieser gesetzgeberischen Intention wäre es nicht vereinbar, aus den das Betreuungsverfahren erst auslösenden krankheitsbedingten Beeinträchtigungen der Willensbildungsfähigkeit eines Betroffenen wiederum auf Einschränkungen der Verfahrensfähigkeit – und der daraus folgenden Fähigkeit zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht – rückzuschließen. Dies würde § 275 FamFG einen maßgeblichen Teil seiner Wirkung nehmen und zu einer gegenüber der Geschäftsfähigkeit nur wenig erweiterten Verfahrensfähigkeit führen (vgl. Bork/Jacoby/Schwab/*Heiderhoff*, a.a.O., § 275 Rn. 3). Das war jedoch vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt.

[16] bb) Hinzu kommt, dass es dem Merkmal eines natürlichen Willens in dem von seinen Befürwortern vertretenen Bedeutungsgehalt an der für § 275 FamFG erforderlichen Trennschärfe fehlt (vgl. MünchKomm-FamFG/*Schmidt-Recla*, a.a.O., § 275 Rn. 2; *Damrau/Zimmermann*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 5; Horndasch/Viefhues/*Beermann*, a.a.O., § 275 Rn. 3).

[17] Grds. liegt ein (nur) natürlicher Wille vor, wenn es einem Betroffenen an einem der beiden für eine freie Willensbestimmung erforderlichen Elemente, der Einsichtsfähigkeit oder der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, fehlt (Senatsbeschl. v. 9.2.2011 – XII ZB 526/10, FamRZ 2011, 630 Rn. 7 und v. 14.3.2012 – XII ZB 502/11, FamRZ 2012, 869 Rn. 14). Die im Zusammenhang mit § 275 FamFG verwendeten – zudem uneinheitlichen – Definitionen des „natürlichen Willens" greifen daher teilweise auf Begrifflichkeiten wie „ungefähre Vorstellung" und „ansatzweise" zurück (vgl. dazu Keidel/*Budde*, a.a.O., § 275 Rn. 7 m.w.N.; HK-BUR/*Bauer*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 8). Das ist folgerichtig, weil die Unterscheidung zur „einfachen" Geschäftsunfähigkeit, bei der § 275 FamFG noch Platz greifen soll, nur mittels gradueller Kriterien möglich ist. Diese entziehen sich jedoch weitgehend einer für die gerichtliche Praxis brauchbaren Handhabung.

[18] cc) Die von den Befürwortern des Erfordernisses eines natürlichen Willens angeführte Möglichkeit eines Missbrauchs der Befugnis des Betroffenen zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht (vgl. insbesondere OLG Saarbrücken, FGPrax 1999, 108, 109) steht der Annahme einer uneingeschränkten Verfahrensfähigkeit des Betroffenen ebenso wenig entgegen wie die allgemeine Gefahr, dass der Betroffene Verfahrenshandlungen zu seinem Nachteil vornehmen kann.

[19] Zum einen schließt die Sollvorschrift des § 276 Abs. 4 FamFG die Bestellung eines Verfahrenspflegers etwa bei Vorliegen eines Interessenkonflikts auch dann nicht aus, wenn der Betroffene durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird (vgl. KG, FGPrax 2004, 117; Keidel/*Budde*, a.a.O., § 276 Rn. 15). Zum anderen war dem Gesetzgeber bewusst, dass mit der uneingeschränkten Verfahrensfähigkeit des Betroffenen Probleme einhergehen können (vgl. OLG Schleswig, FamRZ 2007, 1126 m.w.N.; ausführlich *Sonnenfeld*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 9; Jurgeleit/*Meier*, a.a.O., § 275 FamFG Rn. 4; MünchKomm-FamFG/*Schmidt-Recla*, a.a.O., § 275 Rn. 6). Gleichwohl hat er in § 275 FamFG keine Einschränkungen aufgenommen.

[20] d) Von der aus der unbeschränkten Verfahrensfähigkeit folgenden Befugnis des Betroffenen zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht ist die Frage zu trennen, ob der Betroffene eine Bevollmächtigungserklärung abgegeben hat. Eine solche ist mündlich, schriftlich oder konkludent möglich. Für den Nachweis gilt § 11 FamFG.

[21] e) Die von der Betroffenen an Rechtsanwalt R erteilte schriftliche Verfahrensvollmacht ist mithin wirksam. Darauf, ob sich – wie die Rechtsbeschwerde rügt – das Beschwerdegericht mit seiner jetzigen Auffassung in Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen und insbesondere dazu setzt, dass es in einem Vorverfahren die von der Betroffenen erklärte Beschwerderücknahme für wirksam erachtet hatte, kommt es danach nicht an.

[22] 3. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und das Verfahren an das LG zur Entscheidung in der Sache zurückzuverweisen.

Lottogewinn als Zugewinn

BGB §§ 1374 Abs. 2, 1381 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

1. **Der Lottogewinn eines Ehegatten ist bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs nicht seinem Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen (Anschluss an BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124).**
2. **Dass der Lottogewinn längere Zeit nach der Trennung erzielt worden ist, rechtfertigt für sich genommen auch keine grobe Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB.**

BGH, Beschl. v. 16. 10. 2013 – XII ZB 277/12

[1] I. Die Beteiligten streiten darüber, ob ein vom Antragsgegner im Zeitraum des Getrenntlebens erzielter Lottogewinn dem Zugewinnausgleich unterfällt.

[2] Die Beteiligten schlossen im Juli 1971 die Ehe, aus der drei mittlerweile erwachsene Kinder hervorgegangen sind. Sie trennten sich im August 2000. Spätestens seit dem Jahr 2001 lebt der Antragsgegner mit seiner jetzigen Partnerin zusammen. Im November 2008 erzielte er zusammen mit ihr einen Lottogewinn von 956.333,10 €.

[3] Auf den der Antragstellerin am 31.1.2009 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe durch Verbundurt. v. 23.10.2009, rechtskräftig seit 3.12.2009, geschieden, der Versorgungsausgleich geregelt und der Antragsgegner zu einer monatlichen Unterhaltsleistung i.H.v. 297 € bis März 2014 an die Antragstellerin verpflichtet.

[4] Im vorliegenden Verfahren verlangt die Antragstellerin Zugewinnausgleich i.H.v. insgesamt 242.500 € unter Berücksichtigung der Hälfte des auf den Antragsgegner entfallenden Anteils an dem Lottogewinn.

[5] Das AG hat den Lottogewinn in die Berechnung des Zugewinnausgleichs einbezogen und dem Antrag der Antragstellerin in vollem Umfang stattgegeben.

[6] Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und den Antragsgegner lediglich zur Zahlung von 7.639,87 € verurteilt. Die Antragstellerin möchte mit der Rechtsbeschwerde die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen.

[7] II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

[8] 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung ausgeführt, der auf den Antragsgegner entfallende Anteil des Lottogewinns i.H.v. 482.666,55 € sei nicht gem. § 1374 Abs. 2 BGB seinem Anfangsvermögen zuzurechnen. Es sei zwar streitig, ob die Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB auf andere als die in der Vorschrift genannten eheneutralen Erwerbstatbestände anzuwenden sei. Das Beschwerdegericht schließe sich aber der h.M. in Rechtsprechung und Literatur an, wonach § 1374 Abs. 2 BGB einer ausdehnenden Anwendung im Wege einer Analogie nicht zugänglich sei. Nach den Vorschriften des Zugewinnausgleichs sollten vom Grundsatz her nicht nur Vermögenswerte ausgeglichen werden, zu deren Erwerb der jeweils andere Ehegatte beigetragen habe. Die Ehegatten sollten vielmehr grds. an jedem Vermögenszuwachs während der Ehe teilhaben. Unter Berücksichtigung des Lottogewinns habe daher das Endvermögen des Antragsgegners im Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags 498.666,55 € betragen. Mangels Anfangsvermögens entspreche das Endvermögen des Antragsgegners seinem Zugewinn. Unter Berücksichtigung des Zugewinns der Antragstellerin i.H.v. 720,97 € habe diese daher gem. § 1378 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 248.972,79 €.

[9] Der Antragsgegner könne jedoch gem. § 1381 Abs. 1 BGB die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit sein Zugewinn auf dem Lottogewinn beruhe. § 1381 BGB diene als Korrektiv grob unbilliger und dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechender Ergebnisse, die sich in besonders gelagerten Fällen aus der schematischen Anwendung der Vorschriften zur Berechnung des Zugewinnausgleichs ergeben könnten. Das Vorliegen einer groben Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB sei anzunehmen, wenn eine Korrektur der schematischen Anwendung der Regelungen über den Zugewinnausgleich veranlasst sei, weil der Zugewinn nach langjähriger Trennung der Ehegatten ohne jeglichen inneren Bezug zur Ehe erzielt worden sei. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall erfüllt. Zum Zeitpunkt des Lottogewinns seien die Beteiligten schon rd. 8 Jahre getrennt gewesen, und dem Vermögenszuwachs fehle jede innere Bindung zu der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft, weil er aus einer mit der Lebensgefährtin des Antragsgegners unterhaltenen Tippgemeinschaft stamme.

[10] 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[11] a) Zu Recht hat das Beschwerdegericht allerdings zunächst den hälftigen Anteil des Antragsgegners an dem erzielten Lottogewinn bei der Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 BGB berücksichtigt. Denn dieser Vermögenszuwachs ist dem Antragsgegner noch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zugeflossen (§ 1384 BGB) und kann nicht in analoger Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB dessen Anfangsvermögen zugerechnet werden.

