

# 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  
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

## 4/2014

August

Seiten 109-137

## Inhalt

### Abhandlungen

*Böhringer*

*Zum geänderten wasserrechtlichen Vorkaufsrecht*

..... 110

*Lutz*

Verfahrensfähigkeit und Verfahrenspflegschaft  
in der betreuungsgerichtlichen Praxis

..... 116

**Rechtsprechung** ..... 120

**Buchbesprechungen** ..... 129

**Aktuelles aus dem Steuerrecht** ..... 132

# Notarrecht PLUS



## Notarrecht PLUS

Beck'sches Notarhandbuch, Münchener Kommentar zum BGB und Beck'scher Online-Kommentar Kostenrecht, Dörndorfer/Nele/Petzold/Wendtland: diese wichtigen Standardwerke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit im Notarrecht erleichtert: Rechtsprechung in Hülle und Fülle, sorgfältig aktualisierte Gesetzestexte und zahlreiche Formulare. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

► schon ab € 147,-/Monat  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen  
Infos: [www.beck-shop.de/brnd](http://www.beck-shop.de/brnd)

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- 1. Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz** **110**  
Zum geänderten wasserrechtlichen Vorkaufsrecht
- 2. Lutz, Amtsverwalter, Filderstadt** **116**  
Verfahrensfähigkeit und Verfahrenspflegschaft in der betreuungsgerichtlichen Praxis

## Rechtsprechung

- 1. Landesjustizkostengesetz** **120**  
**EuGH, 3.7.2014, C 524/13**  
Gebührenanteile der Staatskasse bei umwandlungsrechtlichen Vorgängen ohne Kapitalerhöhung (mit Anmerkung Sandweg)
- 2. Erbrecht**  
**OLG München, 23.7.2014, 31 Wx 204/14**  
Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament
- 3. Freiwillige Gerichtsbarkeit**  
**OLG Köln, Beschluss vom 05.08.2013 - 2 Wx 193/13, rechtskräftig**  
Voraussetzungen einer nachträglichen Kostenentscheidung

## Buchbesprechungen

- 1. Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg** **129**  
Justizrätin Dr. Julia Kraft, Leuven/Belgien
- 2. Lutter/Hommelhoff. GmbH-Gesetz.**  
Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz
- 3. Brennpunkte der Umsatzsteuer bei Immobilien.**  
Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Kernen i.R.

## Aktuelles aus dem Steuerrecht

**132**

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), 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.

## Zum geänderten wasserrechtlichen Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG-BW

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

Durch Art. 5 des Gesetzes zur Bereinigung von Landesrecht vom 29. Juli 2014<sup>1</sup> wurde das in § 29 Abs. 6 WG-BW normierte wasserrechtliche Vorkaufsrecht<sup>2</sup> nunmehr neu konturiert und an andere landesrechtliche Vorkaufsrechte angeglichen, insbesondere mit Vormerkungswirkung (§ 1098 Abs. 2 BGB) ausgestaltet. Ein Vorkaufsrecht für den Eigentümer eines Privatgewässers besteht künftig nicht mehr. Die grundbuchverfahrensrechtliche Sperrwirkung des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts wurde aufgehoben und Regelungen über die Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags praxisingängig getroffen. Die Gesetzesänderungen tragen mit dazu bei, dass das Grundbuchverfahren bei einer beantragten Eigentumsänderung wieder vereinfacht ist. Die veränderte Rechtslage für die Rechtspraxis soll dargestellt werden.

