

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

Notarvertreter im Landesdienst
Daniel Buhl, Wendlingen

Notar Dr. Oliver Fröhler
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

6/2015

November

Seiten 165 - 188

Inhalt

Abhandlungen

Walter H. Büttner
Notarvertretung durch Württ. Notariatsassessor
..... 166

Prof. Walter Böhringer
Das veränderte naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht
..... 170

Rechtsprechung 175

Buchbesprechungen 180

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) 182

Wir suchen eine/n

Württembergische/n Notariatsassessor/in

Notarfachwirt/in

für unser Notariat in München

Wir sind ein modernes, dienstleistungsorientiertes Notariat im Herzen Münchens mit guter Ausstattung und hervorragendem Arbeitsklima. Wir suchen als Verstärkung für unser Team qualifizierte Mitarbeiter zur eigenverantwortlichen Sachbearbeitung.

Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Notare Kärtner & Dr. Huttenlocher
Herrn Dr. Huttenlocher
Theatinerstraße 31
80333 München
E-Mail: p.huttenlocher@kaertner-huttenlocher.de

Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel

überregional in Süd- und Südost-Baden-Württemberg

einschließlich Großraum S, ES, LB und HN

Die psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel ist Ihr Ansprechpartner für psychologische Sachverständigengutachten u.a. zur Fragestellung der **gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB**, sowie freiheitsentziehender Maßnahmen gem. §1906 BGB.

Telefon: 07381 – 4370

Mail: praxis-holzapfel@gmx.de

Homepage: www.praxis-holzapfel.de

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 1. Walter H. Büttner, MBA, Berlin** **166**
 Notarvertretung nach § 39 BNotO durch einen Württembergischen Notariatsassessor
- 2. Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz** **170**
 Das veränderte naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht in der Notarpraxis

Rechtsprechung 175

- 1. Erbrecht / IPR**
OLG Köln, Beschluss vom 25.3.2015 – 2 Wx 63/15
 Die Ausschlagung einer Erbschaft ist erbrechtlich zu qualifizieren
- 2. Gesellschaftsrecht**
OLG Köln, Beschluss vom 3.6.2015 – 2 Wx 117/15
 Anmeldepflicht der Abberufung eines nicht eingetragenen Geschäftsführers
- 3. Gesellschaftsrecht**
OLG München, Beschluss vom 8.4.2015 – 31 Wx 120/15
 Haftungsausschluss gemäß § 25 HGB bei Partnerschaftsgesellschaften

Buchbesprechungen 180

1. Dorsel (Hrsg.) – Kölner Formularbuch Erbrecht (Dr. Becker)

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) 182

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Buhl, Brückenstraße 15, 73240 Wendlingen, (Tel. 07024/94130), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- 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.

Gesamtherstellung: Druckerei Djurcic, Eisenbahnstraße 16, 73630 Remshalden, Tel. 07151/75031-53, Fax 07151/75031-59.

Notarvertretung nach § 39 BNotO durch einen Württembergischen Notariatsassessor

von Walter H. Büttner, MBA, Berlin

1 Einleitung

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Württembergischer Notariatsassessor (m/w), der in Baden-Württemberg als Notarvertreter oder Notar im Landesdienst oder als hauptberuflicher Notar tätig sein kann, die fachliche Eignung¹ für eine Bestellung zum Notarvertreter auch außerhalb der Oberlandesgerichtsbezirke Karlsruhe und Stuttgart besitzt. Jedenfalls bei der Bewerbung um ein Notaramt nach § 3 Abs. 1 BNotO in Baden-Württemberg stehen Württembergische Notariatsassessoren den Notarassessoren, die schon über 3 Jahre im Anwärterdienst des Landes stehen, gleich (§ 114 Abs. 2 BNotO) und gelten als befähigt nach § 5 BNotO (§ 114 Abs. 3 S. 5 BNotO).

2 Der Notar im Landesdienst in Baden-Württemberg

Die Regelform des Notars in Baden-Württemberg ist der Notar im Landesdienst, § 3 Abs. 1 LFGG-BW. Daneben sind Notare im Hauptberuf und im Bereich des Oberlandesgerichts Stuttgart auch Notare im Nebenberuf bestellt, § 3 Abs. 2 LFGG-BW. Im Rahmen der Notariatsreform in Baden-Württemberg, die eine historisch bedingte Rechtszersplitterung bereinigt², gelten mit Ablauf des 31.12.2017 die Notare und Notarvertreter im Landesdienst, die einer sog. Beurkundungsabteilung zugeordnet sind, zu hauptberuflichen Notaren bestellt, § 114 Abs. 2 S. 1 BNotO-2018. Ab dem 01.01.2018 gibt es demnach keine Notare im Landesdienst mehr, bereits bestellte Anwaltsnotare verbleiben im Amt, § 116 Abs. 1 S. 1 BNotO-2018.

Auch der Werdegang zum Notar ist in Baden-Württemberg bisher ein im Vergleich zum übrigen Bundesgebiet besonderer. In Baden sind überwiegend Notare bestellt, die die Befähigung zum Richteramt nach § 5 BNotO innehaben. Allerdings ist Voraussetzung zur Bestellung zum sogenannten „badischen Amtsnotar“ kein Anwärterdienst wie er im Bereich des hauptberuflichen Notariats im Übrigen vorgeschrieben ist, § 7 BNotO.

Im württembergischen Landesteil sind die „Bezirksnotare“³ tätig. Voraussetzung für die Ernennung zum Bezirksnotar ist nach § 1 Absatz 2 APrONot-BW das Bestehen der Notarprüfung. Mit dieser erwirbt der Notaranwärter die Befähigung für die Laufbahn des Bezirksnotars. Gleichzeitig mit dem Bestehen der Notarprüfung wird das Recht erworben, die Bezeichnung Württembergischer Notariatsassessor⁴ zu führen, § 24 Absatz 3 APrONot-BW. Württembergische Notariatsassessoren im Staatsdienst des Landes Baden-Württemberg, die in einem Notariat eingesetzt sind, sind zunächst als Notarvertreter (§ 17 Abs. 4 LFGG-BW) tätig. Notarvertreter besitzen eine eigene Beurkundungsbefugnis nach § 25 Abs. 1 LFGG-BW,

die sie nicht von einem Bezirksnotar ableiten – obschon sie in dessen Urkundensammlung aufbewahrt werden, § 25 Abs. 3 LFGG-BW. Sie sind deshalb nicht auf den Vertretungs- oder Verhinderungsfall begrenzt, §§ 25 Abs. 2, 3 LFGG-BW. Sie werden gerade nicht von der Aufsichtsbehörde zum Notarvertreter oder zum ständigen Vertreter (§ 39 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 BNotO) auf Antrag des Notars bestellt. Notarvertreter können sich auf ein Notaramt im Landesdienst⁵ bewerben und werden im Erfolgsfall vom Justizministerium Baden-Württemberg zum Bezirksnotar ernannt, § 17 Abs. 2 LFGG-BW.

Württembergische Notariatsassessoren sind nicht nur im Landesdienst als Notarvertreter und Bezirksnotare beschäftigt, sondern sind auch bei Notaren im Haupt- oder Nebenberuf als angestellte Assessoren tätig. Die Bestellung eines Württembergischen Notariatsassessors zum Notarvertreter nach § 39 BNotO im Bezirk der Oberlandesgerichte Stuttgart und Karlsruhe ist unstrittig⁶ und üblich. In der Praxis der baden-württembergischen Landgerichte werden regelmäßig sogar die bei den haupt- oder nebenberuflichen Notaren selbst beschäftigten juristischen Mitarbeiter bzw. württembergische Notariatsassessoren zu deren Notarvertreter nach § 39 BNotO bestellt⁷.

3 Voraussetzungen der Notarvertreterbestellung nach § 39 BNotO

Die Erfüllung folgender Voraussetzungen wird von der Aufsichtsbehörde bei der Bestellung eines Notarvertreters für einen abwesenden oder verhinderten Notar beachtet.

3.1 Voraussetzungen beim Notar (§ 39 Abs. 1 und 2 BNotO)

Der Notar hat einen Antrag auf Bestellung eines Notarvertreters bei seiner Aufsichtsbehörde, dem zuständigen Präsidenten des Landgerichts (§ 92 Nr. 1 BNotO)⁸, nach § 39 Abs. 1

1 d.i. Befähigung i.S.d. § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO

2 BT-Drucksache 16/8696, S. 9

3 Notare im Landesdienst, die die Befähigung zum Bezirksnotar innehaben

4 Abgekürzt: Württ. Notariatsassessor

5 Seit 14.08.2010 können Personen mit den Voraussetzungen zur Ernennung zum Bezirksnotar auch im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe zum Notar im Landesdienst bestellt werden, § 17 Abs. 2, 3 LFGG-BW neu gef. mWv 14. 8. 2010 durch G v. 29. 7. 2010 (GBl. S. 555); anders noch OLG Stuttgart 17.11.2006, Not 115/06 (Ba) = BWNotZ 2007, 63-65 (mit Anmerkungen von Schulz)

6 Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO, § 39 Rn. 15, 20 = BGH, DNotZ 1983, 772. Entschieden für einen Württembergischen Notariatsassessor (frühere Bezeichnung: Notariatspraktikant), der als Rechtsbeistand bei der zuständigen Anwaltskammer zugelassen war

7 Restriktiver in Bayern, dem Bezirk der Rheinischen Notarkammer (u.a.) geregelt: nach den Regelungen der jeweils geltenden AVNot soll ein bei dem Notar beschäftigter juristischer Mitarbeiter nicht zum Vertreter bestellt werden. Siehe auch BGH DNotZ 1996, 203.

8 oder dem OLG-Präsidenten, Schäfer in Schippel/Bracker BNotO, § 39 Rn. 11

S. 1 BNotO zu stellen. Der Antrag ist entbehrlich bei vorläufiger Amtsenthebung und Unterlassen der Beantragung aus gesundheitlichen Gründen (§ 39 Abs. 2 BNotO). Der Antrag auf Notarvertreterbestellung hat die Abwesenheit oder Verhinderung des Notars zeitlich wiederzugeben. Oft verlangen die zuständigen Aufsichtsbehörden auch eine kurze Begründung des Antrags (z.B. Urlaub, Krankheit). Der zu bestellende Notarvertreter sollte vom Notar namentlich benannt, also nach § 39 Abs. 3 S. 2 BNotO vorgeschlagen, werden.

3.2 Voraussetzungen beim Notarvertreter (§ 39 Abs. 3 und 4 BNotO)

Die Voraussetzungen zur Bestellung zum Notar nach §§ 3 bis 5 BNotO müssen auch beim Notarvertreter erfüllt sein⁹. Dieser muss insbesondere befähigt sein, die Notarvertretung zu übernehmen.

3.2.1 Grundsatz

Die Befähigung des Notarvertreters, das Amt des Notars zu bekleiden, orientiert sich grundsätzlich an den Bestellungs voraussetzungen zum Notar.

Fraglich ist jedoch, inwieweit die §§ 5 (Befähigung zum Richteramt), 6 (Altersgrenze von 60 Jahren für die erstmalige Bestellung zum Notar und besondere Voraussetzungen für nebenberufliche Notare), 6a (Nachweis einer Haftpflichtversicherung nach § 19a BNotO), 7 (3-jähriger Anwärterdienst als Notarassessor bei Bewerbung um eine Bestellung zum Nurnotar), 47 (Nichtvorliegen von Amtserlöschungsgründen) sowie 48a (Altersgrenze 70 Jahre) bei der Beurteilung der Befähigung, ein Notaramt zu bekleiden, im Rahmen der Notarvertreterbestellung anzuwenden sind.

So wäre es ermessensfehlerhafte Verwaltungspraxis, würde jedem über 70-jährigen Notar a.D. die Vertretung eines Notars wegen Erreichens der Altersgrenze des § 48a BNotO untersagt¹⁰, wo sich doch schon aus § 39 Abs. 2 S. 2 BNotO ergibt, dass ein Notar außer Dienst sogar zum ständigen Vertreter bestellt werden kann¹¹. Selbst ein 60-Jähriger wäre nicht zum Vertreter bestellbar, wenn zur Fähigkeit, ein Notaramt zu bekleiden, § 6 Abs. 1 BNotO unmittelbar anwendbar sein sollte¹². Sicher können für die Vertretung eines Nurnotars auch kein vollständiger Abschluss eines dreijährigen Anwärterdienstes (§ 7 Abs. 1 BNotO) oder für die Vertretung eines Anwaltsnotars die notarielle Fachprüfung u.a. (§ 6 Abs. 2 BNotO) erforderlich sein, sonst stünden am Ende nur noch wenige Personen überhaupt zur Vertreterbestellung zur Verfügung. Anders zu beurteilen sind hierbei Amtserlöschungsgründe nach §§ 48a, 50, 97 BNotO (Amtsenthebung, Entfernung aus dem Amt), wenn diese in der Person des vorgeschlagenen Vertreters tatsächlich eingetreten waren oder während der Dauer seiner Vertretungszeit zu erwarten sind. Zweifel an der persönlichen Eignung können auch dann zur Ablehnung der Bestellung zum Notarvertreter führen, wenn der die Notarvertretung übernehmende frühere Notar gegen Treuhandaufgaben verstoßen hat¹³.

Im Wesentlichen soll durch die gesetzlichen Vorgaben in der Person des Notarvertreters das Merkmal der persönlichen Eig-

nung und fachlichen Befähigung sichergestellt werden. In persönlicher Hinsicht dürfen keine straf- oder disziplinarrechtlichen Amtserlöschungsgründe vorliegen¹⁴. In fachlicher Hinsicht kann durch die vorausgesetzte Befähigung zum Richteramt (§ 5 BNotO) eine für die Zeit der vorübergehenden Vertretung angemessene juristische Qualifikation in der Person des Vertreters gewährleistet werden¹⁵.

Zum Notarvertreter soll weiter nur bestellt werden, wer vom zu vertretenden Notar vorgeschlagen wurde und wer zur Übernahme des Amtes bereit ist (§ 39 Abs. 3 S. 2 BNotO).

3.2.2 Befähigung des Württembergischen Notariatsassessors

Zu prüfen ist, ob beim Württembergischen Notariatsassessor die fachlichen Voraussetzungen des § 5 BNotO vorliegen oder eine vergleichbare, dem Maßstab der Befähigung des § 39 Abs. 3 BNotO entsprechende Qualifikation sichergestellt ist.

Bei der Bewerbung um ein Nurnotaramt nach § 3 Abs. 1 BNotO gelten besondere Vorschriften für das Land Baden-Württemberg, die nur mit Zustimmung des Landes geändert werden können, Art. 138 GG. Notare im Landesdienst können nach § 114 Abs. 2 S. 1 bis 3 BNotO zum Notar im Hauptberuf nach § 3 Abs. 1 BNotO bestellt werden. § 5 S. 1 2. HS BNotO gilt insoweit nicht in Baden-Württemberg. Personen, welche die Voraussetzungen für die Ernennung zum Bezirksnotar erfüllen¹⁶, stehen Bewerbern gleich, die einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet haben und sich im Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg befinden. Nach § 114 Abs. 5 S. 3 BNotO gilt weiter: „Wer einen dreijährigen Anwärterdienst geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg befindet, gilt als befähigt im Sinne des § 5 [BNotO]“.

Ein Württembergischer Notariatsassessor (oder ein Notar bzw. Notarvertreter im Landesdienst) gilt also als befähigt nach § 5 BNotO und kann demnach in Baden-Württemberg zum Nurnotar bestellt werden. Unzweifelhaft besteht in Baden-Württemberg deshalb auch schon de lege lata die Befähigung von Württembergischen Notariatsassessoren, die zur Bestellung zum Notarvertreter nach § 39 BNotO erforderlich ist, auch wenn § 114 BNotO keine generelle Gleichstellung mit der Befähigung zum Richteramt vornimmt und für die Ernennung zum Notar im übrigen Bundesgebiet die Befähigung zum Rich-

9 u.a. Beckhaus in Diehn BNotO, § 39 Rn. 7; Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 39 Rn. 15

10 BGH ZNotP 2000, 398

11 So auch Beckhaus in Diehn, BNotO, § 39 Rn. 7

12 Schäfer in Schipfel/Bracker BNotO, § 39 Rn. 13

13 BGH 18. 11. 2009, NotZ 2/09 = ZNotP 2010, 72 - 74

14 Lerch in Arndt/Sandkühler/Lerch BNotO, § 39 Rn. 15

15 Beckhaus in Diehn BNotO, § 39 Rn. 7

16 Das sind Württembergische Notariatsassessoren, siehe Abschnitt 1. Freilich ist für die in § 114 Abs. 2 S. 2 BNotO genannte Ernennung zum Notar im Landesdienst weitere (denk-)notwendige Voraussetzung, dass sich der Bewerber im Dienst des Landes Baden-Württemberg befindet. Diese rein formale Voraussetzung dürfte jedoch in der Betrachtung der Frage der Bestellmöglichkeit von Württembergischen Notariatsassessoren zum Notarvertreter nach § 39 BNotO unbeachtlich sein.

teramt nach § 5 BNotO erfüllt sein muss.¹⁷ Ebenso kann auch ein Notar im Landesdienst mit der Befähigung zum Richteramt ohne Anwärterdienst nach § 7 Abs. 1 BNotO in Baden-Württemberg zum Nurnotar bestellt werden.

Da an ein Notaramt in Baden-Württemberg genau dieselben fachlichen Anforderungen wie an ein Notaramt ansonsten in der Bundesrepublik Deutschland gestellt werden, ist nicht vorstellbar, dass die abstrakte Befähigung regional begrenzt sein soll. Sicher hat der Gesetzgeber die zum Bezirksnotar ausgebildeten Personen auch aus Gründen der Versorgung der Bürger mit qualifizierten notariellen Leistungen im Rahmen der Notariatsreform Baden-Württemberg zum 01.01.2018 als nach § 5 BNotO befähigt gleichgesetzt¹⁸. So gelten nach § 114 Abs. 2 BNotO-2018 die Notare und Notarvertreter als zum Notar nach § 3 Abs. 1 BNotO bestellt, die zum 31.12.2017 in einer Abteilung „Beurkundung und vorsorgende Rechtspflege“ der staatlichen Notariate tätig sind.

