

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar a.D. Dr. Hans Eberhard Sandweg,  
Müllheim

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**1/2007**

Januar/Februar  
Seiten 1-24

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Böhringer*

Fortwirkendes Sonderrecht für beschränkte  
dingliche Rechte in den neuen Ländern . . . . . 1

Rechtsprechung . . . . . 7

Buchbesprechungen . . . . . 22

## Der (langersehnte) Erbschaftsteuerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Von Wolfgang Gehweiler, Württ. Notariatsassessor in Stuttgart  
und Prof. Dr. Thomas Reith, M.A., Rechtsanwalt und Notar in Stuttgart

Mit **Beschluss vom 7.11.2006**, veröffentlicht am 31.1.2007, entschied das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>1</sup> über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs (BFH) aus dem Jahre 2002<sup>2</sup> bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des § 19 Abs. 1 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) und kam zu folgendem **Ergebnis**:

- Die Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs ist mit dem Grundgesetz (GG) nicht vereinbar und somit **verfassungswidrig**, weil die Erbschaftsteuererhebung an Steuerwerte anknüpft, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften) den Anforderungen des **Gleichheitssatzes** aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt.
- Die Bewertung des anfallenden Vermögens muss entsprechend des (immanenten) Bereicherungsprinzips des ErbStG einheitlich am sog. **gemeinen Wert (= Verkehrswert)** ausgerichtet sein.
- Die Bewertungsmethoden müssen gewährleisten, dass alle **Vermögensgegenstände** wenigstens annähernd mit dem gemeinen Wert erfasst werden.
- Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung darf der Gesetzgeber auf dem so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und **Lenkungs Zwecke** bspw. durch Regelungen der Vermögensschonung bei Betriebsvermögen ausgestalten.

Zur Einleitung seiner Begründung führte das BVerfG aus, dass die Erbschaft- und Schenkungsteuer gemäß den §§ 1, 3, 7, 8 ErbStG Erwerbe von Todes wegen, Schenkungen unter Lebenden, Zweckzuwendungen und Familienstiftungen belaste. Als steuerpflichtiger Erwerb gilt die **Bereicherung** des Begünstigten, soweit sie nicht steuerfrei ist; **Verbindlichkeiten** können in Abzug gebracht werden (s. § 10 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 ErbStG).

In den §§ 19 Abs. 1, 15 ErbStG sind unabhängig von der Art des übergebenen Vermögens und unabhängig von der Art des Übergangs des Vermögens auf den Begünstigten ein progressiver, in **3 Steuerklassen** eingeteilter Steuertarif bestimmt.

Die übergebenen Vermögensgegenstände müssen bei Vorliegen eines steuerpflichtigen Erwerbs in einem Geldbetrag ausgewiesen werden, um den Steuerbetrag errechnen zu können. Daher bestimmt § 12 Abs. 1 ErbStG, dass die Vermögensgegenstände, soweit kein Geldwert vorhanden, nach dem Bewertungsgesetz (BewG) in Geld umzurechnen sind. Allerdings wurden in § 12 Abs. 2-5 ErbStG Sonder(-Vergünsti-

gungs-)Regelungen für bestimmte Vermögensgegenstände wie Betriebsvermögen, Grundvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften getroffen.

Nach dem bisherigen – und zurzeit auch noch geltenden Recht – kennt das ErbStG einen „bunten Strauß“ von **Bewertungsregeln**. Die Werte der einzelnen Vermögensgegenstände werden im Rahmen des ErbStG nämlich auf unterschiedliche Art und Weise ermittelt:

- Der Regelfall ist der gemeine Wert (= **Verkehrswert**; § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. §§ 9 ff. BewG).
- Bei Immobilien ist maßgeblich der **Grundbesitzwert** (§ 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. §§ 138 ff. BewG).
- Bei land- und forstwirtschaftlichem Vermögen ist maßgeblich der **Ertragswert** (§ 142 BewG).
- Bei Betriebsvermögen ist maßgeblich der **Steuerbilanzwert** (§ 12 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 109 BewG).
- Bei börsennotierten Aktien ist maßgeblich der **Börsenkurs** (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 11 Abs. 1 BewG).
- Bei sonstigen Anteilen an Kapitalgesellschaften ist maßgeblich das sog. **Stuttgarter Verfahren** (ein Mischverfahren aus Ertragswert und Substanzwert; § 12 Abs. 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 und 3 BewG).

Weitere Ausführungen hierzu siehe im BVerfG-Beschluss RZ 6-40.

Diese unterschiedlichen Bewertungsregeln können nach Auffassung des BVerfG nicht richtig sein, weswegen § 19 Abs. 1 ErbStG mit dem GG nicht unvereinbar ist, da der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht gewährleistet ist. Zusammengefasst stellt das BVerfG die folgenden Grundsätze auf:

- Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich **Gleiches gleich** und wesentlich **Ungleiches ungleich** zu behandeln.<sup>3</sup> Hieraus ergeben sich für den Gesetzgeber Grenzen, die vom **Willkürverbot** bis zum Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** reichen.<sup>4</sup>
- Im Steuerrecht hat der Gesetzgeber einen **weitreichenden Entscheidungsspielraum**.
- Der Gleichheitssatz hat im Steuerrecht seine besondere Ausprägung in Form des Grundsatzes der **Steuergerechtigkeit** gefunden, wobei die Besteuerung grundsätzlich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auszurichten ist,<sup>5</sup> welche ihren Niederschlag im gebotenen Gleichmaß des Belastungserfolges findet.
- Der Gleichheitssatz fordert keinen **gleichen Beitrag jedes Steuerpflichtigen** zur Finanzierung der Gemeinschaft, sondern verlangt, dass jeder Steuerpflichtige je nach sei-

<sup>1</sup> 1 BvL 10/02-<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/Is20061107>; Pressemitteilung des BVerfG: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvG07-11>; BVerfG, DStR 2007, S. 235 ff.

<sup>2</sup> II R 61/99; vgl. hierzu Gehweiler, BWNotZ 2002, S. 57 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 112, S. 268 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 110, S. 274 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 84, S. 239 ff.; BVerfGE 107, S. 27 ff.

ner finanziellen Leistungsfähigkeit gleichmäßig zur Finanzierung der allgemeinen Staatsaufgaben herangezogen wird.<sup>6</sup>

- Zu berücksichtigen ist, dass Steuergesetze in aller Regel **Massenvorgänge** des Wirtschaftslebens betreffen. Daher müssen sie, um praktikabel zu sein, Sachverhalte, an die sie dieselben steuerlichen Folgen knüpfen, typisieren und individuelle oder **gruppenbezogene Besonderheiten** vernachlässigen.<sup>7</sup>
- Bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Tatbestandes hat der Gesetzgeber die einmal getroffene Belastungsentscheidung im Sinne der **Belastungsgleichheit** umzusetzen; **Ausnahmen** bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes.
- Besondere sachliche Gründe können auch **außerfiskalisch** sein. Der Gesetzgeber kann also seine Förderungs- oder Lenkungsziele durch **Ge- und Verbote** durchsetzen, aber auch durch **mittelbare Verhaltenssteuerung** auf Wirtschaft und Gesellschaft Einfluss nehmen. Der Gesetzgeber kann unter anderem Steuerpflichtige durch ein sie begünstigendes Tun oder Unterlassen motivieren, wenn er damit das Gemeinwohl fördert. Bei Vorliegen ausreichender **Gemeinwohlgründe** kann die steuerliche Entlastung im Ausnahmefall in verfassungskonformer Weise sogar dazu führen, dass bestimmte Steuerobjekte komplett von der Besteuerung ausgenommen werden.
- Die ErbSt ist eine **Erbanfallsteuer** und besteuert somit beim jeweiligen Empfänger dessen **Bereicherung** (= Vermögenszuwachs; § 10 Abs. 1 ErbStG). Die Bereicherung errechnet sich nur dann gleichmäßig, wenn die Bewertung der Vermögensgegenstände realitätsgerecht geschieht. Eine diesem Gebot genügende Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung ist wegen der beschriebenen Belastungsentscheidung des Gesetzgebers nur dann gewährleistet, wenn sich das Gesetz auf der Bewertungsebene am **gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel** orientiert.
- Der **realitätsgerechte Wert** als Bemessungsgrundlage ist demnach nur dann gewährleistet, wenn sich das Gesetz auf der Bewertungsebene der Vermögensgegenstände am **gemeinen Wert (= Verkehrswert)** orientiert. Die durch den Vermögenszuwachs beim Erwerber entstandene **finanzielle Leistungsfähigkeit** besteht darin, dass er aufgrund Erwerbs von Todes wegen oder aufgrund Schenkung unter Lebenden Geld oder Wirtschaftsgüter mit Geldwert erhält. Das bedeutet, dass dem Erwerber eines Wirtschaftsguts seitens des Gesetzgebers also durchaus die Veräußerung desselben zur Erfüllung seiner Steuerpflicht zugemutet wird.

Auch aus diesem Grund hat der gemeine Wert des Wirtschaftsguts als Bemessungsgrundlage zu dienen, denn der erzielbare Preis eines Wirtschaftsguts bildet den Vermögenszuwachs zutreffend ab. Das BVerfG stellt auch klar, dass auch der **Ertragswert** nicht den Vermögenszuwachs als einzig wahren Wert darstellt, sondern eben nur der **Veräußerungspreis**. Dass die Erbschaftsteuer eine auf die **Substanz** und nicht auf den Erfolg abzielende Steuer ist,<sup>8</sup> hat das BVerfG bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist daher die Bewertungsebene zur Verfolgung außerfiskali-

scher Förderungs- oder Lenkungsziele ungeeignet; daher ist das regulierende Eingreifen des Gesetzgebers mittels Differenzierungen beim Bewertungsmaßstab gleichheitswidrig und nicht mit dem Lenkungszweck zu rechtfertigen.<sup>9</sup>

- Die **Grundkonzeption** des geltenden Erbschaftsteuerrechts entspricht diesen Vorgaben, da § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 BewG den gemeinen Wert als den Regelbewertungsmaßstab vorgibt<sup>10</sup> und der Gesetzgeber selbst den gemeinen Wert als obersten Wertmaßstab ansieht.<sup>11</sup> In der Wahl der Wertermittlungsmethode zur Bestimmung des gemeinen Werts (= Verkehrswert) ist der **Gesetzgeber frei**, denn diese Bestimmungsvorschriften müssen lediglich praktikabel sein und das BVerfG sieht seine Aufgabe nicht darin, dieses steuertechnische Problem für den Gesetzgeber zu lösen. Es ist dem BVerfG durchaus bewusst, dass aufgrund der Vielzahl der Steuerfälle **Typisierungen** und **Pauschalisierungen** notwendig sind, ebenso ist statthaft, die gesetzgeberischen Lenkungsziele zu realisieren.
- Das derzeitige Erbschaftsteuerrecht führt bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen nicht zu einem dem Verkehrswert entsprechenden Wert, daher ist die Anwendung einheitlicher Steuersätze auf die nach derzeitigem Recht bewerteten Vermögensgegenständen mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar und deshalb **verfassungswidrig**.

Das BVerfG begründet in den **RZ 114-197** ausführlich den Verfassungsverstoß hinsichtlich der Bewertung bestimmter privilegierter Vermögensgegenstände (Betriebsvermögen, Grundvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften) durch die Steuerbilanzwerte und Grundbesitzwerte, weil hierdurch der Verkehrswert einerseits durch Willensentscheidungen der Steuerpflichtigen (Stichworte: Bilanzpolitik, Investitionen, Abschreibungen) und andererseits regionale Unterschiedlichkeiten (Grundvermögen im Nord-/Südgefälle sowie Stadt-/Landgefälle) nicht zum Ausdruck kommen.

Im Ergebnis erklärt das BVerfG die §§ 12 Abs. 2-5 ErbStG **nicht für nichtig**, sondern lediglich als mit der Verfassung nicht vereinbar; also für **verfassungswidrig**. Der Gesetzgeber ist angewiesen, die Ungleichheit im Bewertungsansatz bis **zum 1.1.2009 zu beseitigen**. Hierbei zeigt das BVerfG dem Gesetzgeber **diverse Möglichkeiten** auf, den derzeitigen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen:

- Der Gesetzgeber ist gehalten, bei der Bewertung der Vermögensgegenstände im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht den **Verkehrswert** (= gemeiner Wert) als maßgeblichen Wert zu erklären.
- Der Gesetzgeber ist hierbei in der **Wahl der Wertermittlungsmethode** für die einzelnen Vermögensgegenstände grundsätzlich frei. Es muss lediglich gewährleistet werden, dass alle Vermögensgegenstände mit dem Verkehrswert (= gemeiner Wert) erfasst werden.
- Der Gesetzgeber hat das Recht, aus Gründen des **Gemeinwohls** sog. **Verschonungsregelungen** für den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände zu erlassen, auch wenn die Gründe dieser Verschonungsregelungen im außerfiskalischen Bereich liegen. Die den Verschonungsregelungen zugrunde liegenden Lenkungszwecke des Gesetzgebers müssen jedoch sachgerecht und ausreichend zielgenau

<sup>6</sup> BVerfGE 93, S. 121 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 110, S. 274 ff.; BVerfGE 112, S. 280 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 41, S. 269 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 110, S. 274 ff.

<sup>10</sup> BR Drucks, S 390/96, S. 62.

<sup>11</sup> BR Drucks, S 390/96, S. 62.

sein sowie innerhalb des Begünstigtenkreises gleichmäßig eintreten.

Resultierend aus dem Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG, der im letzten Absatz die Neuregelung durch den Gesetzgeber bis zum 31.12.2008 einfordert, ergibt sich für die **Praxis** folgendes:

- Das **derzeit geltende ErbStG** bleibt aus Gründen des Vertrauensschutzes bis zum In-Kraft-Treten einer verfassungskonformen Neuregelung durch den Gesetzgeber **anwendbar**.
- Der Gesetzgeber muss eine verfassungskonforme Gesetzesänderung bis spätestens zum **31.12.2008** in Kraft setzen; er kann dies auch zu einem früheren Stichtag tun.<sup>12</sup>
- **Immobilien** sind bis zu der erforderlichen Gesetzesänderung mit den bisherigen **Grundbesitzwerten** zu bewerten. In diesem Zusammenhang ist noch kurz auf das **Jahressteuergesetz 2007**<sup>13</sup> hinzuweisen, mit dem eine weitgehend unbeachtete, aber für die Steuerpflichtigen ungünstige **Änderung im Bewertungsgesetz** stattgefunden hat. Danach sind **unbebaute Grundstücke** nicht mehr mit dem Grundbesitzwert zum 1.1.1996 zu bewerten, sondern maßgebend ist der aktuelle Grundstückswert (festzustellen durch den Gutachterausschuss). Bei **bebauten Grundstücken** kommt es nunmehr auf die aktuelle Jahresnettomiete an, nicht mehr den Schnittwert.
- **Betriebsvermögen** ist bis zu der erforderlichen Gesetzesänderung mit den bisherigen **Steuerbilanzwerten** zu bewerten.

<sup>12</sup> Vgl. auch FTD vom 1.2.2007, S. 1. Bereits jetzt sind diese (künftigen) Verschonungsregelungen von Poß, SPD-Fraktionsvize, in Frage gestellt, vgl. FTD v. 2.2.2007, S. 9. In Erwidern hierzu spricht Söder, CSU, von „Neiddebatte“ und „ideologischer Fixierung“, vgl. FTD v. 2.2.2007, S. 9.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu auch Jahressteuergesetz 2007, BT-Drucks. 16/2712 vom 25.9.2006, bei unbebauten Grundstücken ist nicht mehr der Grundbesitzwert zum 1.1.1996, sondern der aktuelle Grundstückswert (festzustellen durch den Gutachterausschuss) maßgeblich. Bei bebauten Grundstücken kommt

- **Anteile an Kapitalgesellschaften** sind, soweit es sich nicht um börsennotierte Aktien handelt, bis zu der erforderlichen Gesetzesänderung mit **Stuttgarter Verfahren** zu bewerten.
- Trotz der Änderung im Bewertungsgesetz sollten Immobilien sowie Betriebsvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften, soweit dies insgesamt vorgesehen ist, noch vor In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung **übertragen werden**. Das heißt bis spätestens zum 31.12.2008, aller Voraussicht nach aber bereits früher.
- Bei Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften kann nur eine **Vergleichsberechnung** zwischen derzeit geltendem Recht und künftigen Recht darüber Aufschluss geben, ob eine Übertragung vor oder nach der Verabschiedung der Neuregelung für den Steuerpflichtigen günstiger ist. Insbesondere sind dann hier die **Verschonungsregelungen** sowie die **Steuersätze** nachzeitigem und künftigen Recht von maßgeblicher Bedeutung.<sup>14 15</sup> Falls das ErbStErlG ein Wahlrecht bzgl. der Anwendbarkeit alten und neuen Rechts gewähren sollte, ist umso mehr fundiertes Zahlenwerk zur Entscheidungsfindung erforderlich.
- Bei Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften sind in diesem Zusammenhang auch die Neuerungen im Erbschaftsteuerrecht durch das **Gesetz über die Erleichterung der Unternehmensnachfolge (ErbStErlG)** zu beachten, wonach in Zukunft – ab dem 1.1.2007 – nur noch sog. **begünstigtes Vermögen** im Sinne des neuen § 28 a ErbStG steuerbegünstigt ist.

es nunmehr auf die aktuelle Jahresnettomiete an, nicht mehr auf den Schnittwert.

<sup>14</sup> Wenig hilfreich sind die momentan in großer Zahl erscheinenden Verlautbarungen der Politiker – vgl. AP vom 10.2.2007 bzgl. der Steuerfreiheit des eigengenutzten EFH bzw. ETW.

<sup>15</sup> Reith/Gehweiler – Die (halbe) Erbschaftsteuerreform –, BWNNotZ 2006, S. 129 ff.; Crezelius, Privilegierung von Produktivvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, DB 2006 S. 2252 ff.

## Übersicht zum Erbrecht, Pflichtteilsrecht und Erbschaftsteuerrecht der EU-Mitglieder (ohne BRD)

### – Ergänzung zum Aufsatz KUHN BWNNotZ 06, 139 –

Von Andreas Kuhn, Württ. Notariatsassessor, Kanzlei Kunz & Kessler | Notare, Stuttgart

Am 1. Oktober 2004 trat in Belgien das Gesetz vom 16. Juli 2004 zur Einführung des Gesetzbuches zum Internationalen Privatrecht (IPRG) in Kraft. Das Internationale Erbrecht hat sich dadurch nur unwesentlich geändert, jedoch finden sich nun in den Art. 77 ff. des belgischen IPRG eingehende Regelungen zur Internationalen Zuständigkeit und zum erbrechtlichen Kollisionsrecht. Die Grundnorm ist Art. 78 IPRG.

Dort heißt es:

#### Art. 78

- § 1 Die Erbfolge wird von dem Recht des Staates beherrscht, auf dessen Territorium der Erblasser seinen ständigen Wohnsitz im Augenblick des Todes hatte.
- § 2 Die Erbfolge in Immobilien wird von dem Recht des Staates beherrscht, auf dessen Territorium die Immobilie belegen ist.

Jedenfalls, wenn das ausländische Recht zur Anwendung des Rechts des Staates führt, auf dessen Territorium der Erblasser im Augenblick seines Todes seinen ständigen Wohnsitz hatte, dann ist das Recht dieses Staates anwendbar.

Neu ist der Inhalt des Art. 79 IPRG, wo es heißt:

#### Wahl des anwendbaren Rechts

#### Art. 79

Eine Person kann die Gesamtheit seines Nachlasses dem Recht eines bestimmten Staates unterwerfen. Die Bestimmung ist nur wirksam, wenn diese Person die Staatsangehörigkeit dieses Staates besaß oder sie ihren ständigen Wohnsitz auf dem Gebiet dieses Staates hatte, als sie die Bestimmung vornahm oder starb. Jedenfalls kann diese Bestimmung nicht zur Folge haben, einem Erben

seine Noterbenrechte zu nehmen, die diesem nach dem gemäß Art. 78 anwendbaren Recht zugesichert sind.

Die Bestimmung und der Widerruf müssen in der Form einer letztwilligen Verfügung erklärt werden.