### I. Rückblick

Vorkaufsrechte sind bei Politikern beliebt. „Vorkaufsrecht“ ist ein einfacher und gängiger Begriff und erweckt den Anschein, damit könne man relativ leicht zugreifen oder zugreifen lassen und Probleme lösen. In ein Gesetz ist es leicht und schnell hineingeschrieben.<sup>3</sup> Selten wird dabei das Wesen eines Vorkaufsrechts, seine Rechtstechnik und Funktionsweise richtig eingeschätzt. In der Praxis spielen die landesrechtlichen Vorkaufsrechte<sup>4</sup> nach den Natur-, Forst- und Denkmalschutzgesetzen im Bereich der Vorkaufsausübung kaum eine Rolle, in Vermehrung bürokratischen Aufwandes aber eine erhebliche. Die Sperrwirkung des bisherigen landesrechtlichen Vorkaufsrechts nach § 29 Abs. 6 Satz 6 WG-BW a.F. war sehr personal- und zeitaufwändig, führte zu einer Verlängerung der Bearbeitungszeiten bei den Notaren und staatlichen Grundbuchämtern und wegen den Verzögerungen zu einer Verärgerung bei den Verfahrensbeteiligten.

### II. Neue Rechtslage

#### 1. Entsperrung des Grundbuchverfahrens

Das Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 Satz 6 WG-BW a.F. war durch die Verweisung auf § 28 BauGB ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht mit grundbuchsperrender Wirkung, d.h. grundbuchverfahrensrechtlich war grundsätzlich die Erledigung eines Antrags auf Eintragung einer Eigentumsänderung im Grundbuch von der Vorlage eines Negativattests des Vorkaufsberechtigten über die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts abhängig. Das Negativ-

zeugnis war aber materiellrechtlich keine für eine Eigentumsänderung notwendige Voraussetzung. Ein pflichtwidriges Verhalten des Grundbuchamts machte das Grundbuch nicht unrichtig, ein Amtswiderspruch nach § 53 GBO kann vom Grundbuchamt nicht eingetragen werden. Mit der nunmehrigen Änderung von § 29 Abs. 6 WG-BW ist diese grundbuchverfahrensrechtliche Sperrwirkung des Vorkaufsrechts für Kaufverträge, die ab Inkrafttreten der Gesetzesänderung (13.8.2014) geschlossen wurden, entfallen (vgl. auch Abschnitt IV „Überleitungsrecht“). Das Grundbuchamt darf für Kaufverträge ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes die Eintragung eines Käufers im Grundbuch als neuen Eigentümer nicht (mehr) 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 (mehr).

#### 2. Wegfall des Vorkaufsrechts für Privatgewässereigentümer

Durch die Änderung von § 29 Abs. 6 WG-BW ist das bisher dem Privatgewässereigentümer zustehende Vorkaufsrecht entfallen. Lediglich dem Land oder der Gemeinde als Träger der Unterhaltungslast nach § 32 Abs. 1 und 2 WG-BW steht ein Vorkaufsrecht an Grundstücken zu, auf denen sich Gewässerrandstreifen zu öffentlichen Gewässern befinden.

#### 3. Weiterhin unübertragbares Vorkaufsrecht, aber keine Preislimitierung mehr

Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht ist – wie bisher – auf Dritte nicht übertragbar (§ 29 Abs. 6 Satz 8 WG-BW n.F.). Der Vorkaufsverpflichtete ist in der Vertragsgestaltung mit dem Erstkäufer grundsätzlich frei. Die Parteien können die Höhe des Kaufpreises nach Belieben festsetzen (§ 464 Abs.

1 GBl. S. 378 (künftig „Änderungsgesetz“ genannt); in Kraft getreten am 13.8.2014

2 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Wasserrechts in Baden-Württemberg vom 3.12.2013 (GBl. S. 389); In-Kraft-Treten am 1.1.2014. Zur bisherigen Rechtslage Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, BWNotZ 2014, 102; Adam, BWNotZ 2014, 98; Böhringer, BWNotZ 2014, 38;.

3 So schon Schmidt, DWW 1994, 65 (zum Vorkaufsrecht nach § 570b BGB a.F.).

4 Vgl. Übersicht Böhringer, RpfStud. 2014, 13.

5 Vgl. BGH, NJW 1962, 1908; BGH, DNotZ 1965, 35 = NJW 1964, 540; BGHZ 115, 335 = DNotZ 1992, 414.

2 BGB). Vorbehaltlich der für sittenwidrige Umgehungsgeschäfte geltenden Einschränkungen braucht der Vorkaufsverpflichtete auch keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob die ausbedungene Leistung vom Standpunkt des Vorkaufsberechtigten aus vertretbar ist.<sup>5</sup> Durch den Wegfall der Verweisung auf § 28 Abs. 3 BauGB ist das Kaufpreislimitierungsrecht des Vorkaufsberechtigten weggefallen.