Damit bringt der Gesetzgeber aber auch zum Ausdruck, dass dieser Ausbildungsweg im Hinblick auf die fachliche Eignung auf ein Notaramt (in Baden-Württemberg) mit der Kombination aus einer volljuristischen Ausbildung und einem vollständig absolvierten Anwärterdienst als Notarassessor gleichstellt. Aus Sicht des Gesetzgebers scheint der baden-württembergische Ausbildungsweg im Hinblick auf die Bestellung zum Notar die volljuristische Ausbildung dabei nicht nur aufzuwiegen: Im Vergleich mit dem Württembergischen Notariatsassessor fehlt Personen mit „lediglich“ der Befähigung zum Richteramt nämlich eine notarspezifische Ausbildung, wie sie in mindestens 3-jährigem Anwärterdienst in den Gebieten des Nurnotariats oder nach § 6 Abs. 2 BNotO für die Bestellung zum Notar im Nebenberuf Voraussetzung ist. Diesen Vorrang bringt der Gesetzgeber in § 114 Abs. 4 und Abs. 5 S. 2 BNotO-2018 sogar explizit zum Ausdruck¹⁹. Sicher mutet der Gesetzgeber demnach der rechtssuchenden Bevölkerung in Baden-Württemberg keine vermeintlich fachlich schlechter ausgebildeten Notare zu als den übrigen Bundesbürgern, sondern „hoch qualifizierte und versierte Praktiker“²⁰.

Jedenfalls für die Frage der Bestellung zum Notarvertreter²¹ dürfte damit die Voraussetzung zur Ernennung zum Bezirksnotar der Befähigung zum Richteramt im Sinne des § 5 BNotO mindestens entsprechen. So auch Wilke²²: „... weil nur die Befähigung zum Richteramt das erforderliche Mindestmaß juristischer Qualifikation gewährleistet. Eine Ausnahme praeter legem ist allenfalls vorstellbar für Absolventen der Württembergischen Notarakademie, die zwar keine Befähigung zum Richteramt besitzen, aber dennoch eine spezifische Qualifikation für die Notarvertretung auch in andere Bundesländern mitbringen. Im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses spricht viel dafür, sie auch im Rahmen des § 39 Abs. 3 als „geeignet“ für die Berufung zum Notarvertreter anzusehen.“

Zwischenergebnis: Wenn ein Württembergischer Notariatsassessor innerhalb der Landesgrenzen Baden-Württembergs über die landesspezifische bundesgesetzliche Regelung in § 114 Abs. 2 S. 1 bis 3 BNotO als geeignet gilt, Notar im Hauptberuf zu werden, ist offenkundig, dass er auch „befähigt“ ist, das Amt eines Notarvertreters außerhalb der Landesgrenzen

Baden-Württembergs wahrzunehmen. Die vorliegende Gesetzeslücke war durch Auslegung zu schließen.

3.2.3 Besondere Voraussetzungen bei Bestellung zum ständigen Vertreter

Die Bestellung zum ständigen Vertreter nach § 39 Abs. 1 S. 1 2. HS BNotO, der für eine bestimmte Zeit von in der Regel nicht über ein Jahr für alle Verhinderungsfälle als Vertreter eines Notars bestellt wird, erfordert eine über die Befähigung zum Richteramt hinausgehende fachliche Eignung. Die ständige Vertretung soll nur einem Notar, Notarassessor oder Notar außer Dienst übertragen werden; als ständiger Vertreter eines Anwaltsnotars kann nach Anhörung der Notarkammer auch ein Rechtsanwalt bestellt werden (§ 39 Abs. 2 S. 2 BNotO).

Hinsichtlich der fachlichen Eignung des ständigen Vertreters wird eine notarspezifische Ausbildung gefordert. Allerdings muss diese über das 2. Juristische Staatsexamen hinausgehende Ausbildung nicht abgeschlossen sein, es genügt, als Notarassessor im Anwärterdienst eines Landes beschäftigt zu sein.

Fraglich ist nun, inwieweit Personen mit der Qualifikation zur Ernennung zum Bezirksnotar diese Voraussetzungen erfüllen. In Baden-Württemberg entspricht die Bestellung von württembergischen Notarassessoren zum ständigen Vertreter beispielsweise des Präsidenten der Notarkammer üblicher Praxis. Im Vergleich zu Personen mit (lediglich) der Befähigung zum Richteramt dürften der Notar im Landesdienst, der Bezirksnotar a.D. und der Württembergische Notariatsassessor jedenfalls die notarspezifische Ausbildung des § 39 Abs. 2 S. 2 BNotO voraus haben. Im Verhältnis zum Notarassessor im übrigen Bereich der Nurnotariate in Deutschland haben vorgenannte Personen die Ausbildung mit dem Bestehen der Notarprüfung bereits vollständig absolviert. Hinsichtlich der Bestellungs-voraussetzungen zum Nurnotar hat der Gesetzgeber bereits in § 114 Abs. 2 BNotO den Bezirksnotar und den Württembergischen Notariatsassessor mit Personen mit der Befähigung zum Richteramt und mindestens 3-jährigem Notarassessorat gleichgestellt für die Oberlandesgerichtsbezirke Stuttgart und Karlsruhe. Nach Abs. 5 S. 3 des § 114 BNotO gilt dieser Perso-

17 Görk in Schippel/Bracker, BNotO § 114 Rn. 24. Zu den besonderen Bedingungen für DDR-Juristen siehe § 117b BNotO.

18 BT-Drucksache 16/8696, S. 11: „... verfügt Baden-Württemberg über eine große Anzahl hoch qualifizierter und versierter Praktiker, die bis zum 31. Dezember 2017 als Notare im Landesdienst und Notarvertreter tätig sein werden“ und „Auf den Sachverstand dieser im Landesdienst tätigen Notare kann Baden-Württemberg auch in Zukunft nicht verzichten. Um zu gewährleisten, dass eine Bestellung dieser Notare im Landesdienst zu Notaren im Sinne des § 3 Abs. 1 BNotO nicht an den formalen Voraussetzungen der Bundesnotarordnung scheitert, bestimmt Absatz 4, dass in Abweichung von § 5 auch solche Bewerber zu Notaren nach § 3 Abs. 1 BNotO bestellt werden können, die statt der Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richterrecht die Befähigung zum Amt des Bezirksnotars erworben haben, und dass eine frühere Tätigkeit als Notar im Landesdienst die Voraussetzungen einer Bestellung nach § 7 Abs. 1 BNotO ersetzt.“

19 Regelvorrang der Personen mit der Befähigung zum Bezirksnotar gegenüber Personen mit der Befähigung zum Richteramt, siehe auch BT-Drucksache 16/8696, S. 11

20 siehe oben Fn. 19

21 Die Befreiung von den Voraussetzungen nach § 5 2. HS BNotO (u.a.) gilt bei der Frage der Bestellung zum Notar natürlich nur in Baden-Württemberg, nicht im übrigen Bundesgebiet, BT-Drucksache 16/8696 S. 11

22 in Eylmann/Vaasen, Kommentar zur BNotO, 3. Auflage

nenkreis als befähigt nach § 5 BNotO für die Bestellung zum Notar in Baden-Württemberg. Außerdem können württembergische Notariatsassessoren nach § 114 Abs. 5 S. 1 BNotO in den Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg übernommen werden; sie genießen Vorrang vor Volljuristen in Baden-Württemberg, § 114 Abs. 5 S. 2 BNotO. Im Übrigen wird auf die vorstehenden Ausführungen zur Befähigung in Kapitel 3.2.2 verwiesen.

Im Ergebnis ist kein Hinderungsgrund im Hinblick auf die fachliche Befähigung ersichtlich, warum ein Württembergischer Notariatsassessor nicht auch zum ständigen Vertreter eines Nur- oder Anwaltsnotars im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland bestellt werden könnte.

4 Wirksamkeit von Handlungen des bestellten Vertreters und Haftung

Abschließend ist zu prüfen, inwieweit Handlungen eines ggf. zu Unrecht ordnungsgemäß bestellten Vertreters wirksam bleiben und wer für kausale Schäden, die durch die Bestellung eines persönlich oder fachlich nur beschränkt fähigen Vertreters entstanden sind, haftet.

4.1 Wirksamkeit von Handlungen des Notarvertreters

Generell gilt, dass Handlungen von wirksam bestellten Vertretern nach § 44 Abs. 2 BNotO auch dann wirksam sind und bleiben, wenn die Bestellungs Voraussetzungen zum Notarvertreter nach § 39 BNotO bei der Bestellung nicht gegeben waren oder später wegfielen. Davon unabhängig ist die Verpflichtung der Aufsichtsbehörde, die Notarvertretung nach Kenntnis des Nichtvorliegens oder späteren Wegfalls der Bestellungs Voraussetzungen zu widerrufen. Selbst wenn im Einzelfall die Bestellung eines Württembergischen Notariatsassessors zum Vertreter eines Notars nach § 39 BNotO dahingehend ermessens- oder rechtsfehlerhaft erfolgen sollte, dass die für seine Bestellung nach § 39 BNotO erforderlichen Voraussetzungen nicht vorhanden waren oder später weggefallen sind, sind keine unwirksamen Urkunden und damit Rechtsunsicherheit zu besorgen. Insoweit besteht kein Unterschied zur Bestellung eines Volljuristen zum Notarvertreter.

4.2 Haftung der Aufsichtsbehörden

Der Notarvertreter ist Inhaber eines öffentlichen Amtes. Er hat die gleichen Amtspflichten wie der Notar²³. Er ist ebenso wenig wie der Notarassessor zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung nach §§ 39 Abs. 4, 19a BNotO verpflichtet. Für Amtspflichtverletzungen haftet er dem Geschädigten neben dem Notar als Gesamtschuldner, § 46 BNotO. Im Innenverhältnis zwischen Notar und Vertreter haftet der Vertreter.

Die Staatshaftung ist nach § 19 Abs. 1 S. 4 BNotO ausdrücklich ausgeschlossen. Das System der notariellen Schadensvorsorge nach § 19 BNotO geht vor. Staat in diesem Sinne sind zum einen Bund und Länder, zum anderen als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung die Bundesnotarkammer, die Notarkammern sowie die Notarkasse und die Ländernotarkasse²⁴.

Die Haftung des Staates und bei Rückgriff auch des Beamten (§ 839 BGB, Art. 34 GG) kommt nur bei Verletzung der Amtspflichten der Aufsichtsbehörde in Betracht²⁵, also beispielsweise bei Kenntnis vom Vermögensverfall des amtierenden Notars bzw. Notarvertreters²⁶. Ganz sicher ist angesichts der vorstehenden Ausführungen zur fachlichen Befähigung und zur Gesetzessystematik bei Bestellung eines Württembergischen Notariatsassessors zum Vertreter eines Notars nach § 39 BNotO im Hinblick auf die mit der Ausbildung zum Bezirksnotar erworbene Befähigung zum Notaramt kein Ermessensfehler zu befürchten und dürfte damit auch keine Aufsichts- oder Amtspflichtverletzung konstruiert werden können.²⁷

5 Zusammenfassung

Für die Bestellung zum Notarvertreter nach § 39 BNotO muss die persönliche und fachliche Befähigung in der Person des vorgesehenen Vertreters vorliegen. Nicht jedoch bedarf es aller Bestellungs Voraussetzungen zum Notar.

Personen, die zum Bezirksnotar nach § 17 Abs. 2 LF GG ernannt sind oder ernannt werden können, stehen bei der Bewerbung auf ein Notaramt nach § 3 Abs. 1 BNotO Bewerbern gleich, die einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet haben und sich im Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg befinden (§ 114 Abs. 2 S. 1 und 2 BNotO). Die vorgenannten Personenkreise gelten nach der gesetzlichen Fiktion des § 114 Abs. 5 S. 3 BNotO als befähigt nach § 5 BNotO. Für die Notarvertreterbestellung – auch die ständige Vertretung – im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ist mit dieser Befähigung zum Notaramt in Baden-Württemberg der Maßstab der persönlichen und fachlichen Eignung erfüllt, auch wenn § 114 BNotO keine generelle Gleichstellung mit der Befähigung zum Richteramt vornimmt. Bezirksnotare, Notarvertreter im Landesdienst, Bezirksnotare a.D. und Württembergische Notariatsassessoren können demnach im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zum Notarvertreter nach § 39 BNotO bestellt werden. Dies schließt auch die Bestellung zum ständigen Vertreter mit ein.

Handlungen eines ggf. zu Unrecht – aber wirksam – bestellten Notarvertreters sind und bleiben für den Rechtsverkehr wirksam (§ 44 Abs. 2 BNotO). Notarvertreter und Notar haften nach außen gesamtschuldnerisch für Amtspflichtverletzungen des Notarvertreters, im Innenverhältnis zwischen Notar und Vertreter Letzterer (§ 46 BNotO), nicht jedoch der Staat für Handlungen des Notarvertreters (§ 19 Abs. 1 S. 4 BNotO). Eine Haftung der Landesjustizverwaltung aus Verletzung von Amtspflichten nach § 839 BGB, 34 GG kommt bei Bestellung von Württembergischen Notariatsassessoren wegen der § 114 BNotO zu entnehmenden hohen fachlichen notariellen Befähigung nicht in Betracht.

23 Schäfer in Schippel/Bracker BNotO, § 39 Rn. 24

24 Sandkühler in Diehn BNotO, § 19 Rn. 30

25 Zur Haftung des Staates bei Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 93 BNotO: BGH Betrieb 1961, 877; DNotZ 1964, 184; MDR 1998, 931

26 Sandkühler aaO Rn. 31-32

27 So ist dem Verfasser etwa eine Bestellung eines Württembergischen Notariatsassessors zum Vertreter eines hauptberuflichen Notars in einem anderen Bundesland bekannt. Der Bestellung lag eine sorgfältig abgewogene Ermessensentscheidung des zuständigen LG-Präsidenten zugrunde, der sich zuvor auch das zuständige OLG angeschlossen hatte.

Das veränderte naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht in der Notarpraxis

Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Mit dem am 17. Juni 2015 vom Landtag beschlossenen Gesetz des Landes Baden-Württemberg zum Schutz der Natur und zur Pflege der Landschaft (Naturschutzgesetz – NatSchG)¹ wurde das Naturschutzrecht des Landes an die geänderten bundesrechtlichen Bestimmungen angepasst. Das Naturschutzgesetz enthält in § 53 ein Vorkaufsrecht mit Vormerkungswirkung (ohne Grundbucheintragung) an bestimmten, naturschutzwichtigen Grundstücken. Die heutige Rechtslage für die Notarpraxis soll dargestellt werden.

I. Rechtsgrundlagen

Im Rahmen der Föderalismusreform wurde die bis dahin geltende Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes, der auch das Naturschutzrecht unterfiel, mit Wirkung ab 1.9.2006 abgeschafft. Der Bund hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch Erlass des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) vom 29.7.2009² Gebrauch gemacht und das bisherige Naturschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg verdrängt. Im Gegenzug wurde den Ländern als Ausgleich in § 66 Abs. 5 BNatSchG das Recht („Öffnungsklausel“) eingeräumt, Bundesgesetze auf dem Gebiet des Naturschutzes durch abweichendes Landesrecht ersetzen zu können (Art. 72 GG). Von dieser Kompetenz hat das Land Baden-Württemberg nunmehr Gebrauch gemacht und punktuelle Abweichungen beim Naturschutzvorkaufsrecht beschlossen, so dass künftig partiell Bundes- und teilweise Landesrecht Anwendung findet;³ dies kommt in § 53 NatSchG zum Ausdruck.

II. Geltungsbereich

Nach § 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 BNatSchG steht dem Land Baden-Württemberg ein Vorkaufsrecht an naturschutzwichtigen Grundstücken zu, die in Nationalparks, Nationalen Naturmonumenten, Naturschutzgebieten oder als solchen einstweilig sichergestellten Gebieten liegen, auf denen sich Naturdenkmäler und auf denen sich oberirdische private Gewässer befinden. Der Begriff der oberirdischen Gewässer ist weit auszulegen und erfasst Seen, Flüsse, Bäche, Rinnsale;⁴ allerdings beschränkt § 53 Abs. 1 Satz 3 NatSchG das in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG enthaltende für alle oberirdische Gewässer bestehende Vorkaufsrecht auf private oberirdische Gewässer (vgl. zur Begriffsbestimmung § 3 Abs. 2 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg). Vom Vorkaufsrecht erfasst werden auch Kernzonen von ausgewiesenen oder einstweilig sichergestellten Biosphärengebieten. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einräumung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts durch die Vorschrift des § 53 NatSchG bestehen nicht.⁵ Die eigentumsbeschränkende Wirkung des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts ist als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verfassungsgemäß.⁶

III. Vorrangstellung bei mehreren Vorkaufsrechten

Das Vorkaufsrecht nach § 53 NatSchG geht i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG rechtsgeschäftlich (schuldrechtlichen und sogar dinglichen) und landesrechtlich begründeten Vorkaufsrechten mit Ausnahme solcher auf den Gebieten des Grundstücksverkehrs und des Siedlungswesens im Range vor. Nach § 53 Abs. 1 Satz 4 NatSchG bleibt das waldrechtliche Vorkaufsrecht nach § 25 Abs. 1 LWaldG unberührt.

Bei einem Eigentumserwerb auf Grund der Ausübung des Naturschutzvorkaufsrechts erlöschen die durch Rechtsgeschäft begründeten Vorkaufsrechte (§ 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 BNatSchG), auch wenn sie für mehrere oder alle Verkaufsfälle eingetragen wurden.⁷ Diese Regelung hält sich im Rahmen der Sozialbindung.⁸ Bei Vereinbarung und Eintragung rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte muss der Berechtigte demnach damit rechnen, dass sein Vorkaufsrecht nach Ausübung eines naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts vereitelt gelöscht wird.