Das anwendbare Erbrecht in Bezug auf Mobilien und in Bezug auf Immobilien unterliegen also auch in Zukunft unterschiedlichen Rechtsordnungen. Hinsichtlich der Immobilien ist die *lex rei sitae* (das Lagerecht der Immobilie) und hinsichtlich der Mobilien der letzte Wohnsitz des Erblassers entscheidend (*lex ultimi domicilii*). Gemäß Art. 4 § 2 Nr. 1 IPRG versteht sich der ständige Wohnsitz als

*der Ort, wo sich eine natürliche Person mit Hauptwohnsitz niedergelassen hat, selbst mangels jeglicher Eintragung und unabhängig von einer Aufenthalts- oder Niederlassungsgenehmigung; um diesen Ort festzustellen, sind insbesondere die persönlichen und beruflichen Umstände zu berücksichtigen, die dauerhafte Beziehungen mit diesem Ort oder den Willen, solche Beziehungen zu knüpfen, offenbaren.*

Die Ermittlung des letzten Domizils des Erblassers hat aber nicht nur Bedeutung für die Ermittlung des anwendbaren Erbrechts (soweit bewegliches Nachlassvermögen betroffen ist), sondern auch für die Besteuerung des Nachlasses und die Zuständigkeit der Nachlassgerichte. Hat der Erblasser sein letztes Domizil in Belgien gehabt, ist der Nachlass – vorbehaltlich bestehender Doppelbesteuerungsabkommen – vollständig in Belgien zu versteuern, gleich wo sich einzelne Nachlassgegenstände befinden (vgl. de Wilde d'Estmael, *Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale*, 11). Hat der Erblasser dagegen sein letztes Domizil nicht in Belgien gehabt, sind etwa vorhandene Immobilien in Belgien gleichwohl in Belgien zu versteuern (vgl. de Wilde d'Estmael, *Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale*, 11). Die belgischen Nachlassgerichte sind zuständig, wenn die Erbschaft in ihrem Bezirk eröffnet wird, was der Fall ist, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Sprnogle eines belgischen Gerichts besaß (vgl. Delnoy, *Les Libéralités et les successions*, 2. Auflage, Rn. 58).

Auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers und der Erben kommt es aus belgischer Sicht nicht an. Während der Erblasser jedoch früher das auf den Nachlass anwendbare Recht nicht wählen konnte (Barnich/Geelhand/Jacobs/Mathieu in: *Union Internationale du Notariat Latin, Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités*, Länderbericht Belgien, Rn. 70), ist die Rechtswahl nun innerhalb der Schranken des Art. 79 IPRG zulässig. Doch dürfte die Vorschrift nur wenig praktische Bedeutung haben, denn die Noterbenrechte des gesetzlichen Erbstatuts bleiben anwendbar. Ob und inwieweit im Falle der Rechtswahl zugunsten des deutschen Erbrechts

in Belgien Grundbuchumschreibungen durch Vorlage eines deutschen Erbscheines realisiert werden können, ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Die neuen Vorschriften über die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen und sog. „*actes authentiques*“ enthalten hierzu ebenso wenig konkrete Hinweise wie zeitgleich erlassene „*Circulaire relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel*“ vom 23. September 2004.

Folglich kann belgisches Erbrecht auch in Zukunft Anwendung finden, wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war, und zwar dann, wenn der Erblasser Immobilienvermögen in Belgien besaß, das zum Nachlass gehört. Deutschland erkennt dies ohne weiteres an (vgl. Art. 3 Abs. 3 EGBGB), es sei denn der Erblasser optiert zum deutschen Recht. Mangels Rechtswahl kommt es dann zur Nachlassspaltung. Auch hinsichtlich des Mobiliars folgen das deutsche und das belgische Internationale Erbrecht unterschiedlichen Lösungen, die sich jedenfalls auf mobilen Nachlass auswirken können, der im Zeitpunkt des Erbfalls in Belgien liegt. Hatte ein deutscher Staatsangehöriger seinen letzten Wohnsitz in Belgien, kommen belgische Gerichte zur Anwendung belgischen Erbrechts, deutsche Gerichte würden dagegen zur Anwendung deutschen Erbrechts kommen (vgl. Art. 25 EGBGB). In solchen Fällen kann es Sinn machen, sich im Falle von Streitigkeiten das zuständige Gericht nach dem Günstigkeitsprinzip auszusuchen. Die deutschen Prozessgerichte erachten sich mit Blick auf § 27 Abs. 2 ZPO stets für zuständig, wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war (vgl. Groll/Kindler, *Erbrecht*, F Rn. 186). Entweder ist dann das Gericht am letzten inländischen Wohnsitz oder aber, wenn der Erblasser niemals einen Wohnsitz in Deutschland hatte, die Berliner Justiz zuständig (vgl. §§ 27 Abs. 2, 15 ZPO). Sachlich und örtlich zuständig für das Erbscheinsverfahren sind die Nachlassgerichte (§§ 73, 74 FGG). Ihre Internationale Zuständigkeit folgt nach h.M. (vgl. Groll/Kindler, *Erbrecht*, F Rn. 197) aus der Anwendbarkeit deutschen Erbrechts (Gleichlauftheorie).

Internationalprivatrechtliche Schwierigkeiten können die Rechte des überlebenden Ehegatten aufwerfen. Das belgische Internationale Erbrecht behandelt nur solche mit dem Erbfall zusammenhängenden Fragen familienrechtlich, die sich aus der Vermögensgemeinschaft der Ehegatten ergeben (Barnich/Geelhand/Jacobs/Mathieu in: *Union Internationale du Notariat Latin, Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités*, Länderbericht Belgien, Rn. 83).

Des Weiteren wurde das in Art. 912 CC niedergelegte Vorwegentnahmerecht (*droit de prélèvement*) mit Wirkung zum 01. Oktober 2005 ersatzlos gestrichen, dessen präzise Interpretation im Übrigen schwierig war.

# Schutz der Wohnadresse im Handelsregisterverfahren

Von Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

*Die Daten des elektronisch geführten Handelsregisters und des zentralen Unternehmensregisters können seit 1.1.2007 von überall her auf der Welt von jedermann online eingesehen werden. Dies berührt das informationelle Selbstbestimmungsrecht der am Handelsverkehr teilnehmenden Personen. Besonders sensibel ist die Wohnadresse natürlicher Personen, welche wegen ihres Personenschutzes Interesse an einer Geheimhaltung haben. Gesetzliche Vorschriften müssen im Lichte dieser legitimen Interessen des Datenschutzes und der Privatsphäre angewandt werden.*

## I. Verkehr mit dem Handelsregister

Seit dem 1. Januar 2007 müssen Anmeldungen zum Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister gemäß § 12 HG elektronisch in öffentlich beglaubigter Form dem Gericht übermittelt werden. Einreichungen in Papierform sind seither grundsätzlich nicht mehr zulässig. Der Anmeldung sind oft öffentliche und private Urkunden beizufügen, so z. B. Beschlüsse, Einzahlungsbelege und Gesellschafterlisten. Diese Dokumente werden in den sog. Registerordner aufgenommen (§ 9 HRV) und sind damit online zugänglich. Stets ist deshalb zu fragen, ob die Wohnadresse von natürlichen Personen in diesen Dokumenten zwingend angegeben werden muss.

### 1. Erfordernisse des Beurkundungsrechts

#### a. Pflichten des Notars

Bei der Erstellung von notariellen Urkunden und Vermerken hat der Notar die Vorschriften der §§ 9, 10, 40 Abs. 4 BeurkG, der Notar im Landesdienst Baden-Württemberg auch §§ 22 und 23 der 1. VV LFGG zu beachten. Während nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG die Niederschrift die Bezeichnung der Beteiligten enthalten muss, regelt § 10 Abs. 1 BeurkG, welchen Anforderungen die Bezeichnung genügen soll. Die Personenfeststellung des Notars begründet den vollen Beweis gemäß § 415 ZPO. Bei Verletzung der Bezeichnungspflichten wird die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt.

Wegen der immer größer werdenden Zahl einzutragender Gesellschafter, Geschäftsführer, Vorstände, Prokuristen und anderer Personen hielt der Gesetzgeber es bereits in der Vergangenheit für erforderlich, ihre eindeutige Identifizierung sicherzustellen. So ist anstelle des früher anzugebenden Berufes seit 1.1.1999 das Geburtsdatum anzumelden (§ 125 Abs. 3 FGG, § 24 Abs. 1 HRV).

Die Bezeichnung der Beteiligten bezweckt eine klare und zuverlässige Zuordnung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu den die Erklärung abgebenden Personen.<sup>1</sup> § 10 Abs. 1 BeurkG regelt aber nicht im Einzelnen, wie die Beteiligten zu bezeichnen sind; es wird nur das Ergebnis vorgegeben: Die Beteiligten sollen so genau bezeichnet werden, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind. Es liegt im Ermessen des Notars, wie er der Pflicht nachkommt.<sup>2</sup>

Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 BeurkG wird durch § 26 Abs. 2 DONot noch insofern ergänzt, als bei der Bezeichnung natürlicher Personen der Vor- und Zunamen, das Geburtsdatum, der Wohnort und die Wohnung aufzunehmen sind. Die Betei-

ligten sind demnach so genau zu bezeichnen, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind. Aus der Formulierung ergibt sich, dass die Angabe des Wohnortes allein nicht ausreicht. Die DONot erwartet, dass die politische Gemeinde, die Straße und die Hausnummer in der Urkunde/dem Vermerk angegeben werden. „Wohnort“ bedeutet die genaue postalische Bezeichnung und nicht die bloße Ortsangabe.<sup>3</sup> Die Angabe der Postleitzahl wird, obwohl in der Praxis üblich und hilfreich, nicht verlangt.<sup>4</sup> Bei Wohnorten, die in der Bundesrepublik mehrfach vorkommen, sollte auf die Angabe der Postleitzahl oder einer näheren geographischen Bezeichnung jedenfalls nicht verzichtet werden. Zu bedenken ist aber stets im Registerverfahren, dass die Angabe des Wohnortes (nicht der vollständigen Anschrift) weniger zu Identifizierungszwecken erforderlich ist, als vielmehr deshalb, weil der Wohnort nach §§ 40, 43 HRV im Handelsregister bzw. § 15 GBV im Grundbuch einzutragen ist.<sup>5</sup>

#### b. Personenkreis

Durch die Bezeichnungspflicht der Beteiligten wird die Rechtsicherheit der notariellen Urkunde erhöht. Von den Pflichtangaben darf der Notar dann abweichen, wenn es beachtliche Gründe gibt, sofern die Person noch so genau bezeichnet ist, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind. Hier ist vor allem an die Wohnanschrift von Mitgliedern von Organen einer Gesellschaft, eines Bevollmächtigten (auch der Notarangestellten), eines vollmachtlosen Vertreters, eines Prokuristen, eines berufsmäßigen Vertreters zu denken. Es handelt sich um Personen, die nicht im eigenen Namen eine Erklärung abgeben. Dieser Personenkreis hat ein schützenswertes Interesse an der Nichtangabe der privaten Wohnanschrift in der Urkunde/dem Vermerk.<sup>6</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist bei diesen Personen besonders zu beachten; denn sie haben ein Recht darauf, dass die private Wohnanschrift nicht einer Vielzahl von Personen bekannt wird.<sup>7</sup> Oftmals wird bei solchen Personen deshalb nur die Geschäftsadresse/Dienstadresse vermerkt. Dies genügt bei allen Personen, die als im Handelsregister eingetragene Vertreter handeln.<sup>8</sup>

Von der Angabe der Wohnung ist nach § 26 Abs. 2 S. 2 DONot<sup>9</sup> auch abzusehen, wenn dies in besonders gelagerten Ausnahmefällen zum Schutz gefährdeter Beteiligter oder ihrer Haushaltsangehörigen erforderlich ist. Diese Vorschrift ist zugeschnitten vor allem auf Personen, die durch Terroranschläge gefährdet sind.<sup>10</sup> Es kann danach bei besonders gefährdeten Personen von der Aufnahme der Wohnung abgesehen werden, wovon großzügig Gebrauch gemacht werden sollte.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Winkler, BeurkG, § 10 Rn. 2; Renner NotBZ 2002, 432.

<sup>4</sup> So Renner, in: Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 26 DONot Rn. 22; Weingärtner/Ehrlich, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 26 DONot Rn. 377.

<sup>5</sup> Weingärtner/Ehrlich, Dienstordnung für Notarinnen und Notar, Rn. 379.

<sup>6</sup> So auch Winkler, BeurkG, § 10 Rn 3 ff.; Renner NotBZ 2002, 432, 436.

<sup>7</sup> Bettendorf RNotZ Sonderheft zu Heft 10/2001 S. 23; Renner NotBZ 2002, 432; Winkler, BeurkG, § 10 Rn. 3.

<sup>8</sup> Renner, in: Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 26 DONot Rn. 25; Weingärtner/Ehrlich, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 26 Rn. 379.

<sup>9</sup> Eine gewisse Parallele ergibt sich zu § 68 Abs. 2 StPO.

<sup>10</sup> Mihm/Bettendorf DNotZ 2001, 22, 43; Renner NotBZ 2002, 432, 433; Vollhardt MittBayNot 2001, 245.

<sup>11</sup> So Lerch, BeurkG, § 10 Rn. 3. Restriktiv Renner NotBZ 2002, 432, 435.

<sup>1</sup> OLG Hamm DNotZ 1988, 565; BGH DNotZ 1964, 104.

<sup>2</sup> Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO – BeurkG, § 10 BeurkG Rn. 5.

### c. Verhalten des Notars

Ist der Betreffende mit der Angabe der Wohnung einverstanden, darf der Notar immer die volle Adresse angeben. Es ist nicht erforderlich, dass der Beteiligte selbst verlangt, dass die näheren Angaben zur Wohnanschrift nicht in die Urkunde aufgenommen werden. Hat der Notar Anhaltspunkte für die Gefährdungssituation, so muss er bei dem Beteiligten nachfragen und auf der Grundlage der Angaben eine Bewertung vornehmen und entsprechend verfahren.<sup>12</sup> Dies dürfte der Fall sein bei Personen des öffentlichen Lebens, bei Spitzenmanagern und wohlhabenden Beteiligten. Eigene Ermittlungspflichten zur Gefährdungssituation hat der Notar nicht. Der Notar hat von der Angabe von Straße und Hausnummer in der Urkunde dann abzusehen, wenn der Beteiligte einen Sachverhalt vorträgt, aus dem sich die Gefährdung nachvollziehbar ergibt. Gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Beteiligten ist der Notar nicht berechtigt, personenbezogene Daten in die Urkunde aufzunehmen. Der Notar hat dann die Pflicht, einem solchen Verlangen Folge zu leisten. Hat der Notar allerdings Zweifel, ob der Beteiligte zweifels- und verwechslungsfrei bezeichnet ist, muss er dies in der Urkunde deutlich machen.<sup>13</sup>

### d. Text in der Registeranmeldung

§ 10 BeurkG und § 26 DONot beziehen sich auf die Feststellungen zur Person der Beteiligten. Im Text der Anmeldung muss die vollständige Wohnanschrift des Beteiligten nicht enthalten sein. Als Wohnort ist der Name der politischen Gemeinde in der amtlichen Schreibweise anzugeben. Dies gilt dann auch für die Registereintragung selbst (§§ 40, 43 HRV). Ein Ortsteil braucht nicht angegeben zu werden. Ausländische Wohnorte können in der Schreibweise ihres Landes oder in der allgemein üblichen deutschen Bezeichnung geschrieben werden, zudem kann der deutschen Schreibweise die fremde Bezeichnung in Klammern hinzugefügt werden, beispielsweise bei „Pressburg (Bratislava/Slowakei)“ oder „Bamberg, South Carolina (USA)“.<sup>14</sup>

## 2. Beim Registergericht einzureichende Dokumente

Wenn schon bei notariellen Urkunden (wie z. B. beim Gründungsprotokoll einer GmbH oder AG, beim Protokoll über Satzungsänderungen und Kapitalveränderungen sowie Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG, Übernahmeerklärungen nach § 55 GmbHG) und notariellen Vermerkurkunden im Einzelfall – nach den Erläuterungen oben Nr. 1 – die vollständige Privatanschrift weggelassen werden darf, muss dies auch für die Bezeichnung der Gesellschafter in der Satzung einer GmbH oder AG gelten, ebenso für das Protokoll über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats.

<sup>12</sup> Renner, in: Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 26 DONot Rn. 22.

<sup>13</sup> Renner, in: Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 26 DONot Rn. 29.

<sup>14</sup> So Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, Rz. 86.

Soweit für die beim Registergericht einzureichenden Unterlagen (z. B. Gesellschafterliste, Liste der Übernehmer bei GmbH, Protokoll über die Neubestellung oder Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers oder AG-Vorstands, Gründungsbericht und Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, Belege über die vollständige oder teilweise Einzahlung des Stammkapitals bei einer GmbH) die privatschriftliche Form genügt, sind die natürlichen Personen ebenfalls nur mit ihrem Wohnsitz oder ihrer Geschäfts-/Dienstadresse zu bezeichnen. Etwas anderes kann in Städten gelten, wo der gleiche Name sehr verbreitet ist, wobei allerdings auch jedes andere Identifikationsmerkmal (z. B. Geburtsort, Beruf) genügt, so dass auch in solchen Fällen die vollständige Adresse nicht angegeben zu werden braucht.<sup>15</sup> Es gilt die Regel, dass in keinem beim Registergericht einzureichenden privatschriftlichen Dokument die Angabe der vollständigen Wohnsitzadresse erforderlich ist.<sup>16</sup>

## II. Unterlagen für das Unternehmensregister

Die zur Eintragung im Handelsregister eingereichten Dokumente sind auch im Unternehmensregister abrufbar. Enthält der Inhalt solcher Dokumente eine vollständige Privatanschrift, so ist sie online abrufbar, allerdings nur dann, wenn die abfragende Person die Indexdaten des Unternehmens kennt. Über das Unternehmensregister werden auch noch weitere Daten zugänglich, so z. B. die Unterlagen der Rechnungslegung (§ 8 HGB), die allerdings keine Privatanschrift enthalten braucht.

### III. Fazit

Da die Einsicht der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke nach § 9 HGB jedem zu Informationszwecken gestattet ist, können evtl. Rückschlüsse auf die Wohnadresse von in das Register einzutragenden natürlichen Personen vorgenommen werden. Der Notar sollte deshalb bei Errichtung von notariellen Urkunden und Vermerkurkunden für das Registergericht großzügig von den Ausnahmen des § 26 Abs. 1 DONot Gebrauch machen und möglichst oft nur die Geschäfts-/Dienstadresse der Beteiligten angeben. Auch eine Geschäftsadresse ist ein ausreichendes Individualisierungsmerkmal und stellt die Identifikation der betroffenen Person nicht in Frage. In keinem beim Registergericht einzureichenden privatschriftlichen Dokument ist die Angabe der vollständigen Wohnsitzadresse erforderlich. Die Interessen der beteiligten Personen vor einer Preisgabe der Privatadresse sind mit Blick auf das grundgesetzlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützenswert. Die Interessen der Gläubiger werden nicht verletzt, weil nach dem Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) eine im Register einsehbare Zustellungsadresse eintragbar werden, so dass z. B. für Zustellungen an eine GmbH die Privatanschrift des Geschäftsführers nicht mehr benötigt wird.

<sup>15</sup> So auch Seibert/Wedemann GmbH 2007, 17.

<sup>16</sup> Ebenso Seibert/Wedemann GmbH 2007, 17.

## Rechtsprechung

**GBO §§ 71 Abs. 2, 53; Art 181 Abs. 2, Art 184 EGBGB;**

**Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Klarstellungsvermerk zu einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden kann.**

**Ein gemeinschaftlicher Hofraum nach badischem Recht schließt die Bestellung wirkungsgleicher entsprechender Grunddienstbarkeiten nicht aus.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.03.2006 – 11 Wx 124/2004

Aus den Gründen:

I.

Der Beteiligte zu 2 ist der Eigentümer des im Grundbuch von Keltern Blatt 0117 eingetragenen Grundstücks Flurstück Nr. 44/2. Der Beteiligte zu 1 war Eigentümer des Nachbargrundstücks Flurstück Nr. 44/1; er hat es während des Verfahrens an die im Beschlusstenor genannten Eheleute veräußert.

Beide Grundstücke sind aus einem bis zum Jahre 1879 ungeteilten Grundstück entstanden. In dem zwischen den Rechtsvorgängern der Beteiligten geschlossenen Kaufvertrag vom 10.11.1879 heißt es unter Ziffer 6 der Bedingungen: „Die Hofreithe zwischen Chr. R. und Ch. Rei. soll unter den denselben gemeinschaftlich, und dem Ch. Rei. der ungehinderte Ein- und Ausgang zum laufen und fahren in sein neuerbautes Wohnhaus gestattet sein für immer“. In Abteilung II des Grundbuchs des Grundstücks Flurstück Nr. 44/1 befindet sich folgende Eintragung: „Der Hofraum zwischen den Wohnhäusern der Grundstücke Flurstück Nr. 44/1 und 44/2 soll gemeinschaftlich und dem Besitzer des Grundstücks Flurstück Nr. 44/2 der ungehinderte Ein- und Ausgang zum gehen und fahren in das neuerbaute Wohnhaus für immer gestattet bleiben“.