#### 4. Kein Vorkaufsrecht bei Wohnungseigentum und Erbbaurecht

Das Vorkaufsrecht erfasst Grundstücke oder Teile davon. Der Verkauf eines ideellen Miteigentumsanteils an Dritte löst grundsätzlich das Vorkaufsrecht an dem veräußerten Bruchteil aus. Für den praktisch wichtigsten Fall derartiger Verkäufe, den Verkauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz, schließt aber § 29 Abs. 6 Satz 4 WG-BW n.F. das wasserrechtliche Vorkaufsrecht aus. Ob der Kauf eines Erbbaurechts als eines grundstücksgleichen Rechts dem Grundstückskauf gleichzusetzen ist, kann dahingestellt bleiben, da auch für solche Fälle § 29 Abs. 6 Satz 4 WG-BW n.F. klarstellt, dass das Vorkaufsrecht nicht besteht. Eine solche Regelung findet sich auch in § 24 Abs. 2 BauGB<sup>6</sup> und dient der Entlastung der Vorkaufsberechtigten beim Prüfungsvorgang und der Beschleunigung des Grundstücksverkehrs.

#### 5. Kaufprivileg von Verwandten

Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht darf nach § 29 Abs. 6 Satz 6 WG-BW n.F. nicht ausgeübt werden bei einem Verkauf an Ehegatten, eingetragene Lebenspartner oder Verwandte ersten Grades. Bei Ehegatten ist entscheidend, dass die Ehe 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.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist ferner ausgeschlossen, wenn der Eigentümer das Grundstück an eine Person verkauft, die mit ihm im ersten Grad verwandt ist. Dies kommt nur bei gerader Linie in Betracht, demnach nach § 1589 Satz 1 BGB bei Personen, deren eine von der anderen abstammt, also bei Eltern (aufsteigend) sowie Kinder (absteigend), bezogen auf den Verkäufer. Ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder waren, spielt für die Verwandtschaft keine Rolle. Adoptivkinder sind genetisch verwandten Kindern gleichgestellt (§ 1754 BGB). Eine gerade Linie fehlt hingegen bei Geschwistern; sie sind miteinander in der Seitenlinie (2. Grad) verwandt.

#### 6. Keine Grundbucheintragung des Vorkaufsrechts

§ 29 Abs. 6 Satz 7 WG-BW n.F. bestimmt, dass das wasserrechtliche Vorkaufsrecht nicht der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Dadurch wird klargestellt, dass das

Vorkaufsrecht außerhalb des Grundbuchs entsteht und erlischt. Der Grund liegt darin, dass das Vorkaufsrecht als öffentlich-rechtliche Belastung auf den nach § 29 Abs. 6 Satz 1 und 2 WG-BW n.F. bestimmten Grundstücken ruht. Sein Bestand ist von einer Eintragung im Grundbuch unabhängig. Deshalb wird das Vorkaufsrecht auch nicht vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasst. Ein betroffenes Grundstück kann nicht deshalb gutgläubig frei von dem Vorkaufsrecht erworben werden, weil das Recht nicht eingetragen ist.

Für die Eintragung eines Ausübungsvermerks (ähnlich der Vormerkung nach § 28 Abs. 2 Satz 3 BauGB) besteht keine Veranlassung und auch keine Rechtsgrundlage. Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht hat nunmehr die gleiche Wirkung wie eine Eigentumsvormerkung (§ 29 Abs. 6 Satz 11 WG-BW n.F. i.V.m. § 1098 Abs. 2 BGB).