IV. Befangenheit des Grundstücks/Vorkaufsverpflichteter

Das Vorkaufsrecht nach § 53 NatSchG i.V.m. § 66 BNatSchG als öffentlich-rechtliche Belastung ruht auf den von ihm nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen erfassten Grundstücken⁹ und zwar auch dann, wenn sie den Eigentümer wechseln. Das Vorkaufsrecht beschränkt sich nicht auf den ersten Grundstücksverkauf nach seiner Entstehung, weil dies der Zweckbestimmung zuwiderliefe. Ist also in einem Verkaufsfalle das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt worden, so

1 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege, verkündet am 13.7.2015 (BW GBl. S. 585), in Kraft getreten am 14.7.2015.

2 BGBI. I, 2542.

3 Zu naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechtsbestimmungen in den anderen Bundesländern vgl. Art. 39 BayNatSchG, § 53 NatSchG Bln, § 26 Bbg-NatSchAG, § 32 NatSchG, § 18a HmbBNatSchAG, § 34 NatSchAG MV, § 40 NAGBNatSchG, § 36a LandschG NRW, § 13 SNG SL, § 31 NatSchG SAnh, § 52 NatSchG Thü. In Sachsen und Schleswig-Holstein findet § 66 BNatSchG keine Anwendung. In Hessen besteht keine Abweichung von § 66 BNatSchG, in Rheinland-Pfalz gilt § 66 BNatSchG.

4 Eingehend Gutachten DNotI-Report 2010, 64.

5 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28.2.1991, 5 S 1222/90, AgrarR 1992, 176 = NJW 1993, 874 = NuR 1991, 485 = NVwZ 1992, 898 = RdL 1991, 212; BayVGH, Urt. v. 11.5.1994, 9 B 93.1514, BayVBl 1994, 657 = MittBayNot 1995, 334 = NVwZ 1995, 304; BayVGH, Urt. v. 29.3.1989, 9 B 86.02748, BayVBl 1990, 277 m. zust. Anm. Numberger gegen Engelhardt, BayVBl 1991, 279 = MittBayNot 1990, 257 = NuR 1990, 80.

6 Vgl. auch Jeromin, NuR 2010, 301.

7 Dazu BGH, Urt. v. 18.2.1977, V ZR 24/75, WM 1977, 550.

8 BayObLG, Beschl. v. 1.8.2000, 2Z BR 57/00, MittBayNot 1995, 555 m. Anm. Frank = NotBZ 2000, 338 = NuR 2001, 179 = Rpfleger 2000, 543; BayVGH, Urt. v. 11.5.1994, 9 B 93.1514, BayVBl 1994, 657 = MittBayNot 1995, 334 = NuR 1995, 270 = NVwZ 1995, 304.

bleibt das Grundstück gleichwohl mit dem Vorkaufsrecht belastet; dieses kann im nächsten Verkaufsfalle ausgeübt werden.

V. Inhaltliche Ausgestaltung des Vorkaufsrechts

1. Keine Eintragung im Grundbuch

Das Naturschutzvorkaufsrecht hat keine dingliche Wirkung. Das Vorkaufsrecht wird nicht im Grundbuch eingetragen (§ 66 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG). Deshalb wird das Vorkaufsrecht auch nicht vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasst. Weder ist ein gutgläubiger Erwerb des Vorkaufsrechts möglich, noch kann ein Grundstück deshalb gutgläubig frei vom Vorkaufsrecht erworben werden, weil das Recht nicht eingetragen ist. Auch für die Eintragung eines Ausübungsvermerks besteht keine Grundlage.¹⁰

2. Unübertragbarkeit

Das gesetzliche Naturschutzvorkaufsrecht des Landes ist nicht auf Dritte übertragbar (§ 53 Abs. 6 Satz 1 NatSchG). Die Unübertragbarkeit schließt indessen nicht aus, dass das Land das ihm (höchstpersönlich) zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht zugunsten von Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts oder anerkannten Naturschutzvereinigungen sowie auch zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts ausübt¹¹, denen die Betreuung nach § 64 Abs. 1 NatSchG übertragen worden ist (§ 53 Abs. 4 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 4 BNatSchG). Das Land ist auch nach allgemeinen Vorschriften berechtigt, seinen Auflassungsanspruch an Dritte abzutreten, wenn es selbst das (nur) ihm zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat.

3. Vorkaufsrecht mit Vormerkungswirkung

Das Naturschutzvorkaufsrecht ist schuldrechtlich wirkend mit Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB ausgestaltet (§ 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG). Obwohl ein Käufer aus dem Grundbuch das Bestehen des Vorkaufsrechts nicht ersehen kann, treffen ihn gleichwohl die Vormerkungswirkungen. Dies spielt bei der Durchsetzung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Dritten (Käufer) nach Ausübung des Vorkaufsrechts und im Grundbuchverfahren eine wichtige Rolle. Das Vorkaufsrecht sichert damit den (künftigen) Anspruch auf Auflassung des Grundstücks, der im Verkaufsfalle bei Ausübung des Rechts zugunsten des Vormerkungsberechtigten entsteht, nach der Ausübung des Vorkaufsrechts den dann entstandenen Anspruch. Das bedeutet, dass im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts die Eintragung des Käufers wie eines Dritten als Eigentümer im Grundbuch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist. Dieser kann gegebenenfalls die Zustimmung zu solchen Eintragungen und Löschungen verlangen, die zur Verwirklichung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs erforderlich sind. Ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks frei von diesen Beschränkungen ist nicht mehr möglich.¹² Die Vormerkungswirkung besteht

demnach darin, dass die Eigentumsumschreibung auf den Dritten (Käufer) im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten insoweit unwirksam ist, als die Verfügung den Anspruch des Vorkaufsberechtigten vereiteln oder beeinträchtigen würde. Wird das Land übergangen, obwohl ihm ein Vorkaufsrecht zusteht, kann es seinen Eigentumsübertragungsanspruch auch gegenüber dem bereits als Eigentümer eingetragenen Erwerber durchsetzen; dieser Anspruch genießt dann denselben Vormerkungsschutz wie ein dingliches Vorkaufsrecht (§ 1098 Abs. 2 BGB). Die im Grundbuch vollzogene Auflassung oder eine Belastung des Grundbesitzes in einer Vorkaufsrechtslage sind dem Vorkaufsberechtigten gegenüber gemäß § 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG, § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 BGB unwirksam.¹³ Das Naturschutzvorkaufsrecht genießt Vormerkungsschutz nach § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG schon ab dem Zeitpunkt, ab dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, und nicht erst ab seiner Ausübung. Bei Belastungen des Objekts tritt der Vormerkungsschutz erst mit dem Zeitpunkt ein, zu dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, also erst ab Wirksamwerden des Erstkaufvertrags.

4. Keine Grundbuchsperrung

Das Grundbuchamt darf die Eintragung eines Käufers im Grundbuch als neuen Eigentümer nicht davon abhängig machen, dass die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts dem Grundbuchamt nachgewiesen wird; eine dem § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB vergleichbare Bestimmung existiert nicht.

Die Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts wirkt sich zwar rechtlich nicht als eine vom Grundbuchamt zu beachtende Grundbuchsperrung aus, verhindert aber praktisch die Durchführung von Rechtsgeschäften über das Grundstück, weil der Verkäufer sonst zwei Erfüllungsansprüchen ausgesetzt ist. Der Notar hat mit den Kaufparteien über entsprechende Rücktritts- bzw. Schadensersatzausschlussklauseln zu verhandeln und die Vorkehrungen zu protokollieren¹⁴, denn durch die Ausübung des Vorkaufsrechts wird der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer in seinem Bestand nicht berührt.

5. Ausübung und Wirkungen des Vorkaufsrechts

a. Vorliegen eines rechtswirksamen Kaufvertrags

Auf das Naturschutzvorkaufsrecht sind die Bestimmungen über § 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG die Bestimmungen der §§ 463 bis 468, § 469 Abs. 1, §§ 471,

10 BayObLG, Beschl. v. 1.8.2000, 2Z BR 57/00, MittBayNot 1995, 555 m. Anm. Frank = NuR 2001, 179 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

11 In einem solchen Fall sind strenge Maßstäbe anzusetzen.

12 BayObLG, Beschl. v. 1.8.2000, 2Z BR 57/00, MittBayNot 1995, 555 m. Anm. Frank = NuR 2001, 179 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

13 BayObLG, Beschl. v. 1.8.2000, 2Z BR 57/00, MittBayNot 1995, 555 m. Anm. Frank = NuR 2001, 179 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

14 Zur Hinweis- und Vermerkpflcht Hecht, DNotZ 2010, 323, 329; Gutachten DNotl-Report 2010, 64.

1098 Abs. 2 und §§ 1099 bis 1102 BGB anzuwenden. Daraus ist zu entnehmen, dass das Gesetz das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts allein an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags (Vorkaufsfall) knüpft, für den allerdings auch die für die Wirksamkeit des Vertrags etwa erforderlichen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Genehmigungen erteilt sein müssen.¹⁵ Ist nicht der schuldrechtliche Kaufvertrag, sondern nach § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 144 Abs. 2 Nr. 5 BauGB lediglich dessen dinglicher Vollzug, nämlich die Teilung des Grundstücks, genehmigungspflichtig, so ist diese keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Kaufvertrags.¹⁶ Nur bis zu diesem Zeitpunkt können die Vertragsparteien den Vertrag wieder aufheben,¹⁷ weil der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf den Eintritt des Vorkaufsfalls hat. Mit dem Entstehen des Vorkaufsrechts ist dieses Gestaltungsrecht in seinem rechtlichen Fortbestand aber grundsätzlich unabhängig vom rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer. Bloße Vertragsänderungen mögen bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten vereinbart werden können; das gilt aber nicht für eine bewusste Schlechterstellung des Vorkaufsberechtigten.¹⁸

Zur Ausübung des Vorkaufsrechts des Landes muss ein rechtsgültiger (voll wirksamer) Kaufvertrag vorliegen. Ein Kaufangebot genügt nicht. Nach überwiegender Ansicht löst bereits der aufschiebend bedingte Vertragsschluss das Vorkaufsrecht aus, denn auch ein solcher bedingter Kauf ist ein fertiger, rechtsgültig geschlossener Kaufvertrag im Sinn des § 469 BGB.¹⁹ Zu einer verfrühten Mitteilung braucht das Land keine Erklärung abzugeben. Da indes die Abgabe einer Erklärung zum Vorkaufsrecht nicht von der vorherigen Mitteilung nach § 469 Abs. 1 BGB abhängt, bindet die aufgrund verfrühter Mitteilung abgegebene Vorkaufserklärung den Grundstückseigentümer, wenn der Vorkaufsfall später (wirksam) eintritt.²⁰ Vor der Erteilung erforderlicher Genehmigungen kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts hat der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück. Grundsätzlich hindert das Vorkaufsrecht den Übergang des Eigentums auf den Erstkäufer nicht; ungeachtet des Vorkaufsrechts kann die Auflassung an den Erstkäufer und seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erfolgen.

b. Unverzügliche Mitteilung vom Vorkaufsfall

Der Inhalt des rechtswirksamen Kaufvertrags ist gem. § 469 Abs. 1 BGB unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) der unteren Naturschutzbehörde bei den Landratsämtern und Bürgermeisterämtern der Stadtkreise (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 58 Abs. 1 NatSchG) mitzuteilen.²¹ Auf dem Gebiet des Nationalparks Schwarzwald nimmt die Nationalparkverwaltung die Aufgaben und Befugnisse der unteren und höheren Naturschutzbehörde wahr (§ 57 Abs. 1 Satz 2 NatSchG). Die zuständige Stelle prüft, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts gegeben sind und erteilt auf Antrag innerhalb

eines Monats ein Negativzeugnis, wenn die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG nicht vorliegen; andernfalls leitet sie die Unterlagen unverzüglich an den Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, und die höhere Naturschutzbehörde²² weiter und teilt dies dem Verkäufer oder seinem Beauftragten (auch Notar, falls dazu von den Beteiligten ermächtigt) mit. Die Erteilung des Negativzeugnisses ist ein Verwaltungsakt (bei Versagung Widerspruch und Anfechtungsklage; bei Untätigkeit Verpflichtungsklage). Das Zeugnis der Vorkaufsberechtigten ist innerhalb eines Monats zu erteilen (andernfalls Amtspflichtverletzung), wenn es ein Beteiligter, also Verkäufer oder Käufer, beantragt hat (auch Notar, falls dazu von den Beteiligten ermächtigt).²³ Nur wenn das Ergebnis der unteren Naturschutzbehörde bzw. der Nationalparkverwaltung positiv ist, prüft der Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung²⁴ und die höhere Naturschutzbehörde²⁵, ob im konkreten Fall tatsächlich vom Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht werden soll und teilt dies dem Verkäufer oder seinem Beauftragten mit.

c. Dreimonatige Ausübungsfrist

Das Vorkaufsrecht kann nach § 53 Abs. 6 Satz 2 NatSchG nur innerhalb von drei Monaten²⁶ nach der Mitteilung des Kaufvertrags ausgeübt werden. Die Drei-Monats-Frist beginnt nur zu laufen, wenn der unteren Naturschutzbehörde das Vorliegen der Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrags mitgeteilt wurde. Wird der unteren Naturschutzbehörde ein noch genehmigungsbedürftiger Kaufvertrag übersandt,

15 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.1.2013, 4 LA 173/12, NuR 2014, 209; VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 1.3.1996, 3 S 13/94, VGHBW RSPDienst 1996 Beil. 5, B 7; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.4.1988, 5 S 1338/88, AgrarR 1989, 79 = BWGZ 1990, 30 = NuR 1988, 389 = RdL 1988, 193 (zu § 25 LWaldG).

16 BGH, Ur. v. 29.10.1993, V ZR 136/92, DNotZ 1994, 459 = NJW 1994, 315.
17 VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 28.2.1991, 5 S 1222/90, AgrarR 1992, 176 = NJW 1993, 874 = NuR 1991, 485 = NVwZ 1992, 898 = RdL 1991, 212; BayVGH, Ur. v. 11.5.1994, 9 B 93.1514, BayVBl 1994, 657 = MittBayNot 1995, 334 = NVwZ 1995, 304; BayVGH, Ur. v. 29.3.1989, 9 B 86.02748, BayVBl 1990, 277 m. zust. Anm. Nummerger gegen Engelhardt, BayVBl 1991, 279 = MittBayNot 1990, 257 = NuR 1990, 80.

18 BGH, Ur. v. 11.7.1969, V ZR 25/67, DNotZ 1970, 105 = NJW 1969, 1959.

19 RGZ 98, 44, 49; RGZ 1206, 320; Gutachten DNotI-Report 2015, 3.

20 Gutachten DNotI-Report 2015, 3.

21 Das Organigramm von Müller, BWNNotZ 2006, 10 hat grundsätzlich weiterhin Gültigkeit. Beachtet werden muss die geänderte Paragraphenfolge (§ 53 NatSchG) und die Zuständigkeit der Nationalparkverwaltung: auf dem Gebiet des Nationalparks Schwarzwald nimmt die Nationalparkverwaltung die Aufgaben und Befugnisse der unteren und höheren Naturschutzbehörde wahr (§ 57 Abs. 1 Satz 2 NatSchG).

22 Nach § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 NatSchG sind die Regierungspräsidien (Stuttgart, Tübingen, Karlsruhe und Freiburg) die höheren Naturschutzbehörden.

23 Da das Vorkaufsrecht nicht grundbuchsperrend ist, benötigt das Grundbuchamt auch kein solches Negativzeugnis.

24 VBBW-BL, Rotebühlstr. 30, 70173 Stuttgart.

25 Dies ist nach § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 NatSchG das jeweilige Regierungspräsidium (Stuttgart, Tübingen, Karlsruhe und Freiburg). Das Regierungspräsidium ist innerhalb der Verwaltungsorganisation des Landes Baden-Württemberg als Mittelbehörde zwischen den Landesministerien und den Landrats- und Bürgermeisterämtern angesiedelt.

26 Als Folge des zweistufigen Verfahrens in § 53 Abs. 3 NatSchG wurde die Frist des § 469 Abs. 2 BGB für die Ausübung des Vorkaufsrechts auf 3 Monate verlängert. Damit soll gewährleistet werden, dass die konkrete Prüfung der naturschutzfachlichen Fragen in der zweiten Stufe von der höheren Naturschutzbehörde in einem angemessenen Zeitrahmen durchgeführt werden kann.

muss zu gegebener Zeit die Erteilung der Genehmigung mitgeteilt²⁷ werden; erst dann beginnt die Frist zu laufen.²⁸ Das Vorkaufsrecht wird nach § 53 Abs. 3 Satz 3 NatSchG durch den Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, im Einvernehmen mit der höheren Naturschutzbehörde ausgeübt. Die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts bedarf keiner besonderen Form (§ 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG i.V.m. § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Land ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, der bei den Verwaltungsgerichten angefochten werden kann.

d. Durchsetzung des ausgeübten Vorkaufsrechts

Mit der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der mit dem Dritten geschlossene Kaufvertrag unter den vereinbarten Modalitäten nunmehr mit dem Vorkaufsberechtigten zu Stande (§ 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG und § 464 Abs. 2 BGB). Das Land Baden-Württemberg tritt nicht in den Vertrag mit dem Dritten ein, auch nicht in eine bereits erklärte Auflassung des Verkäufers mit dem Käufer.²⁹ Das Land kann nur von dem Vorkaufsverpflichteten die Auflassung (§ 925 BGB) verlangen. Das Vorkaufsrecht genießt nach § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG i.V.m. § 1098 Abs. 2 BGB die Wirkung einer Vormerkung und ist damit auch gegenüber einem bereits eingetragenen Käufer durchsetzbar. Ist also der Erstkäufer aufgrund des Erstkaufs bereits als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen³⁰ worden, kann das Land von dem Vorkaufsverpflichteten die Übereignung des Grundstücks und von dem Erstkäufer (ggf. mit der Vormerkungsklage) die grundbuchverfahrensrechtliche Zustimmung (§§ 19, 20 BGB) zur Eintragung des Landes Baden-Württemberg als Eigentümer in das Grundbuch verlangen (§ 883 Abs. 2, § 888 BGB). Wird die Auflassung vom Verkäufer bzw. die Zustimmungserklärung des bereits eingetragenen Eigentümers nicht freiwillig erklärt, können die Erklärungen mit Klage und Urteil nach § 894 ZPO erzwungen werden. Unter Vorlage der Ausfertigung des Urteils mit Rechtskraftbescheinigung wird dann das vorkaufsberechtigte Land bei einem Notar die Auflassung auf sich erklären und seine Eigentumseintragung im Grundbuch beantragen.