Das Grundbuchamt hat auf Antrag des Beteiligten zu 1 zu Lasten von Flurstück Nr. 44/2 in Abteilung II des Grundbuchs am 2.5.2002 folgende Eintragung vorgenommen: „Der Hofraum zwischen den Wohnhäusern der Grundstücke Flurstück Nr. 44/1 und 44/2 soll gemeinschaftlich sein. Eintrag im Grundbuch Band 6 Nr. 236, Seite 962 am 10. November 1879 und Lagerbuch Band I Seite 22.“

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2 hat das Landgericht das Grundbuchamt angewiesen, diese Eintragung zu löschen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1. Die Löschung ist inzwischen vollzogen.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zu der Anweisung an das Grundbuchamt, gegen die Löschung der am 2.5.2002 in Abteilung II des Grundbuchs erfolgten Eintragung einen Amtswiderspruch einzutragen.

1.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig.

a)

Das Grundbuchamt hat die Eintragung in Abteilung II des Grundbuchs des Grundstücks Flurstück Nr. 44/2 infolge der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts gelöscht. Die Anfechtung einer Löschung ist ebenso wie diejenige einer

Eintragung gem. § 71 Abs. 2 S. 1 GBO ausgeschlossen (Demharter, GBO, 25. Aufl., § 71 Rn. 44, 49, 51; Meikel/Streck, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 71 GBO Rn. 42). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich an die Löschung ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb anschließen kann, wie dies bei der Löschung einer altrechtlichen Dienstbarkeit der Fall ist (vgl. BGHZ 104, 139; Demharter § 71 Rn. 51).

Die weitere Beschwerde ist somit gem. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO beschränkt; sie kann lediglich auf die Eintragung eines Amtswiderspruchs abzielen (vgl. Demharter § 78 Rn. 7 m.w.N.). Die Beschränkung der Beschwerde gem. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO muss nicht ausdrücklich erklärt werden. Regelmäßig ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer das Rechtsmittel mit dem zulässigen Inhalt einlegen will (Meikel/Streck § 71 GBO Rn. 76; Demharter § 71 Rn. 55).

b)

Der Beteiligte zu 1 ist beschwerdebefugt, obwohl er sein Grundstück (Flurstück Nr. 44/1) während des Erstbeschwerdeverfahrens veräußert hat. Die Erwerber, die als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden sind, haben den Beteiligten zu 1 ermächtigt, das Verfahren im eigenen Namen weiterzuführen. Damit liegt eine sogenannte gewillkürte Verfahrensstandschaft vor. Die Anerkennung einer solchen Verfahrensstandschaft ist auch in Grundbuchsachen möglich und wird in Rechtsprechung und Schrifttum jedenfalls bejaht, soweit es um die Sicherung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs durch Eintragung eines Amtswiderspruchs geht (vgl. OLG Zweibrücken Rechtspfleger 1968, 88; Meikel/Streck § 71 GBO Rn. 127; Demharter, FGPrax 1997, 7, 8). Das schutzwürdige Interesse des Beteiligten zu 1 an der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs der Grundstückserwerber folgt aus den Bedingungen des von ihm vorgelegten Kaufvertrages.

2.

Die weitere Beschwerde ist mit diesem Ziel auch begründet. Gegen die vom Beschwerdegericht verfügte Löschung der am 2.5.2002 in Abteilung II des Grundbuchs des Grundstücks Flurstück Nr. 44/2 erfolgten Eintragung ist ein Amtswiderspruch einzutragen. Die Anweisung zur Löschung verletzt gesetzliche Vorschriften; der Beteiligte zu 1 hat auch glaubhaft gemacht, dass das Grundbuch durch die Löschung unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO).

a)

Die Erstbeschwerde des Beteiligten zu 2 gegen die im Wege der Grundbuchberichtigung erfolgte Eintragung vom 2.5.2002 war ebenfalls gem. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO beschränkt. Die Löschung der Eintragung konnte nur angeordnet werden, wenn sie nach ihrem Inhalt unzulässig war (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO), d.h. mit dem eingetragenen Inhalt aus Rechtsgründen nicht bestehen konnte. Dies ist nicht der Fall mit der Folge, dass die Löschung nicht angeordnet werden durfte.

aa)

Das Grundbuchamt hat am 2.5.2002 in Abteilung II des dem Beteiligten zu 2 gehörenden Grundstücks ein Recht eingetragen, das als Grunddienstbarkeit angesehen werden kann, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstanden ist. Solche altrechtlichen Dienstbarkeiten blieben gem. Art. 184 EGBGB auch ohne Grundbucheintrag mit dem

sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt bestehen. Die Grundbucheintragung sowie die in Bezug genommenen Unterlagen lassen eine solche Auslegung zu. Danach räumen sich die Eigentümer der benachbarten Grundstücke gegenseitig das Recht ein, den jeweiligen jenseits der Grundstücksgrenze gelegenen Hofraum, der durch die Wohnhäuser begrenzt wird, mit zu benutzen. Eine solche Grunddienstbarkeit konnte unter dem am 10.11.1879 geltenden Badischen Landrecht bestellt werden. Als unständige verborgene Dienstbarkeit (LRS 688, 689) konnte sie allein durch Vergünstigung, d. h. rechtsgeschäftliche Begründung durch Bestellung oder Anerkenntnis des Eigentümers, entstehen (vgl. Senatsbeschluss vom 16.9.1983, Justiz 1983, 457 ff. m.w.N.). Der mögliche Inhalt einer Grundgerechtigkeit konnte nach Badischem Landrecht verschieden sein und grundsätzlich jede Verfügung über ein Grundstück mit dem Charakter eines dinglichen Rechts, welches einem anderen Grundstück zugute kommt, beinhalten, soweit sie nicht gegen die Öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstieß (LRS 686; vgl. Behaghel, Das Badische bürgerliche Recht, 1. Band, 3. Aufl., 1891, Seite 361; Platenius, Badisches Landrecht, 1896, Seite 190). Umfang und Inhalt des Rechts wurden allein durch den Willen der Beteiligten bestimmt (Behaghel a.a.O.).

bb)

Der Charakterisierung als Grunddienstbarkeit steht nicht entgegen, dass in dem Vertrag vom 10.11.1879 dem Eigentümer des Grundstücks Flurstück Nr. 44/2 ausdrücklich ein Geh- und Überfahrtsrecht zu Lasten des benachbarten Grundstücks Flurstück Nr. 44/1 eingeräumt wird. Denn das Grundstück Flurstück Nr. 44/2 verfügte damals über keinen Zugang zur öffentlichen Straße. Der Rechtsvorgänger des Beteiligten zu 2 konnte sein Grundstück und auch den Hofraum nur über das Nachbargrundstück 44/1 erreichen, weshalb er auf ein gesondertes Wegerecht angewiesen war. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass die Regelung über die gemeinschaftliche Nutzung der „Hofreithe“ einen anderen Rechtscharakter tragen muss. Dem entsprechend ist der spiegelbildliche Teil der am 2.5.2002 erfolgten Eintragung im Grundbuch des Nachbargrundstücks Flurstück Nr. 44/1 schon bei Anlegung des Grundbuchs ebenfalls in Abteilung II eingetragen worden.

cc)

Der Eintragung kann auch die hinreichende Bestimmtheit nicht abgesprochen werden. Der Inhalt einer bei In-Kraft-Treten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeit bestimmt sich gem. Art. 184 EGBGB nach altem Recht; lediglich ihre Ausübung richtet sich nach §§ 1020 bis 1028 BGB (Staudinger/Hönle, BGB, Bearb. 2005, Art. 184 EGBGB Rn. 28). Die eingetragene Grundstücksbelastung beschränkt sich auf die Mitbenutzung des betreffenden Grundstücksteils und wäre somit auch nach § 1018 BGB eintragungsfähig (OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 6 m.w.N.; Demharter § 44 Rn. 17). Der altrechtliche Charakter ergibt sich aus den im Eintragungsvermerk enthaltenen Daten. Die Ausübungsstelle ist durch den Inhalt der Eintragung und die für jedermann erkennbaren örtlichen Verhältnisse hinreichend bestimmt.

dd)

Die Eintragung vom 2.5.2002 war auch nicht deshalb ihrem Inhalt nach unzulässig, weil es nach altem Recht an gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofräumen ein gemeinschaftliches Eigentum eigener Art geben konnte, welches gem. Art. 181 Abs. 2 EGBGB auch nach In-Kraft-Treten des BGB bestehen

blieb. Es handelt sich um Miteigentum ohne Bruchteile, das als Bestandteil der Hauptgrundstücke gilt (vgl. OLG Karlsruhe Bad. Rechtspraxis 1933, 2; Behaghel a.a.O. Seite 303). Es kann hier offen bleiben, ob solches Miteigentum auch nach dem 1.1.1810 wirksam begründet werden konnte, oder ob dies nicht der Fall war und es sich um so genanntes vorlandrechtliches Recht handelt, das unter der Geltung des Badischen Landrechts weiter bestand, wenn es vorher begründet worden war (in letzterem Sinne Hezel, AgrarR 1995, 261). Auch dann war die Bestellung wirkungsgleicher entsprechender Grunddienstbarkeiten nicht ausgeschlossen. Letztlich kommt es darauf für die vom Senat zu treffende Entscheidung nicht an. Zwar konnte ein gemeinschaftlicher Hofraum bei Anlegung des Grundbuchs als altrechtliches Miteigentum ohne Bruchteile gekennzeichnet werden (vgl. die Verlautbarung des badischen Justizministeriums vom 16.1.1904, Bad. Rechtspraxis 1904, 81 f.). Das Fehlen einer solchen Kennzeichnung allein macht die Eintragung jedoch nicht unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 S. 2 GBO, sofern der altrechtliche Charakter der Gemeinschaft deutlich wird (vgl. LG Karlsruhe BWNotZ 1999, 152, 153). Für die Wirksamkeit der Eintragung und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist es auch grundsätzlich unerheblich, ob die Eintragung an der richtigen Stelle vorgenommen wurde (BayObLGZ 1995, 413, 418 m.w.N.).

b)

Für die Eintragung eines Rechts im Wege der Grundbuchberichtigung muss der Nachweis seines Bestehens wie auch seines Fortbestehens in der Form des § 29 GBO geführt werden; an diesen Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Bei einer vor Anlegung des Grundbuchs entstandenen altrechtlichen Dienstbarkeit oder Gemeinschaft muss daher nicht nur deren Entstehung nachgewiesen werden, sondern auch, dass sie nicht – etwa durch Nichtgebrauch – erloschen ist (Senat, Justiz 1983, 457; BayObLG Rechtspfleger 1991, 299; BayObLG DNotZ 1993, 598). Für die Eintragung eines Amtswiderspruchs braucht die Unrichtigkeit des Grundbuchs jedoch nicht festzustehen. Sie muss nur glaubhaft sein, wofür eine Wahrscheinlichkeit geringeren Grades genügt. Denn der Amtswiderspruch ist – ebenso wie der Widerspruch nach § 899 BGB – lediglich ein vorläufiges Sicherungsmittel (OLG Karlsruhe Justiz 1983, 306; Meikel/Streck § 53 GBO Rn. 75 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Die in Ziffer 6 des Kaufvertrages vom 10.11.1879 enthaltene Vereinbarung wurde in das alte badische Grundbuch eingetragen. Im Lagerbuch des Grundstücks Flurstück Nr. 44/1 (damals 44 a), welches unter anderem die Rechtsbeschaffenheit des Grundstücks einschließlich der darauf haftenden Lasten und Gerechtigkeiten (ohne Grundpfandrechte) nachweisen und beschreiben sollte (vgl. hierzu Dorner/Seng, Bad. Landesprivatrecht, 1906, Seite 146 ff., 151; Behaghel a.a.O. Seite 255 f.) wurde folgendes eingetragen: „Der Hofraum zwischen den Wohnhäusern der Grdst. N. 44 a und 44 b soll gemeinschaftlich und dem Besitzer des Grdst. Nr. 44 b der ungehinderte Ein- und Ausgang zum Laufen und Fahren in das neuerbaute Wohnhaus für immer gestattet bleiben, laut Grundbuch VI 963, 236.“ Im Lagerbuch des Grundstücks 44/2 (damals 44 b) wurde zulässigerweise auf diesen Eintrag Bezug genommen. Der Wortlaut der Eintragung im Lagerbuch zeigt, dass die Vertragsbestimmung – obwohl die Beteiligten dort namentlich genannt wurden – nicht als persönliche Dienstbarkeit verstanden worden ist. Wie der Beteiligte zu 1 unwidersprochen vorgebracht hat, wurde der Hofraum zwischen den beiden Häusern bis in die jüngere Vergangenheit

notwendigerweise gemeinschaftlich zu Überfahrtzwecken genutzt. Eine Aufhebung oder ein Erlöschen des Rechts kann nicht festgestellt werden. Im Übrigen ist die Tatsache, dass der Lagerbuchvermerk im nach 1900 angelegten Grundbuch des Grundstücks Flurstück Nr. 44/1 auch mit dem den Hofraum betreffenden Teil in Abteilung II eingetragen worden ist, ein Indiz dafür, dass er auch insoweit als Grunddienstbarkeit und nicht als altrechtliches Miteigentum verstanden wurde, weil er ansonsten mit diesem Teil ausschließlich in das Bestandsverzeichnis einzutragen gewesen wäre. Jedenfalls ist die entsprechende Eintragung in das Grundbuch des Grundstücks Flurstück Nr. 44/2 unterblieben, was am 2.5.2002 nachgeholt worden ist. Damit ist glaubhaft gemacht, dass durch die Löschung dieses Eintrags das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Mitgeteilt von Dr. Jürgen Rastätter, Notar in Karlsruhe

### § 16 Abs. 2 WEG, § 242 BGB, § 138 BGB, § 17 a GVG

**1. Grundsätzlich setzt der Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft auf die Zahlung von Wohngeld voraus, dass der Anspruchsgegner rechtswirksam Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geworden ist.**

**2. Es kann wegen eines widersprüchlichen Verhaltens treuwidrig sein, wenn ein Bucheigentümer Wohngeldforderungen sein fehlendes Eigentum entgegenhält, obwohl er sich bis zum Entstehen der Wohngeldforderung auf seine fehlende Eigentümerstellung nicht berufen hat, die Wohnung besessen und durch Vermietung für seine Zwecke wirtschaftlich genutzt hat sowie über 10 Jahre lang die Wohngeldforderungen der Wohnungseigentümergeinschaft beglichen hat.**

**3. Es kann dahingestellt bleiben, ob gegenüber Wohngeldforderungen, die aus einer Zeit nach Behauptung der Nichtigkeit des Eigentumserwerbs stammen, das Bestreiten der Eigentümerstellung deshalb treuwidrig sein kann, weil der Bucheigentümer die Wohnung weiter besitzt und die Gefahr besteht, dass eine große Zahl weiterer Miteigentümer sich auf die Nichtigkeit der durch einen Strukturvertrieb vermittelten Verträge einschließlich dem Eigentumserwerb berufen kann und dies unerträgliche Folgen für die Eigentümergemeinschaft haben würde.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.07.2005, 8 W 170/05

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin ist Verwalterin der Wohnungseigentumsanlage M in S. und macht aufgrund einer vertraglichen Ermächtigung im Verwaltervertrag im eigenen Namen gegen den Antragsgegner rückständiges Wohngeld aus dem Jahr 2001 bis zum November 2003 zuzüglich Schadensersatz wegen Verzugs geltend.

Die Beteiligten streiten im Wesentlichen darum, ob der Antragsgegner Wohnungseigentümer der Wohnung Nr. 503 geworden ist und ob er gegebenenfalls als bloßer Bucheigentümer zur Zahlung von Wohngeld verpflichtet ist.

Der Antragsgegner hatte am 10.10.1989 einem Herrn G. eine umfassende Vollmacht erteilt, aufgrund der dieser unter anderem mit notariellem Vertrag vom 26.3.1990 von der Grundstücksverwertungsgesellschaft M. in S. mbH die Wohnung

Nr. 503 kaufte. Der Antragsgegner wurde am 13.2.1991 als Eigentümer im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Im Jahr 1995 verlängerte der Antragsgegner einen Vertrag über die Mietverwaltung seiner Wohnung. Mit notariellem Kaufvertrag vom 24.9.2001 verkaufte er die Wohnung; mit Vereinbarung vom 22.7.2002/1.8.2002 wurde der Kaufvertrag aufgehoben, nachdem die Bank des Antragsgegners eine befreiende Schuldübernahme durch den Käufer abgelehnt hat. Gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft bzw. der Verwalterin berief sich der Antragsgegner erstmals auf die Unwirksamkeit seines Eigentumserwerbs in der Anspruchserwidernung mit Schriftsatz vom 8.12.2003 im vorliegenden Verfahren. Der Antragsgegner ist weiterhin im Besitz der Wohnung.

Die Verkäuferin wurde inzwischen wegen Vermögenslosigkeit gelöscht. Der Antragsgegner hat wegen der von ihm behaupteten Nichtigkeit der im Zusammenhang mit dem Erwerb der Wohnung geschlossenen Verträge eventuelle Ansprüche gegen die ihn finanzierende Bank gerichtlich bisher nicht geltend gemacht.

Gegen den dem Antrag vollumfänglich stattgebenden Beschluss des Amtsgerichts Böblingen hat der Antragsgegner die sofortige Beschwerde eingelegt, die mit dem Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 12.4.2005 zurückgewiesen wurde. Weil die Antragstellerin Wohngeldansprüche gegen ein Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geltend mache, sei die Zuständigkeit des Wohnungseigentumsgerichts gegeben. Der Antragsgegner sei für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum zur Zahlung des Wohngelds verpflichtet. Nachdem er sich bis zum Dezember 2003 gegenüber der Eigentümergemeinschaft nicht auf eine fehlende Eigentümerstellung berufen, sondern sich wie ein Eigentümer verhalten habe, würde es gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens verstoßen, wenn er die einen Wohnungseigentümer treffende Pflicht zu Wohngeldzahlungen nicht erfülle. Insbesondere habe er durch die Vermietung finanzielle Vorteile erlangt. Für die Wohnungseigentümergeinschaft seien die Umstände, die Zweifel an der Eigentümerstellung des Antragsgegners begründen könnten, nicht erkennbar gewesen. Im übrigen stünde die Verkäuferin der Eigentumswohnung für die Beitreibung der Wohngeldforderung der Gemeinschaft faktisch nicht zur Verfügung, weil sie wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden sei.

Hiergegen hat der Antragsgegner die sofortige weitere Beschwerde eingelegt, mit der er die Zurückweisung des Antrags weiter verfolgt. Der Antrag müsse schon deshalb zurückgewiesen werden, weil der Antragsgegner nicht Eigentümer der fraglichen Eigentumswohnung und damit nicht Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geworden sei und deshalb nicht das WEG-Gericht, sondern das streitige Gericht zur Entscheidung über den Antrag zuständig sei. Im übrigen hafte er, weil er nicht Eigentümer geworden sei, nicht für die geltend gemachten Ansprüche. Insbesondere hafte er nicht nach Treu und Glauben.

Die Antragstellerin ist der sofortigen weiteren Beschwerde entgegengetreten. Das vorliegende Verfahren wolle der Antragsgegner zum Anlass nehmen, seine materiellrechtliche Eigentümerstellung zu klären, was nicht Zweck dieses Verfahrens sei. Die Antragstellerin habe allein wirtschaftliche Interessen.

II.

Die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners ist gemäß § 45 Abs. 1 WEG, 27, 29 FGg statthaft und zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. In der

Sache bleibt die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners ohne Erfolg. Eine sofortige weitere Beschwerde ist nur dann begründet, wenn das Beschwerdegericht eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat und dessen Entscheidung gerade auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Eine solche Rechtsverletzung ist nicht festzustellen.

1.

Die §§ 17 bis 17 b GVG sind im Verhältnis der streitigen ordentlichen Gerichtsbarkeit zur freiwilligen Gerichtsbarkeit – jedenfalls soweit es sich um echte Streitsachen handelt – entsprechend anwendbar (BGH, Urteil vom 20.1.2005, AZ: III ZR 278/04). § 17 a GVG findet deshalb auch im Rahmen einer Zuständigkeitsprüfung nach § 46 WEG Anwendung (BGH NJW 1995, 2851, 2852).

a)

Für das vorliegende Verfahren ist das Wohnungseigentumsgericht zuständig. Nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist das Wohnungseigentumsgericht ausschließlich zur Entscheidung von Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander berufen. Ob eine solche Streitigkeit vorliegt, ist anhand des vom Antragsteller zur Entscheidung gestellten Begehrens zu ermitteln, da nur er den Verfahrensgegenstand bestimmt (Bärmann/Pick/Merle WEG 9. Aufl., § 43 RN 3 m.w.N. in FN 4; Zöller-Gummer, ZPO 25. Aufl., § 13 GVG RN 11). Die Einwendungen des Antragsgegners sind daher bei der Beurteilung der Zuständigkeit unbeachtlich (Zöller, a.a.O. m.w.N.). Da die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner sei Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft und schulde daher aus dem Gemeinschaftsverhältnis die Zahlung von Wohngeld, ist für dieses Verfahren die Zuständigkeit des Wohnungseigentumsgerichts gegeben. Soweit der Antragsgegner im Hinblick auf die Verfahrenszuständigkeit auf seine Behauptung abstellt, er sei nicht Wohnungseigentümer geworden, vermischt er in unzulässiger Weise die Frage der Zulässigkeit des Antrags und dessen Begründetheit.

b)

Nachdem im übrigen der Antragsgegner erstinstanzlich die Zulässigkeit des Rechtswegs gemäß § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG nicht gerügt hatte, musste das Amtsgericht nicht vorab über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden. Gemäß § 17 a Abs. 5 GVG verbleibt es damit für das Beschwerdeverfahren und für das Rechtsbeschwerdeverfahren bei dem einmal eingeschlagenen Verfahrensweg.