#### 7. Zusammentreffen mehrerer Vorkaufsrechte

Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht geht nach § 29 Abs. 6 Satz 7 WG-BW n.F. anderen landesrechtlichen, insbesondere dem naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht nach § 56 NatSchG-BW und dem walddrechtlichen Vorkaufsrecht nach § 25 LWaldG vor. Sie erlöschen bei einem Eigentumserwerb aufgrund der Ausübung des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts (Auflassung und Grundbucheintragung).

Es erlöschen auch alle rechtsgeschäftlichen (schuldrechtlichen und sogar dinglichen) Vorkaufsrechte, die an demselben Grundstück bestehen, auch wenn sie für mehrere oder alle Verkaufsfälle im Grundbuch eingetragen wurden.<sup>7</sup> Zeitpunkt des Erlöschens ist aber nicht bereits die Ausübung des Vorkaufsrechts. Ist das Grundstück von dem Vorkaufsberechtigten freihändig etwa durch Vertrag zur Abwendung der Ausübung des Vorkaufsrechts erworben worden, so tritt diese Rechtsfolge nicht ein. Der Vorkaufsberechtigte nach § 29 Abs. 6 Satz 1 WG-BW n.F. kann aber, wenn ein vorkaufsberechtigter Dritter von seinem Recht Gebrauch macht, seinerseits das ihm zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht ausüben und damit den Dritten ausschalten. Diese Regelung hält sich im Rahmen der Sozialbindung.<sup>8</sup>

Es ist davon auszugehen, dass vor dem 1.1.2014 bereits im Grundbuch eingetragene oder zur Eintragung beantragte rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte von § 29 Abs. 6 WG-BW a.F. betroffen waren und sind. Die Ausübung des

<sup>6</sup> Diese Einschränkung im BauGB geht auf das BauGB 1987 zurück und ist eine direkte Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des BGH (Beschl. v. 16.2.1984, V ZB 24/83, BGHZ 90, 174 = DNotZ 1984, 375 = Rpfleger 1984, 232), dass mangels entgegenstehender öffentlich-rechtlicher Bestimmungen das Vorkaufsrecht im Bundesbaurecht – ebenso wie im BGB – auch dann ausgeübt werden kann, wenn statt des gesamten Grundstücks lediglich ein ideeller Miteigentumsanteil veräußert wird. Ebenso OLG Frankfurt, DNotZ 1996, 41.

<sup>7</sup> Dazu BGH, WM 1977, 550.

<sup>8</sup> BGHZ 36, 155 = DNotZ 1962, 387 = NJW 1962, 631.

wasserrechtlichen Vorkaufsrechts kann einem Dritten insbesondere durch das Erlöschen rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte Vermögensnachteile verursachen. Fehlende Entschädigungsvorschriften ändern aber nichts daran, dass diese alten Vorkaufsrechte erlöschen.

Ob diese Grundsätze auch für rechtsgeschäftliche Erwerbs- und Ankaufsrechte, Rückkaufs- und Wiederkaufsrechte gelten, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Insbesondere bei Ankaufs- und Wiederkaufsrechten dürfte wegen der unter Umständen erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Rechte für den Berechtigten ein Erlöschen nicht ohne weiteres anzunehmen sein. Es wird hier auf die Nähe der Gestaltung dieser Rechte zum Inhalt des Vorkaufsrechts ankommen. Insofern dürfte der Einzelfall entscheidend sein. Erwerbsrechte, die wirtschaftlich und in ihrer rechtlichen Gestaltung einem Vorkaufsrecht gleichzusetzen sind, dürften entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 29 Abs. 6 Satz 7 WG-BW n.F. bei Ausübung des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts erlöschen. Haben jedoch Ankaufs- und Rückkaufsrechte einen vom Typ des Vorkaufsrechts wesentlich abweichenden Inhalt, insbesondere, wenn für ihre Begründung Gegenleistungen erbracht wurden, gehen diese Rechte den Vorkaufsrechten des Landes vor.

Zumindest bei zukünftiger Vereinbarung und Eintragung rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte muss der Vorkaufsberechtigte also damit rechnen, dass sein Vorkaufsrecht nach Ausübung eines wasserrechtlichen Vorkaufsrechts vereitelt und entschädigungslos untergeht.