[12] aa) Nach § 1374 Abs. 2 BGB ist nur Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstands von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, seinem Anfangsvermögen hinzuzurechnen und damit vom Zugewinnausgleich ausgenommen.

Einen solchen Erwerb stellt der Lottogewinn eines Ehegatten nicht dar. § 1374 Abs. 2 BGB kann auf einen solchen Vermögenszuwachs auch nicht entsprechend angewendet werden.

[13] bb) Zwar wird im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten, dass ein während der Zeit des Getrenntlebens eingetretener Vermögenszuwachs, der nicht auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht, in entsprechender Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen zugerechnet werden solle (so etwa *Jaeger*, in: Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rn. 36; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., S. 12 f.; Schwab/*Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., Kap. VII, Rn. 161). Der BGH, auch der Senat, hat jedoch bereits mehrfach entschieden, dass § 1374 Abs. 2 BGB einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rn. 16; BGHZ 157, 379, 384 f. = FamRZ 2004, 781, 782 und v. 20.6.2007 – XII ZR 32/05, FamRZ 2007, 1307 Rn. 14 jeweils m.w.N.). Dies entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum (Palandt/*Brudermüller*, BGB, 71. Aufl., § 1374 Rn. 19; NK-BGB/*Heiß*, 2. Aufl., § 1374 Rn. 25; FAKomm-FamR/*Weinreich*, 4. Aufl., § 1374 BGB Rn. 30; für Lottogewinne auch MünchKomm-BGB/*Koch*, 6. Aufl., § 1374 Rn. 14; *Jaeger*, a.a.O., § 1374 BGB Rn. 36; *Müting*, in: Klein, Handbuch Familienvermögensrecht, Kap. 2, Rn. 1439).

[14] cc) Die Fälle des § 1374 Abs. 2 BGB, in denen ein Zugewinnausgleich nicht stattfinden soll, stellen Ausnahmen von dem gesetzlichen Prinzip dar, wonach es für den Zugewinnausgleich grds. nicht darauf ankommt, ob und in welcher Weise der den Ausgleich fordernde Ehegatte zur Entstehung des Zugewinns beigetragen hat (Senatsurteil BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rn. 16). Dabei sind die in § 1374 Abs. 2 BGB geregelten Ausnahmen nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der andere Ehegatte in diesen Fällen nicht zu dem Erwerb beigetragen hat. Ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Ausnahmeregelung ist vielmehr, dass eine derartige Zuwendung meist auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden oder auf ähnlichen besonderen Umständen beruht (Senatsurteile BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rn. 16; BGHZ 157, 379 = FamRZ 2004, 781, 782; BGHZ 130, 377 = FamRZ 1995, 1562, 1564; BGHZ 82, 145 = FamRZ 1982, 148; BGHZ 82, 149 = FamRZ 1982, 147; BGHZ 80, 384 = FamRZ 1981, 755, 756). Da dieses kennzeichnende Merkmal bei einem durch einen Lottogewinn erzielten Vermögenszuwachs nicht gegeben ist, kommt eine erweiternde Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB in dem hier vorliegenden Fall nicht in Betracht (so schon BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124 f.).

[15] b) Soweit das Beschwerdegericht angenommen hat, der Antragsgegner könne nach § 1381 Abs. 1 BGB die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der von ihm erzielte Zugewinn auf dem Lottogewinn beruhe, hält dies den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

[16] aa) Nach § 1381 Abs. 1 BGB kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falls grob unbillig wäre. Die Vorschrift ermöglicht eine Korrektur von Ergebnissen, die sich in besonders gelagerten Einzelfällen aus der schematischen Anwendung der Vorschriften zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs ergeben können. Nicht ausreichend ist allerdings, dass sich die Unbilligkeit allein aus dem vom Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität festgelegten pauschalisierenden und schematischen Berechnungssystem ergibt (vgl. dazu *Jaeger*, a.a.O., § 1381 BGB Rn. 1). Dem ausgleichsverpflichteten Ehegatten steht das Leistungsverweigerungsrecht aus § 1381 BGB nur dann zu, wenn die Gewährung des Ausgleichsanspruchs in der vom Gesetz vorgesehenen Art und Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde (Senatsurt. v. 9.10.2013 – XII ZR 125/12 – z.V.b. und v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 788), ohne dass Abs. 1 dieser Vorschrift ein Verschulden des den Ausgleich verlangenden Ehegatten voraussetzt (vgl. Senatsurt. v. 6.2.2002 – XII ZR 213/00, *ZNotP 2002, 190* = FamRZ 2002, 606, 608). Ob eine grobe Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB gegeben ist, ist aufgrund einer umfassenden Abwägung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Ihre Würdigung ist grds. Sache des Tatrichters, die nur einer eingeschränkten rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung unterliegt (vgl. Senatsurt. v. 9.10.2013 – XII ZR 125/12 – z.V.b. und v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 789).

[17] bb) Auch an diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstäben gemessen kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Die vom Beschwerdegericht angeführten Umstände rechtfertigen die Annahme einer groben Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB nicht.

[18] (1) Die Tatsache, dass der für den Zugewinnausgleich maßgebliche Vermögenszuwachs zu einer Zeit erfolgte, zu der die Ehegatten bereits längere Zeit getrennt lebten, rechtfertigt für sich allein betrachtet die Anwendung des § 1381 Abs. 1 BGB nicht (vgl. Senatsurt. v. 9.10.2013 – XII ZR 125/12 – z.V.b.). Zwar wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, in solchen Fällen fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung für den Ausgleich des in der Trennungszeit erzielten Zugewinns (Staudinger/*Thiele*, BGB, 2007, § 1381 Rn. 24; *Thiele*, JZ 1960, 394, 396; RGRK/*Finke*, BGB, 12. Aufl., § 1381 Rn. 16; *Schröder*, FamRZ 1997, 1, 6; BeckOK-BGB/*Mayer*, Stand: 1.8.2012, § 1381 Rn. 11; *Jaeger*, FPR 2005, 352, 355). Dem vermag der Senat jedoch nicht beizutreten. Nach der gesetzlichen Regelung des § 1384 BGB fällt die Trennungszeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags in den Zeitraum, für den ein Zugewinnausgleich stattfindet. Vermögensänderungen, die in der Zeit zwischen der Trennung und der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags eingetreten sind, sind deshalb in die Ausgleichsberechnung einzubeziehen (Senatsurt. v. 9.10.2013 – XII ZR 125/12 – z.V.b.). Hinzu kommt, dass die §§ 1385, 1386 BGB einem Ehegatten, der keinen Antrag auf Scheidung der Ehe stellen möchte, die Möglichkeit eröffnen, nach einer dreijährigen Trennungszeit die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft zu verlangen, um damit zu verhindern, dass ein bei ihm später eintretender Vermögenszuwachs im Zugewinnausgleichsverfahren Berücksichtigung findet. In dem vor dem 1.9.2009 geltenden Zugewinnausgleichsrecht bestanden vergleichbare Möglichkeiten. Wenn der Ausgleichsverpflichtete von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, ist Ausgleich – ohne Hinzutreten weiterer Umstände – nicht grob unbillig (Senatsurt. v. 9.10.2013 – XII ZR 125/12 – z.V.b. m.w.N.).

[19] (2) Zutreffend weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass auch die Herkunft des Zugewinns im Rahmen von § 1381 BGB grds. ohne Bedeutung ist (vgl. Senatsurt. v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 788). Der Zugewinnausgleich soll nach seinem Grundgedanken der Teilhabe an dem während der Ehe gemeinsam erwirtschafteten Vermögen dienen (Senatsurt. v. 6.2.2002 – XII ZR 213/00, , *ZNotP 2002, 190* = FamRZ 2002, 606, 607). Die vom Gesetz vorgesehene pauschalisierte Berechnungsweise differenziert dabei nicht danach, in welchem Umfang die Ehegatten zum Vermögenserwerb während der Ehe beigetragen haben (vgl. hierzu schon Senatsurt. v. 9.7.1980 – IVb ZR 531/80, FamRZ 1980, 877). Diese Wertung ist auch bei der Auslegung des § 1381 BGB zu beachten. Deshalb kann die Vorschrift nicht etwa schon dann eingreifen, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte keinen Beitrag zur Entstehung des Zugewinns geleistet hat.

[20] (3) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt auch die Gesamtschau dieser beiden Umstände nicht zur Annahme einer groben Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB.

[21] Zwar hat der Senat in einer früheren Entscheidung ausgeführt, dass bei der im Rahmen der Prüfung des § 1381 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch eine außergewöhnlich lange Trennungszeit und der Umstand, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte sein Endvermögen erst nach der Trennung und ohne jeglichen inneren Bezug zu der ehelichen Lebensgemeinschaft erwirtschaftet hat, zu berücksichtigen sei (Senatsurt. v. 6.2.2002 – XII ZR 213/00, , *ZNotP 2002, 190* = FamRZ 2002, 606, 608). Dabei ließ sich der Entscheidung aber schon nicht entnehmen, dass allein diese beiden Gesichtspunkte ohne Hinzutreten sonstiger Umstände die Annahme einer groben Unbilligkeit rechtfertigen könnten.