2.

Grundsätzlich setzt der Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft auf die Zahlung von Wohngeld voraus, dass der Anspruchsgegner rechtswirksam Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geworden ist (BGH NJW 1994, 3352, 3353; BayObLG NZM 2002, 263, 264; KG FGPrax 2001, 136, 137). Es kann jedoch vorliegend dahingestellt bleiben, ob der Antragsgegner wirksam Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geworden ist.

a)

Ist der Antragsgegner Wohnungseigentümer geworden, haftet er aus dem Gemeinschaftsrecht in Verbindung mit § 16

Abs. 2 WEG für die durch bestandskräftige Wohnungseigentümerbeschlüsse festgestellten Wohngeldforderungen.

b)

Sollte der Wohnungseigentümererwerb des Antragsgegners nichtig sein, ist er deswegen keinem bereicherungsrechtlichen Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft in Höhe der Kosten des Wohngelds ausgesetzt. In diesem Fall hätte die Wohnungseigentümergeinschaft gemäß ihrer Beschlussfassung einen Wohngeldanspruch nicht gegen den Bucheigentümer, sondern gegen den wahren Eigentümer. Der Antragsgegner hätte dann die Eigentumswohnung nicht auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft, sondern auf Kosten des wahren Wohnungseigentümers genutzt, so dass lediglich ein Bereicherungsanspruch des wahren Wohnungseigentümers gegen den Scheineigentümer in Betracht käme, während die Wohnungseigentümergeinschaft allein auf ihren Wohngeldanspruch gegen den wahren Eigentümer zu verweisen wäre.

c)

Sollte der Antragsgegner nicht Wohnungseigentümer geworden sein, kann er sich aber aufgrund der konkreten Umstände dieses Einzelfalls gemäß § 242 BGB hierauf nicht berufen. Die Rechtsordnung lässt grundsätzlich widersprüchliches Verhalten zu. Widersprüchliches Verhalten ist aber missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere bestimmte Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (Palandt-Heinrichs BGB 64. Aufl., § 242 RN 55 m.w.N.). Hier haftet der Antragsgegner, weil er sich mit dem Einwand, ihm fehle die Passivlegitimation, treuwidrig mit eigenem Verhalten in Widerspruch setzt (BGH NJW-RR 2000, 1114, 1115; 1990, 417, 418; 1987, 335). Der Antragsgegner hat seit seiner Eintragung im Wohnungsgrundbuch am 13.2.1991 bis zur Vorlage der Antragsrüge vom 8.12.2003 gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft keinen Zweifel daran gelassen, dass er sich für den wahren Wohnungseigentümer der Wohnung Nr. 503 gehalten hat. Er hat die Wohnung besessen und durch Vermietung für seine Zwecke wirtschaftlich genutzt. Zumindest in diesen knapp 13 Jahren hat er an der Wohnungseigentümergeinschaft teilgenommen und bis Ende 2001, also über 10 Jahre lang, die Wohngeldforderungen der Wohnungseigentümergeinschaft beglichen. Durch den letztlich gescheiterten Versuch im Jahr 2001, die Wohnung zu verkaufen, hat der Antragsgegner auch gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft nochmals seine vermeintliche Eigentümerstellung bestätigt. Der Antragsgegner hat durch sein Verhalten das Vertrauen der Wohnungseigentümergeinschaft veranlasst, er sei der wirkliche Wohnungseigentümer und nicht nur der Bucheigentümer der Wohnung Nr. 503.

Das Vertrauen der Wohnungseigentümergeinschaft ist schutzwürdig. Wegen des Verhaltens des Antragsgegners hat die Wohnungseigentümergeinschaft ihre Wohngeldforderungen nicht gegen den wahren Eigentümer, der inzwischen wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde, geltend gemacht bzw. aus der Nichtzahlung von Wohngeldansprüchen nicht die möglichen rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen gezogen, um die Wohnungseigentümergeinschaft nicht unnötigerweise zu belasten.

Könnte sich der Antragsgegner rechtswirksam darauf berufen, nicht Eigentümer geworden zu sein, könnte er von der Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche bisherige Zahlungen an die Gemeinschaft gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1.

Alt. BGB mit Zinsen (§ 818 Abs. 1, 1. Hs BGB) herausverlangen. Während eventuelle Zinsforderungen der Wohnungseigentümergeinschaft gegen den wahren Eigentümer zum Großteil verjährt wären, wären die Möglichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft, vom wahren Eigentümer, der wegen Vermögenslosigkeit gelöscht ist, die Begleichung ihrer Wohngeldforderungen seit dem Jahr 1991 zu erhalten, sehr begrenzt. Letztlich bliebe der Wohnungseigentümergeinschaft voraussichtlich lediglich eine Entziehung des Wohnungseigentums gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG.

Dem Vertrauensschutz der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 242 BGB steht hier nicht entgegen, dass der Antragsgegner möglicherweise viele Jahre selbst keine Kenntnis von der Nichtigkeit seines Erwerbs des Wohnungseigentums hatte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Nichtigkeit eines Erwerbs des Wohnungseigentums ihre Ursache nicht im Verhältnis des Antragsgegners zur Wohnungseigentümergeinschaft hat, sondern im Verhältnis des Antragsgegners zur Verkäuferin bzw. zu deren Strukturvertrieb. Die Wohnungseigentümergeinschaft konnte daher noch viel weniger als der Antragsgegner beurteilen, ob dessen Wohnungseigentumserwerb wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sein könnte und gegebenenfalls trotzdem nach den §§ 171, 172 BGB als wirksam zu behandeln wäre. Demgegenüber hat der Antragsgegner behauptet, er sei bei Unterzeichnung der umfassenden Vollmacht am 10.10.1989, die später jedenfalls nach dem äußeren Anschein zum Kaufvertrag, dem Eigentumserwerb und dem Abschluss weiterer Verträge geführt hat, arglistig getäuscht worden. Er habe den Inhalt dieses auf deutsch gehaltenen Dokuments weder lesen noch verstehen können. Herr G. sei deshalb von ihm unbewusst bevollmächtigt worden. Angesichts dieser vorgetragenen Umstände des Erwerbsvorgangs hätte der Antragsgegner Veranlassung gehabt, entweder selbst oder durch einen Rechtskundigen die obergerichtliche und höchstgerichtliche Rechtsprechung zu vergleichbaren Vorgängen zu verfolgen. Spätestens nach der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 28.9.2000 (BGHZ 145, 265 = WM 2000, 2443 = NJW 2001, 70) musste der Antragsgegner bei der hier veranlassten Beobachtung der Rechtsprechung angesichts der von ihm geschilderten Umstände seines Erwerbs sich vergegenwärtigen, dass er nicht der wirkliche Eigentümer, sondern lediglich Bucheigentümer der Eigentumswohnung geworden sein könnte. Redlicherweise hätte er dies gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft offenbart. Erst nach diesem Zeitpunkt, zu dem die Wohnungseigentümergeinschaft eine entsprechende Mitteilung des Antragsgegners erwarten durfte, sind die verfahrensgegenständlichen Ansprüche entstanden.

Auch wenn grundsätzlich der Bucheigentümer für Wohngeldansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 16 Abs. 2 WEG nicht haftet und die Eigentümergeinschaft den wahren Eigentümer ermitteln und ihn als richtigen Schuldner in Anspruch nehmen muss (BGH NJW 1994, 3352, 3353), hat das Landgericht aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls zu Recht angenommen, die Berufung des Antragsgegners auf seine Stellung als nichthaftender Bucheigentümer sei widersprüchlich und treuwidrig. Ergänzend wird auf die Ausführungen des Landgerichts im Beschluss vom 12.4.2005 verwiesen.

d)

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich der Antragsgegner auch nach der Behauptung gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft, er sei nicht der wahre Eigentümer,

sondern lediglich Bucheigentümer, als Wohnungseigentümer behandeln lassen muss, weil er weiterhin die Nutzungsmöglichkeit über die Wohnung hat und die Berufung auf die Unwirksamkeit seines Eigentumserwerbs zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen für die Wohnungseigentümergeinschaft führen würde. Letzteres könnte sich daraus ergeben, dass ausweislich der vorgelegten Prospekte alle oder ein Großteil der Wohnungen des Gebäudes M. in S. im Strukturvertrieb veräußert wurden und deshalb zumindest ein Großteil der Wohnungseigentümer ihre Wohngeldzahlungen einstellen und eine Klärung ihrer Eigentümerstellung in Verfahren der Wohnungseigentümergeinschaft gegen sie erzwingen könnte. In dem vorgelegten Prospekt Stand August 1989 sind ca. 140 Wohnungen enthalten, von denen ausweislich des Verkaufsprospekts Stand Februar 1992 bis auf 22 Wohnungen alle anderen Wohnungen verkauft worden sind. Es droht damit die Einstellung der Wohngeldzahlungen der in dieser Weise betroffenen Eigentümer und der Verfahren gegen diese in einem Umfang, der die Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft massiv berührt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft keine Verantwortung für die Nichtigkeit der einzelnen Erwerbsvorgänge trägt und diese nicht überschaubar.

Nachdem verfahrensgegenständlich lediglich Forderungen vor der Behauptung der Nichtigkeit des Wohnungserwerbs gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft sind, kommt es hierauf jedoch nicht an.

3.

Die Höhe der Wohngeldforderungen ist nicht streitig. Die Nebenforderungen beruhen auf Verzug gemäß § 286 BGB. Der Antragstellerin steht es frei, diese Ansprüche im Wege eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs geltend zu machen oder aus materiellem Recht vorzugehen (vgl. Zöller-Herget a.a.O. vor § 91 RN 12 m.w.N.).

Nachdem die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners keinen Erfolg hat, entspricht es billigem Ermessen nach § 47 Satz 1 WEG, ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen. Nachdem Entscheidungen anderer Obergerichte oder des Bundesgerichtshofs zum Verhältnis zwischen einem Bucheigentümer, der sich über viele Jahre wie der wahre Eigentümer verhalten hat, und der Wohnungseigentümergeinschaft nicht ersichtlich sind, gibt es für die Erstattung außergerichtlicher Kosten gemäß § 47 Satz 2 WEG keine Veranlassung.

Die Voraussetzungen für eine Vorlage des Verfahrens gemäß § 28 Abs. 2 FGG an den Bundesgerichtshof fehlen.

Die Ausführungen zur Zuständigkeit des Wohnungseigentumsgerichts erfolgen auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der anderen Obergerichte steht die Auffassung des Senats im Einklang, wonach der Bucheigentümer kein Wohngeld nach § 16 Abs. 2 WEG schuldet. Bezüglich der Anwendung des § 242 BGB liegt eine Entscheidung im Einzelfall vor, der – soweit ersichtlich – die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs nicht entgegensteht.

Mitgeteilt vom 8. Senat des OLG Stuttgart

**KostO § 20 Abs. 1; KostO § 30; KostO § 36 Abs. 2; KostO § 147 Abs. 2**

**1. Stellt sich eine in einem Grundstückskaufvertrag übernommene Bauverpflichtung oder ein vereinbartes Veräußerungsverbot als selbständige Leistung des Käufers mit eigenem Wert dar, so ist ihr Wert bei der Geschäftswertberechnung dem Kaufpreis hinzuzurechnen.**

**2. Enthält der Kaufvertrag eine Sanktion für den Fall, dass das Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Zeit bebaut wird, so liegt darin die stillschweigende Vereinbarung einer Bauverpflichtung („negative“ Bauverpflichtung).**

**3. Ausdrücklich vereinbarte und stillschweigend vereinbarte Bauverpflichtung („positive“ und „negative“ Bauverpflichtung) sind wesensgleich und deshalb bei der Wertfestsetzung gleich zu behandeln.**

**4. Werden mit der vom Käufer übernommenen Bauverpflichtung wirtschaftliche Ziele verfolgt, so ist ihr Wert unter Zugrundelegung des Verkäuferinteresses nach freiem Ermessen zu bestimmen.**

**5. Der Geschäftswert der Überwachung der Kaufpreiszahlung durch den Notar bemisst sich als Teil des Kaufpreises; der Wert weiterer Leistungen des Käufers bleibt unberücksichtigt.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 02.12.2005 – 14 Wx 47/04

Aus den Gründen:

I.

1.

Der Notar beim Notariat Ki. hat am 24.07.2002 in der Urkunde UR 936/02 einen Kaufvertrag beurkundet, wonach die Gemeinde O. an den Kostenschuldner ein in einem Gewerbegebiet gelegenes lastenfreies Grundstück verkaufte. Im vereinbarten Kaufpreis von 105.600,00 Euro war ein – im einzelnen aufgeschlüsselter – Ablösebetrag für Erschließungskosten in Höhe von 45.830,40 Euro enthalten.

In § 3 des Vertrags hat sich die verkaufende Gemeinde das durch Vormerkung dinglich zu sichernde Recht vorbehalten, die lasten-, kosten-, gebühren- und steuerfreie Rückübertragung des Grundstücks auf sich oder von ihr zu benennende Dritte zu verlangen, falls

- entweder das Kaufgrundstück nicht innerhalb von 10 Jahren im Rahmen der Festsetzung des Bebauungsplans durch den Käufer in der Weise bebaut wird, dass es gewerblich – auch nur teilweise – nutzbar ist und tatsächlich innerhalb des genannten Zeitraums nicht auch überwiegend selbst genutzt wird (§ 3 Nr. 1)
- oder der Käufer das Kaufgrundstück innerhalb dieser 10 Jahre ohne Zustimmung der Gemeinde veräußert (§ 3 Nr. 2).

Gemäß § 4 des Vertrags kann die verkaufende Gemeinde anstelle der Rückübertragung nach § 3 die Zahlung eines Aufpreises in Höhe der Differenz zwischen dem jetzt vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert des Grundstücks zum Zeitpunkt der Ausübung des Rechts verlangen.

In § 5 des Vertrags hat sich die Gemeinde das dinglich zu sichernde Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an dem Grundstück vorbehalten.

In § 6 des Vertrags haben die Kaufvertragsparteien vereinbart, daß in den gewerblich zu nutzenden Räumlichkeiten ein „i-Punkt“ einzurichten und 10 Jahre lang zu betreiben sei, in dem touristische Informationen über die Gemeinde bereitgehalten werden.

In § 2 des Vertrags wurde notarielle Überwachung der Umschreibungsreife (Eingang des vollständigen Kaufpreises) vereinbart.

2.

Nachdem die Vertreterin der Staatskasse die Auffassung vertreten hatte, daß bei der Geschäftswertberechnung gem. § 20 Abs. 1 S. 1 KostO zum Wert des Grundstücks die vom Kostenschuldner übernommene und auf 30 % des Grundstückswertes anzusetzende Bebauungsverpflichtung hinzuzurechnen sei, hat der Kostenbeamte des Notariats die Kosten weisungsgemäß berechnet. Sie wurden dem Kostenschuldner mit Kostenrechnung wie folgt übermittelt

Beurkundung Kaufvertrag (§ 36 Abs. 2 KostO)	Wert 137.280,00 €	534,00 €
Kaufpreisüberwachung (§ 147 Abs. 2 KostO)	Wert 31.680,00 €	48,00 €
Dokumentenpauschale (§ 136 Abs. 1 und 2 KostO)		13,50 €
16 % Umsatzsteuer (§ 151 a KostO) aus 595,50 e		95,28 €
Gesamtbetrag		<b>690,78 €</b>

3.

Gegen die Kostenrechnung hat der Kostenschuldner Rechtsmittel eingelegt.

Mit Beschluss vom 19.04.2004 hat das Amtsgericht den Geschäftswert für die Beurkundung des Kaufvertrags folgendermaßen festgesetzt:

Kaufpreis	105.600,00 €
Bauverpflichtung (30 % des Kaufpreises)	31.680,00 €
Veräußerungsverbot (10 % des Kaufpreises)	10.560,00 €
Vorkaufsrecht	0,00 €
Besondere Vereinbarung „i-Punkt“	3.000,00 €
Insgesamt	<b>150.840,00 €</b>

Das Amtsgericht, das auch das Rechtsmittel des Kostenschuldners als Antrag nach § 31 KostO angesehen hat, hat dabei die Auffassung vertreten, bei der die Beurkundung des Kaufpreises betreffenden Geschäftswertbestimmung sei das Wiederverkaufsrecht wie eine positive Bauverpflichtung zu behandeln, weshalb ein Zuschlag in Höhe von 30 % des Kaufpreises vorzunehmen sei. Hinzu komme das in § 3 Nr. 2 des Vertrags vereinbarte und mit 10 % des Kaufpreises anzusetzende Veräußerungsverbot. Das vereinbarte Vorkaufsrecht wirke sich auf die Höhe des Geschäftswertes nicht aus. Der Wert der in § 6 des Vertrags getroffenen Vereinbarung („i-Punkt“) sei auf 3.000,00 € zu schätzen. – Weiter hat das Amtsgericht ausgeführt, für die Bewertung der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife (§ 147 Abs. 2 KostO) sei allein der Kaufpreis maßgeblich, der Ansatz wertsteigernder Positionen komme nicht in Betracht.

4.

Auf die gegen die Entscheidung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde des Kostenschuldners hat das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde teilweise abgeändert und den

Geschäftswert für die Beurkundung des Kaufvertrags folgendermaßen festgesetzt:

Kaufpreis	105.600,00 €
Aufpreisvereinbarung	10.000,00 €
Besondere Vereinbarung	3.000,00 €
Insgesamt	<b>118.600,00 €</b>

Das Landgericht ist der Auffassung des Amtsgerichts zur Bewertung des Vorkaufsrechts, der Vereinbarung gemäß § 6 des Vertrags („i-Punkt“) und der Überwachung der Umschreibungsreife gefolgt. Nicht gefolgt ist es dem Amtsgericht dagegen, soweit dieses mit der Begründung, es seien in § 3 Nr. 1 des notariellen Vertrags eine Bauverpflichtung und in § 3 Nr. 2 ein Veräußerungsverbot vereinbart worden, jeweils einen zusätzlichen Geschäftswert hierfür angesetzt hat. Stattdessen hat das Landgericht wegen der in § 4 des Kaufvertrags enthaltenen Möglichkeit, einen Aufpreisanspruch geltend zu machen, dessen auf 10.000,00 € geschätzten Geschäftswert in Ansatz gebracht.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die – vom Landgericht zugelassene – weitere Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse. Sie rügt, am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt worden zu sein. Sie wendet sich gegen die Auffassung des Landgerichts, wonach bei der Bestimmung des Geschäftswertes weder eine Bauverpflichtung noch ein Veräußerungsverbot zu berücksichtigen seien und wonach als Beziehungswert für die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO der reine Kaufpreis des Grundstücks ohne Berücksichtigung weiterer Leistungen des Käufers zugrundegelegt sei.

## II.

Die infolge Zulassung (§§ 31 Abs. 3 S. 1 Hs. 2, 14 Abs. 3 S. 2 KostO in der hier gem. § 163 KostO n.F. maßgeblichen a.F.) statthafte und auch im übrigen zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung (§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO a.F.), soweit darin die Übernahme von bei der Geschäftswertermittlung durch Hinzurechnung (§ 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KostO) zu berücksichtigender Leistungen des Käufers im Zusammenhang mit der in § 3 des notariellen Vertrags vereinbarten Rückübertragungsverpflichtung verneint wird (unten zu 1. und 2.); hinsichtlich der Bewertung der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife ist sie dagegen nicht zu beanstanden (unten zu 4.).

### 1.

#### a)

Es entspricht einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine in einem Grundstückskaufvertrag vom Käufer übernommene **Bauverpflichtung** regelmäßig – nämlich dann, wenn sie von eigenständigem wirtschaftlichem oder ideellem Wert ist (§ 30 KostO) – eine zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KostO darstellt und deshalb bei der Ermittlung des Geschäftswertes der vom Notar erbrachten Leistung dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist (vgl. nur BayObLGZ 1992, S. 355 ff., 357; OLG Zweibrücken, FGPrax 1999, S. 76 f. und JurBüro 2000, S. 427 f.; Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl. 2003, Stichwort „Bauverpflichtung“; Korintenberg/Reimann, KostO, 16. Aufl. 2005, § 30 Rdn. 15; Streifzug durch die Kostenordnung (künftig: Streifzug), 6. Aufl. 2005, Rdn. 1259 – jeweils m.w.N.).