VI. Ausschluss und Beschränkung

Das Vorkaufsrecht nach dem Naturschutzgesetz darf nur ausgeübt werden, wenn dies aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege einschließlich der Erholungsvorsorge erforderlich ist (§ 53 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 66 Abs. 2 BNatSchG).

Sind die Voraussetzungen eines Vorkaufsrechts nur hinsichtlich eines Teils des Grundstücks gegeben, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht nach § 66 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nur auf diesen Teilbereich. Der Eigentümer kann verlangen, dass sich der Verkauf auf das gesamte Grundstück erstreckt, wenn ihm der weitere Verbleib in seinem Eigentum wirtschaftlich nicht zuzumuten ist (§ 66 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG). In dem Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist nachvoll-

ziehbar die Erforderlichkeit gemäß § 66 Abs. 2 BNatSchG in Gegenüberstellung zum Verbleib der Flächen in privatem Eigentum dazulegen.

Um unbillige Härten zu vermeiden, wurden einige Erwerbsfälle vom naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht des Landes ausgenommen. Das Vorkaufsrecht des Landes Baden-Württemberg erstreckt sich gemäß § 53 Abs. 2 NatSchG nicht auf den Verkauf eines Grundstücks, das mit einem land-, forst- oder fischereiwirtschaftlichen Betrieb eine Einheit bildet. Außerdem erstreckt sich das Vorkaufsrecht nicht auf einen Verkauf, der an einen Ehegatten, eingetragenen Lebenspartner oder einen Verwandten ersten Grades erfolgt (§ 66 Abs. 3 Satz 5 BNatSchG). Bei Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern ist entscheidend, dass die Ehe/Lebenspartnerschaft im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages rechtsgültig ist; sie darf also bei Abschluss des Kaufvertrages weder aufgehoben noch geschieden (§§ 1564 ff. BGB) sein, Getrenntleben schadet nicht. Im ersten Grad verwandt sind Kinder zu Eltern (absteigend/aufsteigend). Adoptivkinder sind genetisch verwandten Kindern gleichgestellt (§ 1754 BGB), beachte aber die Sonderregelungen in § 1770 BGB. Stiefkinder, Schwiegerkinder, Schwiegereltern fallen nicht unter das Verwandtenprivileg (vgl. §§ 1589, 1590 BGB), ebenfalls nicht Verlobte und ein erst nach dem Wirksamwerden des Vertrags entstehendes Verwandtschaftsverhältnis. Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen und erwirbt ein Miteigentümer den Miteigentumsanteil eines anderen Miteigentümers durch Kaufvertrag, so entsteht kein Vorkaufsrecht, da der Miteigentümer nicht Dritter im Sinne des § 463 BGB ist.³¹

VII. Keine Vorkaufsfälle

Dem Vorkaufsrecht unterliegen nicht: Tauschvertrag,³² Schenkungsvertrag, gemischte Schenkung, Erbteilsverkauf,³³ Auseinandersetzungsvertrag, Einbringung in eine Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen oder Herausnahme jeweils durch Vertrag eines Gesellschafters mit der Gesellschaft, Übertragung von Gesellschaftsanteilen,³⁴ Kauf eines Miteigentumsanteils durch einen Miteigentümer (auch der Erwerb aller übrigen Anteile), Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus

27 Die Mitteilung bedarf keiner besonderen Form, sie kann auch mündlich erfolgen, VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 1.3.1996, 3 S 13/94, VGHBW RSpDienst 1996 Beil. 5, B 7 (zu § 28 BauGB).

28 BGH, Ur. v. 29.10.1993, V ZR 136/92, DNotZ 1994, 459 = NJW 1994, 315; OVG für Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 27.8.2013, 1 L 241/12, NuR 2014, 791; VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 1.3.1996, 3 S 13/94, VGHBW RSpDienst 1996 Beil. 5, B 7 (zu § 28 BauGB).

29 BayObLGZ 13, 573; Staudinger/Mader, BGB, § 464 Rn. 12.

30 Da es sich bei dem naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht - anders als im Anwendungsbereich des § 28 BauGB - um kein grundbuchsperrendes Vorkaufsrecht handelt, benötigt das Grundbuchamt für einen Eigentumswechsel keinen Nachweis über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechts.

31 BGH, Ur. v. 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133 = DNotZ 1954, 385; Dubon, Mitt-BayNot 1961, 299; Krämer, MittRhNotK 1961, 204.

32 BGH, Ur. v. 11.12.1963, V ZR 41/62, NJW 1964, 540 = WM 1964, 231.

33 BGH, Ur. v. 14.11.1969, V ZR 115/66, DNotZ 1970, 423.

34 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.1977, 3 W 260/77, DNotZ 1978, 603 = MittRhNotK 1977, 176.

einer Insolvenzmasse. Eine Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft ist einem freihändigen Verkauf gleichzusetzen mit der Folge, dass das Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist, wenn ein Miteigentümer das Grundstück ersteigert. Dagegen unterliegt der Verkauf eines Miteigentumsanteils an einen nicht zur Miteigentümergeinschaft gehörenden Dritten dem Vorkaufsrecht.³⁵

VIII. Notarielle Pflichten

Nach § 20 BeurkG soll der Notar die Beteiligten bei der Veräußerung von Grundstücken auf die abstrakte rechtliche Möglichkeit des Bestehens gesetzlicher Vorkaufsrechte und deren Bedeutung hinweisen und dies in der Urkunde vermerken, ohne aber weitere Nachforschungen über die tatsächlichen Voraussetzungen anstellen zu müssen. Es gehört nicht zum Pflichtenkreis des Notars, den Vertragsparteien eine verbindliche Auskunft über das Bestehen von Vorkaufsrechten zu geben. Unterlässt der Notar den Hinweis, kann darin eine Amtspflichtverletzung liegen.

Wenn Zweifel über das Bestehen eines Vorkaufsrechts vorhanden sind oder die Beteiligten Kenntnis von einem Vorkaufsrecht haben oder für den Notar erkennbar ist, dass ein Vorkaufsrecht in Betracht kommt, sollte der Notar die besondere Gestaltung des Vertrags mit den Vertragsparteien besprechen.³⁷ Da in der Person des Vorkaufsberechtigten ein solventer Schuldner zur Verfügung steht, erscheint es nicht zwingend erforderlich, die Kaufpreisfälligkeit generell an dessen Erklärung über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechts zu knüpfen; ebenso kann die sicherungsweise Abtretung des Kaufpreisanspruchs gegen das Land an den Erstkäufer als weniger vollzugsintensive Gestaltungsvariante in Betracht gezogen werden.³⁸

Bei der Belehrung nach § 20 BeurkG sollte der Notar darauf hinweisen, dass das Vorkaufsrecht weder durch eine auflösende Bedingung, noch durch ein Rücktrittsvorbehalt ausgeschlossen werden kann und dass es im Verhältnis der Vertragsparteien zweckmäßig sein kann, Schadenersatzverpflichtungen auszuschließen; die Vorkehrungen sind dann zu protokollieren. Für den Erstkäufer wirkt sich die Ausübung des Vorkaufsrechts so aus, dass sein Anspruch auf Übereignung des Grundstücks von dem Verkäufer nicht mehr erfüllt werden kann und sich je nach den Vereinbarungen mit dem Verkäufer in einen Schadenersatzanspruch gegen diesen verwandeln kann. Zur Absicherung des Verkäufers kann ein vertragliches Rücktrittsrecht bei Ausübung des Vorkaufsrechts vereinbart werden.

Fazit:

Das Naturschutzvorkaufsrecht dürfte der notariellen Praxis keine allzu großen Schwierigkeiten bereiten. Das Vorkaufsrecht bewirkt keine Grundbuchsperrung. Es wird nicht im Grundbuch eingetragen, hat allerdings Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB. Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und kann nur innerhalb von drei Monaten nach der Mitteilung des Kaufvertrags ausgeübt werden. Es besteht ein Kaufprivileg für nahestehende Personen des Verkäufers.

35 BGH, Beschl. v. 16.2.1984, V ZB 24/83, BGHZ 90, 174 = DNotZ 1984, 375 = NJW 1984, 1617 = MDR 1984, 565 = Rpfleger 1984, 232 = WM 1984, 510.

36 OLG Köln, Urt. v. 12.2.1987, 7 U 317/86, DNotZ 1987, 695; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.4.1984, 18 U 195/83, DNotZ 1985, 185. Zur Vertragsgestaltung und zur Vertragsabwicklung bei der Möglichkeit des Bestehens eines wasserrechtlichen Vorkaufsrechts Böhringer, BWNöZ 2014, 38. Zur vorsorglichen Einholung einer „Doppelerklärung“ über Nichtbestehen bzw. Nichtausübung des Vorkaufsrechts Hecht, DNotZ 2010, 323, 330.

37 Ausführlich Maaß, notar 2013, 395.

38 So Hecht, DNotZ 2010, 323, 329.

Rechtsprechung

EGBGB Artt. 4, 11, 25, 43

Die Ausschlagung einer Erbschaft ist erbrechtlich und nicht sachenrechtlich zu qualifizieren. Bei österreichischem Erbstatut unterliegt die Ausschlagung der Erbschaft dem österreichischem Recht auch dann, wenn sich Nachlassgrundstücke in Deutschland befinden und sich der Eigentumserwerb der Erben an diesen Grundstücken nach deutschem Recht (lex rei sitae) richtet.

OLG Köln, Beschl. v. 25.3.2015 – 2 Wx 63/15

Gründe:

I.

Der zwischen dem 09.06.2014 und dem 16.06.2014 verstorbene österreichische Staatsangehörige F. K. (im Folgenden: Erblasser) war ledig. Er hinterließ einen nichtehelichen Sohn, den Beteiligten 1). Der Erblasser hatte am 12.07.2011 vor einem österreichischen Notar (Dr. T. in Rosegg-Velden/Kärnten) ein vom Nachlassgericht in Köln am 12.08.2014 eröffnetes Dreizeugentestament errichtet, in welchem er die Beteiligte zu 3) als Alleinerbin und die Beteiligte zu 2) als Erbin eingesetzt hatte.

Die Beteiligte zu 3) hat die Erbschaft mit einer am 14.08.2014 beim Nachlassgericht eingegangenen notariell beglaubigten Erklärung vom 06.08.2014 – UR.-Nr. 1167/2014 der Substitutin Dr. K. des öffentlichen Notars Dr. G. in Perg/Österreich - die Erbschaft ausgeschlagen. Die Beteiligte zu 2) hat mit Schreiben vom 16.09.2014, das am oder vor dem 07.10.2014 zur Akte des Nachlassgerichts gelangt ist, erklärt, „auf die Nachlassenschaft zu verzichten“.

Am 21.11.2014 hat der Beteiligte zu 1) – UR.-Nr. 3403/2014 des Notars Robert Heinrich in Laufen - die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins beantragt, wonach er den Erblasser hinsichtlich des in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen beweglichen und unbeweglichen Nachlasses kraft gesetzlichen österreichischen Erbrechts allein beerbt habe (Bl. 19 ff. d. A.).

Das Nachlassgericht hat den Antrag des Beteiligten zu 1) vom 21.11.2014 durch am 02.02.2015 erlassenen Beschluss vom 29.01.2015 zurückgewiesen (Bl. 50 ff. d. A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass für die Frage, wer zum Erben berufen sei, zwar österreichisches Recht zur Anwendung komme, für die Frage des Übergangs des unbeweglichen in Deutschland belegenen Vermögens auf die Erben dagegen gem. Art. 31, 32 IPRG, 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB deutsches Recht. Damit komme es hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlasses eines Österreicherers zum Vonselbsterwerb. Um den Erbschaftsanfall zu beseitigen, müsse der Anfall nach dem insoweit maßgeblichen deutschen Recht wirksam nach § 1942 BGB ausgeschlagen werden. Nach deutschem Recht sei die schriftliche Ausschlagungserklärung der Beteiligte zu 2) vom 16.09.2014 gem. § 125 BGB

formunwirksam, weil sie nicht den Anforderungen des § 1945 BGB entspreche. Zwar komme alternativ auch die Ortsform in Betracht (Art. 11 Abs. 1 EGBGB). Da die Erklärung aber in Deutschland abgegeben worden sei, komme auch insoweit österreichisches Recht nicht zur Anwendung, sondern ebenfalls deutsches Recht. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 29.01.2015 Bezug genommen.

Gegen diesen dem Beteiligten zu 1) am 04.02.2015 zugestellten Beschluss richtet sich seine Beschwerde vom 06.02.2015. Zur Begründung trägt er vor, dass es bezüglich des anwendbaren Erbrechts nicht zu einer Rückverweisung auf das deutsche Recht komme. Die Art. 31, 32 IPRG würden nur das Sachenrecht betreffen, nicht aber das materielle Erbrecht. Es gebe keine materielle Nachlassspaltung bei dem Nachlass eines österreichischen Erblassers mit deutschem Immobilienbesitz. Dies entspreche allgemeiner Meinung. Wäre die Rechtsauffassung des Nachlassgerichts zutreffend, würde es jedoch zu einer Nachlassspaltung kommen, weil sich das Ausschlagungsrecht bezüglich des in Deutschland befindlichen Immobilienbesitzes nach deutschem Erbrecht, das Ausschlagungsrecht bezüglich des sonstigen Besitzes dagegen nach österreichischem Recht richten würde. Dass das Ausschlagungsrecht dem jeweiligen Erbstatut zuzuordnen sei und nicht dem Sachenrechtsstatut, sei ganz herrschende Meinung. Im Übrigen sei auch die Ortsform gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB gewahrt, weil die Beteiligte zu 2) ihre Ausschlagungserklärung auch während des Verlassenschaftsverfahrens in Österreich abgegeben habe. Bezüglich der weiteren Einzelheiten seines Vorbringens wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 18.02.2015 Bezug genommen (Bl. 68 ff. d. A.).

Durch am 06.03.2015 erlassenen Beschluss vom 26.02.2015 hat das Nachlassgericht der Beschwerde des Beteiligten zu 1) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 74 f. d. A.).

II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Das Nachlassgericht hat es zwar versäumt, den Eingang des Beschwerdeschreibens in der Akte zu vermerken. Da aber die der Beschwerdeeinlegung nachfolgende am 26.02.2015 beim Nachlassgericht eingegangene Beschwerdebegründung vom 18.02.2015 noch innerhalb der Frist zur Einlegung der Beschwerde von einem Monat nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 04.02.2015 eingereicht worden ist, ist die Frist jedenfalls gewahrt.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Beschwerdeführer ist als einziges Kind des ledigen Erblassers kraft gesetzlicher Erbfolge Alleinerbe. Die Beteiligten zu 2) und 3), die der Erblasser testamentarisch zu seinen

Erben bestimmt hatte, haben die Erbschaft beide wirksam ausgeschlagen.

Es kommt österreichisches Erbrecht zur Anwendung. Da die EuErbVO gem. Art. 83 Abs. 1 Eu-ErbVO noch nicht eingreift, vorrangige Staatsverträge im Verhältnis zu Österreich im Bereich des Erbrechts nicht vorhanden sind und eine Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB nicht getroffen wurde, richtet sich die Erbfolge gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Diese Gesamtverweisung nimmt das gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB berufene österreichische Kollisionsrecht gem. § 28 Abs. 1 öster. IPRG an, da es ebenfalls auf die letzte Staatsangehörigkeit des Erblassers abstellt. Es kommt daher - für den gesamten Nachlass - österreichisches Nachlassrecht zur Anwendung.

Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts richtet sich daher auch die Frage, ob die Beteiligten zu 2) und 3) wirksam ausgeschlagen haben, grundsätzlich allein nach österreichischem Recht. Denn es entspricht allgemeiner Meinung, dass die Ausschlagung und Annahme einer Erbschaft erbrechtlich zu qualifizieren sind und daher dem Erbstatut unterliegen (statt vieler: BayObLGZ 1994, 40; Erman/Hohloch, EGBGB, 14. Aufl. 2014, Art. 25 Rn. 25; Staudinger/Dörner EGBGB, 2007, Art. 25 Rn. 112; Palandt/Thorn, EGBGB, 74. Aufl. 2015, Art. 25 Rn. 10).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht gem. §§ 31 Abs. 1, 32 öster. IPRG. Nach § 31 Abs. 1 öster. IPRG sind der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrundeliegenden Sachverhalts befinden. Nach § 32 öster. IPRG ist § 31 für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache auch dann maßgebend, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen. Nach dieser Bestimmung ist das Erbstatut „eine andere inländische Verweisungsnorm“, welche durch die *lex rei sitae* ausgeschlossen wird. Jedenfalls ist anerkannt, dass §§ 31 Abs. 1, 32 öster. IPRG so zu verstehen sind, dass sich der Eigentumserwerb an Grundstücken im Erbgang nach der *lex rei sitae* richtet (sog. „modus“), während es für die Berufung zum Erben beim Erbstatut gem. Art. 28 Abs. 1 öster. IPRG (sog. „titulus“) bleibt (OGH, Beschl. vom 08.10.1991 – 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329; OLG Köln FamRZ 1997, 1176; Staudinger/Hausmann, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rn. 296, 311 „Österreich“).