[22] Zudem lagen die Umstände des seinerzeit zu beurteilenden Sachverhalts grundlegend anders als im vorliegenden Fall. Die Parteien des damaligen Rechtsstreits hatten lediglich 3 Jahre in ehelicher Gemeinschaft und bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags mehr als 17 Jahre getrennt gelebt. Hinzu kamen besondere Umstände bei der Trennung der damaligen Ehegatten. Demgegenüber lebten die Beteiligten im vorliegenden Fall bei einer (bis zum Anfall des Lottogewinns) achtjährigen Trennungszeit immerhin 29 Jahre in ehelicher Lebensgemeinschaft. Aus der Ehe sind drei mittlerweile erwachsene Kinder hervorgegangen. Zudem beruht der maßgebliche Vermögenszuwachs hier – im Gegensatz zum Ausgangsfall der genannten Entscheidung aus dem Jahr 2002 – nicht auf besonderen persönlichen Anstrengungen des Ausgleichspflichtigen während der Trennungszeit. Im Hinblick darauf können im vorliegenden Fall allein die Zeit des Getrenntlebens und die Tatsache, dass der Vermögenszuwachs des Antragsgegners aus einem Lottogewinn stammt, ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine grobe Unbilligkeit i.S.v. § 1381 Abs. 1 BGB nicht begründen.

[23] 3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil weitere tatrichterliche Feststellungen nicht mehr zu erwarten sind.

Hinweispflicht des Rechtsanwalts über Kosten bei gemeinsamer Beratung

BGB § 675 Abs. 1; BRAO § 43a Abs. 4

Leitsatz (amtlich):

Suchen Eheleute gemeinsam einen Rechtsanwalt auf, um sich in ihrer Scheidungsangelegenheit beraten zu lassen, hat der Anwalt vor Beginn der Beratung auf die gebühren- und vertretungsrechtlichen Folgen einer solchen Beratung hinzuweisen.

BGH, Urt. v. 19. 9. 2013 – IX ZR 322/12

[1] Der Beklagte suchte die klagende Rechtsanwältin zu einer anwaltlichen Beratung in einer Scheidungsangelegenheit am 10.3.2011 gemeinsam mit seiner Ehefrau auf. Zu Beginn des Gesprächs ergab sich, dass die Eheleute unterschiedliche Vorstellungen über die Modalitäten der Trennung und der Scheidung hatten. Wunschgemäß versandte die Klägerin das Protokoll über das Beratungsgespräch an sie beide. Die Ehefrau mandatierte daraufhin andere Anwälte. Nachdem die Klägerin weiterhin für den Beklagten tätig geworden war, kündigte dieser am 26.4.2011 das Mandat. Die Klägerin rechnete ihre Leistungen i.H.v. 1.811,36 € gegenüber dem Beklagten ab. Dieser beglich die Rechnung nicht und beauftragte ebenfalls andere Anwälte mit der Vertretung seiner familienrechtlichen Interessen.

[2] Die Klägerin verlangt von dem Beklagten den berechneten Betrag. Das AG hat die Klage ab-, das LG hat ihre Berufung zurückgewiesen. Mit der vom LG zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin das geltend gemachte Anwaltshonorar weiter.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat keinen Erfolg.

[4] I. Das LG hat ausgeführt: Der Klägerin stehe ein vertraglicher Vergütungsanspruch nicht zu, weil sie entgegen § 43a Abs. 4 BRAO beide Eheleute beraten habe, was nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrags geführt habe. Denn schon zu Beginn des Beratungsgesprächs habe sich herausgestellt, dass sich die Vorstellungen der Eheleute zu mehreren Fragen als Folge ihrer Trennung und der beabsichtigten Scheidung widersprächen. Auch eine Teilvergütung komme nicht in Betracht, weil die Klägerin den Beklagten bereits in den Jahren 2008/2009 familienrechtlich beraten habe und sie deswegen nicht mehr für beide Eheleute hätte tätig werden dürfen. Gesetzliche Vergütungsansprüche bestünden ebenso wenig. Ansprüche aus §§ 670, 677, 683 BGB stünden der Klägerin nicht zu, weil sie ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit einer gesetzeswidrigen Tätigkeit nicht für erforderlich habe ansehen dürfen. Bereicherungsrechtliche Ansprüche seien auch nicht begründet, weil der Beklagte jedenfalls entreichert sei. Nach Aufdeckung der Interessenkollision habe er berechtigt einen anderen Anwalt mit seiner umfassenden familienrechtlichen Vertretung beauftragt.

[5] II. Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

[6] 1. Beide Vorinstanzen haben, was die Revision nicht in Zweifel zieht, festgestellt, dass die Klägerin in dem die streit-

gegenständlichen Gebühren auslösenden Beratungsgespräch am 10.3.2011 den Beklagten und seine Ehefrau gemeinsam beraten hat. Hiervon ist deshalb für das Revisionsverfahren auszugehen.

[7] 2. Auf die vom Berufungsgericht und der Revisionsbegründung aufgeworfene Frage, ob der anlässlich des Beratungsgespräches am 10.3.2011 zustande gekommene Anwaltsvertrag wegen eines Verstoßes gegen das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA), nach § 134 BGB unwirksam ist, kommt es nicht an. Denn auch bei Wirksamkeit des Anwaltsvertrags steht der Klägerin ein Zahlungsanspruch gegenüber dem Beklagten nicht zu.

[8] a) In Scheidungsverfahren soll es häufig vorkommen, dass sich die scheidungswilligen Eheleute in der Annahme völligen Interessengleichklangs und der Absicht, die Kosten für einen zweiten Anwalt zu sparen, gemeinsam durch einen Anwalt beraten lassen wollen (vgl. § 1566 Abs. 1 BGB, §§ 114 Abs. 1 und 4 Nr. 3, 128 Abs. 1, 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG; *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 10. Aufl., 1. Teil, Rn. 143; *Hartung*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 5. Aufl., § 3 BORA Rn. 57; *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., § 43a Rn. 178). Auch wenn das durch die Ehe begründete einheitliche Lebensverhältnis eine identische Rechtssache darstellt (*Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland/Vossebürger/Böhnlein/Brüggemann, BRAO, 8. Aufl., § 43a Rn. 63; *Hartung*, a.a.O., § 3 BORA Rn. 56; *Henssler*, a.a.O., § 43a Rn. 177, 200; *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl., § 43a Rn. 93) und die Eheleute im Fall der Trennung und Scheidung über das möglicherweise gleichlaufende Interesse hinaus, möglichst schnell und kostengünstig geschieden zu werden, typischerweise gegenläufige Interessen in Bezug auf die Scheidungsfolgen haben, wird in Rechtsprechung und Literatur die Meinung vertreten, dass eine gemeinsame Beratung mit dem Ziel einer einvernehmlichen Scheidung im Grundsatz möglich ist, wobei Voraussetzungen und Folgen einer solchen gemeinsamen Beratung unterschiedlich gesehen werden (zu den Voraussetzungen einerseits BayObLG, NJW 1981, 832, 833; KG, NJW 2008, 1458 f.; andererseits AG Gifhorn, FPR 2004, 161 f.; *Göppinger/Börger*, a.a.O., Rn. 146; *Henssler*, a.a.O., § 43a Rn. 178; *Groß*, FPR 2000, 136, 138; zu den Folgen einerseits *Groß*, FPR 2000, 136, 139; andererseits *Göppinger/Börger*, a.a.O., Rn. 146; *Henssler*, a.a.O., § 43a Rn. 178; noch weitergehend OLG Karlsruhe, NJW 2002, 3561, 3563; *Kleine-Cosack*, a.a.O., § 43a Rn. 122; der Zulässigkeit einer gemeinsamen Beratung stehen ablehnend gegenüber: AG Neunkirchen, FamRZ 1996, 298 f.; LG Hildesheim, FF 2006, 272; *Hartung*, a.a.O., § 3 BORA Rn. 57 ff.; *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Görken, Anwaltliches Berufsrecht, § 43 BRAO/§ 3 BORA Rn. 11). Jedenfalls dann, wenn die gemeinsame Beratung der Eheleute nicht zu der beabsichtigten Scheidungsfolgenvereinbarung führt und es trotz anfänglicher Übereinstimmungen während der anwaltlichen Beratung zu einem Interessenwiderstreit kommt, darf der Rechtsanwalt für keinen der beiden Ehepartner mehr tätig werden; in diesem Punkt besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit (AG Gifhorn, FPR 2004, 161 f.; KG, NJW 2008, 1458 f.; *Göppinger/Börger*, a.a.O., Rn. 146; *Henssler*, a.a.O., § 43a Rn. 178; *Becker-Eberhard*, FS Dieter Schwab, 2005, S. 629, 633; *Kilian*, RdA 2006, 120, 124; *Kleine-Cosack*, AnwBl 2005, 338, 340).

[9] b) Zugunsten der Klägerin unterstellt der Senat, dass eine so beschriebene gemeinsame Beratung scheidungswilliger Eheleute zulässig ist, sie den Beklagten und seine Ehefrau in diesem Sinne gemeinsam beraten hat und der unauflösliche Interessenwiderstreit zwischen den Eheleuten erst aufgetreten ist, nachdem alle von ihr abgerechneten Gebührentatbestände erfüllt waren, der Anwaltsvertrag mithin bis zum Erkennbarwerden des Interessenwiderstreits wirksam und die geltend gemachte Vergütung im Grundsatz verdient war (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07, NJW 2009, 3297 Rn. 32). Trotzdem kann sie die geltend gemachten Gebühren nach § 242 BGB nicht verlangen, weil dem Beklagten in diesem Fall in Höhe der Gebührenforderung aus dem Anwaltsvertrag i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zusteht.