## 8. Inhalt und Ausübung des Vorkaufsrechts

### a. Wirksamer Kaufvertrag

Die Bestimmungen in §§ 463 bis 468, § 469 Abs. 2 Satz 1, §§ 471 und 1098 Abs. 2 sowie §§ 1099 bis 1102 BGB sind 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 Genehmigungen erteilt sein müssen.<sup>9</sup> Nur bis zu diesem Zeitpunkt können die Vertragsparteien den Vertrag wieder aufheben, weil der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf den Eintritt des Vorkaufsfalls hat. Voraussetzung für die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist demnach nicht nur das bloße Vorliegen eines Kaufvertrags zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer. 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.<sup>10</sup>

### b. Mitteilungsverfahren und Negativbescheinigung

Der Inhalt des Kaufvertrags ist gem. § 29 Abs. 6 Satz 9 WG-BW n.F. unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) dem Vorkaufsberechtigten mitzuteilen; die Mitteilung des Verkäufers wird durch die Mitteilung des Käufers ersetzt. Mitteilungen von Personen, die weder Vorkaufsverpflichtete noch Käufer im Drittgeschäft sind, können den Fristenlauf nicht auslösen. Grundsätzlich reicht die Übermittlung der Vertragsurkunde aus.<sup>11</sup> Die Ausübungsfrist wird erst durch vollständige Mitteilung des das Vorkaufsrecht auslösenden Vertrages in Lauf gesetzt. Ist das Land Empfänger der Mitteilung vom Vorkaufsfall, so ist die Mitteilung an die bei den Regierungspräsidien<sup>12</sup> (Abteilung Umwelt) jeweils angesiedelten Landesbetrieben Gewässer zu richten.

Die Unterlassung der Mitteilung hat zur Folge, dass der Fristenlauf nach § 469 Abs. 2 BGB nicht einsetzt. Wird das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, bescheinigt der Mitteilungsempfänger auf Antrag bis zum Ablauf der Ausübungsfrist die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts (§ 29 Abs. 6 Satz 10 WG-BW n.F.). Bei entsprechender Sachlage ist die Bescheinigung nämlich Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises.

Die Erteilung der Bescheinigung des Mitteilungsempfängers ist ein Verwaltungsakt (bei Versagung Widerspruch und Anfechtungsklage; bei Untätigkeit Verpflichtungsklage). Da das Vorkaufsrecht nach § 29 Abs. 6 WG-BW n.F. für ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes geschlossene Kaufverträge nicht mehr grundbuchsperrend ist, benötigt das Grundbuchamt auch kein solches Negativzeugnis mehr zur Vornahme einer Eigentumsänderung. Wollen die Beteiligten eine sichere Rechtslage erreichen, werden sie anlässlich der Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags einen Antrag auf Erteilung einer Eingangsbestätigung und einen Antrag auf Erteilung einer Negativbescheinigung stellen (§ 29 Abs. 6 Satz 10 WG-BW n.F.).

### c. Ausübung des Vorkaufsrechts

Der Mitteilungsempfänger prüft, ob sich auf dem Kaufgrundstück ein Gewässerrandstreifen befindet. Wird dies bejaht, prüft er sodann, ob er im konkreten Fall tatsächlich vom Vorkaufsrecht Gebrauch machen will. Der Vorkaufsberechtigte

<sup>9</sup> BGHZ 139, 29 = DNotZ 1998, 895 = NJW 1998, 2352; BGH, BWNotZ 1966, 253 = DB 1967, 1963 = WM 1966, 891; BGHZ 32, 375 = NJW 1960, 1805, 1818; VGH Baden-Württemberg, AgrarR 1989, 79 = BWGZ 1990, 30 = RdL 1988, 193 (zu § 25 LWaldG).

<sup>10</sup> BGH, DNotZ 1970, 105 = NJW 1969, 1959.