#### b)

Das Landgericht hat diesen Grundsatz zwar nicht verkannt, meint aber, dass im vorliegenden Fall eine Bauverpflichtung

nicht vereinbart worden sei. Damit hat es den Kaufvertrag unter Verstoß gegen die §§ 133, 157 BGB falsch ausgelegt, so dass die Entscheidung insoweit auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (zur diesbezüglichen Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Feststellung des Inhalts rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen vgl. Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 49 zu § 27 m.w.N.):

Richtig ist zwar, dass in § 3 des notariellen Kaufvertrags eine Verpflichtung des Käufers, das Kaufgrundstück zu bebauen, nicht ausdrücklich (als sogenannte „positive Bauverpflichtung“) vereinbart wurde. Indessen enthält der Vertrag für den Fall, dass das Grundstück nicht binnen 10 Jahren in einer die gewerbliche Nutzung ermöglichenden Weise bebaut wird, eine Sanktion, nämlich ein Wiederkaufsrecht (§ 3) bzw. – alternativ hierzu – einen Aufpreisanspruch der verkaufenden Gemeinde (§ 4). Eine solche Regelung kann unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) nur den Zweck haben, eine entsprechende Verpflichtung des Käufers zur Bebauung des Grundstücks zu normieren. Eine solche stillschweigend vereinbarte Bauverpflichtung (üblicherweise – aber missverständlich – als „negative“ Bauverpflichtung bezeichnet; vgl. etwa Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., § 20 Rdn. 26 b; Streifzug, Rdn. 1271) ist nicht wesensverschieden gegenüber einer ausdrücklich vereinbarten Bauverpflichtung, die entsprechende Sanktionen vorsieht.

#### c)

Die demgemäß vereinbarte Bauverpflichtung stellt – was Voraussetzung für eine Hinzurechnung nach § 20 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 KostO ist – einen eigenständigen Wert dar. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es keiner Beweisaufnahme; der Senat kann vielmehr aufgrund des Akteninhalts selbst in der Sache entscheiden (allgemein hierzu etwa BayObLG, WuM 1994, S. 565 f., 566; OLG Zweibrücken, FGPrax 1999, S. 76 f., 77; OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 229 ff., 231; Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdn. 56 zu § 27), so dass es keiner Zurückverweisung bedarf. Dabei kann der Senat sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vorinstanzen stellen (Meyer-Holz, a.a.O., mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 317).

Dass die vom Käufer übernommene Bauverpflichtung einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert hat, ergibt sich zweifelsfrei aus dem an die Vertreterin der Staatskasse gerichteten Schreiben der verkaufenden Gemeinde vom 12.03.2004. Denn danach hat die Gemeinde mit der Ausweisung des Baugebiets und damit auch mit der Vergabe der Bauplätze insbesondere wirtschaftliche Ziele (Förderung der Entwicklungsmöglichkeiten für örtliche Betriebe; Sicherung, Erhaltung und Neuschaffung von Arbeitsplätzen) verfolgt. Deren Wert ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen und zwar unter Zugrundelegung des Verkäuferinteresses. Bei gewerblichen Objekten bemisst sich der Wert der Bauverpflichtung – jedenfalls dann, wenn wie hier im Kaufvertrag nicht die Aufwendung einer bestimmten Mindestbausumme ausdrücklich vereinbart ist (vgl. Streifzug, Rdn. 1263 m.w.N. in Fn. 735) – unter Zugrundelegung des Rückkaufspreises als Ausgangswert. Den Rückkaufspreis schätzt der Senat unter Berücksichtigung einer vom Landgericht im Zusammenhang mit der Bewertung der Aufpreisvereinbarung angenommenen Wertsteigerung um 10.000,00 Euro in 10 Jahren auf 115.600,00 Euro. Den Wert der Bauverpflichtung bemisst der Senat unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Zeitraum, innerhalb dessen die Bebauung des Grundstücks zu erfolgen hat, mit 10 Jahren recht lang ist, andererseits aber die Baukosten außer Betracht blei-

ben, auf 30 % des Rückkaufspreises, also auf 34.680,00 Euro. Nicht in die Wertberechnung einzubeziehen war die alternativ zur Rückübertragung stehende – geringer zu bewertende – Aufpreisabrede, denn bei beiden handelt es sich um denselben Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 KostO (vgl. Streifzug, Rdn. 40 m.w.N.).

2.

Auch soweit das Landgericht die Vereinbarung eines bei der Geschäftswertermittlung hinzuzurechnenden **Veräußerungsverbotes** verneint hat, vermag ihm der Senat nicht zu folgen. Dabei gelten obige Ausführungen zum Veräußerungsverbot entsprechend:

Dass die Unterwerfung unter ein Veräußerungsverbot dann, wenn dies für den Veräußerer von wirtschaftlichem Interesse ist, i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 KostO eine selbständige Leistung des Käufers darstellt, ist in Rechtsprechung (vgl. Bay-ObLGZ 1999, S. 10 ff., 11 f.) und Literatur (Hartmann, Kostengesetze, 35. Aufl. 2005, Rdn. 24 zu § 20; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., Rdn. 26 a; Streifzug, Rdn. 1269) anerkannt. Im vorliegenden Fall wurde in § 3 Nr. 2 des Kaufvertrags ein Veräußerungsverbot wiederum zwar nicht ausdrücklich, wohl aber stillschweigend vereinbart, was sich daraus ergibt, dass eine etwaige Weiterveräußerung – nicht anders als eine Nichtbebauung – unter die Sanktion eines Wiederkaufsrechts bzw. eines Aufpreisanspruchs der verkaufenden Gemeinde gestellt wurde. Dass das vereinbarte Veräußerungsverbot für beide Vertragsparteien einen wirtschaftlichen Wert darstellt, ergibt sich auf der einen Seite aus seinem Zweck, die Veräußerung des Grundstücks an einen der verkaufenden Gemeinde nicht genehmen Erwerber zu verhindern, und auf der anderen Seite daraus, dass sie für die Dauer von 10 Jahren den Verlust des Rechts des Käufers bedeutet, über sein Eigentum zu verfügen. Der Wert dieser Verfügungsbeschränkung ist – wie in § 30 Abs. 1 Hs. 2 KostO ausdrücklich bestimmt ist – nach freiem Ermessen festzusetzen. Unter Berücksichtigung aller Umstände – insbesondere, dass die Verfügungsbeschränkung sich einerseits über einen recht langen Zeitraum erstreckt, sich andererseits aber auf die Preisgestaltung nicht ausgewirkt hat (S. 2 des Schreibens der verkaufenden Gemeinde vom 12.03.2004), schätzt der Senat ihren Wert auf 10% des vereinbarten Kaufpreises, also 10.560,00 Euro, was im unteren Bereich des Üblichen liegt (vgl. Korintenberg/Reimann, a.a.O., Rdn. 91 zu § 30 mit Beispielen aus der Rechtsprechung). Wie bei der Bauverpflichtung kommt auch hier wieder die Aufpreisvereinbarung nicht in Ansatz.

3.

Demgemäß ermittelt sich der Geschäftswert für die Beurkundung wie folgt:

Kaufpreis	105.600,00 €
Bauverpflichtung	34.680,00 €
Veräußerungsverbot	10.560,00 €
Besondere Vereinbarung (i-Punkt)	3.000,00 €
Gesamtwert der Beurkundung	<b>153.840,00 €</b>

Wie oben zu 1. c) und zu 2. (jeweils am Ende) dargelegt, war der vom Landgericht mit 10.000,00 Euro angenommene Wert einer Aufpreisvereinbarung nicht in Ansatz zu bringen.

4.

Nicht zu beanstanden ist, dass das Landgericht, dem Amtsgericht folgend, den Wert der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife für die Gebühr gemäß § 147 Abs. 2

KostO mit 30 % des vereinbarten Kaufpreises (§ 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 KostO) – also ohne Berücksichtigung des nach § 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KostO hinzuzurechnenden Wertes weiterer Leistungen – bemessen und demgemäß mit 31.680,00 Euro angenommen hat.

Dass die Überwachung der Kaufpreiszahlung – entgegen teilweise vertretener Auffassung – kein Nebengeschäft neben der Beurkundung ist und daher eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, ist durch den Beschluss des BGH vom 12.05.2005 – V ZB 40/05 – (BGHZ 163, S. 77 ff.) geklärt. Der Geschäftswert bemisst sich dabei nach § 30 Abs. 1 KostO (Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., Rdn. 91 zu § 147). Die durch das Landgericht erfolgte Bewertung mit 30 % des Kaufpreises liegt im Rahmen des Üblichen (vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, Rdn. 91 zu § 147) und weist keine Rechtsfehler auf. Die Zugrundelegung des – nicht erhöhten – Kaufpreises ist entgegen der Auffassung der Vertreterin der Staatskasse deshalb richtig, weil die Umschreibungsreife allein an den Eingang des Kaufpreises geknüpft ist und sich die Überwachungstätigkeit des Notars demgemäß hierauf beschränkt, also nicht auch die Erfüllung der die Erhöhung des Geschäftswertes bewirkenden Käuferpflichten zum Gegenstand hat.

Mitgeteilt von Herrn Richter am OLG Dr. Krauß, Freiburg

## BGB §§ 1629, 1643, 1693, 1697, 1795, 1909

### Zuständigkeitsbestimmung im Bereich von vormundschaftsgerichtlichen/familiengerichtlichen Maßnahmen

OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.07.2006 – 16 AR 3/06

Aus den Gründen:

I.

Das Amtsgericht – Familiengericht – R. und das Notariat – Vormundschaftsgericht – R. streiten über die Zuständigkeit für gerichtliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Mitwirkung der Kinder S. und T. W. an der Verfügung über ein Grundstück aus dem Nachlass des am 29.01.2004 verstorbenen P. W. (Erblasser). Dessen testamentarische (Vor-)Erben sind die Witwe A. W. und der Sohn W. W. Nacherben nach A. W. sind die weiteren Kinder Wo. W. und P. S. ersatzweise deren bei Eintritt des Nacherbfalls vorhandene Kinder. Es ist weitere Nacherbschaft angeordnet. Weitere Nacherben sind die beim Eintritt des weiteren Nacherbfalls vorhandenen Kinder des Wo. W. und der P. S. Nacherben nach W. W. sind A. W., ersatzweise Wo. W. und P. S., die ferner als weitere Nacherben nach A. W. eingesetzt sind, weiter ersatzweise sowie als weitere Nacherben deren Kinder. Der Nacherbfall tritt mit dem Tode des jeweiligen Vorerben ein. Die Vorerben (auch Wo. W. und P. S. soweit sie gegenüber ihren Kindern die Stellung des Vorerben einnehmen) sind im gesetzlich zulässigen Umfang befreit.

S. T. sind die Kinder des Wo. W.

Die Vorerben beabsichtigen im Einverständnis mit sämtlichen bisher vorhandenen Nach- und Ersatzerben die Teilung des Nachlassgrundstücks und die unentgeltliche Übertragung einer Miteigentumshälfte hieran an P. S. Um die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts über den Eintritt der Nacherbfolge und der weiteren Nacherbfolge hinaus zu sichern, wollen alle als Nacherben in Betracht kommenden Personen dem Ge-

schäft zustimmen. Hierbei sollen S. und T. die unter gemeinsamer elterlicher Sorge ihrer Eltern stehen, mitwirken. Die Eltern halten eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für erforderlich und haben beim Notariat – Vormundschaftsgericht – darum nachgesucht. Dieses hält die Zuständigkeit des Familiengerichts für gegeben. Beide Gerichte haben sich für unzuständig erklärt.

## II.

Zuständig ist das Amtsgericht – Familiengericht – R. weil die Antragsteller in erster Linie um eine gerichtliche Genehmigung und nicht um die Bestellung eines Ergänzungspflegers nachsuchen. Für ein unter elterlicher Sorge stehendes Kind hat das Familiengericht und nicht das Vormundschaftsgericht über die erforderliche Genehmigung zu entscheiden, ggf. auch in Form eines „Negativattests“.

Eine solche Genehmigung dürfte zum Erreichen der angestrebten Rechtsfolgen in der Tat entsprechend § 1643 Abs. 2 BGB erforderlich, aber auch ausreichend sein. Die Vorschrift betrifft unmittelbar die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses oder einen Pflichtteilsverzicht namens eines minderjährigen Kindes durch die/den sorgeberechtigten Eltern(-teil) und ordnet an, dass diese Rechtsakte vom Familiengericht genehmigt werden müssen. Vorliegend geht es um eine Verfügung nicht über die (Nach-)Erbenstellung als solche, sondern um ein Rechtsgeschäft, durch das ein einzelner Nachlassgegenstand einem Nacherben in solcher Weise zugewendet werden soll, dass er endgültig aus dem Nachlass ausscheidet. Ohne Zustimmung der Nacherben hätte die unentgeltliche Verfügung über einen Nachlassgegenstand durch den (auch befreiten) Vorerben nach § 2113 Abs. 2 i.V.m. – Abs. 1 BGB zur Folge, dass das Geschäft dem Nacherben gegenüber mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam würde. Stimmt der Nacherbe hingegen zu, fehlt es an einer Rechtsbeeinträchtigung; der Gegenstand scheidet endgültig aus dem Nachlass aus (BayObLG, FamRZ 2005, 1862 m.w.N.). Da S. und T. nicht nur zu Ersatznacherben an Stelle ihres Vaters berufen sind (dann wäre ihre Zustimmung zum Erreichen der gewünschten Rechtsfolge nicht erforderlich, BGHZ 40, 115), sondern auch zu weiteren Nacherben nach dem Tod ihres Vaters, müssen auch sie mitwirken. Durch diese Mitwirkung begeben sie sich, wenn es nach den Beteiligten geht, eines Rechts zwar in vermindertem Umfang, aber in vergleichbarer Weise wie durch eine Erbausschlagung. Ohne dies vertiefen zu müssen, spricht viel für die Auffassung der Antragsteller, dass die gerichtliche Genehmigung Voraussetzung für die Wirksamkeit ihrer Zustimmung ist.

Aus § 1643 Abs. 2 BGB folgt zugleich (arg. a maiore ad minus), dass eine Pflegerbestellung für die Nach-Nacherben nicht zwingend erforderlich erscheint. Sollte das Familiengericht (weil es einen Interessenkonflikt zwischen den Eltern und den Kindern für gegeben hält oder aus den von Palandt/Edenhofer, BGB, 65. A., § 2113 Rdnr. 6 a.E. erwogenen Gründen) eine solche Pflegerbestellung für erforderlich halten, ist es nicht gehindert, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen (§§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1693, 1697 BGB).

Mitgeteilt von Notar Albrecht Müller-Rottach, Ravensburg

### Anmerkung des Einsenders:

Das OLG Stuttgart hat die Frage der Zuständigkeit trickreich an dem von den Verfahrensbeteiligten nachgesuchten gerichtlichen Handeln aufgehängt. Nachgesucht war die Herbeiführung der Wirksamkeit einer Verfügung des Vorerben. Die Wirksamkeit hing im konkreten Fall nicht nur von der Mit-

wirkung des Nacherben, sondern auch des weiteren Nacherben (Nachnacherben) ab. Der Nachnacherbe war minderjährig und stand unter elterlicher Sorge des Nacherben. Das OLG hätte, der bisher vorherrschenden Sichtweise folgend, zumindest die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers prüfen und hierüber eine Zuständigkeitsentscheidung treffen müssen. Das OLG hat statt dessen mit seiner Sicht des Tatbestandes „...weil die Antragsteller in erster Linie um eine gerichtliche Genehmigung und nicht um die Bestellung eines Ergänzungspflegers nachsuchen.“ eine zugegebene „kreative“ Variante gewählt, m.E. aber nur, um sich nicht mit seinen bisherigen – im Widerspruch zur h.M. stehenden – Zuständigkeitsbestimmungsentscheidungen auseinanderzusetzen zu müssen.

In der, soweit hier bekannt, diesbezüglich letzten Entscheidung vom 20.09.2000 (17 AR 7/00) führt das OLG Stuttgart nämlich als Kernpunkt aus, dass das Familiengericht (FamG) auch nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz nur bei dringendem Handlungsbedarf zuständig sein soll. Im Übrigen sei nach wie vor „gemäß §§ 1909, 1915 Abs. 1 BGB der originären Zuständigkeit des VormG“ die Anordnung von Ergänzungspflegschaften zugewiesen.

Diese Auffassung, dass das Vormundschaftsgericht (VG) hier zuständig sein soll, teile ich mit der herrschenden Meinung (so BayObLG FamRZ 2000, 568 = Rpfleger 2000, 158; FamRZ 2000, 1111 = Rpfleger 2000, 268; FamRZ 2001, 716; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 243 = Rpfleger 1999, 489; OLG Dresden Rpfleger 2000, 497; OLG Hamm FamRZ 2001, 717 = OLG 2001, 197; Schl.-Holstein OLG Rpfleger 2006, 541; Regler, Rpfleger 2000, 305 ff.; Bettin, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 1909 Rn. 15, Diederichsen, in: Palandt, BGB, 2005, Einführung Rn. 8 zu § 1909; Huber, in: Münchner Kommentar zum BGB, 2002, § 1629 Rn. 43) nicht. Ich halte das FamG auch in nicht dringenden Fällen für zuständig und verweise insoweit auf den Beschluss des OLG Dresden vom 06.07.2000 (10 AR f 15/00) – Rpfleger 2000, 497 –. Nur so lässt sich ein Streitfall, ob ein Eilfall vorliegt oder nicht und damit ein (wie im entschiedenen Fall geschehen) Kompetenzgerangel, vermeiden. Nur diese Auffassung trägt dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Änderungsregelungen in dem zum 01.07.1998 in Kraft getretenen KindschaftsrechtsreformG Rechnung, s. BT-Drs. 13/4859, 159; 13/8511, 76.

Demnach ist für die Anordnung, Auswahl und Verpflichtung des Ergänzungspflegers, einschließlich eventuell erforderlicher Genehmigungen für Maßnahmen des familiengerichtlich bestellten Pflegers, auch im Sinne der Beschleunigung und Verfahrensökonomie, das FamG zuständig, siehe auch Wesche, Rpfleger 2000, 145, 146.

Bleibt zu hoffen, dass das OLG Stuttgart bald wieder Gelegenheit haben und diese auch nutzen wird, seine bisherige Auffassung doch noch zu überprüfen und sich der herrschenden Meinung anzuschließen.

### GVG §§ 158, 159; FGG § 68 Abs. 1 Ziff. 4

**Rechtshilfeersuchen auf Anhörung eines Betreuten können auch ermessensfehlerhaft und unzulässig sein. Sie können insbesondere dann verweigert werden, wenn es um die erstmalige Anordnung einer Betreuung geht, der Tatbestand des § 68 Abs. 1 Ziff. 4 FGG nicht vorliegt und es sich um ein nahegelegenes ersuchendes Gericht handelt.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.06.2004 – 8 W 236/04

Aus den Gründen:

I.

Beim ersuchten Vormundschaftsgericht eine Anregung des Zentrums für Psychiatrie B. S. eingegangen, für die dort in freiwilliger stationärer Behandlung befindliche Betroffene eine – möglicherweise umfassende – Betreuung anzuordnen, verbunden mit dem Vorschlag, den (jüngsten) Sohn zum Betreuer zu bestellen. Ausweislich des der Anregung beigefügten Gutachtens ist mit der wachen und zur Person voll orientierten, aber depressiv herabgestimmten Betroffenen eine Verständigung möglich; die Diagnose lautet: „Delirantes Zustandsbild bei Verdacht auf dementielle Entwicklung und vermutlich zugrundeliegender histrionischer Persönlichkeitsstörung“.

Daraufhin hat sich das ersuchende Gericht an das ersuchte Vormundschaftsgericht gewandt mit der Bitte, die Betroffene zur Bestellung eines Betreuers und zu ihrer künftigen Unterbringung „sachdienlich“ zu hören.

Das ersuchte Gericht hat die erbetene Rechthilfe mit eingehender Begründung, insbesondere auch auf die Häufigkeit derartiger Gesuche seitens des nahegelegenen ersuchenden Gerichts, als gesetzwidrig abgelehnt.

II.

Das Oberlandesgericht Stuttgart ist gemäß § 2 Satz 2 FGG i.V.m. § 159 Abs. 1 Satz 1 GVG zur Entscheidung berufen.