[10] aa) Die Klägerin hätte den Beklagten und seine Ehefrau vor der gemeinsamen Beratung darauf hinweisen müssen, dass ein Anwalt im Grundsatz nur einen von ihnen beraten kann, dass sie bei einer gemeinsamen Beratung nicht mehr die Interessen einer Partei einseitig vertreten darf, sondern sie die Eheleute nur unter Ausgleich der gegenseitigen Interessen beraten kann, und dass sie jedenfalls dann, wenn die gemeinsame Beratung nicht zu einer Scheidungsfolgenvereinbarung führt und widerstreitende Interessen der Eheleute unüberwindbar aufscheinen, das Mandat gegenüber beiden Eheleuten niederlegen muss mit der Folge, dass beide Eheleute neue Anwälte beauftragen müssen, sodass ihnen Kosten nicht nur für einen, sondern für drei Anwälte entstehen. Weiter hätte sie die Eheleute darüber belehren müssen, dass sie möglicherweise auch dann, wenn die Eheleute eine Scheidungsfolgenvereinbarung treffen, einen der Eheleute im Scheidungsverfahren zur Stellung des Scheidungsantrags nicht vertreten kann, die Eheleute danach auch im Fall der einvernehmlichen Scheidung die Kosten für zwei Anwälte tragen müssen, weil diese Frage richterlich noch nicht geklärt ist (vgl. die oben zitierte Literatur). Diese Belehrungen hat die Klägerin dem Beklagten und seiner Ehefrau pflichtwidrig nicht erteilt.

[11] Dass ein Rechtsanwalt seinem Mandanten Belehrungen über Umstände schuldet, die zu zusätzlichen Kosten für den Mandanten führen können, ist in der Rechtsprechung des Senats anerkannt (vgl. BGH, Urt. v. 8.11.2007 – IX ZR 5/06, BGHZ 174, 186 Rn. 14). Aber auch i.Ü. hat der Rechtsanwalt den Mandanten darüber aufzuklären, wenn aus Sicht des Mandanten Bedenken darüber bestehen können, ob der Anwalt seine Interessen konsequent durchsetzt. So muss ein Rechtsanwalt, der während des Mandatsverhältnisses in einer anderen Sache einen Dritten gegen den Mandanten vertritt, darauf hinweisen, weil der Mandant i.d.R. darauf vertraut, dass der von ihm beauftragte Anwalt nur seine Interessen und nicht auch gleichzeitig die Interessen Dritter gegen ihn wahrnimmt (BGH, a.a.O., Rn. 10). Darüber hinaus hat ein Rechtsanwalt auch offenzulegen, dass er oder ein anderes Mitglied seiner Sozietät den Gegner der Person, welche ihm ein neues Mandat anträgt, häufig in Rechtsangelegenheiten vertritt, und zwar unabhängig davon, ob ein tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang zu dem neuen Mandat besteht. Denn der Rechtsuchende darf einen unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt erwarten, der seine Interessen ohne Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen der anderen Seite umfassend vertritt. Wird ein Anwalt oder dessen Sozius häufig für eine bestimmte

Partei tätig, kann aus der Sicht anderer Mandanten fraglich sein, ob der Anwalt ihre Interessen gegenüber dem anderen Mandanten mit gleichem Nachdruck vertritt wie gegenüber einem dem Anwalt völlig gleichgültigen Gegner (BGH, a.a.O., Rn. 12 f.).

[12] In einer ähnlichen Lage befinden sich die scheidungswilligen Eheleute, die den Rechtsanwalt vielleicht aus Kostengründen zu einer gemeinsamen Beratung aufsuchen. Ihnen ist in diesem Fall nicht bewusst, dass ihre Interessen gegenläufig sein können, weil ihnen die gegenseitigen Rechte unbekannt sind. Sie vertrauen darauf, dass der sie gemeinsam beratende Rechtsanwalt das Beste für sie herausholt, ohne sich klar zu machen, dass dieser in einer gemeinsamen Beratung bei gegenläufigen Interessen dazu nicht in der Lage sein wird. Zudem ist ihnen die Gefahr unbekannt, dass der Anwalt, der sie gemeinsam berät, u.U. das Mandat gegenüber beiden niederlegen muss, und dass auf sie zusätzliche Anwaltskosten zukommen können.

[13] bb) Infolge der unterlassenen Hinweise ist dem Beklagten auch der Schaden in Höhe der Gebührenforderung der Klägerin entstanden. Denn er musste, nachdem diese infolge der bei der gemeinsamen Beratung auftretenden widerstreitenden Interessen weder für seine Ehefrau noch für ihn mehr tätig werden durfte und beiden Eheleuten gegenüber das Mandat niederlegen musste (§ 43a Abs. 3 BRAO, § 3 Abs. 1 und 4 BORA; vgl. auch Nr. 3.2.1. und 3.2.2. der Berufsregeln der Rechtsanwälte der EU), einen neuen Anwalt mit seiner Vertretung in der familienrechtlichen Angelegenheit beauftragen, sodass die von der Klägerin geltend gemachten Gebühren für ihn erneut anfielen. Die von der Klägerin erbrachte Beratungsleistung war für ihn insoweit wertlos. Hätte die Klägerin dem Beklagten und seiner Ehefrau die erforderlichen Hinweise erteilt, spricht eine Vermutung dafür, dass diese sich nicht gemeinsam von ihr hätten beraten lassen. Vielmehr hätte sich der Beklagte allein von ihr beraten und vertreten lassen (vgl. *G. Fischer*, in: Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rn. 1115). Denn die Eheleute hatten – wie sie wussten – vor dem Gespräch mit der Klägerin weder den Unterhalt noch den Hausrat und den Kindesumgang des Beklagten geklärt. Ein Scheitern der gemeinsamen Beratung lag mithin auf der Hand. Bei dem Entschluss des Beklagten, sich allein oder gemeinsam mit der Ehefrau beraten zu lassen, handelt es sich auch nicht um eine Entscheidung im höchstpersönlichen Lebensbereich, bei der die Vermutungsregel nicht gilt (vgl. *G. Fischer*, a.a.O., Rn. 1113).

[14] 3. Sollte der Anwaltsvertrag von Anfang an nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 43a Abs. 3 BRAO, § 3 Abs. 1 und 4 BORA nichtig gewesen sein, stünden der Klägerin ebenfalls, wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat und wie von der Revision auch nicht bezweifelt wird, keine Zahlungsansprüche zu, weder aus Vertrag noch aus §§ 670, 677, 683 BGB noch aus § 812 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1562).

Notarrecht

Vorläufige Amtsenthebung im Zusammenhang mit Kettenkaufverträgen

BDG § 38 Abs. 1; BNotO § 96 Abs. 1 Satz 1

Leitsatz (amtlich):

Die vorläufige Amtsenthebung kann bei einem bisher disziplinarrechtlich nicht in Erscheinung getretenen Notar geboten sein, wenn dieser durch Verabredung „gestalterischer Vorkehrungen" für die Durchführung künftig beabsichtigter Beurkundungen von Kettenkaufverträgen die gem. § 14 Abs. 2 BNotO verbotene Amtsausübung verschleiert.

BGH, Beschl. v. 8. 11. 2013 – NotSt(B) 1/13

[1] I. Der Beschwerdeführer ist Notar mit Amtssitz in X. Er ist seit 1980 als Rechtsanwalt zugelassen und wurde 1989 zum Notar bestellt. Im Jahr 2004 gründete er eine eigene Kanzlei. Der Beschwerdeführer ist nicht vorbestraft. Er ist bislang disziplinarisch rechtskräftig nicht belangt worden.

[2] Die Staatsanwaltschaft erhob am 11.2.2011 Anklage zum LG gegen den Beschwerdeführer und weitere Angeschuldigte. Der Anklage liegt der Vorwurf zugrunde, dass der Beschwerdeführer in zwei Fällen notarielle Beurkundungen vorgenommen und dadurch Eigentumsübertragungen als Voraussetzung für Darlehensgewährungen durch eine kreditgebende Bank ermöglicht habe, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass die Immobilien überfinanziert sind.

[3] Der Präsident des zuständigen LG leitete mit Vfg. v. 6.4.2011 ein Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer ein und setzte dieses bis zur Beendigung des Strafverfahrens aus. Von einer vorläufigen Amtsenthebung wurde vorerst abgesehen. Mit Urt. v. 2.2.2012 sprach das LG D den Beschwerdeführer der Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen schuldig und verurteilte ihn zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 3 Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das Urteil ist am 19.4.2012 beim Beschwerdegegner eingegangen. Dieser teilte dem Beschwerdeführer unter Einräumung einer Frist zur Stellungnahme mit, dass er beabsichtige, ihn vorläufig des Amts eines Notars zu entheben. Dem ist der Beschwerdeführer mit Schriftsatz v. 19.6.2012 entgegengetreten. Mit Vfg. v. 25.7.2012 hat der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Feststellungen im Urteil des LG D vorläufig des Amts enthoben. Wegen Einzelheiten der Begründung wird auf die Vfg. v. 25.7.2012 Bezug genommen. Der Beschwerdeführer hat mit Schriftsätzen v. 29.8.2012 und klarstellend v. 22.10.2012 die Aussetzung der vorläufigen Amtsenthebungsverfügung beantragt.

[4] Der 2. Strafsenat des BGH hat durch Beschl. v. 13.3.2013 (2 StR 275/12) das Urteil des LG D aufgehoben und im Umfang der Aufhebung die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen.