<sup>11</sup> BGHZ 168, 152 = DNotZ 2006, 858; BGH, DNotZ 1994, 459 = NJW 1994, 315; OLG Stuttgart, BWNotZ 2009, 117 = NJW-RR 2009, 952; OLG Frankfurt, NotBZ 2006, 210.

<sup>12</sup> Stuttgart, Tübingen, Karlsruhe, Freiburg.

<sup>13</sup> BGHZ 168, 152 = DNotZ 2006, 858 = NJW-RR 2006, 1449; BGH, DNotZ 1994, 459 = NJW 1994, 315; OLG Hamm, NJW-RR 2012, 1484.

<sup>14</sup> Zur Wirksamkeit der Beschießung des Gemeinderats über die Ausübung eines Vorkaufsrechts OLG Stuttgart, DÖV 2014, 452 = BauR 2014, 1042.

kann das Vorkaufsrecht nur bis zum Ablauf von zwei Monaten (Ausschlussfrist) nach der Mitteilung des Kaufvertrags ausüben (§ 29 Abs. 6 Satz 11 WG-BW n.F. i.V.m. § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB). Nur anhand einer Eingangsbestätigung des Mitteilungsempfängers kann die Zwei-Monats-Frist exakt festgestellt werden. Die Fristenberechnung richtet sich nach § 188 Abs. 2 Hs. 1 i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB. Die Frist wird erst durch vollständige Mitteilung des das Vorkaufsrecht auslösenden Vertrages in Lauf gesetzt.<sup>13</sup>

Die bedingungsfeindliche Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist nur wirksam, wenn sie innerhalb der Ausschlussfrist des § 469 Abs. 2 BGB erfolgt und bedarf keiner besonderen Form<sup>14</sup> (§ 29 Abs. 6 Satz 11 WG-BW n.F. i.V.m. § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB); deshalb kann die Ausübungserklärung gegenüber dem Adressaten auch telefonisch ergehen (§ 37 Abs. 2 VwVfG). Die Ausübung des Vorkaufsrechts des Landes obliegt den bei den Regierungspräsidien angesiedelten Landesbetrieben Gewässer (§ 32 Abs. 1 WG-BW).

Mit der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der mit dem Dritten geschlossene Kaufvertrag unter den vereinbarten Modalitäten nunmehr mit dem Vorkaufsberechtigten zustande (§ 464 Abs. 2 BGB). Der Vorkaufsberechtigte tritt nicht in den Vertrag mit dem Dritten ein. Die im Erstvertrag enthaltene Auflassung kann nicht für den Eigentumserwerb des Vorkaufsberechtigten Verwendung finden, vielmehr ist eine neue Auflassung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten zu erklären.<sup>15</sup> Denn durch die Ausübungserklärung kommt nur der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten zustande, nicht aber der dingliche Vertrag gemäß §§ 873, 925 BGB. Es gilt nichts anderes als bei der Ausübung eines rechtsgeschäftlich vereinbarten Vorkaufsrechts.<sup>16</sup>

Die Ausübung des Vorkaufsrechts allein ist keine Rechtsgrundlage für die Eintragung und den Erwerb des Eigentums zugunsten des Vorkaufsberechtigten und ersetzt die Auflassung des Grundstücks zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten nicht. Der Vorkaufsberechtigte ist darauf verwiesen, vom Verkäufer die Übereignung (§ 925 BGB) und von einem bereits im Grundbuch eingetragenen Käufer die Zustimmung (§ 883 Abs. 2, § 888 BGB, §§ 19, 29 GBO) zur Umschreibung des Grundbuchs auf den Vorkaufsberechtigten zu verlangen, notfalls können die Erklärungen mit Klage und Urteil nach § 894 ZPO erzwungen werden. Unter Vorlage der Ausfertigung des Urteils mit Rechtskraftbescheinigung wird dann der Vorkaufsberechtigte bei einem Notar die Auflassung auf sich erklären und seine Eigentumseintragung im Grundbuch beantragen. Ein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB kommt nicht in Betracht, das Grundbuch ist nicht unrichtig.