Zwar hat das ersuchende Gericht formelhaft ausgeführt, es habe ausreichend abgewogen, ob es die Ermittlungen des ersuchten Gerichts auch ohne eigenen Eindruck von der Betroffenen zu würdigen vermag. Allerdings fehlt für dieses Ergebnis der Würdigung jede nachvollziehbare Begründung, die jedenfalls im Streitfall spätestens in der Vorlage hätte nachgeholt werden müssen, damit das übergeordnete Gericht die Gesetzmäßigkeit des Rechtshilfeersuchens überprüfen kann. Die Wiedergabe des Wortlauts von § 68 Abs. 1 Satz 4 FGG allein genügt nicht, solche Erwägungen nachvollziehbar zu machen. Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Überprüfung der Erwägungen des ersuchenden Gerichts durch das ersuchte Gericht hat nicht zur Folge, dass auch dem nach § 159 GVG zur Entscheidung des Konflikts berufenen Obergericht eine Überprüfung der Erwägungen des ersuchenden Gerichts versagt ist. Vielmehr soll das – im Extremfall bis zum Bundesgerichtshof reichende (§ 159 Abs. 1 S. 2, 3 GVG) – Vorlageverfahren sicherstellen, dass das ersuchende Gericht bei der in seinem Ermessen stehenden Verfahrensgestaltung die Grenzen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung nicht überschritten hat. Dies setzt voraus, dass jedenfalls bei Vorlage an das Obergericht die Gründe für die Inanspruchnahme von Rechtshilfe dargelegt werden.

Im vorliegenden Fall sind hinreichende Gründe, die eine Rechtshilfe durch das (nahegelegene) ersuchte Gericht rechtfertigen, weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr liegt ein Ermessenfehler seitens des ersuchenden Gerichts vor, der die Durchführung der Rechtshilfe gesetzwidrig macht, was einem Verbot der Rechtshilfe i.S.v. § 158 Abs. 2 GVG gleichkommt.

Durch das seit 1992 geltende Betreuungsrecht ist der Grundsatz der persönlichen Anhörung des Betroffenen durch den Betreuungsrichter als zentrales Anliegen der Reform zum Regelfall erhoben und die Einschaltung eines ersuchten Richters zum an besondere Voraussetzungen geknüpften Ausnahmefall bestimmt worden (§ 68 Abs. 1 Satz 4 und noch ausgeprägter – § 70 c FGG). Als solche Ausnahmefälle kom-

men insbesondere Koma-Patienten und ähnliche Fallgestaltungen in Betracht, eventuell auch ergänzende Anhörungen im Lauf eines längeren Verfahrens.

Im Interesse des Betroffenen verlangt das Gesetz grundsätzlich die persönliche Anhörung durch den entscheidenden Richter auch dann, wenn sich der Betroffene in einem anderen Gerichtsbezirk aufhält (weshalb auch die Mitglieder der Beschwerdekammern gehalten sind, nicht nur im gesamten Land, sondern auch in anderen Bundesländern Anhörungen durchzuführen). Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie kann allenfalls die Entfernung zwischen ersuchendem und ersuchtem Gericht ein zusätzlicher beachtlicher Abwägungsgrund sein – mit der Folge, dass an die Zulässigkeit von Rechtshilfe unter nahegelegenen Gerichten strengere Anforderungen zu stellen sind als bei räumlich weit entfernten Gerichten.

Hier geht es um die erstmalige Anordnung einer Betreuung, bei der der unmittelbare persönliche Eindruck von der betroffenen Person zentrale Bedeutung hat sowohl für die Erforderlichkeit der Betreuung als auch für die Bestimmung der Aufgabenkreise und für die Auswahl des Betreuers. Zudem vermittelt das ärztliche Gutachten des PLK S. krankheitsbedingt ein diffuses Bild der Betroffenen, so dass nur schwer vorstellbar ist, dass hier ein Anhörungsprotokoll eines anderen Betreuungsrichters ein zutreffendes Bild der Betroffenen vermitteln kann. Um nach Durchführung der notwendigen Ermittlungen (§ 12 FGG) eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, entspricht es einer an der Zielsetzung des Betreuungsgesetzes ausgerichteten Vorgehensweise, die Betroffene in Anwesenheit des vorgesehenen Betreuers (und gegebenenfalls des Arztes) an ihrem derzeitigen Aufenthaltsort persönlich anzuhören.

Demgegenüber stellt sich das vom ersuchenden Gericht praktizierte Verfahren das nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des ersuchten Gerichts kein Einzelfall ist, sondern fortgesetzt praktiziert wird – als unvereinbar mit der gesetzlichen Konzeption des Betreuungsgesetzes und deshalb als Fehlgebrauch des eingeräumten Ermessens dar. Nach allem liegt hier ein dem Fall des OLG Schleswig (MDR 1995, 607 = FamRZ 1995, 1596 = FGPrax 1995, 114 = RPfl 1995, 413) vergleichbarer Fall vor, den der Senat in seinem Beschluss vom 25.10.2001 (aaO) ausdrücklich vorbehalten hatte.

Das ersuchte Gericht hat somit zu Recht die Rechtshilfe verweigert.

Mitgeteilt von Notar Zweifel, Bad Schussenried

### **GBO § 12, GBV § 46, BeurkG § 51**

**Recht des Erben auf Erteilung einer Abschrift eines Kaufvertrags aus den Grundakten, mit denen der Pflichtteilsberechtigte ein vom Erblasser früher erworbenes Grundstück an einen Dritten weiter veräußert hat.**

LG Stuttgart, Beschl. v. 09.02.2005 – 1 T 1/2005

Aus den Gründen:

I.

Der Beschwerdeführer begehrt Einsicht in die Grundakten und Erteilung einer Abschrift des Grundstückskaufvertrags,

mit dem seine Schwester, Frau ..., die wenige Jahre zuvor von der Mutter ... erworbenen Gebäudegrundstücke an Dritte weiter verkauft hat.

Alleinerbe der im Jahre 2003 verstorbenen Mutter ist der Beschwerdeführer. Er trägt vor, seine Schwester, Frau ..., sei pflichtteilsberechtigt. Die Schwester habe den Grundbesitz von der Mutter weit unter Wert übertragen bekommen, es läge deshalb eine gemischte Schenkung vor. Bei Kenntnis des Kaufpreises beim Verkauf des Grundbesitzes an Dritte wenige Jahre später könnten Rückschlüsse auf den Verkehrswert im Zeitpunkt der Übertragung von der Mutter auf die Tochter gezogen werden. Eine etwaige Schenkung sei im Pflichtteilsrecht zumindest im Hinblick auf die Anrechenbarkeit eines Eigengeschenks auf einen etwaigen Ergänzungspflichtteil gem. § 2327 BGB von Bedeutung. Daraus ergebe sich das berechnete Interesse i.S.v. § 12 GBO iVm § 46 GBVerf.

Das Grundbuchamt hat den Antrag zurück gewiesen.

Es ist der Ansicht, ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers bestehe nicht. Das Grundbuchamt habe mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob das dargelegte Interesse ausreiche, um einem Dritten in die in den Grundakten verwahrten Urkunden Einsicht gewähren zu können. Dabei sei bei einer notariellen Urkunde, worum es sich bei einem Grundstückskaufvertrag handle, die Vorschrift des § 51 BeurkG zu beachten. Nach dieser Vorschrift dürfe keiner Person, die nicht Beteiligte an dem betreffenden Beurkundungsvorgang sei, eine Abschrift oder Ausfertigung erteilt werden. Diese strenge Vorschrift des Beurkundungsrechts könne nicht über die §§ 12 GBO, 46 GBVerf umgangen werden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig, sie hat in der Sache auch Erfolg.

Der Beschwerdeführer kann Einsicht in die Grundakten und die Erteilung einer beglaubigten Abschrift des Vertrages über die Veräußerung des fraglichen Grundbesitzes gem. §§ 12, 142 GBO i.V.m. § 46 Grundbuchverfügung verlangen.

Der Beschwerdeführer hat sein berechtigtes Interesse an der Einsicht in den Kaufvertrag dargetan.

Berechtigtes Interesse kann auch ein wirtschaftliches Interesse des Beschwerdeführers sein, das sich hier aus dem Pflichtteilsrecht ergibt (vgl. die beiden Beschlüsse der Kammer vom 5.9.1995 – 1 T 29/1995 – in NJW-RR 1996, 532 und vom 26.2.1998 – 1 T 1/1998 – in Rpfleger 1998, 339 sowie die Rechtsprechungsnachweise bei Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, § 12 Rn 9). Zwischen dem Beschwerdeführer als dem Alleinerben der Mutter und seiner Schwester als Pflichtteilsberechtigter am Nachlass der Mutter besteht ein erbrechtlich-schuldrechtliches Rechtsverhältnis aus Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB). Für die konkrete Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses ist die Frage von Zuwendungen seitens der Erblasserin – der Mutter – an die Schwester von zentraler Bedeutung. Der in dem Kaufvertrag mit Dritten vereinbarte Kaufpreis kann Rückschlüsse auf den Wert des von der Mutter erworbenen Grundbesitzes auch zum Zeitpunkt des Erwerbs durch die Schwester zulassen und damit der Klärung der Frage dienen, ob eine unentgeltliche Zuwendung in dem bezeichneten Pflichtteilsrechtsverhältnis in Betracht kommt. Im Pflichtteilsrecht kann eine Schenkung der Erblasserin an einen Pflichtteilsberechtigten u.a. in den Fällen der §§ 2315, 2316, 2327 BGB von Bedeutung sein. Mit der Darlegung des Pflichtteilsrechtsverhältnisses und der beiden Veräußerungsvorgänge hat der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interes-

se an der Einsicht in die Grundakten und an der Erteilung einer beglaubigten Abschrift in ausreichendem Maße dargelegt.

Gem. § 46 Abs. 3 Grundbuchverfügung kann er eine beglaubigte Abschrift der Kaufvertragsurkunde verlangen.

Dem steht auch § 51 BeurkG nicht entgegen.

Das Grundbuchamt führt zu Recht aus, dass der den Kaufvertrag beurkundende Notar in der Tat einem nichtbeteiligten Dritten keine Abschrift der Urkunde erteilen dürfte. Das Grundbuchrecht beinhaltet in Bezug auf das Recht, eine Abschrift aus den Grundakten verlangen zu können, jedoch eine vom Beurkundungsrecht abweichende Regelung. Die Schwelle des Grundbuchverfahrensrechts für die Erlangung einer Abschrift von einer in die Grundakten aufgenommenen notariellen Urkunde ist in den §§ 12 GBO, 46 GBVerf wesentlich niedriger als im Beurkundungsrecht. Die genannten Vorschriften haben Vorrang vor § 51 BeurkG, weil es sich insofern um Spezialregelungen handelt für Urkunden, die sich in den Grundakten befinden. Das Gesetz verlangt hier ausdrücklich lediglich ein berechtigtes Interesse des die Einsicht Begehrenden und nicht seine formelle oder materielle Beteiligungseigenschaft im Sinne des Beurkundungsrechts. Und Urkunden, auf die sich das Einsichtsrecht und das Recht auf Fertigung einer Abschrift bezieht, sind in der Großzahl der Fälle notarielle Urkunden, weil die Formvorschrift des § 29 GBO gerade solche Urkunden im strengen Nachweisverfahren des Grundbuchrechts als Grundlagen von Grundbucheinträgen erfordert. Damit ist klargestellt, dass sich das Grundbuchrecht in Bezug auf das Einsichtsrecht für das wesentlich geringere Erfordernis des berechtigten Interesses entscheiden hat und nicht für die hohe Anforderung der Beteiligungseigenschaft des die Einsicht Begehrenden.

Im vorliegenden Fall käme sogar ein Auskunftsanspruch des allein erbenden, ebenfalls zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehörenden Beschwerdeführers (als Sohn, § 2303 BGB) gegen seine pflichtteilsberechtigten Schwester in Bezug auf eine etwaige Schenkung gem. § 242 BGB (nicht analog § 2314 BGB) in Betracht, vgl. BGHZ 61, 180. Dem Einsichtsrecht steht auch das Datenschutzrecht nicht entgegen. Nach § 1 Abs. 4 BundesDatSchG gehen andere Rechtsvorschriften vor; dies sind hier die §§ 12, 142 GBO, 46 Grundbuchverfügung.

Das Grundbuchamt war aus den dargelegten Gründen anzuweisen, die begehrte Abschrift zu erteilen.

Mitgeteilt von Vors. Richter am LG Krug, Stuttgart

### **GG Art. 12 Abs. 1, 33 Abs. 2, 138; BNotO § 114 Abs. 3**

**Zu den Voraussetzungen, unter denen die Landesjustizverwaltung im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart Bezirksnotare zu Notaren im Hauptberuf bestellen kann, wenn sich auf die ausgeschriebenen Stellen auch landesfremde Notar(assessor)en beworben haben.**

BGH, Beschluss vom 1. August 2005 – NotZ 11/05 – OLG Stuttgart

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Notarsenates des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 7. April 2005 geändert (*Anmerkung der Schriftleitung: Veröffentlicht in BWNNotZ 2005, 35*).

Der Antragsgegner wird unter Aufhebung seines Bescheides vom 20. Dezember 2004 verpflichtet, über die Besetzung der im Staatsanzeiger von Baden-Württemberg vom 16. August 2004 ausgeschriebenen zwei Stellen für Notare im Hauptberuf unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats neu zu entscheiden. (...)

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsgegner schrieb im August 2004 zwei Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung mit dem Hinweis aus, diese Stellen seien für Bewerber(innen) bestimmt, die die Württembergische Notarprüfung abgelegt hätten und sich als Beamte/Beamtinnen im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg befänden (Nur-Notarstellen gemäß § 114 Abs. 3 BNotO). Neben 13 württembergischen Bezirksnotaren, von denen einer seine Bewerbung später zurücknahm, und zwei weiteren Notar(assessor)en aus anderen Bundesländern bewarb sich auch der Antragsteller. Dieser hat die Befähigung zum Richteramt erworben. Im ersten Staatsexamen erzielte er die Note voll befriedigend (9,50 Punkte), das zweite bestand er im Jahre 1989 mit der Note befriedigend (7,75 Punkte). Danach war er als Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei tätig. Ende des Jahres 1990 bewarb er sich um eine Notarstelle im Freistaat Sachsen. Zur Vorbereitung besuchte er im Juni und Juli 1991 jeweils einen Einführungskurs des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. und absolvierte ein fünfwöchiges Praktikum bei einem bayerischen Notar. Im November 1991 wurde er als Notar im Hauptberuf mit Amtssitz in O. vereidigt.

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2004 teilte der Antragsgegner dem Antragsteller unter Hinweis auf § 114 Abs. 3 Satz 1 und 3 BNotO mit, dass er beabsichtige, die freien Stellen mit Bezirksnotaren – den weiteren Beteiligten – zu besetzen. Den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Dagegen wendet er sich mit der sofortigen Beschwerde.

II.

Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 11 Abs. 4 BNotO i.V. mit § 42 Abs. 4 BRAO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

1.

Nach § 114 BNotO gelten für das württembergische Rechtsgebiet Sonderregelungen, die durch Art. 138 GG gewährleistet sind (BVerfGE 17, 381, 387 ff.). Dort bestehen drei verschiedene Notariatsformen nebeneinander, nämlich das im Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (LFGG) vom 12. Februar 1975 (GBl. S. 116) geregelte und mit einem oder mehreren beamteten Notaren besetzte Bezirksnotariat (§ 1 Abs. 1 und 2, 3 s 13, 17 Abs. 1 und 2 LFGG), der Anwaltsnotar (§ 3 Abs. 2 BNotO) und der Notar im Hauptberuf (§ 3 Abs. 1 BNotO). Dabei können auch Bezirksnotare und Personen, welche die Voraussetzungen für die Ernennung zum Bezirksnotar erfüllen, zum Notar im Hauptberuf bestellt werden (§ 114 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Die Landesjustizverwaltung kann davon absehen, einen Anwärterdienst nach § 7 BNotO für Bewerber mit Befähigung zum Richteramt einzurichten und solche Bewerber zu Notaren nach § 3 Abs. 1 BNotO zu bestellen, wenn geeignete Bewerber nach § 114 Abs. 3 Satz 1 BNotO zur Verfügung stehen (§ 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO). Von dieser Bestimmung hat der Antragsgegner Gebrauch gemacht. Seine darauf beruhende Auswahlentscheidung ist jedoch fehlerhaft und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten.

a)

Der Gesetzgeber hat die Regelung des § 114 Abs. 3 Satz 1 BNotO durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Berufsrechts der Notare und der Rechtsanwälte vom 29. Januar 1991 (BGBl. I S. 150) in die Bundesnotarordnung eingefügt. Sie stellt es dem Land Baden-Württemberg frei, für die Besetzung von Notarstellen zur hauptberuflichen Ausübung Bezirksnotare heranzuziehen, denen regelmäßig die Befähigung zum Richteramt fehlt, ohne zugleich die Bestellung von Bewerbern mit Richteramtbefähigung (§ 5 BNotO) auszuschließen. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise dem Land Baden-Württemberg die Fortführung seiner damaligen, in der Rechtsprechung anerkannten Praxis ermöglichen, das Amt des Notars im Hauptberuf geeigneten Bewerbern aus dem Kreis der Bezirksnotare vorzubehalten, wenn diese in genügender Zahl vorhanden sind (Begr.RegE BT-Drucks. 11/6007 S. 15). Der Senat hat die Übung, wonach das Amt des Notars im Hauptberuf im Wesentlichen den Bewerbern mit Befähigung zum Bezirksnotar vorbehalten bleibt, während Bewerber mit Befähigung zum Richteramt im Wesentlichen Zugang nur zum Amt des Anwaltsnotars finden, wiederholt gebilligt (Beschlüsse vom 30. November 1964 – NotZ 3/64 – DNotZ 1965, 239; vom 22. Oktober 1979 – BNotZ 1/79 – DNotZ 1980, 490). Sie beruht auf der historischen Entwicklung des Notarwesens im württembergischen Rechtsgebiet und auf einer Verknüpfung des hauptberuflichen Notaramtes mit der beamtenrechtlichen Laufbahn der Bezirksnotare, die das Berufsbild der öffentlichen Notare im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart wesentlich geprägt und dazu geführt hat, dass die Bestellung zum öffentlichen Notar eine weitere (die höchste) Beförderungsstufe in der beamtenrechtlichen Laufbahn darstellt, selbst wenn sie mit dem Ausscheiden aus dem Staatsdienst verbunden ist. Sie begründet sich zudem daraus, dass sich Bewerber im öffentlichen Dienst, also unter unmittelbarer staatlicher Kontrolle, über längere Zeit bewährt haben, so dass die gleiche, eine einheitliche Beurteilung ermöglichende Ausgangslage für alle Bewerber und damit für eine echte Auslese geschaffen wird (Beschluss vom 22. Oktober 1979 aaO S. 495). Hinzu tritt die Erwägung des Antragsgegners, die aus dem Landesdienst stammenden Bewerber seien des für die notarielle Tätigkeit bedeutsamen Landesrechts besonders kundig und daher generell vorzugswürdig.

b)

Vergleichbare Überlegungen hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 7 Abs. 1 BNotO angestellt, wonach zur hauptberuflichen Amtsausübung als Notar in der Regel nur bestellt werden soll, wer eine dreijährige Anwärterzeit als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um die Bestellung bewirbt. Er hat hervorgehoben, gerade im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit müsse auf die landesrechtlichen Besonderheiten Rücksicht genommen werden, was eine durch den Anwärterdienst des betreffenden Landes vermittelte Einführung notwendig erscheinen lasse (BT-Drucks. aaO S. 11). Das entspricht dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege, mithin einem Gemeinwohlbelang, der namentlich bei den Bewerbern um ein Notaramt, die nicht aus dem Landesdienst kommen oder dort keinen Anwärterdienst abgeleistet haben, einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. April 2005 – 1 BvR 2231/02 – DNotZ 2005, 473, 475 f. mit Anm. Görk; BVerfGE 17, 371, 380). Es wird zum einen die erforderliche Bestenauslese für das Amt des Notars im Hauptberuf sichergestellt, weil regelmäßig Bewerber ausgewählt werden, die über die

spezifischen landesrechtlichen Kenntnisse verfügen. Zum anderen wird durch die Aussicht auf eine Beförderung zum Notar im Hauptberuf persönlich und fachlich überdurchschnittlich qualifizierten Kandidaten ein Anreiz geboten, die Laufbahn des Bezirksnotars einzuschlagen. Dadurch erhöht sich bei den Bezirksnotaren allgemein das Leistungsniveau, was wiederum der angemessenen und sachgerechten Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen dient.

2.