[5] Das OLG hat den Antrag durch Beschl. v. 3.9.2013 zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Notar mit der Beschwerde.

[6] II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 67 Abs. 3 BDG, § 146 Abs. 1, 4 VwGO). Es hat aber in der

Sache keinen Erfolg. Das OLG hat den vom Beschwerdeführer gestellten Antrag mit Recht zurückgewiesen.

[7] 1. Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 38 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BDG kann die für die Erhebung der Disziplinarklage zuständige Behörde einen Notar gleichzeitig mit oder nach der Einleitung des Disziplinarverfahrens vorläufig seines Amts entheben, wenn im Disziplinarverfahren voraussichtlich auf Entfernung aus dem Amt des Notars erkannt werden wird. Die vorläufige Amtsenthebung setzt weiterhin voraus, dass die Maßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist und dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BGH, Senat für Notarsachen, Beschl. v. 28.7.2008 – NotSt[B] 1/08, ZNotP 2008, 416, juris Rn. 22 zu § 83 HDO m.w.N.).

[8] 2. Diese Voraussetzungen waren bei der Anordnung der Maßnahme durch den Beschwerdegegner gegeben und liegen auch weiterhin vor.

[9] a) Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Notar aufgrund der ihm vorgeworfenen schweren Dienstvergehen endgültig aus dem Amt entfernt werden wird.

[10] aa) Verletzt der Notar schuldhaft die ihm obliegenden Amtspflichten, begeht er ein Dienstvergehen (§ 95 BNotO). Als schwerste Maßnahme kann im Disziplinarverfahren die Entfernung aus dem Amt verhängt werden (§ 97 Abs. 1 BNotO). Diese Maßnahme kommt nur in Betracht, wenn der Notar in einer Weise gegen seine Pflichten verstoßen hat, dass sein Verbleiben im Amt untragbar ist. Ein solches schwerwiegendes Dienstvergehen steht im Streitfall in Rede.

[11] Aufgrund seiner Rechtspflegefunktion ist der Notar angewiesen auf Achtung und Vertrauen der Bevölkerung. Gefährden seine Handlungen das entgegengebrachte Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Rechtmäßigkeit seiner Amtsführung, so ist der Kernbereich des Notaramts betroffen, und die entsprechenden Pflichtverletzungen wiegen besonders schwer. Der Notar muss seine Mitwirkung bei Handlungen versagen, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden, § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG (BGH, Senat für Notarsachen, Beschl. v. 2.7.1984 – NotZ 4/84, DNotZ 1985, 487 und v. 17.11.2008 – NotZ 13/08, DNotZ 2009, 290, 291; *Herrmann*, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 95 Rn. 15). Eine auf Umgehung der gem. § 14 Abs. 2 BNotO verbotenen Amtsausübung ausgerichtete Dienstausübung ist mit dem Amt des Notars nicht vereinbar. Hierdurch geht das Vertrauen in die Integrität des Notars endgültig verloren.

[12] bb) Der Senat teilt im Streitfall die Beurteilung des OLG, dass die im Hinblick auf die Wahrnehmung der Dienstpflichten und des Verhaltens des Beschwerdeführers im bisherigen Verfahren zutage getretene Nachlässigkeit die Besorgnis begründet ist, dass auch künftig Urkundsbeteiligte durch eine entsprechende Sachbehandlung geschädigt werden könnten und das Vertrauen der Bevölkerung in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sowie die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege bei der Belassung im Amt nachhaltig beeinträchtigt werden würden. Die nicht bestrittenen Geschehensabläufe und die hierzu abgegebenen Erklärungen des Beschwerdeführers rechtfertigen diese Annahme trotz der Aufhebung des Urteils des LG D durch den Beschluss des 2. Strafsenats des BGH v. 13.3.2013 (2 StR 275/12) weiterhin.

[13] Bereits am 8.4.2009 wurde der Beschwerdeführer im Rahmen eines gegen ihn geführten weiteren Ermittlungsverfahrens wegen Kreditbetrugs von der ihn vernehmenden Staatsanwältin darauf hingewiesen, dass die Beurkundung von Kettenkaufverträgen mit erheblichen Differenzen zwischen dem An- und Verkaufspreis auch für den Notar strafrechtlich relevant sein könne. Gleichwohl hat der Beschwerdeführer nach den im Strafverfahren getroffenen und auch nicht in Abrede gestellten Feststellungen am 22.7.2009 und am 24.9.2009 solche Kaufverträge beurkundet, wobei die Beurkundung des Verkaufs im zuletzt genannten Fall taggleich geplant war, aber daran scheiterte, dass der Verkäufer nicht anwesend war. Für beide Grundstücke wurden zugleich Grundschulden bestellt, die sich an dem höheren Verkaufspreis des zweiten Vertrags orientierten. Auf den Hinweis in einem im Dezember 2009 übersandten Rundschreiben der Notarkammer, dass die Mitwirkung eines Notars an Kettenkaufverträgen mit unerklärlichen Preissteigerungen strafrechtlich relevant sei und den Verlust des Notaramts nach sich ziehen könne, reagierte der Beschwerdeführer mit einem Schreiben v. 28.1.2010 an den Immobilienverkäufer A, der bereits in den vorangegangen Fällen als Immobilienkäufer aufgetreten war und der offenbar bereits die Beurkundung eines weiteren Kettenkaufvertrags durch den Beschwerdeführer angebahnt hatte. Unter Bezugnahme auf den Inhalt des Rundschreibens wies der Beschwerdeführer den A darauf hin, dass die unmittelbare erhebliche Wertsteigerung einer gewissen Begründung bedürfe oder aber die Verträge nicht unmittelbar nacheinander abgewickelt werden sollten.

[14] Der Senat sieht in Übereinstimmung mit dem OLG darin „gestalterische Vorkehrungen“ für die Durchführung künftig beabsichtigter gleichgelagerter Beurkundungsvorgänge. Er teilt die Meinung des OLG und des Beschwerdegegners, dass es schlichtweg nicht vorstellbar ist, dass ein in Grundstücksgeschäften erfahrener Notar angesichts der erheblichen Differenzen zwischen Ankaufs- und Verkaufspreisen der jeweiligen Kaufverträge, für die es keinerlei nachvollziehbare Erklärungen gibt, geglaubt haben könnte, bei den von ihm beurkundeten Verträgen gehe alles mit rechten Dingen zu.

[15] cc) Vergeblich beruft sich der Beschwerdeführer auf die Aufhebung des verurteilenden Erkenntnisses des LG als ihm günstig. Das gegen den Beschwerdeführer laufende Strafverfahren ist für das Disziplinarverfahren allerdings insoweit präjudiziell, als eine rechtskräftige Verurteilung kraft Gesetzes den Verlust des Amts eines Notars zur Folge haben kann, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf (§ 49 BNotO, § 24 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG). Unabhängig von der strafrechtlichen Verurteilung lassen die Pflichtverletzungen und die Einlassung sowie der Inhalt des Schreibens an A befürchten, dass es dem Beschwerdeführer am erforderlichen Grundverständnis für seine Amtspflichten mangelt.

[16] Nach den der Anklage zugrunde liegenden nicht streitigen objektiven Sachverhalten hat der Beschwerdeführer vorsätzlich an schädigenden Handlungen zulasten der kreditgebenden Bank bei Immobiliengeschäften mitgewirkt. Aus dem o.g. Schreiben an A ergibt sich, dass er – ungeachtet des Hinweises der Notarkammer – weiterhin unter Verstoß gegen § 14 Abs. 2 BNotO beurkunden wollte. Die vom Beschwerdeführer dagegen angestellten juristischen Überlegungen, dass der Bank kein Schaden durch seine Tätigkeit entstanden sei, weil durch ihn lediglich die Kaufverträge beurkundet worden seien, nach-

dem die Kreditentscheidungen bereits gefallen waren, greifen nicht durch. Der – unwiederbringliche – Vertrauensverlust ist schon allein durch die unzulässigen Beurkundungen eingetreten. Zutreffend weist das OLG darauf hin, dass die notariellen Beurkundungen der Verträge Voraussetzung dafür waren, dass die Kreditentscheidungen durch Auszahlung der Darlehensbeträge tatsächlich umgesetzt wurden. Gehört werden kann auch nicht der Einwand des Beschwerdeführers, dass, hätte er nicht die Verträge beurkundet, die handlungsberechtigten Banksachbearbeiter wegen des anrüchigen Boni-Systems für akquirierte Darlehensverträge einen anderen Notar mit den Beurkundungen beauftragt hätten. Das dem Beschwerdeführer anzulastende schwerwiegende Dienstvergehen bleibt davon unberührt, dass – nach seiner Behauptung – sich andere Notare auf unzulässige Beurkundungen eingelassen und ihrerseits dadurch in schwerwiegender Weise ihre Dienstpflichten verletzt hätten.

[17] b) Erfolglos moniert die Beschwerde, der angegriffene Beschluss missachte das Gebot der Erforderlichkeit. Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen im Beschluss des OLG v. 3.9.2013 an und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf Bezug. Unter den Umständen des Streitfalls ist die vorläufige Dienstenthebung zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich und geboten.