Der Eigentumserwerb des Vorkaufsberechtigten aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts führt zum Erlöschen rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte (§ 29 Abs. 6 Satz 7 WG-BW n.F.). Das Grundbuch wird bei einem Erlöschen

unrichtig und kann auf Antrag nach § 22 GBO oder auch von Amts wegen gemäß §§ 84 ff. GBO berichtigt werden.

## 9. Nunmehr Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts

Landesrechtliche Vorkaufsrechte haben grundsätzlich keine dingliche Wirkung und entstehen außerhalb des Grundbuchs, was dazu führt, dass der Rechtsverkehr ein Vorkaufsrecht nur gegen sich gelten lassen muss, wenn ihm Vormerkungswirkung beigelegt ist, was der Landesgesetzgeber nunmehr für das wasserrechtliche Vorkaufsrecht in § 29 Abs. 6 Satz 11 WG-BW n.F. bestimmt hat. Dem wasserrechtlichen Vorkaufsrecht wird durch die Verweisung auf § 1098 Abs. 2 BGB insoweit eine weitgehende dingliche Wirkung verliehen (vergleichbar einer ungeschriebenen „Vormerkung“ im Grundbuch). Die Ausübung des Vorkaufsrechts wird auf diese Weise nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Erstkäufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist.

Rechtssicherheit und der öffentliche Glaube des Grundbuchs sind allerdings tangiert, weil ein Käufer aus dem Grundbuch das Bestehen des Vorkaufsrechts nicht ersehen kann und gleichwohl die Vormerkungswirkungen ihn treffen.<sup>17</sup> Dies spielt bei der Durchsetzung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Erstkäufer nach Ausübung des Vorkaufsrechts eine wichtige Rolle. Ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks frei von diesen Beschränkungen ist nicht möglich.<sup>18</sup>

Die Vormerkungswirkung besteht darin, dass die Eigentumsumschreibung auf den Erstkäufer im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten insoweit unwirksam ist, als die Verfügung den Anspruch des Vorkaufsberechtigten vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der Vormerkungsschutz wirkt schon ab dem Zeitpunkt, ab dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, und nicht erst ab seiner Ausübung;<sup>19</sup> der Schutz geht daher der vor Ausübung des Vorkaufsrechts etwa eingetragenen Eigentumsvormerkung zugunsten des Erstkäufers vor. Das Vorkaufsrecht sichert damit zunächst den (künftigen) Anspruch auf Übertragung des Eigentums des Grundstücks, der im Verkaufsfall bei Ausübung des Rechts zugunsten des Vorkaufsberechtigten entsteht, nach der Ausübung des Vorkaufsrechts den dann entstandenen Eigentumsverschaffungsanspruch. Das bedeutet, dass im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts die Eintragung des Erstkäufers wie eines Dritten als Eigentümer im Grundbuch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist (§ 883

<sup>15</sup> BayObLGZ 13, 573; Staudinger/Mader, BGB, § 464 Rn. 12.

<sup>16</sup> BayObLGZ 1999, 245 = MittBayNot 1999, 555 = NJW 2000, 92 (zu Art. 34 BayNatSchG).

<sup>17</sup> Interessant dazu ist die Regelung in § 40 Abs. 2 des niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum Bundesnaturschutzgesetz, wonach im Liegenchaftskataster ein nachrichtlicher Hinweis auf das Vorkaufsrecht einzutragen ist.

<sup>18</sup> BayObLGZ 2000, 224 = MittBayNot 2000, 555 m. zust. Anm. Frank = NJW-RR 2000, 1687 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

<sup>19</sup> BGHZ 60, 275, 294 = Rpfleger 1973, 294; BayObLG, NJW-RR 2000, 1687 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

Abs. 2 BGB). Dieser kann gegebenenfalls die Zustimmung zu solchen Eintragungen und Löschungen verlangen, die zur Verwirklichung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs erforderlich sind (§ 888 Abs. 1 BGB). Der Vormerkungsschutz tritt bei Belastungen des Objekts erst mit dem Zeitpunkt ein, zu dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, also erst ab Wirksamwerden des Erstkaufvertrags.