Das bedeutet - wie das Nachlassgericht zunächst zu Recht feststellt -, dass es bei Anwendung österreichischen Erbrechts bezüglich des Eigentumserwerbs eines Grundstücks in Deutschland zu einer partiellen Rückverweisung auf das deutsche Recht kommt, die das deutsche Recht gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch annimmt (vgl.: OLG Köln FamRZ 1997, 1176; Staudinger/Hausmann, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rn. 296, 311 „Österreich“). Dem Nachlassgericht ist indes entgegenzuhalten, dass diese partielle Rückverweisung nur die Frage betrifft, ob sich der Eigentumserwerb an

einem Grundstück nach § 1922 Abs. 1 BGB richtet (Vonselbsterwerb) oder ob es zusätzlich eines Einantwortungsbeschlusses nach österreichischem Verlassenschaftsrecht bedarf (OLG Köln FamRZ 1997, 1176; BayObLG ZEV 1999, 485; Staudinger/Hausmann, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rn. 296, 311 „Österreich“), sowie z. B. die Frage, ob ein Vermächtnis dinglich oder nur schuldrechtlich wirkt (hierzu: BGH NJW 1995, 58 ff.). Dem liegt die Abgrenzung zwischen dem Erbstatut gem. Art. 25 EGBGB und dem Sachenrechtsstatut gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB zugrunde. Dieses Abgrenzungsproblem ist nach deutschem Verständnis dergestalt zu lösen, dass der Eigentumserwerb, d. h. die Frage, ob es einer Einantwortung bedarf oder nicht, dem Sachenrecht unterliegt (Art. 43 Abs. 1 EGBGB), die Frage der Ausschlagung indes dem Erbrecht (Art. 25 EGBGB). Nach österreichischem Recht ist diese Qualifikationsfrage nicht anders zu behandeln. Hierfür spricht schon die Gesetzessystematik. Denn ebenso wie im deutschen Recht der Art. 43 EGBGB sind auch die §§ 31, 32 öster. IPRG unter der Überschrift „Sachenrecht“ zu finden. Die Übereinstimmung ist aber auch inhaltlicher Natur. So hat der Oberste Gerichtshof zur Auslegung des § 32 öster. IPRG ausgeführt (OGH, Beschl. vom 08.10.1991 – 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329):

„Der Erbschaftserwerb dinglicher Nachlassrechte an Liegenschaften ist daher nach dem Recht des Lagerortes zu beurteilen (...). Unter „Erwerb“ ist dabei nach den Materialien (RV 785 B1gNR 14.GP47) nur der sachenrechtliche Erwerbsakt (Modus), nicht aber auch der Erwerbstitel gemeint. § 32 IPRG bezieht sich also auch im Erbrecht nur auf den erforderlichen Modus des dinglichen Erbschaftserwerbs (also auf die Frage, ob unmittelbarer Übergang auf den Berechtigten stattfindet oder Einantwortung bzw. sonstige Übergabe oder Registereintragung für den Nachlasserwerb notwendig sind).“

Die beiden Ausschlagungserklärungen der Beteiligten zu 2) und 3) sind nach österreichischem Recht wirksam. Ausschlagungserklärungen liegen vor. Soweit die Beteiligte zu 2) in ihrem Schreiben vom 16.09.2014 den „Verzicht auf die Nachlassenschaft“ des Erblassers erklärt hat, ist dies als Ausschlagungserklärung auszulegen. Die Ausschlagungserklärungen sind nach österreichischem Recht nicht annahmepflichtig (Ferid/Firsching/Lichtenberger, Internationales Erbrecht, 2014, Österreich, Rn. 394 ff.). Unabhängig davon sind die Ausschlagungen seitens der Beteiligten zu 2) und 3) sowohl dem Nachlassgericht in Köln als auch dem Nachlassgericht in Österreich gegenüber erklärt worden. Die Ausschlagungsfrist ist gewahrt, da eine Frist nicht gesetzt wurde und die Frist daher noch gar nicht zu laufen begonnen hatte (§ 157 öster. AußStrG (Außerstreitgesetz)).

Die Ausschlagungen sind auch formgerecht erfolgt. Das auf die Form einer Ausschlagungserklärung anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB (BayObLGZ 1994, 40; Staudinger/Dörner, EGBGB, 2007, Art. 25 Rn. 116; BeckOK/Lorenz, EGBGB, Art. 25 Rn. 35). Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das

seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, hier das österreichische Recht, oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird. Dabei kann offen bleiben, ob die von der Beteiligten zu 2) am 16.09.2014 erklärte Ausschlagung in Deutschland vorgenommen worden ist, weil sie in Deutschland abgegeben worden ist. Denn die beiden Ausschlagungen der Beteiligten zu 2) und 3) erfüllen jedenfalls die Formvorschriften des österreichischen Rechts. Nach österreichischem Recht reicht schon eine schriftliche Erklärung aus (Ferid/Fischinger/Lichtenberger, Österreich, Stand 2014, Rn. 395). Dies ergibt sich infolge Auslegung von §§ 157, 159 Abs. 3 öster. AußStrG (Außerstreitgesetz). Nach § 157 AußStrG wird der mögliche Erbe unter Setzung einer Frist von mindestens 4 Wochen aufgefordert zu erklären, ob er die Erbschaft antritt oder ausschlägt. In § 159 Abs. 3 öster. AußStrG ist geregelt, dass die Antrittserklärung in schriftlicher Form mit Unterschrift zu erfolgen hat. Daraus ist zu folgern, dass dieses Schriftformerfordernis auch für die Ausschlagung gilt, zumal nach österreichischem Recht die Versäumung der Frist oder schlichte Untätigkeit gem. § 157 Abs. 2 und 3 öster. AußStrG nicht als Ausschlagung zu werten sind (Ferid/Fischinger/Lichtenberger, Österreich, Stand 2014, Rn. 395). Daher sind die notariell beglaubigte Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 3) vom 06.08.2014 und die schriftliche Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 2) vom 16.09.2014 formwirksam erfolgt.

Da die eingesetzten Erben beide weggefallen sind, ist der Beteiligte zu 1) als einziges Kind gesetzlicher Alleinerbe. Dafür, dass der Erblasser den Beteiligten zu 1) auch für den Fall enterben wollte, dass die Beteiligten zu 2) und 3) nicht Erben werden können oder wollen, gibt es in dem Testament keine Anhaltspunkte. Hierfür spricht insbesondere nicht, dass in dem Testament erwähnt wird, dass dem Erblasser die Pflichtteilsberechtigung des Beteiligten zu 1) bekannt war.

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens: 5.000,00 € (§ 36 Abs. 3 GNotKG)

In der Niederschrift über die Verlassabhandlung des Notars Dr. Trattner vom 28.11.2014 ist zwar ein Aktivnachlasswert von 18.107,90 € angegeben (Bl. 32 ff. d. A.). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass in diesem Betrag in Deutschland befindliche Gegenstände enthalten sind. Hier ist aber ein auf den Nachlass in Deutschland befindlichen Nachlass beschränkter Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, dessen Wert nicht ersichtlich ist.

Mitgeteilt durch Vorsitzenden Richter am OLG Köln Werner Sternal

GmbHG § 39 HGB § 15

Auch die Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers ist eine anmeldepflichtige Änderung im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG.

Mit der entsprechenden Eintragung im Handelsregister wird nicht zugleich verlautbart, dass der Abberufene zuvor Geschäftsführer gewesen sei.

OLG Köln, Beschl. v. 3.6.2015 – 2 Wx 117/15

Gründe:

I.

Die Beteiligte zu 2. ist im Handelsregister des Amtsgerichts Köln unter HRB verzeichnet; die Beteiligte zu 1. ist als deren einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin eingetragen.

Am 02.02.2015 hat die Beteiligte zu 1. über ihre Verfahrensbevollmächtigte dem Amtsgericht - Registergericht - Köln elektronisch einen Gesellschafterbeschluss vom 19.12.2014 übermittelt, wonach u.a. Herrn M. R. Sch. nicht mehr Geschäftsführer sei, und diese Tatsache zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (Ziff. 2. der Anmeldung vom 23.01.2015). Ausweislich eines ebenfalls beigefügten weiteren Gesellschafterbeschlusses war Herr Sch. 12.08.2014 zum Geschäftsführer bestellt worden, eine entsprechende Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister ist indes nicht erfolgt.

Nach vorangegangenem Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte mit der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten hat das Registergericht mit Beschluss vom 13.03.2015, erlassen am 16.03.2015, den Antrag auf Vollzug von Punkt 2. der Anmeldung vom 23.01.2015 zurückgewiesen. Da Herr M. R. Sch. derzeit nicht als Geschäftsführer eingetragen sei, komme auch die Eintragung seines Ausscheidens nicht in Betracht; hierdurch würde nämlich zum Ausdruck gebracht, dass er zuvor Geschäftsführer gewesen sei. Dies könne indes vom Registergericht nicht mehr überprüft werden - insbesondere deshalb, weil die nach §§ 39 Abs. 3, 6 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung nicht eingereicht worden sei.

Gegen diesen ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 25.03.2015 zugestellten Beschluss haben die Beteiligten mit Schriftsatz vom 20.04.2015, bei Gericht am 27.04.2015 eingegangen, Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 29.04.2015, erlassen am 30.04.2015, nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt.

II.

1.

Die vorliegende Beschwerde ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Das Rechtsmittel ist nach Maßgabe der §§ 63 Abs. 1, Abs. 3, 64 Abs. 2 S. 1 FamFG form- und fristgerecht eingelegt wor-

den. Zwar reichte hierzu die elektronische Übermittlung, die am 22.04.2015 über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) erfolgt ist, nicht aus (vgl. hierzu etwa Senat, FGPrax 2011, 152 f.). Da aber der Lauf der in § 63 Abs. 1 FamFG bestimmten Monatsfrist nicht mit der Zustellung an die Beteiligten persönlich (die an die Beteiligte zu 1. schon am 24.03.2015 erfolgt ist), sondern erst mit der Zustellung an ihre Verfahrensbevollmächtigte (25.03.2015) in Gang gesetzt worden ist (§ 15 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 172 Abs. 1 ZPO; vgl. hierzu Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 15 Rdn. 23 ff.), ist die Beschwerde am Montag, dem 27.04.2015, insgesamt noch rechtzeitig in schriftlicher Form beim Registergericht eingegangen (§ 16 Abs. 2 FamFG, § 222 Abs. 2 ZPO).

Schließlich sind auch beide Beteiligte im Sinne des § 59 FamFG beschwerdeberechtigt. Für die Beteiligte zu 2. folgt dies daraus, dass sie in Bezug auf die Anmeldung vom 23.01.2015 als Anmeldende (vgl. hierzu Keidel/Heinemann, § 374 Rdn. 44a) und damit als Antragstellerin im Sinne des § 59 Abs. 2 FamFG anzusehen ist. Daneben ist im Hinblick auf ihre durch Zwangsgeldfestsetzung erzwingbare Anmeldepflicht (§ 14 Abs. 1 HGB) auch die Beteiligte zu 1. als anmeldende Geschäftsführerin beschwerdeberechtigt (vgl. hierzu etwa Senat, FGPrax 2001, 214; Keidel/Meyer-Holz, § 59 Rdn. 86 m.w.Nachw.).

2.

Die Beschwerde ist auch begründet; die vom Registergericht geäußerten Bedenken stehen der beantragten Eintragung nicht entgegen.

Gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Zu den danach anmeldepflichtigen Tatsachen zählt neben der Neubestellung von Geschäftsführern insbesondere auch die Beendigung des Geschäftsführeramtes, sei es durch Abberufung oder durch Amtsniederlegung. Die Eintragungspflicht für eine Amtsbeendigung entfällt nach herrschender Auffassung auch nicht etwa deshalb, weil schon die Bestellung nicht eingetragen worden war (vgl. etwa KG, GmbHR 2012, 518, 519; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 39 Rdn. 2; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 39 Rdn. 3; Krafska/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdn. 1088a; ähnlich Scholz/Schneider/Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2013, § 39 Rdn. 3: die Eintragung „empfehle sich“ im Hinblick auf § 15 HGB).

Dem schließt sich der Senat an. Die Eintragung der nach § 39 Abs. 1 GmbHG anmeldungspflichtigen Tatsachen hat grundsätzlich keine konstitutive Wirkung für die durch sie bekundeten Rechtsvorgänge (vgl. etwa OLG Hamm, GmbHR 2011, 29; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 39 Rdn. 3; Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 39 Rdn. 3 m.w.Nachw.). Sofern also der Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers nicht anderweitige Hindernisse entgegenstehen, ist diese auch dann wirksam, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen ist. Dementsprechend führt auch die Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers - jedenfalls im Regelfall - zu einer Änderung in der Person der Geschäftsführer im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG.

Vor allem aber beruht die dargestellte Auffassung wesentlich auf der auch vom Senat geteilten Erwägung, dass die Gesellschaft im Hinblick auf § 15 Abs. 1 HGB ein erhebliches Interesse daran hat, das Wiederausscheiden des Geschäftsführers eintragen zu lassen. Ihr droht nämlich bei fehlender Eintragung der Amtsbeendigung auch dann eine Rechtsscheinhaftung aus § 15 Abs. 1 HGB, wenn schon die Bestellung nicht eingetragen worden war (KG, GmbHR 2012, 518, 519; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, a.a.O., § 39 Rdn. 2; Scholz/Schneider/Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2013, § 39 Rdn. 3). Denn nach § 15 Abs. 1 HGB wird ein gutgläubiger Dritter gegen die Folgen nicht eingetragener Tatsachen auch dann geschützt, wenn die gebotene Voreintragung unterblieben ist (BGHZ 55, 267, 272; BGHZ 116, 37, 44; Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 15 Rdn. 11; Ebenroth/Boujong/Gehrlein, HGB, 3. Aufl. 2014, § 15 Rdn. 8 m.w.Nachw.). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Dritte auf andere Weise als durch das Handelsregister von der - dort nicht eingetragenen - Tatsache erfahren haben kann; er kann auf deren Fortbestand vertrauen, solange ihr Wegfall nicht entsprechend der Eintragungspflicht im Handelsregister kenntlich gemacht worden ist (BGHZ 116, 37, 44; Ebenroth/Boujong/Gehrlein, a.a.O., § 15 Rdn. 8). Die Gesellschaft kann demnach einem Dritten die Abberufung eines Geschäftsführers unabhängig von dessen Voreintragung nur dann entgegenhalten, wenn die Abberufung entweder in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde oder dem Dritten positiv bekannt war. Vor diesem Hintergrund muss es möglich sein, die Abberufung ohne Rücksicht auf die Voreintragung einzutragen.

Dementsprechend handelt es sich auch bei der Abberufung des Herrn M. R. Sch. gemäß Gesellschafterbeschluss vom 19.12.2014 um eine Tatsache, die nach § 39 Abs. 1 GmbHG anmeldepflichtig ist. Soweit das Registergericht die Eintragung gleichwohl im Hinblick auf den damit verbundenen Aussagegehalt für unzulässig hält, teilt der Senat diese Bedenken, die - soweit ersichtlich - auch in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht geäußert worden sind, nicht. Mit der Eintragung der Amtsbeendigung des Herrn Sch. wird nämlich nicht zugleich registerrechtlich verlautbart, dass und insbesondere für welchen Zeitraum Herr Sch. zuvor Geschäftsführer gewesen ist. Zwar mag die Beendigung des Geschäftsführeramtes gedanklich voraussetzen, dass der Geschäftsführer dieses Amt zuvor jedenfalls für eine logische Sekunde innehatte; hierbei handelt es sich aber nur um eine mittelbare Schlussfolgerung, die insbesondere nicht an den Rechtswirkungen des § 15 HGB teilnimmt. Vor diesem Hintergrund wird mit der beantragten Eintragung lediglich verlautbart, dass Herr Sch. (jedenfalls) jetzt nicht mehr Geschäftsführer ist - nicht aber, dass er es jemals gewesen sei.

3.

Da den Beteiligten im Beschwerdeverfahren kein Gegner gegenübersteht, ist eine Kostenentscheidung nach § 81 FamFG nicht veranlasst.

Anlass zur Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht nicht.

Mitgeteilt durch Vorsitzenden Richter am OLG Köln Werner Sternal

**HGB §§ 25, 6
PartGG § 2**

Der bei Übernahme der Geschäfte einer zunächst fortbestehenden Rechtsanwalts-GmbH durch eine Partnerschaftsgesellschaft vereinbarte Haftungsausschluss ist in das Handelsregister einzutragen.

OLG München, Beschluss vom 8.4.2015 – 31 Wx 120/15, rechtskräftig

Gründe:

I.

Die beschwerdeführende Rechtsanwaltspartnerschaft beantragte unter dem 16.01.2015 ihre Eintragung in das Partnerschaftsregister. Unter Ziffer 5 des Eintragungsantrags heißt es:

„Zugleich wird zur Eintragung in das Handelsregister beantragt, dass die nunmehr im Partnerschaftsregister des AG München einzutragende Partnerschaft nicht für Verbindlichkeiten der ... Rechtsanwalts-GmbH ... haftet.“

Das Registergericht sieht ein Vollzugshindernis, weil der Haftungsausschluss nach § 25 HGB „bei Partnerschaften nicht eintragbar“ sei. Demgegenüber vertritt die Partnerschaftsgesellschaft die Auffassung, dass in vorliegendem Falle die Anwendbarkeit von § 25 HGB schon deshalb zu bejahen sei, weil es hier um die Fortführung ihrer Rechtsanwalts-GmbH ginge. Deren Geschäft werde sukzessive auf die Partnerschaftsgesellschaft übertragen und fortgeführt. Die Eintragung des Haftungsausschlusses sei schon bei ernsthafter Möglichkeit der Haftung geboten.

Das Amtsgericht hat der rechtzeitig gegen die Zwischenverfügung vom 3.3.2015 eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen.

II.

Die Beschwerde hat Erfolg, weil entsprechend dem Eintragungsantrag vom 16.01.2015 die Haftungsbeschränkung für Verbindlichkeiten der Rechtsanwalts-GmbH in das Handelsregister einzutragen ist.