[18] c) Der Beschluss des OLG verletzt auch nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und verstößt nicht gegen das damit verbundene Übermaßverbot. Dass der Beschwerdeführer bisher disziplinarrechtlich unbelastet war, rechtfertigt keine positivere Beurteilung. Die durch das Schreiben an den Immobilienverkäufer A belegte Nachhaltigkeit und die Schwere der Verfehlungen erweisen die vorläufige Amtsenthebung weiterhin als geboten. Die Suspendierung des Notars bis zur Entscheidung über die endgültige Amtsenthebung im Disziplinarverfahren ist das angemessene und erforderliche Mittel, um im rechtsuchenden Publikum das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege zu erhalten und weiteren Nachteilen vorzubeugen. Die Aussetzung des Disziplinarverfahrens steht der vorläufigen Maßnahme nach § 38 BDG nicht entgegen (vgl. *Hummel/Köhler/Mayer*, BDG, 4. Aufl., § 22 Rn. 9). Sie entspricht der Vorschrift in § 22 Abs. 1 Satz 1 BDG, § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Danach ist das Disziplinarverfahren, sobald im Strafverfahren wegen desselben Sachverhalts Klage erhoben wird, ausgesetzt. Angesichts der bisherigen Dauer ist mit Rücksicht auf das Strafverfahren die vorläufige Maßnahme auch nicht unverhältnismäßig. Nachdem die Strafsache an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen worden ist, ist vielmehr damit zu rechnen, dass das Strafverfahren in absehbarer Zeit abgeschlossen werden wird. Mit der Entscheidung über die endgültige Entfernung des Beschwerdeführers aus seinem Amt kann sodann alsbald gerechnet werden.

[19] 3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Beschwerdeführer (§ 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 154 Abs. 1 VwGO). Der Festsetzung des Streitwerts hat der Senat wegen des vorläufigen Charakters der angefochtenen Amtsenthebung die Hälfte des in § 111g Abs. 2 Satz 1 BNotO bestimmten Regelbetrags zugrunde gelegt.

Steuerrecht

Minderung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch Veräußerer

GrEStG §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 16 Abs. 3 Nr. 1; AO § 173 Abs. 1 Nr. 2

Leitsatz (amtlich):

Ist der Veräußerer eines Grundstücks verpflichtet, dem Erwerber Erwerbsnebenkosten zu erstatten, vermindert sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die zu erstattenden Kosten mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer.

BFH, Urt. v. 17. 4. 2013 – II R 1/12

Vgl. auch die Anmerkung von Mensch, ZNotP 2013, 410 (in diesem Heft)

I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) bot durch notarielle Urkunde v. 24.6.2005 einer Aktiengesellschaft als Verkäuferin den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 98.000 € an. In der Präambel zu dem Angebot führte er u.a. aus, das Angebot könne nur wirksam angenommen werden, wenn die Finanzierung des Kaufpreises durch ein deutsches oder europäisches Kreditinstitut sichergestellt sei. Die Kosten des Angebotes, der Annahme, des Vollzugs und die Grunderwerbsteuer trage er, der Kläger. Die Aktiengesellschaft nahm das Angebot durch notarielle Urkunde v. 20.7.2005 an.

Nach § 8 Abs. 1 des Vertrags trägt die Aktiengesellschaft die Kosten der Löschung nicht bestehen bleibender Rechte. Die übrigen Kosten des Vertrags, seines Vollzugs und die Grunderwerbsteuer trägt der Kläger. Die Aktiengesellschaft verpflichtete sich jedoch, dem Kläger diese Kosten zu erstatten, wenn die Zahlung des Kaufpreises sichergestellt ist.

Das seinerzeit zuständige Finanzamt (FA) setzte die Grunderwerbsteuer durch Bescheid v. 8.8.2005 auf der Grundlage des vereinbarten Kaufpreises von 98.000 € auf 3.430 € fest. Der Bescheid wurde bestandskräftig.

Der Kläger beantragte im Februar 2006, die Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG herabzusetzen. Die Aktiengesellschaft habe ihm inzwischen vertragsgemäß die gesamten Anschaffungsnebenkosten wie Notarkosten, Grundschuldbestellungsgebühren, Grunderwerbsteuer und Finanzierungskosten erstattet. Die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ermäßige sich daher um den erstatteten Betrag. Die Grunderwerbsteuer sei entsprechend herabzusetzen.

Das FA lehnte diesen Antrag durch Bescheid v. 16.3.2006 ab. Der Einspruch blieb erfolglos. Später stellte der Kläger einen Änderungsantrag nach § 5 Abs. 2 Satz 2 BewG. Das FA lehnte auch diesen Antrag ab. Über den dagegen eingelegten Einspruch ist noch nicht entschieden.

Im finanzgerichtlichen Verfahren beantragte der Kläger zuletzt, unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung v. 25.1.2007 und des Ablehnungsbescheids v. 16.3.2006 die Grunderwerbsteuerfestsetzung v. 8.8.2005 dahingehend zu ändern, dass die Be-

messungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer um 8.172,10 € gemindert wird. In diesem Betrag ist die von der Aktiengesellschaft erstattete Grunderwerbsteuer nach den Angaben des Klägers nicht enthalten.

Das FG wies die Klage durch das in DStR/Entscheidungsdienst 2012, 1275 veröffentlichte Urteil mit der Begründung ab, die Kostenerstattung durch die Aktiengesellschaft an den Kläger habe die der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legende Gegenleistung des Klägers, nämlich den vereinbarten Kaufpreis, nicht vermindert. Die von der Aktiengesellschaft neben der Verpflichtung, das Eigentum an der Wohnung zu übertragen, übernommene Pflicht zur Kostenerstattung sei für die Bemessung der Grunderwerbsteuer ohne Bedeutung; denn es handele sich dabei um eine der Kaufpreisforderung der Aktiengesellschaft gegenüberstehende selbstständige Verpflichtung. Es fehle somit an einer nachträglichen Herabsetzung des Kaufpreises. Das Begehren des Klägers auf Herabsetzung der Grunderwerbsteuer könne auch nicht auf § 5 Abs. 2 BewG gestützt werden. Die beantragte Zeugenvernehmung sei nicht erforderlich gewesen.

Mit der Revision macht der Kläger geltend, die von der Aktiengesellschaft übernommenen Kosten hätten zu einer Minderung des als Gegenleistung der Steuer unterliegenden Kaufpreises geführt. Falls § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG wegen des Fehlens einer nachträglichen Herabsetzung der Gegenleistung nicht anwendbar sein sollte, stütze er das Änderungsbegehren auf § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO. Der Kläger rügt außerdem einen Verstoß des FG gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung v. 25.1.2007 und den Ablehnungsbescheid v. 16.3.2006 aufzuheben und das FA zu verpflichten, die Steuerfestsetzung v. 8.8.2005 dahingehend zu ändern, dass die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um 8.172,10 € gemindert wird.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das inzwischen zuständig gewordene FA) beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat abgesehen von der dem Kläger zu erstattenden Grunderwerbsteuer zu Unrecht angenommen, dass sich die Verpflichtung der Aktiengesellschaft, dem Kläger die in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrags genannten Kosten zu erstatten, materiell-rechtlich nicht auf die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer auswirke.

1. Bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Kaufvertrag über ein inländisches Grundstück bemisst sich die Grunderwerbsteuer gem. § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung.

a) Als Gegenleistung gilt dabei nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Die nach § 448 Abs. 2 BGB vom Käufer getragenen Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen rechnen nicht zur Gegenleistung; denn diese Kosten schuldet der Käufer nicht dem Verkäufer, sondern Dritten. Es geht auch nicht um die Übernahme von an sich dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen durch den Käufer (*Hofmann*, GrEStG, 9. Aufl., § 9 Rn. 7; *Loose*, in: Boruttau, GrEStG, 17. Aufl., § 9 Rn. 278; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 4. Aufl., § 9 Rn. 87).

b) Ist der Grundstücksverkäufer außer zur Grundstücksübereignung zu weiteren Leistungen verpflichtet, ist für die Frage, inwieweit die Gegenleistung des Erwerbers Entgelt für den Grundstückserwerb darstellt, vom grunderwerbsteuerrechtlichen Grundstücksbegriff (§ 2 GrEStG) auszugehen. Der Erwerb von Geldforderungen oder anderen Vermögenspositionen, die nicht unter den Grundstücksbegriff des GrEStG fallen, ist grunderwerbsteuerrechtlich unerheblich. Der Aufwand für diesen Erwerb unterliegt daher nicht der Grunderwerbsteuer (Urteil des BFH v. 9.10.1991 – II R 20/89, BFHE 165, 548, BStBl. II 1992, S. 152).

Wie der BFH in dem Urteil weiter ausgeführt hat, ist eine Gesamtgegenleistung, die Entgelt sowohl für das Grundstück als auch für nicht der Grunderwerbsteuer unterliegende Gegenstände ist, im Regelfall nach der sog. *Boruttau'schen* Formel aufzuteilen. Diese Verhältnisrechnung braucht aber ausnahmsweise dann nicht vorgenommen zu werden, wenn Gegenstand eines Erwerbsvorgangs unter Vereinbarung einer Gesamtgegenleistung ein Grundstück und eine Geldforderung ist. In diesem Fall reicht es grds. aus, die Geldforderung von der vereinbarten Gesamtgegenleistung abzuziehen, weil Kapitalforderungen im Regelfall mit dem Nennwert anzusetzen sind.

2. Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist danach materiell-rechtlich um die in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrags genannten Kosten, die die Aktiengesellschaft dem Kläger erstatten musste und erstattet hat, mit Ausnahme der von der Aktiengesellschaft zu übernehmenden Grunderwerbsteuer zu vermindern. Diese Kosten musste nach der dispositiven Regel des § 448 Abs. 2 BGB an sich der Kläger tragen. Da sie abweichend hiervon aufgrund der kaufvertraglichen Vereinbarung von der Aktiengesellschaft zu erstatten waren, bildet der vom Kläger zu entrichtende Kaufpreis von 98.000 € eine Gesamtgegenleistung für die Verpflichtung der Aktiengesellschaft, dem Kläger die Eigentumswohnung zu übereignen und die Kosten zu erstatten. Die Gesamtgegenleistung ist auf diese beiden Verpflichtungen dergestalt zu verteilen, dass die zu erstattenden und tatsächlich erstatteten Kosten mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer materiell-rechtlich vom vereinbarten Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer abzuziehen sind.

Die Verpflichtung der Aktiengesellschaft, dem Kläger die Grunderwerbsteuer zu erstatten, wirkt sich anders als die Verpflichtung zur Erstattung der übrigen Kosten gem. § 9 Abs. 3 GrEStG nicht auf die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer aus. Nach dieser Vorschrift wird die Grunderwerbsteuer, die für den zu besteuernden Erwerbsvorgang zu entrichten ist, der Gegenleistung weder hinzugerechnet noch von ihr abgezogen. Übernimmt der Veräußerer die Grunderwerbsteuer, mindert sich danach die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht (*Loose*, a.a.O., § 9 Rn. 594; *Pahlke/Franz*, a.a.O., § 9 Rn. 220).

3. Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Vorentscheidung stellt sich auch nicht im Ergebnis als richtig dar (vgl. § 126 Abs. 4

FGO). Die Sache ist nicht spruchreif. Die vom FG getroffenen Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) ermöglichen keine abschließende Entscheidung über den Antrag des Klägers.

a) § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist keine Grundlage für die begehrte Änderung der bestandskräftigen Steuerfestsetzung.

aa) Wird die Gegenleistung für das Grundstück herabgesetzt, so wird nach dieser Vorschrift auf Antrag die Steuer entsprechend niedriger festgesetzt oder die Steuerfestsetzung geändert, wenn die Herabsetzung innerhalb von 2 Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet. Dies setzt voraus, dass die Herabsetzung der Gegenleistung nachträglich, also nach der Entstehung der Steuer, vereinbart wird (BFH, Urt. v. 17.4.1991 – II R 119/88, BFHE 164, 130, BStBl. II 1991, S. 586, unter II. 2., vorletzter Absatz; *Hofmann*, a.a.O., § 16 Rn. 50; *Loose*, a.a.O., § 16 Rn. 231 f.; *Pahlke/Franz*, a.a.O., § 16 Rn. 61 f.).

bb) Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt. Der Anspruch des Klägers gegen die Aktiengesellschaft auf Kostenerstattung wurde nicht nachträglich, sondern bereits im Kaufvertrag vereinbart und stand dem Kläger dem Grunde nach vom Wirksamwerden des Kaufvertrags an zu. Nach der Präambel zum Angebot des Klägers auf Abschluss des Kaufvertrags konnte dieses nur wirksam angenommen werden, wenn die Finanzierung des Kaufpreises durch ein deutsches oder europäisches Kreditinstitut sichergestellt und somit auch die Bedingung für den Kostenerstattungsanspruch erfüllt war.

b) § 5 Abs. 2 Satz 2 BewG begründet ebenfalls keinen Anspruch auf Herabsetzung der bestandskräftig festgesetzten Grunderwerbsteuer. Wie sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1 BewG ergibt, bezieht sich diese Vorschrift auf Wirtschaftsgüter, die unter einer auflösenden Bedingung erworben sind. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

c) Ob die Voraussetzungen für eine Änderung der Steuerfestsetzung nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO erfüllt sind, lässt sich aufgrund der vom FG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden. Dem FA war zwar bei der Steuerfestsetzung aufgrund der ihm vorliegenden notariellen Urkunden v. 24.6.2005 und 20.7.2005 bekannt, dass der Kläger nach der Sicherstellung der Zahlung des Kaufpreises von der Aktiengesellschaft die Erstattung der in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags genannten Kosten verlangen konnte und das Angebot zum Abschluss des Kaufvertrags erst wirksam angenommen werden konnte, wenn die Finanzierung des Kaufpreises sichergestellt war. Insofern handelt es sich demgemäß nicht um dem FA nachträglich bekannt gewordene Tatsachen. Nicht bekannt waren dem FA aber abgesehen von der Grunderwerbsteuer, die im vorliegenden Zusammenhang gem. § 9 Abs. 3 GrEStG unberücksichtigt bleibt, die genaue Zusammensetzung und die Höhe des Erstattungsanspruchs.

Über die Höhe der nach der vertraglichen Vereinbarung dem Kläger zu erstattenden Kosten und die tatsächliche Kostenerstattung sowie die Frage eines groben Verschuldens des Klägers i.S.d. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO daran, dass die genaue Zusammensetzung und die Höhe des Erstattungsanspruchs dem FA erst nachträglich bekannt geworden sind, hat das FG – von seinem Standpunkt aus zu Recht – ebenfalls noch keine Feststellungen getroffen. Es wird entsprechende Feststellungen nachzuholen haben.

4. Auf die Verfahrensrüge des Klägers kommt es danach nicht an.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Bauverpflichtung in einem Grundstückskaufvertrag, Wiederkaufsrecht

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

Zur Benennung des Geschäftswertes bei Übernahme einer Bauverpflichtung im Grundstückskaufvertrag.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 27. 6. 2013 – 12 W 170/13

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführer erwarben mit notariellem Kaufvertrag v. 7.12.2011 von der Stadt O ein Baugrundstück zum Preis von 131.820 €. Der Vertrag enthielt unter § 8 eine umfassende Bauverpflichtung für die Erwerber und unter § 9 zugunsten der Verkäuferin ein Wiederkaufsrecht für den Fall der Nichteinhaltung der Bauverpflichtung sowie ein Vorkaufsrecht für den Fall der Weiterveräußerung des (unbebauten) Grundstücks. Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht waren jeweils durch Auflassungsvormerkungen gesichert, deren Eintragung in § 11 des Kaufvertrags bewilligt und beantragt wurde. Die Eintragungen der Eigentumsumschreibung und der Vormerkungen im Grundbuch wurden den Beschwerdeführern gemäß Kostenberechnung des Grundbuchamts v. 18.8.2012 auf der Grundlage eines Geschäftswerts von jeweils 200.000 € in Rechnung gestellt, wobei in einem Zusatz darauf hingewiesen wurde, dass sich der Gegenstandswert aufgrund der Bauverpflichtung um 50 % erhöht. Gegen diese Erhöhung wandten sich die Beschwerdeführer mit ihrer Erinnerung v. 5.9.2012. Der Rechtspfleger des AG hat daraufhin durch Beschl. v. 22.4.2013 den Geschäftswert für alle Eintragungen auf 131.820 € herabgesetzt. Gegen diesen Beschluss wendet sich das LG O als Beschwerdeführer mit seiner (zugelassenen) Beschwerde v. 25.4.2013.

Entscheidung:

Die nach § 31 Abs. 3 KostO zulässige Beschwerde ist teilweise begründet und führt zur Neufestsetzung der Geschäftswerte (197.730 € für die Eintragung des Eigentümers, 65.910 € jeweils für die Eintragung der Vormerkungen für das Wiederkaufsrecht und das Vorkaufsrecht). Das AG hat den Wert für die Eintragung des Eigentümers zu Unrecht auf den vereinbarten Grundstückskaufpreis herabgesetzt. Die Geschäftswerte für die Auflassungsvormerkungen waren ebenfalls neu festzusetzen.

Entgegen der Ansicht des AG richtet sich die Bemessung des Geschäftswerts für die auf der Grundlage eines Grundstückskaufvertrags vorgenommene Eintragung eines Eigentümers entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift regelmäßig nach § 20 Abs. 1 KostO, also nach dem von den Parteien vereinbarten Kaufpreis (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Dezember 2012, § 20 Rn. 2 und § 60 Rn. 21a m.w.N.; BayObLG, JurBüro 1999, 376; Rpfleger 1996, 378). Die Vorschrift findet sowohl bei der Beurkundung von Kaufverträgen als auch bei der Eintragung darauf beruhender Rechtsänderungen im Grundbuch Anwendung (vgl. *Hartmann*, KostG, 42. Aufl., § 20 KostO Rn. 1 m.w.N.; BayObLG, JurBüro 1999, 376; 1994, 623). Wird im Rahmen eines Kaufvertrags – wie hier – zugleich eine Bauverpflichtung des Käufers begründet, so handelt es sich hierbei um eine vom Käufer übernommene Leistung i.S.v. § 20 Abs. 1 Satz 1, 2. HS. KostO, deren Wert nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen und (in der Kostenrechnung) dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist. Entgegen der Auffassung des AG stellt die gegenüber einer Gemeinde als Verkäuferin eingegangene Bauverpflichtung nämlich einen (werterhöhenden) wirtschaftlichen Wert dar, unabhängig davon, ob die Gemeinde insoweit wirtschaftliche oder nur ideelle Interessen verfolgt (vgl. BGH, NJW 2006, 1136, 1137). Die Übernahme der Verpflichtung ist dabei eine vermögensrechtliche Angelegenheit, deren Wert gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (vgl. BGH, NJW 2006, 1136, 1137) und sich im Zweifel an dem Interesse des Verkäufers an der Einhaltung der vereinbarten Baupflicht orientiert. Dieses Interesse ist, wenn nicht besondere Umstände für die Annahme eines anderen Werts sprechen, auch in dem hier vorliegenden Fall der Bauverpflichtung für ein privates Wohnhaus, mit der Hälfte des Grundstückskaufpreises zu veranschlagen (vgl. OLG Oldenburg, Nds.RPfl. 1997, 137, 138; 1996, 37; BayObLG, MittBayNot 1993, 226; *Hartmann*, a.a.O., § 30 KostO Rn. 22). Bei der Bemessung des Geschäftswerts für die Eintragung der Beschwerdeführer als Eigentümer im Grundbuch ist daher gem. § 20 Abs. 1 KostO dem vereinbarten Kaufpreis der hälftige Kaufpreis als Wert der übernommenen Bauverpflichtung hinzuzurechnen, sodass sich ein Geschäftswert von 197.730 € ergibt.