Allerdings bringt die Bestimmung des § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO lediglich zum Ausdruck, dass die Landesjustizverwaltung davon absehen kann, Bewerber mit der Befähigung zum Richteramt zum hauptberuflichen Notar zu bestellen. Eine Verpflichtung der Landesjustizverwaltung, auf diese Weise zu verfahren, oder auch nur eine Berechtigung, sich „schematisch“ auf die betreffende Bestimmung und die bisherige Besetzungspraxis zu berufen, folgt daraus nicht. Das würde dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG des landesfremden Bewerbers mit Befähigung zum Richteramt nicht Rechnung tragen. Vielmehr hat die Justizverwaltung bei jeder einzelnen Auswahlentscheidung das Interesse an einer geordneten Rechtspflege in den Blick zu nehmen und in einem ersten Schritt zu überprüfen, ob dieses Gemeinwohlziel ein Festhalten an der Bevorzugung der Bezirksnotare rechtfertigt. Eine Ausnahme davon muss im Hinblick auf die Berufsfreiheit des landesfremden Mitbewerbers schon dann in Betracht kommen, wenn das Interesse an einer geordneten Rechtspflege den Vorrang nicht erfordert, weil die Gründe für die Bevorzugung der Bezirksnotare im Einzelfall keine Geltung beanspruchen. Dann ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die Justizverwaltung – in einem zweiten Schritt – in einen Eignungsvergleich unter Einbeziehung aller vorhandenen Bewerber eintritt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. April 2005 aaO S. 476).

3.

Die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung genügt diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht. Sie lässt nicht erkennen, dass der Antragsteller unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles geprüft hat, ob die Privilegierung der landeseigenen Bezirksnotare im Hinblick auf die Grundrechte des Antragstellers vorliegend Geltung beanspruchen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. April 2005 aaO S. 476), oder sich zumindest bewusst gewesen ist, dass § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO lediglich einen Regelvorrang zum Ausdruck bringt, dessen Voraussetzungen nur unter Berücksichtigung der Grundrechte landesfremder Bewerber bejaht werden dürfen.

Bereits die Stellenausschreibung, der zufolge die zu besetzenden Notarstellen für Bewerber(innen), die die Württembergische Notarprüfung abgelegt haben, „bestimmt sind“, spricht gegen eine individuelle, die verfassungsmäßigen Rechte anderer Bewerber angemessen gewichtende Anwendung des § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO. Das wird durch den der angestrebten Besetzung vorangegangenen Entscheidungsprozess und den darüber erstellten Vermerk vom 3. Dezember 2004 verstärkt. Der Antragsgegner ist zunächst in einen umfassenden Eignungsvergleich der sich bewerbenden Bezirksnotare eingetreten und auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangt, dass genügend geeignete Bewerber aus den Reihen der Bezirksnotare zur Verfügung stehen und von diesen – unter besonderer Hervorhebung ihrer langjährigen Berufserfahrung – die Beteiligten zu 1) und 2) als vorzugswürdig erscheinen. Da mithin geeignete und im – für die notarielle

Tätigkeit bedeutsamen – Landesrecht besonders kundige Bewerber in ausreichender Zahl vorhanden seien, bestehe kein Bedürfnis zur Bestellung von Bewerbern mit Richteramtsbefähigung. Damit war die Entscheidungsfindung des Antragsgegners im Wesentlichen abgeschlossen. Erst danach ist der Antragsgegner unter dem ausdrücklichen Hinweis, dies geschehe „nur hilfsweise“, mit knappen Worten und ohne hinreichende Substanz auf die Bewerbung des Antragstellers eingegangen. Er hat sich für die Frage, ob grundsätzlich auch der Antragsteller als landesfremder Bewerber für die Besetzung einer der beiden ausgeschriebenen Notarstellen in Betracht kommt, an dem aus dem Landesbeamten-gesetz (§ 30 Abs. 1, § 6 Abs. 4 LBG) entnommenen Begriff des „besonderen Vorteils für die dienstlichen Belange“ und damit ausschließlich an seinen eigenen Interessen orientiert. Das steht im Widerspruch zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (vom 28. April 2005 aaO S. 476), der eine Abwägung zwischen den Interessen an einer geordneten Rechtspflege einerseits und der Berufsfreiheit des landesfremden Mitbewerbers andererseits fordert; die gebotene Prüfung und Gewichtung dieser wechselseitigen Interessen ist ersichtlich nicht erfolgt. Das wird der Antragsgegner bei seiner erneuten Auswahlentscheidung nachzuholen haben. Erst dann kommt es – gegebenenfalls unter Einbeziehung des Antragstellers – auf einen umfassenden Eignungsvergleich der Bewerber an.

4.

In diesem Zusammenhang weist der Senat auf folgendes hin:

a)

Dem Antragsteller ist nicht darin zuzustimmen, die von ihm erworbene Befähigung zum Richteramt garantiere mehr juristisches Wissen, als jede andere juristisch orientierte Ausbildung sie vermitteln könne, und allein deshalb seien Bewerber, die diese Befähigung erlangt hätten, gegenüber „nicht-juristischen“ Bewerbern aus den Reihen der Bezirksnotare vorzugswürdig. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass das Interesse an einer geordneten Rechtspflege stets die Bestellung von Bewerbern mit Befähigung zum Richteramt zu Notaren im Hauptberuf erfordert, wenn sie sich gemeinsam mit Bezirksnotaren um eine Notarstelle im württembergischen Rechtsgebiet bewerben. Sollte dies richtig sein, käme die Regelung des § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO nicht mehr zum Tragen, weil Bewerber mit Befähigung zum Richteramt selbst dann zu hauptberuflichen Notaren zu bestellen wären, wenn für diese Stelle geeignete Bewerber aus dem Bezirksnotariat zur Verfügung stünden. Die genannte Bestimmung will aber die Möglichkeit gerade eröffnen, Bezirksnotare zu Notaren im Hauptberuf zu bestellen, auch wenn sie die von § 5 BNotO sonst vorausgesetzte Befähigung zum Richteramt nicht erworben oder den Anwärterdienst des § 7 BNotO nicht durchlaufen haben; als Teil der landesgesetzlichen Notariatsverfassung in Baden-Württemberg ist sie grundgesetzlich gesichert (Art. 138 GG).

b)

Davon abgesehen, hat bereits das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt, dass Bewerber für das Amt eines hauptberuflichen Notars, sollten sie kein Bezirksnotar sein oder die Voraussetzungen für die Ernennung zum Bezirksnotar nicht erfüllen, die Befähigung zum Richteramt als Mindestqualifikation (§ 5 BNotO) aufweisen müssen, um überhaupt die Voraussetzungen für die Bestellung zum Notar zu erfüllen. Eine solche Mindestqualifikation, bei deren Fehlen eine Bestellung zum Notar ohnehin nicht in Betracht kommt, kann daher nicht

angeführt werden, um die Gründe zurücktreten zu lassen, die im Einzelfall für eine Bevorzugung der im Landesdienst stehenden Bezirksnotare sprechen können. Dem Antragsteller ist es überdies nicht gelungen, Unterschiede in beiden Ausbildungswegen deutlich zu machen, die die zweistufige Assessorenausbildung als gegenüber der Ausbildung zum Bezirksnotar generell überlegen erscheinen lassen. Die Ausbildung der Bezirksnotare ist in der Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung für die Laufbahn des Bezirksnotars (APrONot) in der Fassung vom 14. Dezember 1993 (GBl. 1994 S. 50), zuletzt geändert durch Verordnung vom 13. August 2002 (GBl. S. 360), geregelt. Die Zulassung zum Vorbereitungsdienst erfordert eine zu einem Hochschulstudium berechtigende Schulbildung oder einen als gleichwertig anerkannten Bildungsstand (§ 2 APrONot). Der Vorbereitungsdienst dauert insgesamt fünf Jahre (§ 4 APrONot). Er ist in seinem Ausbildungsinhalt auf die Besonderheiten und die Bedürfnisse der notariellen Tätigkeit mit ihren theoretischen und praktischen Bezügen zugeschnitten und vermittelt umfassende Kenntnis des Bürgerlichen Rechts mit Nebengebieten, des Rechts der Personen und Kapitalgesellschaften, des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere des Grundbuchrechts und des Beurkundungsrechts, des Notarrechts und zudem Grundzüge im – vom Antragsteller besonders hervorgehobenen – Straf- und Steuerrecht (§ 16 APrONot).

#### **BGB § 2358; BGB § 2136; FGG § 286; ZPO § 383**

- 1. Zu den Voraussetzungen einer nicht ausdrücklich angeordneten Befreiung des Vorerben.**
- 2. Die Einsetzung zum Alleinerben reicht für sich allein nicht aus, um eine Befreiung des Vorerben anzudeuten.**
- 3. Zur Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts.**
- 4. In der Weigerung eines die Feststellungslast tragenden Beteiligten, seinen früheren Anwalt von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, kann eine zu seinem Nachteil zu berücksichtigende Beweisvereitelung liegen.**
- 5. Das Nachlassgericht darf die Verweigerung von der Verschwiegenheitspflicht nicht mit der Begründung als von geringem Gewicht ansehen, es sei davon auszugehen, dass der Zeuge nicht die Wahrheit sagen werde.**
- 6. Die Vorwegnahme der Würdigung eines noch nicht erhobenen Beweises ist unzulässig.**

OLG Karlsruhe, Beschl. vom 10.08.2005 – 14 Wx 2/05.

Aus den Gründen:

I.

1.

Die im Jahr 1909 geborene Erblasserin ist am 05.08.1994 ledig und kinderlos verstorben. Bis zu ihrem Tod lebte sie mit ihrer ebenfalls ledigen und kinderlosen Schwester, der im Jahr 1921 geborenen Beteiligten Nr. 1, zusammen. Der Beteiligte Nr. 2 war seit Ende 1985 oder Anfang 1986 der Hausarzt zunächst der Erblasserin, dann auch – seit 1986 – der Beteiligten Nr. 1. Als weitere Verwandte der Erblasserin und der Beteiligten Nr. 1 sind lediglich die Söhne ihrer beiden vorverstorbenen Geschwister bekannt.

Die Erblasserin hat zwei eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testamente hinterlassen.

Im ersten Testament vom 11.11.1971 hat sie folgendes bestimmt:

*„Mein letzter Wille - Testament.*

*Für den Fall, daß mir irgendetwas passiert, setze ich meine Schwester H. D., geb. 20.7.21 in B. als alleinigen Erben für meinen ganzen Besitz ein.*

Dieses Testament hat die Erblasserin durch das zweite Testament vom 15.10.1987 wie folgt ergänzt:

*„Zusatz zu meinem Testament vom 11.11.71*

*Wie schon geschrieben, setze ich meine Schwester, H. D., geb. 20.7.21 in B. zu meinem alleinigen Erben für meinen ganzen Besitz ein. Nachdem ich jahrelang auf eine Verständigung mit meinem Neffen P. K., gewartet habe und dieser trotz aller Bemühungen unsererseits sich nicht geneigt zeigte, ein einigermaßen gutes Verhältnis mit uns herbeizuführen, sehe ich mich veranlasst, mein gesamtes Eigentum nach dem Tod meiner Schwester H. D. Herrn Dr. R. R., Arzt, Praxis in: .... zu vermachen. – Auch die gesamte Familie meines Neffen P. K., sowie meines Neffen W. D. samt Familie schließe ich von dem mir zu vererbenden Besitz aus.*

2.

Unter Verwendung eines Antragsformulars hat die Beteiligte Nr. 1 mit Schriftsätzen ihres damaligen Verfahrensbevollmächtigten, Rechtsanwalt H., vom 07.12.1994 und vom 22.12.1994 beim Nachlassgericht beantragt, ihr einen Erbschein dahin zu erteilen, dass die Erblasserin von ihr allein beerbt und mit dem Tod der Vorerbin eintretende Nacherbfolge angeordnet worden sei; Nacherbe sei der Beteiligte Nr. 2. In dem ansonsten maschinenschriftlich ausgefüllten Antragsformular war in Spalte 12. b) durch mit der Hand erfolgtes Ankreuzen des Wortes „nicht“ angegeben, dass Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen nicht angeordnet sei.

Unter dem 29.12.1994 hat Rechtsanwalt H. dem Nachlassgericht die Beendigung seines Mandates angezeigt. Mit Schriftsatz vom 10.01.1995 haben die nunmehrigen Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten Nr. 1 deren Vertretung angezeigt und den von ihr gestellten Erbscheinsantrag zurückgenommen.

Mit Anwaltschriftsatz vom 22.01.2004 hat die Beteiligte Nr. 1 Erteilung eines Erbscheins dahin beantragt, dass sie von Verfügungsbeschränkungen befreite alleinige Vorerbin der Erblasserin sei. Sie hat die Auffassung vertreten, die Erblasserin habe eine Befreiung von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen gewollt; die Befreiung sei im Testament durch die Formulierung angedeutet, die Beteiligte Nr. 1 sei „alleinige Erbin meines gesamten Besitzes“. Diesem Antrag ist der Beteiligte Nr. 2 insoweit entgegengetreten, als die Vorerbin danach als von den gesetzlichen Beschränkungen befreit bezeichnet werden soll.

3.

Mit Beschluss vom 05.05.2004 hat das Nachlassgericht angekündigt, einen dem Antrag der Beteiligten Nr. 1 entsprechenden Erbschein zu erteilen.

Hiergegen hat der Beteiligte Nr. 2 Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, das Nachlassgericht zur Erteilung eines Erbscheins anzuweisen, in dem die Beteiligte Nr. 1 als nicht befreite Vorerbin mit dem Beteiligten Nr. 2 als Nacherben bezeichnet ist. Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten Nr. 2, mit der er seinen im Erstbeschwerdeverfahren gestellten Antrag weiterverfolgt.

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG) und auch begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

### 1.

Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt, mit ihrem ergänzenden Testament vom 15.10.1987 habe die Erblasserin verfügt, dass die Beteiligte Nr. 1 von den gesetzlichen Beschränkungen befreite Vorerbin und der Beteiligte Nr. 2 Nacherbe sein sollen. Die Befreiung der Vorerbin sei im Testament zwar nicht ausdrücklich angeordnet. Dies sei aber auch nicht erforderlich. Es genüge, wenn der entsprechende Wille des Erblassers im Testament – wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt – zum Ausdruck komme. Dann könnten auch außerhalb des Testaments liegende Umstände zu seiner Auslegung herangezogen werden. Daß die Beteiligte Nr. 1 von Verfügungsbeschränkungen befreit sei, ergebe sich bei einer Zusammenschau der in ihrer Gesamtheit die Erklärung des Erblasserwillens bildenden Testamente vom 11.11.1971 und vom 15.10.1987. In beiden zeitlich weit auseinander liegenden Testamentsurkunden habe die Erblasserin die Beteiligte Nr. 1 zur alleinigen Erbin eingesetzt. Es sei nichts dafür ersichtlich, dass die Erblasserin dem Begriff „alleinige Erbin“ im Testament vom 15.10.1987 eine wesentlich andere Bedeutung hätte beilegen wollen als im ursprünglichen Testament vom 11.11.1971, nach dem die Beteiligte Nr. 1 in jeder Hinsicht in der Verfügung über den Nachlass frei gewesen wäre. Dass hieran im Zusammenhang mit der Einsetzung des Beklagten Nr. 2 als Nacherbe etwas hätte geändert werden sollen, sei nicht erkennbar. Die weitere Auslegung des ergänzenden Testaments vom 15.10.1987 ergebe vielmehr, dass für die Anordnung der Nacherbschaft weniger der Aspekt der Zuwendung von Vermögen an den Beteiligten Nr. 2 als der Gesichtspunkt ausschlaggebend gewesen sei, die beiden Neffen samt deren Familien vom Erbe auszuschließen. Die Annahme einer befreiten Vorerbschaft werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Beteiligte Nr. 2 in der Zeit bis zur Errichtung des Testaments vom 15.10.1987 ein enges und vertrautes Verhältnis zur Erblasserin gehabt und diese ihn möglicherweise als „Ersatz“ für ihren Neffen P. gesehen habe. Aus der Formulierung, dass dem Nacherben das „gesamte Eigentum“ vermacht werde, ließen sich hinreichende Anhaltspunkte für eine Beschränkung der Erbenstellung der Vorerbin nicht gewinnen. Für die Annahme einer befreiten Vorerbschaft spreche zudem, dass es sich beim Beteiligten Nr. 2 zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zwar um eine der Erblasserin vertraute Person gehandelt haben möge, andererseits aber nicht ersichtlich sei, dass und aus welchen Gründen sie sich für sein materielles Wohl und seine Vermögensverhältnisse hätte verantwortlich fühlen sollen. Darauf, ob die in dem von Rechtsanwalt H. für die Beteiligte Nr. 1 eingereichten Erbscheinsantrag von Dezember 1994 enthaltene Bemerkung zur fehlenden Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen wie behauptet zwischen der Beteiligten Nr. 1 und Rechtsanwalt H. im einzelnen besprochen gewesen sei, komme es nicht an. Dies ergebe sich daraus, dass für die Annahme einer befreiten Vorerbschaft nicht die Auffassung der Beteiligten Nr. 1 oder ihres früheren Verfahrensbevollmächtigten von der richtigen Auslegung des Testaments, sondern der in ihren letztwilligen Verfügungen seinen Ausdruck findende Wille der Erblasserin maßgeblich sei.

### 2.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 546 ZPO) im Ergebnis nicht stand.

#### a)

Zutreffend ist freilich der Ausgangspunkt des Landgerichts, wonach die beiden Testamente vom 11.11.1971 und vom 15.10.1987 in ihrer Gesamtheit die Erklärung des Erblasserwillens bilden: Nach dem ausdrücklichen Willen der Erblasserin sollte ihre frühere Verfügung durch die spätere ergänzt, also nicht aufgehoben oder widerrufen werden (vgl. BayObLGZ 1997, S. 59 ff., 64; Staudinger/Otte, BGB, 2003, Rdn. 68 vor § 2064). Damit wollte sie das früher Erklärte insoweit fortgelten lassen, als es nicht im Widerspruch zu dem im letzten Testament Verfügten steht. Ob und inwieweit ein solcher Widerspruch besteht, ist dann im Rahmen der Auslegung der als Einheit zu sehenden Verfügung zu überprüfen.

#### b)

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht die letztwillige Verfügung in bezug auf die Frage, ob die Beteiligte Nr. 1 befreite oder nicht befreite Vorerbin ist, als auslegungsbedürftig angesehen. Indessen hat es naheliegende Möglichkeiten zur Ermittlung des Willens der Erblasserin nicht ausgeschöpft und damit den maßgeblichen Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Die angefochtene Entscheidung kann daher nicht bestehen bleiben, auch wenn es sich bei der vom Landgericht durchgeführten Ermittlung des Erblasserwillens um vom Rechtsbeschwerdegericht nur in beschränktem Umfang nachprüfbare Tatsachenfeststellungen handelt (vgl. BGHZ 121, 357 ff., 363; Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 49 zu § 27 m.w.N.).

#### aa)

Die Erblasserin hat eine Befreiung der Vorerbin jedenfalls nicht ausdrücklich angeordnet. Dies ist zwar – wie das Landgericht richtig ausgeführt hat – auch nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn der Befreiungswille im Testament selbst irgendwie, wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt, zum Ausdruck kommt (BGH, FamRZ 1970, S. 192 ff., 193; BayObLG, FamRZ 2005, S. 65 ff., 67 m.w.N.). Lässt indessen der für die Auslegung der letztwilligen Verfügung maßgebliche Wortlaut Zweifel offen, so ist das Nachlassgericht bzw. das an seine Stelle getretene Beschwerdegericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 2358 Abs. 1 BGB, § 12 FGG) gehalten, den Erblasserwillen unter Berücksichtigung aller ihm zugänglicher – auch außerhalb des Testaments liegender (vgl. BGH, NJW 1993, S. 256 f.; Otte, in: Staudinger, BGB, 2003, Rdn. 75 vor § 2064) – Umstände, insbesondere auch durch Erhebung der von den Beteiligten angegebenen Beweise, zu ermitteln. Von einer weiteren Sachaufklärung darf nur dann abgesehen werden, wenn von ihr ein sachdienliches Ergebnis nicht zu erwarten ist (BGHZ 40, S. 54 ff., 57; BayObLGZ 2001, S. 203 ff., 207; BayObLG, NJW-RR 1997, S. 7 ff., 8; allgemein zum Umfang der Ermittlungspflicht etwa Schmidt, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdn. 71 und 118 ff. zu § 12). Ob der Ermittlungspflicht in ausreichendem Maße nachgekommen ist, ist eine im Rechtsbeschwerdeverfahren zu überprüfende Rechtsfrage.