Die Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB muss schon dann erfolgen, wenn die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass das Prozessgericht auf Klage eines Gesellschaftsgläubigers die Haftung der Partnerschaftsgesellschaft für Verbindlichkeiten der Rechtsanwalts-GmbH annimmt (vgl. etwa OLG Schleswig, FGPrax 2012, 126 <127>). Davon muss hier schon deshalb ausgegangen werden, weil es zwar einerseits zutrifft, wenn das Registergericht darauf hinweist, dass Rechtsanwälte kein Handelsgewerbe betreiben, andererseits aber die bisher betriebene Rechtsanwalts-GmbH gemäß § 6 Abs. 1 HGB Formkaufmann ist. Deshalb wäre es jedenfalls gut vertretbar, bei einer entsprechenden Streitigkeit anzunehmen, dass die Partnerschaftsgesellschaft das „Formhandelsgeschäft“ der Rechtsanwalts-GmbH fortführt. Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass die Rechtsanwalts-GmbH derzeit noch fortgeführt wird. Denn die Partnerschaftsgesellschaft hat denselben Gegenstand, nämlich das Erbringen von Rechtsdienstleistungen. Sie benutzt dieselben Räumlichkeiten, dieselben Mitarbeiter und Kommunikationsmöglichkeiten wie die Rechtsanwalts-GmbH. Auch die hier beabsichtigte sukzessive Übernahme der Tätigkeit der bisher betriebenen Rechtsanwalts-GmbH kann eine Firmenfortführung im Sinne von § 25 Abs. 1 HGB sein (BGH, NJW-RR 2009, 820 Rn. 15; s. dazu a. Kögel, Rpfleger 2007, 299 <300>). Im Übrigen teilt der Senat die Auffassung des Amtsgerichts, dass die Verweisung in § 2 Abs.2 PartGG auf die dort im Einzelnen genannten Vorschriften des HGB die Anwendung von § 25 Abs.1 HGB auf Partnerschaftsgesellschaften jedenfalls nicht von vornherein ausschließt. Denn die Vorschrift bezieht sich auf das Namensrecht der Partnerschaft, nicht aber auf den Bereich der Außenhaftung der Partnerschaftsgesellschaft (so schon der BGH in dem obiter dictum NJW 2010, 3720 Rn.5; siehe auch Binnewies/Wollweber, AnwBl 2014, 9 <10>).

Bezeichnenderweise ist die Haftungsbeschränkung im Partnerschaftsregister eingetragen, wie ein Einblick in das Register am 8.4.2015 ergeben hat.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

Buchbesprechungen

Dorsel (Hrsg.), Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2015, 139,- Euro, ISBN: 978-3-452-28205-7.

In der Reihe „Kölner Hand- und Formularbücher der notariellen Praxis“ ist nunmehr die zweite Auflage des Kölner Formularbuchs Erbrecht, herausgegeben von Notar Dr. Christoph Dorsel, erschienen. Nach dem Vorwort ist es Ziel des Buches ein „...umfassendes und zuverlässiges Hilfsmittel...“ bei der Rechtsgestaltung im Erbrecht zu sein. Hierzu gibt es jedoch bereits gerade im Erbrecht eine Vielzahl anderer Werke, wie z.B. das von Brambring und Mutter herausgegebene und in dritter Auflage vorliegende Beck'sche Formularbuch Erbrecht. Für den am Kauf interessierten Leser bzw. die interessierte Leserin stellt sich daher v.a. auch die Frage, wodurch dieses Formularbuch sich von anderen unterscheidet, was sein **Alleinstellungsmerkmal** ist? Dies soll im Folgenden beantwortet werden.

Der Inhalt des Buches ist in **21 Kapitel** unterteilt. Dabei finden sich in allen Kapiteln zahlreiche Formulierungsmuster und Checklisten, die die tägliche Arbeit im Erbrecht erleichtern. **Kapitel 1** behandelt „Vorüberlegungen zur gewillkürten Erbfolge“, die aber m.E. in diesem Kapitel nicht abschließend behandelt werden (können), sondern sich auch in anderen Kapiteln, wie z.B. in Kapitel 10 bei der Behandlung der Problematik der Verminderung und Vermeidung von Pflichtteilsrechten wiederfinden. Kapitel 1 wird durch eine „Checkliste: Gewillkürte Erbfolge“ abgeschlossen, die nochmals wichtige Punkte, v.a. für die Besprechung und Sachverhaltserfassung bei der Erstellung einer Verfügung von Todes wegen, zusammenfasst. Die „Form der Verfügung von Todes wegen“ wird in **Kapitel 2** dargestellt. Bei der Lektüre der Ausführungen zu „Privatschriftlichen Ergänzungen notarieller Verfügungen“ und Muster 2 auf S. 54 (d.h. Anordnung von Testamentsvollstreckung im notariellen Testament ohne namentliche Nennung des Testamentsvollstreckers und gesonderte Benennung des Testamentsvollstreckers in einem eigenhändigen Testament) sollte man sich – insbesondere vor dem Hintergrund des DNotl-Gutachtens Nr. 119161 – aber auch stets die Grenzen für eine solche Vorgehensweise vor Augen halten, wenn der Urkundsnotar selbst zum Testamentsvollstrecker eingesetzt werden soll. Hierauf hätte an dieser Stelle eingegangen werden können. **Kapitel 3** erörtert sodann „Die Verteilung des Nachlasses auf einen oder mehrere Erben“. Besonders lesenswert sind hierbei die Ausführungen zu den Ausnahmen vom Prinzip der Universalsukzession auf den Seiten 83 ff., wozu auch die Nachlassspaltung nach IPR gehört. Die „Zuwendung einzelner Nachlassgegenstände“ hat **Kapitel 4** zum Inhalt. Hierbei überzeugt gerade die große Vielfalt an Formulierungsvorschlägen für die verschiedensten Arten des Vermächtnisses, vom Grundbesitzvermächtnis über das Schuldbefreiungsvermächtnis bis hin zum Zweckvermächtnis in Form des sog. „Supervermächtnisses“. „Die

Sicherung der Erwerbaussichten für Endbedachte“ durch Vor- und Nacherbschaft, aufschiebend befristete bzw. bedingte Vermächtnisse und Nießbrauchsvermächtnisse wird sodann ausführlich in **Kapitel 5** behandelt. Dort finden sich auch – etwas versteckt unter den Rn. 522 ff. – äußerst gelungene Ausführungen zum Behindertentestament. Unter Rn. 689 ff. werden auch typische Fehler bei der Abfassung eines Behindertentestaments aufgezeigt. Das Thema der „Verfügungen von Todes wegen von Ehegatten“ wird in **Kapitel 6** dargestellt. Hierbei ist besonders hervorzuheben, dass die Autoren auch in diesem Zusammenhang, die teils noch im ländlichen Bereich vorkommende fortgesetzte Gütergemeinschaft in ihren Überlegungen nicht aussparen, sondern in den Rn. 148 ff. mitbehandeln. Ein eigenes **Kapitel (7)** wird auch der Bindung des Erblassers gewidmet. Die nichteheleiche Lebensgemeinschaft und die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei dieser werden in **Kapitel 8** näher betrachtet. Ein ausführliches Muster eines Erbvertrages von Lebensgefährten mit einseitigen Kindern rundet diese gelungenen Ausführungen ab. Die Einflussnahme des Erblassers über seinen Tod hinaus, insbesondere die Testamentsvollstreckung wird in **Kapitel 9** mit zahlreichen sehr lesenswerten Musterformulierungen ausgeführt. Die Stiftung – als weitere Form der Einflussnahme über den Tod hinaus – wird dabei in einem eigenen **Kapitel (13)** dargestellt. Die gerade zur Reduzierung des Pflichtteils von „Problemkindern“ (ohne deren Mitwirkung) erforderlichen Überlegungen werden in **Kapitel 10** („Verminderung und Vermeidung von Pflichtteilsrechten“), insbesondere unter den Rn. 81 ff., umfassend behandelt. Ein eigenes **Kapitel (11)** widmen die Autoren auch der „Regelung der Nachfolge in Gesellschaftsvermögen“. Hier finden sich dann auch Kapitel 9 ergänzende Ausführungen mit Formulierungsvorschlägen zur Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich. Nicht zu kurz kommt das landwirtschaftliche Erbrecht in **Kapitel 12**. Dort finden sich auch Ausführungen zum „Landgutsübergabevertrag“ nach BGB – die HöfeO gilt ja in vielen Teilen Deutschlands nicht – unter den Rn. 30 ff. Deshalb ist es auch schlichtweg falsch, wenn die landwirtschaftlichen Buchstellen pauschal von „Hofübergabeverträgen“ sprechen. Ein mögliches Testament eines Landwirts findet sich wiederum unter den Rn. 37 ff. Das Stiftungsrecht wird in **Kapitel 13** mit zahlreichen Formulierungsbeispielen besprochen. Wer in seiner eigenen notariellen Praxis hiermit bislang wenig zu tun hatte, wird hier auf sehr lesenswerte und verständliche Ausführungen treffen. Das Nachlassverfahren inklusive des Europäischen Nachlasszeugnisses wird in **Kapitel 14** behandelt. Hier finden sich sodann auch Ausführungen zum notariellen Nachlassverzeichnis und eine Musterformulierung für ein solches unter den Rn. 431 ff. Erbrechtlich relevante Rechtsgeschäfte unter Lebenden hat **Kapitel 15** zum Gegenstand. Dort finden sich auch Formulierungsbeispiele für eine Güterstandsschaukel (Rn. 17 ff.) und eine internationale Generalvollmacht (Rn. 108 ff.). Erbrechtlich relevante Rechtsgeschäfte zwischen Erblasser und künftigen Erben

werden daran anschließend in **Kapitel 16** dargestellt. Dabei wird v.a. der Zuwendungsverzicht mit seinen Fallstricken unter den Rn. 95 ff. behandelt. Eine Musterformulierung für einen solchen findet sich unter den Rn. 145 ff. Eine Checkliste hierzu unter Rn. 159. **Kapitel 17** erörtert sodann „Verträge unter künftigen Erben“, v.a. Erbschaftsverträge. Die Musterformulierung für eine Ausschlagungsverpflichtungserklärung findet sich unter Rn. 80 ff. Erbaueinandersetzungsvertrag, Erbteilsübertragung und Vermächtniserfüllungsvertrag werden in **Kapitel 18** behandelt. Das Muster für eine Abschichtungsvereinbarung findet sich hierbei unter den Rn. 98 ff. Hervorzuheben ist schließlich **Kapitel 19**, in dem Testamente und Erbverträge bei Auslandsberührung und insbesondere die EuErbVO umfassend erörtert werden. Fragen der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer werden in **Kapitel 20** dargestellt. Dabei überzeugen die Ausführungen von Ihle v.a. auch deshalb, weil sie unter Rn. 274 ff. auch erbschaftsteuerliche Gestaltungsmöglichkeiten nach dem Erbfall miteinbeziehen, wie z.B. die Ausschlagung gegen Abfindung. Zahlreiche Ge-

samtmuster für Einzeltestamente, Testamente von Ehegatten, auch Ehegatten einer „Patchwork-Familie“ sowie Erbverträge in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft finden sich schließlich unter **Kapitel 21** des Buches.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Autoren ihr Versprechen aus dem Vorwort mehr als halten. Eine solche Vielzahl an Formulierungsvorschlägen, Gesamtmustern und Checklisten findet man bei weitem nicht in jedem Formular- bzw. Handbuch zum Erbrecht. Darin sehe ich auch ein **Alleinstellungsmerkmal** dieses Buches. Die Onlineausgabe steht auf *jurion.de* für den Käufer bzw. die Käuferin zum Freischalten bereit. So können die Formulare des Werkes heruntergeladen werden. Ich persönlich würde hier gleichwohl eine (zusätzliche) CD-Rom bevorzugen. Für dieses Buch kann der Rezensent aber nur eine uneingeschränkte Kaufempfehlung aussprechen!

von Notar Dr. Peter Becker, Tauberbischofsheim

Aktuelles aus dem Steuerrecht

von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, LL.M., Notarvertreter*, Stuttgart

Seit dem ersten Heft der BWNotZ im Jahr 2009 gibt es die Rubrik „Aktuelles aus dem Steuerrecht“. Bis einschließlich 2010 wurde die Verantwortung gemeinsam mit Jan Haubold getragen. Die Rubrik erschien regelmäßig in drei Ausgaben der BWNotZ pro Jahr. In nicht festgelegter periodischer Reihenfolge wechselte sich „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ mit der Rubrik „Aktuelles aus dem IPR“ ab. Die grundsätzliche Idee zu einer alternierenden Veröffentlichung von Neuerungen im Steuerrecht und im Internationalen Privatrecht stammt vom damaligen Schriftführer der BWNotZ Daniel Schaal.

Bereits vor „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ gab es innerhalb der BWNotZ über viele Jahre hinweg die Rubrik „Steuerrechtsecke“ vom Kollegen Gehweiler. Auch zukünftig wird das Steuerrecht immer wieder Eingang in die BWNotZ finden. Als Rechtsgebiet ist es einfach zu volatil und besitzt zu viele Berührungspunkte mit der Tätigkeit eines Notars, als dass es nicht so sein könnte. Die Rubrik „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ in der von mir verantworteten bisherigen Form endet allerdings mit dieser insgesamt zwanzigsten Ausgabe.

Ich bedanke mich bei denen, die ab und an einen Blick hinein geworfen haben. Weiterhin bedanke ich mich besonders bei Jan Haubold für seine Mithilfe, bei Daniel Schaal, sowie den wechselnden Schriftführern der BWNotZ, die immer damit leben mussten, dass ich es nie verinnerlicht habe wann die Abgabetermine sind.

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung

Mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 02. Dezember 2015¹ wurde eine neue Vervielfältigtabelle mit Wirkung ab dem 01. Januar 2016 veröffentlicht.

Diese dient, auf der Grundlage der am 22. April 2015 veröffentlichten Sterbetafel 2010/2012, der Kapitalisierung einer lebenslänglichen Nutzung und Leistung nach § 14 Abs. 1 BewG. Die bisher gültige Anlage 9 zu § 14 BewG wird mit Wirkung zum 01.01.2016 aufgehoben.

2. Vorläufige Festsetzung der Erbschaft- und Schenkungsteuer

Das Bundesverfassungsgericht hatte am 17.12.2014 entschieden, dass die Befreiungs- und Vergünstigungsvorschriften der §§ 13a und 13b, jeweils in Verbindung mit § 19 ErbStG nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind.² Der Gesetzgeber ist verpflichtet bis zum 30.06.2016 eine Neuregelung zu schaffen. Im Hinblick auf die Verpflichtung werden

sämtliche offenen Feststellungen im Erbschaft- oder Schenkungsteuerbereich die für Steuerfälle nach dem 31.12.2008 zu treffen sind nun mehr vorläufig durchgeführt.³ Soweit diese Vorschriften für die Ermittlung der Erbschaft- und Schenkungsteuer nicht berührt sind unterbleibt die Feststellung der Vorläufigkeit.

3. Vorläufige Festsetzung der Grunderwerbsteuer

Das Bundesverfassungsgericht hatte am 23.06.2015 entschieden, dass die Verwendung von Grundbesitzwerten in Verbindung mit § 8 Abs. 2 GrEStG mit dem GG unvereinbar ist.⁴ Der Gesetzgeber ist verpflichtet bis zum 30.06.2016 eine auf den 01.01.2009 zurückwirkende Neuregelung zu schaffen. Soweit die Grunderwerbsteuer nach dem 01.01.2009 auf der Grundlage von Grundbesitzwerten ermittelt wurde, geschah dies bereits vorläufig. Mit Erlass vom 05. Oktober 2015 wurde festgelegt, dass bis zu einer gesetzlichen Neuerung keine Grunderwerbsteuerbescheide mehr ergehen dürfen, die nach § 8 Abs. 2 GrEStG i.V.m. den §§ 138 BewG Grundbesitzwerte als Besteuerungsgrundlagen verwenden.⁵ Von diesem Moratorium dürften vor allem Umwandlungen, Einbringungen sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage sein. Weiterhin Fälle bei denen eine Gegenleistung nicht ermittelt werden kann. Im Rahmen des Steuerrechtsänderungsgesetzes 2015⁶ wurde der Verweis in § 8 Abs. 2 GrEStG auf die Bedarfswerte nach § 138 ff. BewG durch einen Verweis auf die Werte für die Erbschaftsteuer nach § 157 BewG ersetzt.

4. Veräußerungsgewinnbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG

Gemäß § 8b Abs. 2 KStG bleiben bei der Ermittlung des Einkommens Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne des § 14 oder § 17 außer Ansatz. Hierzu gibt es in Abs. 3 die Einschränkung, dass 5% des Veräußerungsgewinns nicht als Betriebsausgaben anerkannt werden können. Im Ergebnis führt dies zu einer Gewinnbesteuerung von ausschließlich

* Amtsverwalter beim Notariat Ludwigsburg VII

1 BMF-Schreiben v. 02.12.2015, Dokumentennummer 2015/1103277; Geschäftszeichen IV C 7 - S 3104/09/10001; DStR 2015, 2778.

2 BVerfG Ur. v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12 NJW 2015, 303.

3 Gleich lautender Erl. der obersten Finanzbehörden der Länder v. 05.11.2015; Geschäftszeichen IV A 3 - S 0338/07/10010; DStR 2015, 2552.

4 BVerfG Beschl. v. 23.06.2015 - 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11 NJW 2015, 3221.

5 Gleich lautender Erl. der obersten Finanzbehörden der Länder v. 05.10.2015; DStR 2015, 2333.

6 Steuerrechtsänderungsgesetz (StÄndG 2015) v. 02.11.2015 BGBl. I 2015, 1834.

5% des Erlöses. Fraglich war, wie mit vorgeschobenen oder nachträglichen Veräußerungskosten bzw. Kaufpreisänderungen umgegangen werden sollte. Hierzu hat das BMF nun mehr Stellung genommen.⁷

Veräußerungskosten, die bereits in einem früheren Veranlagungsjahr bilanziell erfasst worden sind, zum Beispiel für Beratungsleistungen finden im Jahr der Veräußerung erneut Berücksichtigung und mindern den Veräußerungsgewinn. Ausgleichend werden sie im Rahmen einer außerbilanziellen Gewinnkorrektur nachträglich im Jahr der Entstehung als Gewinn berücksichtigt. Nachträgliche Veränderungen im Kaufpreis, wie zum Beispiel eine Minderung oder ein Totalausfall der Forderung werden ebenfalls außerbilanziell in dem Jahr der Veräußerung und nicht in dem Jahr der Entstehung berücksichtigt. In diesen Fällen kommt es ebenfalls zu einer Anpassung der bisher den Gewinn hinzugerechneten 5% Mindestgewinns nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG.