Etwas anderes gilt jedoch für die Wertbemessung bei den hier zugunsten der Verkäuferin eingetragenen Auflassungsvormerkungen für das Wiederkaufsrecht und das Vorkaufsrecht. Nach § 9 Abs. 1 und 2 des notariellen Kaufvertrags steht der Stadt O als Verkäuferin ein Wiederkaufsrecht nach § 456 BGB zu, wenn das veräußerte Grundstück nicht bis zum vereinbarten Zeitpunkt vom Käufer bebaut wird. In diesem Fall hat die Stadt O den vereinbarten Kaufpreis zurückzuzahlen. Das Vorkaufsrecht ist der Stadt O nach § 9 Abs. 5 des Kaufvertrags für den Fall eingeräumt, dass der Käufer das Grundstück unbebaut weiterveräußert, wobei im Ausübungsfall (ebenfalls) der vertraglich vereinbarte Kaufpreis zu zahlen ist. Nach den vertraglichen Bestimmungen ist demnach sowohl bei Ausübung des Wiederkaufsrechts als auch bei Geltendmachung des Vorkaufsrechts von der Verkäuferin der vereinbarte Kaufpreis von 131.820 € zu zahlen. Bei der Bemessung des Werts für die Eintragung der diesbezüglichen Vormerkungen kann daher nach § 20 Abs. 1 KostO von dem im Vertrag vereinbarten Kaufpreis ausgegangen werden. Da als Wert eines Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts nach § 20 Abs. 2 KostO i.d.R. der halbe Wert der Sache anzunehmen ist und hier sowohl in Bezug auf das vereinbarte Wiederkaufsrecht als auch in Bezug auf das Vorkaufsrecht keine Umstände vorliegen, die eine abweichende Wertfestsetzung rechtfertigen, ist der Wert für die Eintragung der Vormerkung nach alledem jeweils gem. § 20 Abs. 2 KostO mit dem halben Wert der Sache, also mit 65.910 € anzusetzen.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist zu Grundbuchkosten ergangen, ist aber gleichermaßen für Notargebühren von Bedeutung.

Unter dem Regime der KostO gab es keine konkrete Wertbestimmung für Bauverpflichtungen. Ihr Wert musste nach § 30 Abs. 1 KostO unter Berücksichtigung aller für die Wertbestimmung relevanten Umstände geschätzt werden. Dass eine Bauverpflichtung – gleich ob wirtschaftliche oder ideelle Interessen vordergründig sind – eine vermögensrechtliche Angelegenheit ist, hat der BGH erst mit seiner Entscheidung v. 24.11.2005 – V ZB 103/05 (DNotZ 2006, 309 = MittBayNot 2006, 257 = ZNotP 2006, 158 m. Anm. *Tiedtke* = ZfIR 2006, 108 m. Anm. *Volmer* = JurBüro 2006, 209 m. Anm. *H. Schmidt* = NotBZ 2006, 95 m. Anm. *Otto* = MDR 2006, 714 = NJW 2006, 1136 = RNotZ 2006, 343 m. Anm. *Klein*) bestätigt. Bis dahin wurden vielfältige Auffassungen vertreten, die vom Regelwert von 3.000 € bis hin zu einem Bruchteil der Baukosten reichten, unabhängig von der Art der Bauverpflichtung.

Schon vor der Rechtsprechung des BGH wurde unterschieden zwischen einer Bauverpflichtung über ein Wohnhaus und einer solchen zur Errichtung eines gewerblichen Objekts.

Betrifft die Bauverpflichtung die Bebauung mit einem Wohnhaus, behält sich der Verkäufer i.a.R. im Fall des Verstoßes die Rückübereignung des Grundstücks vor. Der Geschäftswert orientiert sich deshalb an dem möglichen Rückkaufspreis, wobei gem. §§ 30 Abs. 1, 20 Abs. 2 KostO die Hälfte davon als Geschäftswert als angemessen angesehen wurde. Teilweise wurde wegen der regelmäßigen Befristung auch ein geringerer Wert als sachgerecht angesehen (z.B. Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rn. 1256). Dieses bedingte Übertragungsrecht wird in den meisten Fällen durch ein Wiederkaufsrecht gesichert, welches als Sicherungsgeschäft zur Bauverpflichtung keine zusätzlichen Kosten auslöst. Aber auch bei Verzicht des Verkäufers auf eine „positive“ Bauverpflichtung wird die gleiche Bewertung vorgenommen, wenn sich der Verkäufer anstelle einer Bauverpflichtung ein Wiederkaufsrecht einräumen lässt, das nur im Fall der nicht fristgemäßen Bebauung ausgeübt werden kann (sog. „negative“ Bauverpflichtung, s. hierzu OLG Karlsruhe, MittBayNot 2006, 266 = JurBüro 2006, 149 = ZNotP 2006, 236 = NJW 2006, 1145 = FGPrax 2006, 30 = BWNotZ 2007, 36).

Ein solcher Sachverhalt lag der hier besprochenen Entscheidung zugrunde, die Bewertungsgrundsätze wurden vom OLG Oldenburg weitgehend bestätigt.

Bei einem Verkauf unter dem Verkehrswert (zumeist bei Kaufverträgen mit der Gemeinde im sog. „Einheimischen-Modell“) war nach Auffassung des BGH (a.a.O.) der Preisnachlass ein geeigneter Anknüpfungspunkt für die Wertbestimmung zur Bauverpflichtung.

Bei einer Bauverpflichtung über ein gewerbliches Objekt waren nach KostO – anders als bei der Wohnhausbebauung – die voraussichtlichen Baukosten Anknüpfungspunkt. Als Geschäftswert wurden Teilwerte zwischen 10 und 30 % der Baukos-

ten für sachgerecht erachtet (vgl. Streifzug, a.a.O., Rn. 1532 m.w.N.).

Das Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG) enthält für diese schuldrechtlichen Verpflichtungen in § 50 GNotKG konkrete Reglungen zur Wertbestimmung. Danach beträgt der Wert nach

- Nr. 1 für die schuldrechtliche Verpflichtung über eine Sache oder ein Recht nicht oder nur eingeschränkt zu verfügen, 10 % des Verkehrswerts der Sache oder des Rechts;
- Nr. 2 für die schuldrechtliche Verpflichtung zur eingeschränkten Nutzung der Sache 20 % des Verkehrswerts der Sache;
- Nr. 3 a) für die schuldrechtliche Verpflichtung zur Errichtung eines Bauwerks, wenn es sich um ein Wohngebäude handelt, 20 % des Verkehrswerts des unbebauten Grundstücks;
- Nr. 3 b) für die schuldrechtliche Verpflichtung der Errichtung eines Bauwerks, wenn es sich um ein gewerblich genutztes Bauwerk handelt, 20 % der voraussichtlichen Herstellungskosten;
- Nr. 4 für die schuldrechtliche Verpflichtung zu Investitionen 20 % der Investitionssumme.

Werden mehrere dieser schuldrechtlichen Verpflichtungen nebeneinander eingegangen, ist die Summe der Teilwerte Geschäftswert.

Werden die Verstoßfolgen durch ein Wiederkaufsrecht gesichert, sind nur die schuldrechtlichen Verpflichtungen zu bewerten, das Wiederkaufsrecht ist in diesem Fall eine Durchführungserklärung, die im Abhängigkeitsverhältnis zur schuldrechtlichen Verpflichtung steht und damit denselben Beurkundungsgegenstand nach § 109 Abs. 1 GNotKG betrifft.

Wird nur ein Wiederkaufsrecht eingeräumt (ohne Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung), ist der Wert nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG zu bestimmen. Der Wert ist die Hälfte des Verkehrswerts des Grundstücks, gleich ob die Ausübung des Wiederkaufsrechts an die Durchführung einer Bebauung mit einem Wohnhaus oder einem gewerblichen Objekt geknüpft wird.

ZNotP-Fragezeichen

1. b) Die vorgesehene Vereinbarung würde das Recht aus § 747 Satz 2 BGB einschränken. Eine derartige Verfügungsbeschränkung ist schulrechtlich möglich (§ 137 BGB), gilt aber nicht gegen Dritte und kann somit auch nicht als Vereinbarung nach § 1010 BGB im Grundbuch eingetragen werden (vgl. *Schöner/Stöber,* Grundbuchrecht, Rn. 1466)

2. a) Nach der Auslegungsregel des § 2110 Abs. 1 BGB erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel auf einen Erbteil, der dem Vorerben in Folge des Wegfalls eines Miterben anfällt. Hier ist S durch Anwachsung Alleinerbe geworden. Die Nacherbfolge bezieht sich damit auf die gesamte Alleinerbschaft.