#### bb)

Als entscheidend für seine Auffassung, die Beteiligte Nr. 1 sei als Vorerbin von den gesetzlichen Beschränkungen befreit, hat das Landgericht den Umstand angesehen, dass sie sowohl im ersten als auch im zweiten Testament als „alleiniger Erbe“ be-

zeichnet wurde. Dabei verkennt es nicht, dass die Einsetzung als alleiniger Erbe für sich allein nicht ausreicht, einen Anhaltspunkt für einen Befreiungswillen zu geben (vgl. RGZ 134, S. 277 ff., 280; BGH, FamRZ 1970, S. 192 ff., 193; Avenarius, Anm. zu OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, S. 389 f., 390; ders., in: Staudinger, BGB, 2003, Rdn. 18 zu § 2136). Entgegen der Auffassung des Landgerichts reicht aber auch der Umstand, dass die Beteiligte Nr. 1 mit dem ersten und später ergänzten Testament zur Vollerbin eingesetzt worden war, für sich allein nicht aus, eine Befreiung der Vorerbin anzudeuten. Die vom Landgericht herangezogene Begründung, es ergäben sich „keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin der Verwendung der Worte ‚alleinige Erbin‘ im ergänzenden Testament vom 15.10.1987 eine wesentlich andere Bedeutung hätte beilegen wollen als im ursprünglichen Testament vom 11.11.1971“ erscheint schon deshalb als nicht stichhaltig, weil sich durch die Wiederholung nichts daran ändert, dass die Begriffe „Alleinerbe“ und „nicht befreiter Vorerbe“ unterschiedlichen Kategorien angehören und kein Gegensatzpaar bilden. Dafür, dass die Erblasserin im zweiten Testament anders als im ersten Testament der Bezeichnung „alleiniger Erbe“ – jedenfalls: auch – eine die Verwaltungsbefugnis der Vorerbin betreffende Bedeutung beilegen wollte, wären Anhaltspunkte erforderlich. Als solche hat das Landgericht lediglich herangezogen, dass die Erblasserin mit Anordnung der Nacherbfolge ihre beiden Neffen mit Familien vom Erbe ausschließen wollte, und dass sie mit der Beteiligten Nr. 1 bis zur Testamentserrichtung zusammengelebt habe und nicht ersichtlich sei, weshalb sie sich für das materielle Wohl und die Vermögensverhältnisse des Beteiligten Nr. 2 – den sie allenfalls ca. 22 Monate vor Testamentserrichtung kennengelernt habe – hätte verantwortlich fühlen sollen. Diesen Umständen kommt zwar im Rahmen der Ermittlung des Erblasserwillens ein gewisses Gewicht zu. Dieses ist aber nicht so stark, dass weitere naheliegende Erkenntnismöglichkeiten nicht zu nutzen wären.

cc)

Zu diesen zu nutzenden Erkenntnismöglichkeiten gehören die Anhörung beider Beteiligter sowie – was vom Beteiligten Nr. 2 jeweils auch beantragt war – Vernehmung des früheren Anwalts der Beteiligten Nr. 1 und die Beziehung der die zwischen den Beteiligten bereits geführten streitigen Verfahren betreffenden Gerichtsakten. Es kann erwartet werden, dass sich hieraus Aufschlüsse über das von der Erblasserin bei der Testamentserrichtung Gewollte ergeben. Dabei ist es – entgegen der Auffassung des Landgerichts – durchaus von Bedeutung, weshalb die Beteiligte Nr. 1 zunächst durch ihren damaligen Anwalt einen sie als nicht befreite Vorerbin ausweisenden Erbschein beantragt hat. Es liegt nämlich keineswegs fern, dass die beiden Schwestern ihr Testierverhalten miteinander und aufeinander abgestimmt haben, so dass der Beteiligte Nr. 1 das von der Erblasserin Gewollte bekannt geworden sein könnte. Der frühere Anwalt der Beteiligten Nr. 1 wäre dazu zu befragen, ob dem ursprünglichen Erbscheinsantrag entsprechende Äußerungen seiner Mandantin zugrundelagen. Sollte die Beteiligte Nr. 1 – wie bisher – ihren früheren Anwalt nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden (vgl. §§ 383 Abs. 1 Nr. 6; 385 Abs. 2 ZPO), so läge darin eine Beweisvereitelung, die zum Nachteil der die Feststellungslast tragenden (vgl. Grunsky, in: Münchener Kommentar BGB, 4. Aufl. 2004, Rdn. 2 zu § 2136; Avenarius, in: Staudinger, BGB, 2003, Rdn. 13 zu § 2136) Beteiligten Nr. 1 berücksichtigt werden könnte (Schmidt, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdn. 216 zu § 12 m.w.N. in Fn. 1313; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Rdn. 13 zu § 385 und Rdn. 14 zu § 286). Die namens der Beteiligten Nr. 1 von ihrem jetzigen Verfahrensbevollmächtigten für die Verweigerung der Befreiung von

der Verschwiegenheitspflicht genannte Begründung – ihr früherer Anwalt sei zwar nach außen formal als Vertreter der Beteiligten Nr. 1 aufgetreten, habe ihren Interessen aber nicht nahegestanden; es bestehe Anlass zu der Vermutung, er werde bei einer Aussage gezielt versuchen, den Interessen der Beteiligten Nr. 1 zu schaden – läuft darauf hinaus, die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit einer von ihm zu erwartenden Aussage zu bestreiten. Die Bewertung einer Zeugenaussage ist aber ureigenste Aufgabe des Gerichts, an deren Erfüllung es die Verfahrensbeteiligten nicht hindern können, ohne damit das Risiko einer ihnen nachteiligen Würdigung einzugehen. Eine Verweigerung der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht könnte auch nicht mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung als von geringem Gewicht angesehen werden, es sei davon auszugehen, dass der Zeuge aufgrund des langen Zeitablaufs auf seine allgemein korrekte Arbeitsweise und seine Rechtskenntnisse verweisen werde, ein Fehler ihm kaum erinnerlich sein und er „sich hierzu schwerlich bekennen wollen“ werde. Denn darin läge die unzulässige Vorwegnahme der Würdigung eines noch nicht erhobenen Beweises (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., Rdn. 12 zu § 286 m.w.N.).

Auf die persönliche Anhörung der Beteiligten zur Sachaufklärung kann im vorliegenden Fall nicht deshalb verzichtet werden, weil von ihnen schriftsätzlich Stellung genommen worden ist (vgl. BayObLGZ 1997, S. 59 ff.; 64). Nach dem Vortrag des Beteiligten Nr. 2 ist die Beteiligte Nr. 1 leicht beeinflussbar und unterliegt auch im vorliegenden Verfahren fremden Einflüssen. Zur Beurteilung, inwieweit dies zutrifft – ob sie insbesondere bei der ersten Erbscheinsbeantragung Einflüssen des Beteiligten Nr. 2 oder ihres damaligen Anwalts unterlag und ob sie bei Rücknahme des ersten und der Stellung des zweiten Antrags sowie im vorliegenden Verfahren fremdbestimmt war oder ist –, bedarf es des persönlichen Eindrucks von den Beteiligten.

3.

Nach allem kann der angefochtene Beschluss keinen Bestand haben. Er war daher aufzuheben. Da die Sache nicht entscheidungsreif ist, war sie an das Landgericht zurückzuverweisen. Dieses wird das Testament unter Heranziehung aller Umstände erneut auszulegen und auch über die Kosten der weiteren Beschwerde zu entscheiden haben.

Mitgeteilt von Richter am OLG Karlsruhe, 14. Zivilsenat in Freiburg Dr. Ernst-Friedrich Krauß

### § 1 PartGG, § 4 PartGG, § 59 a BRAO, § 9 BNotO

**Eine aus Anwälten und Anwaltsnotaren bestehende Partnerschaftsgesellschaft, bei der die Anwaltsnotare auch mit ihrem Beruf als Notar in die Partnerschaft mit einbezogen sind, ist mit §§ 1 PartGG, 59 a BRAO, 9 BNotO unvereinbar und kann nicht in das Partnerschaftsregister eingetragen werden.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 09.02.2006 – 8 W 521/05

Aus den Gründen:

I.

Mit Urkunde vom 07.12.2004 erfolgte eine Anmeldung zur Eintragung ins Partnerschaftsregister. Danach sollte die Bezeichnung der Partnerschaft S. & Partner Rechtsanwälte –

Notare lauten und Gegenstand der Partnerschaft die gemeinschaftlichen Berufsausübung der Partner als Rechtsanwälte sowie der Partner Dr. H. und Dr. E. auch in ihrer Eigenschaft als Notare sein.

Das Amtsgericht – Registergericht – hat die Anmeldung zurückgewiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde der Antragstellerin wies das Landgericht zurück.

## II.

Die weitere Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere formgerecht eingelegt (§§ 160 b, 125, 29, 27 FGG). Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Die weitere Beschwerde, die als Rechtsbeschwerde ausgestaltet ist, ist nur dann begründet, wenn das Beschwerdegericht eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat und seine Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Das kann hier nicht festgestellt werden.

### 1.

Es kann unentschieden bleiben, ob das Landgericht verpflichtet war, vor seiner Entscheidung vom 17.10.05 mündlich zu verhandeln (wird ausgeführt).

### 2.

In der Sache ist die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Im Rahmen einer beantragten Eintragung in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister sind nicht nur die formellen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen, sondern es findet auch eine materielle Prüfung dahingehend statt, ob die angemeldete Tatsache richtig ist und insbesondere, ob die zugrunde liegenden Rechtsakte wirksam sind. Hier wurde von den Vorinstanzen zu Recht beanstandet, dass in die Bezeichnung der zur Eintragung angemeldeten Partnerschaft nicht nur „Rechtsanwälte“, sondern auch „Notare“ aufgenommen sind und der Gegenstand der Partnerschaft die gemeinsame Berufsausübung der Partner als Rechtsanwälte und Notare ist.

### a.

Nach § 1 PartGG ist die Partnerschaft eine Gesellschaft, in der sich Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen. Was unter freien Berufen zu verstehen ist, konkretisiert Abs. 2 durch die Aufstellung eines Katalogs, der sich in fünf Berufsgruppen aufteilen lässt: Heilberufe, rechts- und wirtschaftsberatende Berufe, naturwissenschaftlich orientierte Berufe, Berufe zur Vermittlung von geistigen Gütern und Informationen sowie die eigenständige Berufsart der Lotsen (MünchKomm, BGB/Ulmer, 4. Aufl., PartGG § 1 Rn. 42; Henssler, PartGG, § 1 Rn. 51). Notare sind nicht aufgeführt, was kein Versehen, sondern eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war. In der Entwurfsbegründung wird dies damit erklärt, dass die berufsrechtlichen Regelungen für Notare, die ein öffentliches Amt ausüben, eine Teilnahme an der Partnerschaft ausschließen. Für Anwaltsnotare gelte, dass sie in ihrer Funktion als Rechtsanwalt partnerschaftsfähig sind und Mitglied einer Partnerschaft sein können, in ihrer Funktion als Notar jedoch nicht. Dies habe Auswirkungen auf den Namen der Gesellschaft, in dem der betroffene Partner nur als Rechtsanwalt geführt werden könne, nicht zugleich als Notar. Dagegen wurde es für möglich erachtet, dass ein Hinweis auf den weiter ausgeübten Beruf des Partners außerhalb der Partnerschaft auf dem Briefkopf der Partnerschaft geführt wird (Begr. RegE BT-Drucks. 12/6152 S. 10). Dem folgt die Kommentarliteratur, wobei es

allerdings auch kritische Stimmen gibt (Henssler a.a.O., § 1 Rn. 39; Baumann in Eylmann/Vaasen, BNotO, 2. Aufl., § 9 Rn. 17; Schippel, BNotO, 7. Aufl., § 9 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 1 PartGG RN 14; dagegen kritisch: MünchKomm BGB/Ulmer a.a.O., § 1 Rn. 48, 80; MünchHdb, GesR I./Salger, 2004, § 39 Rn. 17).

### b.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die vom Gesetzgeber bewusst unterlassene Aufnahme des Notarberufs in den Katalog der partnerschaftsfähigen Berufe des § 1 Abs. 2 PartGG selbst verbindlichen Charakter hat oder – wie die Antragstellerin annimmt – „nur“ Ausdruck der Vorstellung des Verfassers der Entwurfsbegründung von der Unvereinbarkeit des Notarsamts als eines öffentlichen Amtes mit der Einbindung in eine Partnerschaftsgesellschaft ist. Denn der Gesetzgeber hat in etwa gleichzeitig mit der gesetzlichen Regelung der Partnerschaftsgesellschaften (Gesetz vom 25.7.94, BGBl I 1744, in Kraft getreten am 1.7.95) die BRAO überarbeitet und dabei die Grenzen der Zusammenarbeit von Anwälten und u.a. Notaren in seinem § 59 a geregelt (Gesetz vom 2.9.94, BGBl I 2278, mit Verkündung in Kraft getreten). Dessen Abs. 1 S. 3 bestimmt ausdrücklich, dass Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, eine solche Sozietät nur bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung eingehen dürfen (Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 59 a RN 21; Hartung in Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 59 a RN 24). Im Übrigen richtet sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notar sind, nach den Bestimmungen und Anforderungen des notariellen Berufsrechts. Wenn nicht bereits vor Einführung des § 59 a BRAO geltendes Recht gewesen sein sollte, dass berufsrechtliche Regelungen für die Notare einer Teilnahme an einer Partnerschaft entgegenstanden (so die Entwurfsbegründung), so ist dies jedenfalls Stand der Gesetzgebung mit Schaffung des § 59 a BRAO. Eine Auslegung dieser Vorschrift dahin, es sei ausreichend, wenn dem Anwaltsnotar innerhalb einer Beteiligung als Partner einer Partnerschaftsgesellschaft bezogen auf seine Notarstätigkeit soviel an Freiräumen eingeräumt werde, dass er seine Notarsgeschäfte in Unabhängigkeit führen könne (so die Antragsteller), ist vom Wortlaut des § 59 a BRAO nicht mehr gedeckt. Gegen eine solche Auslegung spricht zudem, dass der Gesetzgeber nicht nur das berufliche Zusammengehen in einer Sozietät selbst, sondern auch schon die Bürogemeinschaft, die nur die technische Unterstützung der Berufstätigkeit beinhaltet, gleichen Regeln unterworfen hat (§ 59 a Abs. 4 BRAO).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 9 BNotO. Diese Vorschrift erlaubt „Nur-Notaren“ die Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung nur mit am selben Amtssitz bestellten anderen Notaren (§ 9 Abs. 1 BNotO). Für Anwaltsnotare bestimmt Abs. 2, dass sich diese nur miteinander, mit anderen Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden dürfen (§ 9 BNotO geändert durch das 3. Gesetz zur Änderung der BNotO vom 31.08.1998). Anders als die Beschwerdeführerin (unter Verweis auf MünchKomm/Ulmer, BGB, 4. Aufl., § 1 PartGG RN 48,80) meint, bedeutet dies nicht, dass Anwaltsnotare auch in ihrer Funktion als Notare partnerschaftsfähig wären. Vielmehr nimmt sich diese Vorschrift der Sondersituation der Anwaltsnotare an und ist dahin zu verstehen, dass sich – wie in § 59 a BRAO ausdrücklich geregelt – Anwaltsnotare (nur) mit ihrem Geschäftsbereich als Rechtsanwalt mit Angehörigen der in Abs. 2 genannten Berufen zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden können. Zweifel an einer solchen Auslegung wegen des insoweit undifferenzierten Wortlauts des § 9 Abs. 2

BNotO werden durch Abs. 3 ausgeräumt, der die Eingehung von berufsmäßigen Verbindungen zusätzlich davon abhängig macht, dass dadurch die eigenverantwortliche Amtsführung, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars nicht beeinträchtigt wird. Gerade wegen dieser spezifischen beruflichen Anforderungen an einen Notar aber bestimmt § 59 a BRAO ausdrücklich, dass die Einbringung des notariellen Geschäftsteils eines Anwaltsnotars in eine Anwaltssozietät unzulässig ist. Hätte der Gesetzgeber dies anders gesehen, hätte er anlässlich der Neufassung des § 9 Abs. 2 BNotO (Gesetz vom 31.8.98, BGBl I 2585) aus Anlass der Entscheidung des BVerfG zur Zulässigkeit eines Zusammenschlusses zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern vom 8.4.98 – BVerfGE 98, 49 – Gelegenheit und Grund gehabt, § 59 a Abs. 1 BRAO zu ändern. Das aber ist nicht geschehen. Vielmehr wird in der Begründung zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zur Änderung u.a. des § 9 Abs. 2 BNotO ausdrücklich darauf verwiesen, dass nach § 59 a BRAO wegen der Anforderungen des notariellen Berufsrechts in Sozietät, Anwalts-GmbH und Partnerschaftsgesellschaft dem Anwaltsnotar nur eine auf die gemeinsame Ausübung des Anwaltsberufs beschränkte gemeinsame Berufsausübung erlaubt sei (Drucksache 13/11034, S. 37). Zudem hat der Gesetzgeber noch im Jahr 1998 (Gesetz vom 31.8.98, BGBl I 2600) die für die Anwalts-GmbH geltenden Regeln festgelegt (§§ 59 c ff. BRAO); auch diese hat er den Regeln des § 59 a Abs. 1 Satz 3 unterworfen (§ 59 e Abs. 1 BRAO).

Die von den Beschwerdeführern mit Schriftsatz vom 02.02.2006 vorgelegten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 08.03.2005 (NJW 2005, 1483 = AnwBl 2005, 427 = DNotZ 2005,931) und des BGH vom 11.07.2005 (NJW 2005, 2693) führen zu keinem anderen Ergebnis. In beiden Fällen geht es um die Außendarstellung des Anwaltsnotars, nicht aber um die interne Organisationsform eines Zusam-

menschlusses von Anwaltsnotaren mit anderen freien Berufen. Die Sonderstellung des Anwaltsnotars aufgrund seiner Anwaltstätigkeit einerseits und des von ihm ausgeübten Amtes als Notar (das BVerfG spricht von einem „staatlich gebundenen“ Beruf) andererseits, hinsichtlich deren er dem Berufsrecht der Notare unterworfen ist, wird durch die Entscheidungen grundsätzlich nicht in Frage gestellt.

Man mag dieses Ergebnis für unbefriedigend halten (MünchKomm, BGB/Ulmer a.a.O.). Ansätze für eine Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG sind jedoch nicht zu erkennen. Die Ungleichbehandlung erklärt sich aus der Besonderheit des Amtes des Notars, dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Interesse einer geordneten, dem Gemeinwohl dienenden Rechtspflege zu wahren ist. Zu diesem Zweck stehen Sozietätsverbote nicht außer Verhältnis (BVerfGE 80, 269 = AnwBl. 1989, 557 = DNotZ 1989, 627 = NJW 1989, 2611). In der Berufsausübungsfreiheit ist ein Anwaltsnotar, der sich nur hinsichtlich der Anwaltstätigkeit partnerschaftlich verbinden kann, durch das Sozietätsverbot nicht verletzt. Es wird dadurch nicht der Zugang zu einem eigenständigen Beruf versperrt, sondern lediglich untersagt, den beruflichen Aufgaben in einer bestimmten Weise, nämlich gemeinsam mit Angehörigen eines anderen freien Berufs nachzugehen. Diese berufliche Verbindung verleiht der notariellen Tätigkeit keinen neuen, eigenständigen Charakter (BVerfG a.a.O.). In seiner Entscheidung zum Sozietätsverbot zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer geht auch das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass nach § 1 PartGG der Anwaltsnotar in seiner Funktion als Rechtsanwalt partnerschaftsfähig ist, in der Funktion als Notar jedoch nicht. Dies gilt auch für die in § 59 a Abs. 1 BRAO geregelte Sozietätsfähigkeit.

Mitgeteilt vom 08. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart.

## Buchbesprechungen

**Rohs/Wedewer. Kostenordnung.** Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand August 2005. 2228 Seiten, 76,40 Euro. 91. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/56. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2640 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bedarf eigentlich keiner Empfehlung mehr. Das Werk ist nunmehr auf den neuesten Stand gebracht. Die eingearbeiteten Änderungen sind überwiegend technischer Art, insbesondere werden durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.3.2005 jetzt die Begriffe „Ablichtung oder Ausdruck“ statt bisher „Abschrift“ verwendet. Neu kommentiert ist in dieser Lieferung der durch

das Anhörungsrügensgesetz neu eingefügte § 157 a KostO. Eine neue Kommentierung wird auch zu § 11 KostO gegeben. Zur Frage der Bewertung von Erbbaurechten wurde die neue Rechtsprechung berücksichtigt und erste Zweifelsfragen zu den durch das HRegGebNeuOG neu geregelten Kosten in Handelsregistersachen (§ 79 a KostO) behandelt. Die richtige Anwendung der Entwurfsvorschriften des § 145 KostO, das Verhältnis von § 145 zu § 146 KostO und von § 147 zu § 149 KostO andererseits wird unter Berücksichtigung neuer Entscheidungen in zahlreichen neukommentierten Abschnitten behandelt. Die neu geschaffene Möglichkeit der Vollstreckbarerklärung ausländischer Urkunden wurde in einem Abschnitt zu § 148 a KostO erläutert. Der Kommentar informiert wiederum zuverlässig und praxisnah.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a.D., Enzbergstraße 8, 79379 Müllheim/Baden (Tel. 07631/4273), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).