Das Schreiben des BMF erhält zur Bestimmung des Gewinns bei nachträglichen Veränderungen oder bei geleisteten Vorleistungen ein Berechnungsbeispiel.

II. Gesetzliche Neuregelungen

1. Steueränderungsgesetz 2015⁸

a) Grunderwerbsteuer⁹

Das Steueränderungsgesetz 2015 korrigiert die Berechnung der Beteiligungsverhältnisse bei mittelbarer Änderung des Gesellschafterbestands einer Personengesellschaft gem. § 1 Abs. 2a GrEStG.¹⁰ Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand mittelbar oder unmittelbar zu mindestens 95%, gilt dies als Übertragung des Grundstücks und löst Grunderwerbsteuer aus. Mit Entscheidung des BFH vom 24.4.2013¹¹ wurde offenbar, dass eine Regelung für die Berechnung der Beteiligungsverhältnisse fehlte, wenn an der grundbesitzenden Personengesellschaft eine Personengesellschaft beteiligt ist. Der BFH löste dies durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die zu einer Gleichbehandlung von Kapital- und Personengesellschaften führte. In beiden Fällen seien die Gesellschaften transparent zu behandeln. Dies bedeutete, dass zu prüfen war, ob sich der Gesellschafterbestand der beteiligten Gesellschaft zu mindestens 95% geändert hatte.¹²

Die Neuregelung durch das StÄndG 2015 führt insoweit zu der Einschränkung, dass diese Betrachtung nur noch für die Änderung im Gesellschafterbestand einer Kapitalgesellschaft, die an einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft beteiligt ist Wirkung entfaltet. Bei einer Personengesellschaft, die an einer grundstücksbesitzenden weiteren Personengesellschaft beteiligt ist, erfolgt auch bei mehrstufigen Beteiligungen eine anteilige Berücksichtigung durch Multiplikation der Prozentsätze der Anteile am Gesellschaftsvermögen der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft § 1 Abs. 2a GrEStG wurde insoweit neu gefasst und führt

zu einer „Durchrechnung“ indem auf die jeweiligen Beteiligungsverhältnisse abgestellt wird. Im Ergebnis wird damit Rechtsprechung des BFH wieder auf den „gelebten“ Zustand vor der Entscheidung zurückgeführt. Der Lesbarkeit und Verständlichkeit von § 1 Abs. 2a GrEStG war diese Gesetzesanpassung nicht zuträglich.

b) Körperschaftsteuer

Werden innerhalb von fünf Jahren unmittelbar oder mittelbar mehr als 50% der Anteile an einer Körperschaft auf einen neuen Erwerber übertragen, so geht nach § 8c KStG der Verlustvortrag der Körperschaft vollständig unter; bei einem Erwerb von mehr als 25% bis 50% geht der Verlustvortrag anteilig unter. Nach der sog. Sanierungsklausel nach § 8c Abs. 1a KStG liegt kein schädlicher Beteiligungserwerb vor, wenn ein nicht abziehbarer nicht genutzter Verlust die zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs vorhandenen im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven nicht übersteigt. Aufgrund europarechtlicher Bedenken findet diese Regelung gem. § 34 Abs. 6 KStG momentan keine Anwendung.

Weiterhin konnte der Untergang des Verlustvortrags vermieden werden, sofern die Konzernklausel des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG eingreift. Nach dieser Konzernklausel in seiner bisherigen Form blieben Verlustvorträge bei Umstrukturierungen erhalten, wenn am übertragenden und am übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100% mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist. In der Praxis führte die strikte Auslegung dieser Konzernklausel zu Problemen bei der Umstrukturierung unter Beteiligung der Konzernspitze oder unter Einbindung von Personengesellschaften.

Mit der Neuregelung durch das StÄndG 2015 können nunmehr eine natürliche oder juristische Person sowie eine Personenhandelsgesellschaft dieselbe Person im Sinne der Vorschrift sein. Es reicht zudem aus, wenn am übertragenden Rechtsträger der Erwerber (einschl. einer Personenhandelsgesellschaft) mittelbar oder unmittelbar zu 100% beteiligt ist. Ebenso wird der Verlustuntergang vermieden, wenn am übernehmenden Rechtsträger der Veräußerer (wiederum auch eine Personenhandelsgesellschaft) mittelbar oder unmittelbar zu 100% beteiligt ist.¹³ Die Beteiligung Dritter im Rahmen der Umstrukturierung ist weiterhin steuerschädlich. Die gesetzliche Neuregelung findet auf alle Beteiligungserwerbe nach dem 31.12.2009 Anwendung.

c) Erbschaft- und Schenkungsteuer

Jeder der Erbschaftsteuer unterliegende Erwerb im Sinne von § 1 ErbStG ist gem. § 30 ErbStG vom Erwerber,

⁷ *BMF Schreiben v. 24.7.2015; Dokumentennummer 2015/0606474; Geschäftszeichen IV C 2 - S 2750-a/07/10002 :002; DStR 2015, 1756.*

⁸ *Steuerrechtsänderungsgesetz (StÄndG 2015) v. 02.11.2015 BGBl. I 2015, 1834.*

⁹ *Betreffend der Abschaffung der Grundbesitzwertverwendung nach § 8 Abs. 2 GrEStG vergleiche hier bereits die Ausführungen unter I. 3.*

¹⁰ *Burwitz NZG 2015, 1347.*

¹¹ *BFH Urt. v. 24.04.2013 - II R 17/10 DStR 2013, 1280.*

¹² *Mensch BWNotZ 2013, 123.*

¹³ *Burwitz NZG 2015, 1347.*

bei einer Zweckzuwendung vom Beschwerten binnen einer Frist von drei Monaten nach erlangter Kenntnis von dem Anfall oder von dem Eintritt der Verpflichtung dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt schriftlich anzuzeigen. Erfolgte die Zuwendung unter Einbindung eines Notars ist dieser für die Anzeigenerfüllung verantwortlich. Durch das StÄndG 2015 wurde der Umfang der anzuzeigenden Daten nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 ErbStG erweitert. Anzuwenden ist die Norm auf Steuertatbestände, die nach dem 05.11.2015 realisiert worden sind.

Eine weitere Anpassung betrifft die Steuerbefreiung von Zuwendungen an ausländische Religionsgesellschaften, Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Hier erfolgte eine Klarstellung unter welchen Voraussetzungen insoweit eine Steuerbefreiung greift. Gemäß § 13 Abs. 16 ErbStG ist Voraussetzung, dass die ausländischen Institutionen steuerbefreite Einkünfte nach dem KStG erzielen würden, sofern ihre Einkünfte als inländische Einkünfte zu behandeln wären. Weitere Voraussetzungen sind, dass durch die Staaten, in denen die Zuwendungsempfänger belegen sind, Amtshilfe und Unterstützung bei der Beitreibung geleistet werden. Amtshilfe ist der Auskunfts austausch im Sinne oder entsprechend der Amtshilferichtlinie gemäß § 2 Abs. 2 des EU-Amtshilfegesetzes. Beitreibung ist die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen im Sinne oder entsprechend der Beitreibungsrichtlinie. Werden die steuerbegünstigten Zwecke des Zuwendungsempfängers im Sinne des Satzes 1 nur im Ausland verwirklicht, ist für die Steuerbefreiung ebenfalls Voraussetzung, dass natürliche Personen, die ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben, gefördert werden.

Für den beurkundenden Notar lassen sich diese Voraussetzungen im Rahmen der Testamentsberatung oder bei gewollten lebzeitigen Zuwendungen nur begrenzt mit Sicherheit nachprüfen. Es empfiehlt sich gegebenenfalls eine Auskunft beim zuständigen Finanzamt einzuholen.

2. Grunderwerbsteuererhöhung in Thüringen

Im Rahmen der Haushaltsberatungen in Thüringen haben die an der Regierung beteiligten Parteien eine Anpassung der Grunderwerbsteuer von derzeit 5% auf neu 6,5% beschlossen. Hierbei handelt es sich ausschließlich um eine Koalitionäre Beschlussfassung. Ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren wurde noch nicht vollzogen. Unklar ist auch, inwieweit die Selbstverpflichtung der Länder im Rahmen der Herausforderungen durch den Zuzug von Flüchtlingen den Wohnungsbau zu fördern bzw. nicht durch steuerliche Maßnahmen zu behindern, eine Änderung bei der Beschlussfassung zur Grunderwerbsteuerhöhe nachvollzogen wird.

Abschließend für „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ noch mal die gültigen und geplanten Steuersätze:

Bundesland	Neuer Grunderwerbsteuersatz	Erhöhung geplant	Inkrafttreten
Baden-Württemberg	5,0 %		05.11.2011
Bayern	3,5 %		–
Berlin	6,0 %		01.01.2014
Brandenburg	6,5 %		01.07.2015
Bremen	5,0 %		01.01.2014
Hamburg	4,5 %		01.01.2009
Hessen	6,0 %		01.08.2014
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %		01.07.2012
Niedersachsen	5,0 %		01.01.2014
Nordrhein-Westfalen	6,5 %		01.01.2015
Rheinland-Pfalz	5,0 %		01.03.2012
Saarland	6,5 %		01.01.2015
Sachsen	3,5 %		–
Sachsen-Anhalt	5,0 %		01.03.2012
Schleswig-Holstein	6,5 %		01.01.2014
Thüringen	5,0 %	6,5 % zum 01.01.2017	07.04.2011

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhof

1. Erbschaft- und Schenkungsteuer

a) Zur Frage der Steuerbefreiung für ein aus zwingenden Gründen nicht zu Wohnzwecken genutztes Einfamilienhaus

Dem Bundesfinanzhof wurde zur Entscheidung der nachfolgende Sachverhalt vorgelegt.

Der Kläger war Alleinerbe seines Vaters und erbt unter anderem ein Einfamilienhaus in dem der Erblasser selbst gewohnt hat. Nach dem Tod des Erblassers wurde das Haus renoviert und vermietet. Eine Selbstnutzung erfolgte nicht. Der Kläger machte geltend, dass ihm die Selbstnutzung aus zwingenden Gründen unmöglich ist. Konkret war der Kläger im Rahmen seines Berufungsverfahrens auf eine Professur die Verpflichtung zur Residenz am Ort der Universität eingegangen. Im Hinblick auf den letzten Satz der Befreiungsvorschrift § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG beehrte der Kläger dennoch die Anerkennung als steuerbefreites Familienwohnheim. In diesem Satz heißt es: „Die Steuerbefreiung fällt mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu Wohnzwecken selbst nutzt, es sei denn, er ist aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert“.

Finanzamt, Finanzgericht¹⁴ und im Ergebnis auch der Bundesfinanzhof¹⁵ folgten dieser Argumentation nicht und versagten die Steuerbefreiung für das Familienwohnheim.

¹⁴ FG Münster Ur. v. 31.1.2013 - 3 K 1321/11, DStRE 2014, 549.
¹⁵ BFH Ur. v. 23.06.2015 - II R 13/13 DStRE 2015, 1249.

Voraussetzungen für die Gewährung der Steuerbefreiung sind:

- der Verstorbene hat die Wohnung bis zu seinem Tod zu eigenen Wohnzwecken genutzt oder war aus tatsächlichen zwingenden Gründen daran gehindert;
- der Erbe unverzüglich in die Wohnung einzieht und
- die Wohnfläche höchstens 200qm beträgt.

Unzweifelhaft sind von der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG auch eine Wohnung oder die selbstgenutzten Wohnräume des Erblassers in einem Einfamilienhaus erfasst. Weitere Voraussetzung für die Gewährung der Steuerbefreiung ist, dass das Einfamilienhaus für den Erben zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist. Eine Bestimmung zu eigenen Wohnzwecken ist zunächst eine innere Entscheidung des Erben. Für die steuerliche Anerkennung muss diese innere Entscheidung auch äußerlich sichtbar durch Einzug umgesetzt werden.

Im Entscheidungssachverhalt war umstritten, ob es ausreichend ist, wenn der Erbe im Rahmen der Erbschaftsteuererklärung seinen festen Willen zur Selbstnutzung zum Ausdruck bringt, indes die tatsächliche Selbstnutzung wegen aus seiner Sicht zwingenden Gründen nicht erfolgt. Der BFH hat in diesem Zusammenhang deutlich erklärt, dass es unerheblich ist, welche Gründe der tatsächlichen Selbstnutzung entgegenstehen. Auch objektiv nachvollziehbare zwingende und möglicherweise in der Person des Erben begründete Ursachen lassen die Steuerbefreiung dennoch ausscheiden. Dem Wortlaut folgend findet § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 5 ErbStG ausschließlich Anwendung, sofern die Selbstnutzung eingetreten ist und innerhalb von 10 Jahren aus zwingenden Gründen beendet werden muss. In diesem Fall ist die Steuerbefreiung bereits gewährt worden und es geht um die Frage, ob die Steuerbefreiung rückwirkend entfällt. Dies erfolgt nicht, wenn der Erbe zum Beispiel einen zwingenden gesundheitlichen Grund zum Auszug (z.B. Umzug in eine Pflegeeinrichtung) vorweisen kann.

Der Gesetzesbegründung folgend kann die Steuerbefreiung nur gewährt werden, wenn das Kind das Familienheim auch tatsächlich zu eigenen Wohnzwecken nutzt und damit der Schutzzweck der Sicherung des familiären Familienwohnraums eröffnet ist.¹⁶ In diesem Zusammenhang erklärt der BFH noch, dass die gesamte Norm verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet und eine Ausweitung der Anwendbarkeit über den konkreten Wortlaut hinaus ausscheidet.

Praxishinweis: Für die notarielle Tätigkeit bietet die Befreiungsnorm in § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG einen weiten Handlungsspielraum in der vorsorgenden Rechtspflege. In der familiär einfachen Konstellation, dass Ehegatten gemeinsam Eigentümer einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie sind und ein Ehegatte ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung verstirbt entstehen bereits steuerliche Probleme. Haben die Ehegatten Abkömmlinge erben diese eine ideelle Miteigentumshälfte an dem vererb-

ten Miteigentumsanteil des Erblassers. Eine Nutzung der Immobilie durch die Abkömmlinge zu eigenen Wohnzwecken und als Mittelpunkt des familiären Lebens scheidet vermutlich aus. Im Regelfall wird der überlebende Ehegatte weiterhin in der Immobilie bleiben. Für die Abkömmlinge kommt es daher zu keiner Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG. Dies gilt auch dann, wenn der Abkömmling weiterhin ab und an ein Zimmer in der Immobilie nutzt und ansonsten den überlebenden Elternteil die Immobilie, soweit er berechtigt ist zu eigenen Wohnzwecken unentgeltlich überlässt. Diese Konstellation hatte erst kürzlich das Hessische Finanzgericht zu entscheiden.¹⁷ Die Entscheidung des BFH steht noch aus. Es empfiehlt sich testamentarisch für diese Fälle Vorsorge zu treffen, sofern die Vermögenswerte eine steuergerechte Gestaltung notwendig erscheinen lassen.

b) Zur Frage der Steuerbefreiung für ein Familienheim im Fall der späteren Erbauseinandersetzung

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG ist der Erwerb des Familienheims für Kinder unter gewissen Umständen steuerbefreit möglich.¹⁸ Gemäß § 13c Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ErbStG sind bebaute Grundstücke, die:

- zu Wohnzwecken vermietet werden und
- im Inland, in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des EWR belegen sind und
- nicht zum begünstigten Betriebsvermögen (auch Land- und Forstwirtschaft) gehören

für die Bemessung der Erbschaft- und Schenkungsteuer mit 90 % ihres Wertes anzusetzen.¹⁹ Dem Bundesfinanzhof wurde ein Sachverhalt vorgelegt, bei dem der Kläger trotz Erbengemeinschaft mit seiner Schwester beide Vergünstigungen allein begehrte. Nach dem Tod des Vaters war er hälftiger Miterbe geworden. Zum Nachlass gehört unter anderem ein Zweifamilienhaus. In einer Wohnung hatte der Erblasser gewohnt. Die andere Wohnung war zu Wohnzwecken vermietet.

Der Kläger zog unmittelbar nach dem Erbfall in die Wohnung des Erblassers. Ungefähr ein Jahr später zog seine Familie nach. Die andere Wohnung wurde weiterhin zu Wohnzwecken vermietet. Das Finanzamt hat für Zwecke der Erbschaftsteuer angenommen, dass sowohl die Voraussetzungen von § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG für die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung als auch von § 13c Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ErbStG für die zu fremden Wohnzwecken vermietete Wohnung vorliegen, jeweils begrenzt auf den hälftigen Erbteil des Klägers. Eine Wohnung in einem Zweifamilienhaus war unzweifelhaft als begünstigtes Vermögen anerkennungsfähig. Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche Wohnräume innerhalb eines Objekts von dem Erblasser und anschließend vom Erben zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden.

¹⁶ BT-Drs. 16/11107, S. 9.

¹⁷ FG Hessen Ur. v. 24.03.2015 - 1 K 118/15 BeckRS 2015, 95015.

¹⁸ Vgl. Ausführungen unter 1a).

¹⁹ Mensch BWNNotZ 2015, 58.

Ungefähr 15 Monate nach dem Erbfall einigten sich die beiden Miterben auf eine Erbaueinandersetzung. Das Zweifamilienhaus fiel dabei komplett dem Kläger zu. Er beehrte daraufhin die vollständige Anerkennung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG und die vollständige Berücksichtigung des zehnpromzentigen Wertabschlags nach § 13c Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ErbStG für das Zweifamilienhaus. Dies verweigerte das Finanzamt.

Finanzgericht²⁰ und Bundesfinanzhof²¹ gaben hingegen dem Kläger Recht. Sie stellten fest, dass ein Erbe die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG und die Vergünstigung nach § 13c Abs. 3 i.V.m. ErbStG auch insoweit beanspruchen kann, als er im Rahmen der Erbaueinandersetzung über seine Beteiligung als Miterbe hinaus das Alleineigentum an dem Familienwohnheim bzw. der fremdvermieteten Wohnung erworben hat. Hinsichtlich der Befreiung für das Familienwohnheim schlussfolgert der BFH diesen anerkennungsfähigen Transfer von begünstigten Vermögen auf einen Miterben bereit aus § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG. Dort heißt es: „Überträgt ein Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens“. Zwar wird insoweit der Terminus Dritter verwendet, doch steht dieser Satz nicht allein, sondern im Kontext mit den zwei Sätzen zuvor, die jeweils festlegen, wann ein Miterbe seine Vergünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG nicht in Anspruch nehmen kann. Die Inanspruchnahme ist demnach ausgeschlossen, wenn der Erbe:

- das begünstigte Vermögen auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen muss oder
- im Rahmen der Teilung des Nachlasses begünstigtes Vermögen auf einen Miterben überträgt.

Zwar ist in Satz 4 nicht vom Miterben die Rede, dennoch erscheint es aus dem Gesamtkontext unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung²² richtig anzunehmen, dass auch einem Miterben begünstigtes Vermögen übertragen werden kann, welches dieser dann zur vollen steuerlichen Geltung bringt, sofern er die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

Weitere Voraussetzung für diesen Transfer von begünstigten Vermögens zugunsten eines Dritten bzw. Miterben ist, dass dieser ebenfalls Vermögen überträgt, welches nicht begünstigt ist und vom Erblasser erworben wurde. Im Entscheidungssachverhalt war dies der Fall. Dieser sog. Begünstigungstransfer findet ausschließlich im Rahmen von § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG Anwendung. Damit kann Gegenstand eines Begünstigungstransfers nur das Familienwohnheim im Sinne der Norm sein.

Fraglich war hier, ob dieser Begünstigungstransfer unter Umständen ausgeschlossen ist, wenn zwischen dem Erbfall und der Vermögensübertragung ein längerer Zeitraum verstrichen ist. Der BFH stellt hierzu klar, dass für die Berücksichtigung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG zunächst erforderlich ist, dass der Erbe die begünstigte Wohnung unverzüglich zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmt. Diese Bestimmung ist zunächst eine innere Zuordnung, der zwangsläufig durch Einzug messbar Wirkung verschafft werden muss. Für den Einzug erachtet der BFH einen Zeitraum von 6 Monaten ab Erbfall für unproblematisch. Erfolgt die Selbstnutzung erst später sind besondere begründende Tatsachen vorzutragen. Denkbar wären hier vielleicht Verzögerungen für einen notwendigen Umbau, damit das Familienheim den Ansprüchen an eine Wohnung für die gesamte Familie des Erben erfüllt.

Für die Frage bis wann der Transfer von begünstigten Vermögen anerkennungsfähig ist gab es bisher eine Stellungnahme der Finanzverwaltung, die hierbei ebenfalls 6 Monate für anerkennungsfähig erachtet hat.²³ Dem ist der Bundesfinanzhof mit diesem Urteil nunmehr entgegengetreten und hat erklärt, dass es auf den Zeitpunkt der Vermögensübertragung nicht ankommt. Er begründet dies nachvollziehbar damit, dass sich durch die Übertragung von begünstigten Vermögens im Rahmen des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG keine Veränderung der Besteuerungsgrundlagen ergibt. Das begünstigte Vermögen war zum Steuerstichtag, dem Erbfall, bereits im Nachlass vorhanden und der Erwerber war bereits zuvor am Nachlass mit der entsprechenden Quote beteiligt. Der Begünstigungstransfer setzt zwingend voraus, dass auch der Erwerber seinerseits Vermögen aus dem Nachlass an den Übertragenden gibt (klass. gleichberechtigte Erbaueinandersetzung). Es ändert sich für die Besteuerung an der Summe des zu versteuernden Vermögens nichts. Lediglich die Zuordnung zum begünstigten Vermögen kann durch die Teilung oder die Erbaueinandersetzung beeinflusst werden.

Für die anderen Miterben ergibt sich aus dem Vermögenstransfer verständlicherweise keine Verschlechterung. Der Erbfall wurde für jeden Erben gemäß der Erbquoten besteuert. Das Familienwohnheim kann nur einmal bestehen und nur bei einem Erben in Ansatz gebracht werden. Für diesen Erben geht es im Rahmen der Auseinandersetzung um eine vollständige Befreiung des Familienwohnheims von der Besteuerung, während die anderen bisher am Familienwohnheim mitberechtigten Erben mangels Selbstnutzung ohnehin nicht von § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG profitierten.

Der BFH hat für die zehnpromzentige Vergünstigung gemäß § 13c Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ErbStG die identische Entscheidung aufgrund der gleichen Überlegung gefällt. Die Begünstigung ist gesetzestechnisch wie § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG aufgebaut, inklusive einer Bestimmung zum Vermögenstransfer auf Dritte. Einen Unterschied zu der Befreiung des

²⁰ Niedersächsisches FG Ur. v. 26.9.2013 - 3 K 525/12 DStRE 2015, 212.

²¹ BFH Ur. v. 23.6.2015 - II R 39/13 DStR 2015, 2066.

²² BT-Drs. 16/11107, S. 9.

²³ Hinweis 13.4 zu den Erbschaftsteuerrichtlinien.

Familienwohnheims gibt es ausschließlich soweit für § 13c Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ErbStG außer der Fremdvermietung keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen und diese Begünstigung bisher zugunsten beider Erben Berücksichtigung gefunden hat. Nach der Übertragung der fremdvermieteten Wohnung in Alleineigentum eines Erben kann der andere Erbe die Vergünstigung nicht mehr ansetzen und es kommt für ihn zu einer steuerlichen Verschlechterung seiner bisherigen Position.

Praxishinweis: Für die notarielle Praxis bedeutet beides, dass bei der Beurkundung von Erbauseinandersetzungen bzw. bereits bei der diesbezüglichen Beratung darauf zu achten ist, ob im Rahmen der Auseinandersetzung das Familienwohnheim von dem erworben wird, der auch tatsächlich dort lebt. Die Beurkundung der Auseinandersetzung kann noch Jahre nach dem Tod des Erblassers erfolgen. Vorausgesetzt, dass ein Erbe dennoch zeitnah zum Erbfall begonnen hat das Familienwohnheim zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, kann damit im Rahmen der steuerlichen Verjährungsvorschriften eine Veränderung der Erbschaftsteuer herbeigeführt werden.

Für den Notar ergeben sich bei der Erbauseinandersetzung noch weitere steuerliche Aspekte zu beachten. Erfolgt im Rahmen einer Erbauseinandersetzung die Verteilung von Grundbesitz unter den Miterben und sollen dann anschließend zwischen den Miterben die zunächst erhaltenen Grundstücke bzw. Miteigentumsanteile wieder getauscht werden, kann darin ein grunderwerbsteuerlicher Vorgang liegen. Das FG Rheinland-Pfalz hatte am 16.04.2015 einen solchen Fall zu entscheiden.²⁴ Nach dem Tod des Erblassers waren unter anderem drei Geschwister Miterben. Im Rahmen der Erbauseinandersetzung einigten sich die Geschwister, dass jeder einen Miteigentumsanteil von 1/3 an zwei Grundstücken erhielt. Einige Jahre später tauschten die Geschwister die Miteigentumsanteile, so dass ein Geschwisterkind Alleineigentümer eines ehemaligen Nachlassgrundstücks wurde. Das Finanzamt setzte daraufhin Grunderwerbsteuer für den Tauschvorgang fest. Der Einwand, dass mit dem erneuten Tausch der Grundstücke letztlich der Wille des Erblassers erst endgültig umgesetzt wurde konnte nicht mehr verfangen, da die Miterben aus der Bindung an die Willensbildung des Erblassers mit Erbauseinandersetzung und Überführung in Miteigentum ausscheiden. In diesem Fall führte die vorteilhafte Erbauseinandersetzung zu einer später entstehenden Grunderwerbsteuer.

2. Grunderwerbsteuer

Grunderwerbsteuer beim Erwerb eines erbbaurechtsbelasteten Grundstücks

Für die Entscheidung des Bundesfinanzhof war fraglich, ob und ggf. in welchem Umfang beim Erwerb des Erbbaurechtsgrundstücks durch den Erbbauberechtigten Grunderwerbsteuer anfällt. Konkret hatte der Kläger mit dem Eigentümer des Grundstücks zunächst eine Vereinbarung zur Begründung eines Erbbaurechts für 66 Jahre getroffen. Der jährliche Erbbauzins wurde auf 5% des Wertes des Grundstücks festgelegt. Ungefähr 10 Jahre später schlossen der Erbbaurechtsgrundstückseigentümer und der Erbbauberech-

tigte einen Kaufvertrag über das Erbbaurechtsgrundstück. Im Rahmen dieser Urkunde wurde die Aufhebung des Erbbaurechts vereinbart. Das Finanzamt setzte aus dem Kaufpreis des Grundstücks im vollen Umfang Grunderwerbsteuer fest. Das Finanzgericht minderte die Grunderwerbsteuer, da es unterstellte, dass nicht der gesamte Kaufpreis für das Erbbaurechtsgrundstück geflossen ist, sondern teilweise für das Erbbaurecht.²⁵ Hierzu verwendete das Finanzgericht die sog. Boruttau'sche Formel, die im Kern eine Aufspaltung des Kaufpreises auf das Erbbaurechtsgrundstück und auf den kapitalisierten Erbbauzins vornimmt, wobei nur der erste Teil der Grunderwerbsteuer unterliegt. Nach der Boruttau'schen Formel ist der Kaufpreis im Verhältnis des ohne Berücksichtigung des Anspruchs auf Erbbauzins ermittelten gemeinen Werts des belasteten Grundstücks zum Kapitalwert des Erbbauzinsanspruchs aufzuteilen. So hatte es bis dahin auch der BFH vertreten.²⁶

Nun mehr hat der BFH anders entschieden und damit eine erfreulicherweise vereinfachte Betrachtung dieser Fälle gefunden.²⁷ **Im Ergebnis** sagt der BFH, dass beim Erwerb eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks die für die Grunderwerbsteuer anzunehmende Gegenleistung sich aus dem Kaufpreis abzüglich des kapitalisierten Erbbauzins ermittelt. Im Entscheidungssachverhalt war der kapitalisierte Erbbauzins wegen der vertraglich noch über 50 Jahre andauernden Belastung mit dem Erbbaurecht deutlich größer als der Kaufpreis für das Erbbaurechtsgrundstück. Folgerichtig hat der BFH die Grunderwerbsteuer auf -0- reduziert.

Zu dieser Erkenntnis kam der BFH indem er zunächst festgestellt hat, dass ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks begründet, nach § 1 Absatz 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegt. Dabei ist der mit dem Erbbaurechtsgrundstück verbundene Erbbauzinsanspruch nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GrEStG nicht Bestandteil des Grundstückes. Insoweit weicht das Grunderwerbsteuerrecht von der zivilrechtlichen Betrachtung ab. Der Erbbauzinsanspruch stellt grunderwerbsteuerlich einen reinen Geldanspruch dar, den der Erwerber des Erbbaurechtsgrundstücks erwirbt. Dieser Geldanspruch ist nach der Überzeugung des BFH ungeschmälert von der Gegenleistung für das Grundstück in Abzug zu bringen. Eine Aufteilung der Gegenleistung hat nicht mehr zu erfolgen.

Im Entscheidungssachverhalt agierte der (Mit-)Erbbauberechtigte selbst als Erwerber des Erbbaurechtsgrundstücks. Diese Personenidentität und die damit eintretende Konfusion des Erbbauzinsanspruchs führen nicht zu einer anderen Betrachtungsweise. Ebenfalls unbeachtlich ist, dass der Erbbauberechtigte bereits in der Erwerbsurkunde seinen Verzicht auf das Erbbaurecht erklärt hat. Hätte der Erbbauberechtigte als Dritter ein Grundstück erworben, bei dem zuvor auf das Erbbaurecht verzichtet worden wäre, dann wäre dies ein un-

²⁴ FG Rheinland-Pfalz Ur. v. 16.04.2015 - 4 K 1380/13 BeckRS 2015, 94940.
²⁵ FG Berlin-Brandenburg Ur. v. 19.12.2013 - 15 K 4236/10 DStRE 2014, 1067.

²⁶ BFH Beschl. v. 12. 4. 2000 - II B 133/99 DStR 2000, 1225.

²⁷ BFH Ur. v. 6. 5. 2015 - II R 8/14 DNotZ 2015, 677.

belastetes Grundstück gewesen und die Gegenleistung wäre im vollen Umfang Grunderwerbsteuerpflichtig. Weiterhin ist die Entscheidung abzugrenzen von Fällen in denen ein Dritter Erbbaurecht und Erbbaurechtsgrundstück gleichzeitig erwirbt und bereits im Erwerbszeitpunkt die Aufhebung des Erbbaurechts beabsichtigt ist. In dieser Konstellation erwirbt der Dritte letztlich ein unbelastetes Grundstück. In diesem Fall unterliegen sowohl der Kauf des Erbbaurechtsgrundstücks als auch der des Erbbaurechts der Grunderwerbsteuer.²⁸

Es ist zu begrüßen, dass die Bestimmung der Grunderwerbsteuer für die Fälle des Erwerbs von Erbbaurechtsgrundstücken nun mehr vereinfacht wurde. Diese Entscheidung ist auch sachgerecht, dass ein Grundstück mit noch jahrelanger Belastung durch ein Erbbaurecht keinen eigenen Wert hat. Die Vereinbarung des Erbbauberechtigten mit dem Grundstückserwerber über die Aufhebung des Erbbaurechts ist insoweit von den Bestimmungen im Kaufvertrag über das Erbbaurechtsgrundstück zu trennen. In diesem konkreten Fall bestand (teilweise) Personenidentität. Dies rechtfertigt indes keine andere Betrachtung der unterschiedlichen Vertragsgrundlagen.

Praxishinweis: Für den beurkundenden Notar kann in dieser Sachverhaltskonstellation dann ein Problem stecken, wenn er die Aufhebung des Erbbaurechts vor Vollzug des Kaufvertrages über das Erbbaurechtsgrundstück vollzieht. In diesem Fall würde die gesamte Gegenleistung für das dann unbelastete Grundstück Grunderwerbsteuerpflichtig sein. Erwirbt ein Käufer zunächst das Erbbaurecht und später das Erbbaurechtsgrundstück erhöht die Erbbauzinsreallast den Wert des Erbbaurechts, so dass folgerichtig beim Erwerb des Erbbaurechtsgrundstücks ein Abzug zu gewähren ist.

IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Der Grundstückserwerb in Anrechnung auf einen nach § 13 HöfeO bestehenden Abfindungsergänzungsanspruch eines weichenden Abkömmlings ist nicht Grunderwerbsteuerbefreit.²⁹

2. Wird ein Kommanditanteil unter Nießbrauchsvorbehalt übergeben und kann der Übernehmer selbst in Grundlagengeschäften nicht agieren, fehlt es an Mitunternehmerinitiative für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft.³⁰
3. Erwirbt ein Nießbrauchsberechtigter das mit dem Nießbrauch belastete Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren bemisst sich die Grunderwerbsteuer nach dem Meistgebot und dem kapitalisierten Wert des Nießbrauchs als bestehenbleibendes Recht.³¹
4. Handelt ein atypischer Makler in Vollmacht für den Grundstückseigentümer eigenständig Kaufverträge über Grundstücke aus, besteht für den Provisionsbestandteil des Grundstückskaufpreises Umsatzsteuerpflicht.³²
5. Ein Pflichtteilsanspruch kann nur in der tatsächlich gezahlten Höhe und nicht in der errechneten Höhe als Nachlassverbindlichkeit bei der Erbschaftsteuer berücksichtigt werden.³³
6. Ein negatives Kapitalkonto einer KG erhöht den zu versteuernden Veräußerungserlös des entgeltlich ausscheidenden Kommanditisten.
7. Verstirbt ein steuerlicher Mitunternehmer bevor der Erlös aus der Aufgabe der Mitunternehmerschaft fällig ist, kann der dem Erblasser theoretisch zustehende Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG nicht durch den Erben steuermindernd berücksichtigt werden.³⁴

28 BFH Ur. v. 11.06.2013 - II R 30/11 (NV) MittBayNot 2014, 289.

29 BFH Ur. v. 29.09.2015 - II R 23/14 BeckRS 2015, 96014.

30 BFH Ur. v. 6.5.2015 - II R 34/13 ZEV 2015, 543.

31 BFH, Ur. v. 15.07.2015 - II R 11/14 (NV) BeckRS 2015, 95568.

32 BFH, Ur. v. 10.09.2015 - V R 41/14 BeckRS 2015, 95877; BFH, Beschl. v. 28.05.2015 - V B 15/15 (NV) BeckRS 2015, 95065.

33 BFH Beschl. v. 21.08.2015 - II B 126/14 (NV) BeckRS 2015, 95636.

34 BFH Ur. v. 9.7.2015 - IV R 19/12 DStR 2015, 1859.

35 BFH Ur. v. 09.06.2015 - X R 6/13 (NV) BeckRS 2015, 95480.

**Notar
Dr. Walter Grafberger
86150 Augsburg, Maximilianstr. 65**

sucht zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine/n

**qualifizierte/n Sachbearbeiter/in mit Notariats erfahrung
(württembergische/n Notarassessor/in, Jurist/in,
Notarfachwirt/in, Fachangestellte/n)**

in Vollzeit oder Teilzeit.

Aufgabenbereich ist die Sachbearbeitung vom anfänglichen Mandantenkontakt über die Vorbereitung der Urkunde bis zu deren Abwicklung in einem netten Team an einem modernen Arbeitsplatz in zentraler Lage in Augsburg.

Gerne können Sie sich auch telefonisch oder per
e-mail mit uns in Verbindung setzen
Tel.: 0821/45 44 32-0, grafberger@notar-grafberger.de