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. Wird der wasserrechtliche Vorkaufsberechtigte so übergangen, obwohl ihm ein Vorkaufsrecht zusteht, kann er seinen Eigentumsübertragungsanspruch auch gegenüber dem bereits als Eigentümer eingetragenen Erwerber durchsetzen; dieser Anspruch genießt 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 gem. § 29 Abs. 6 Satz 11 WG-BW n.F. i.V.m. § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 BGB unwirksam.<sup>20</sup>

### III. Fortwirkende Pflichten des Notars

#### 1. Hinweispflichten

Nach § 20 BeurkG hat der Notar bei der Beurkundung einer Grundstücksveräußerung, wenn ein gesetzliches Vorkaufsrecht in Betracht kommen könnte, darauf hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken. Zur Vermeidung einer Haftung sollte die Urkundsperson die Beteiligten bei jedem Kaufvertrag auf die landesrechtlichen Vorkaufsrechte, insbesondere das Vorkaufsrecht nach dem Naturschutzgesetz (§ 56 NatSchG-BW) und nach dem Waldgesetz (§ 25 LWaldG) sowie nach dem Wassergesetz (§ 29 Abs. 6 WG-BW n.F.) hinweisen. Es handelt sich um eine bloße Hinweispflicht; der Notar wird im Regelfall nicht feststellen können, ob tatsächlich ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht. Ein solcher Hinweis kann nur unterbleiben, wenn mit Sicherheit feststeht, dass das Kaufgrundstück von einem Vorkaufsrecht nicht betroffen sein kann.<sup>21</sup> Eine Orientierung, ob ein Grundstück an einem oberirdischen Gewässer liegt, bietet das auf der Homepage der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg elektronisch geführte und einsehbare Amtliche Digitale Wasserwirtschaftliche Gewässernetz (AWGN), in dem die Gewässer und Flussläufe auf der Grundlage der amtlichen Meldungen der Wasserbehörden dargestellt sind. Die Regierungspräsidien und die unteren Wasserbehörden (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 WG) können Auskünfte über die Lage und Einordnung eines Gewässers geben. Den Notaren ist zu empfehlen, in Grundstückskaufverträgen die Angabe der Vertragsschließenden dahingehend zu protokollieren, dass auf dem Vertragsgrundstück kein Gewässerrandstreifen liegt und somit die Voraussetzungen für ein Vorkaufsrecht nicht vorliegen. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Vorkaufsfalles vorhanden sind, sollte das Mitteilungsverfahren in Gang ge-

setzt werden. In solchen besonders gelagerten Zweifelsfällen ist eine ausdrückliche Erklärung des Vorkaufsberechtigten über die Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. über sein Nichtbestehen für eine sichere Vertragsgestaltung durch den Notar unabdingbar.<sup>22</sup> Je nach Sachlage ist demnach ein mögliches Vorkaufsrecht zur Fälligkeitvoraussetzung zu erheben.

### 2. Gebührenfolge

Die Kosten notarieller Beurkundung sind nach h.M.<sup>23</sup> durch den Vorkaufsberechtigten zu übernehmen. Es ist aber offen, ob dies auch für die Kosten der Eintragung der Eigentumsvormerkung zugunsten des Erstkäufers gilt. Die Kosten der Beurkundung und Eintragung eines Finanzierungsgrundpfandrechts dürften demgegenüber mangels abweichender vertraglicher Vereinbarungen allein bei dem Erstkäufer verbleiben.<sup>24</sup>

Gebührenrechtlich erhebt der die Auflassung beurkundende Notar die 0,5-Beurkundungsgebühr (mind. 30 €) aus dem Kaufpreis (§ 47 GNotKG), falls er auch das zugrunde liegende Ausgangsgeschäft, nämlich den Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer, beurkundet hat (GNotKG KV 21101 Nr. 2), ansonsten die 1,0-Beurkundungsgebühr (mind. 60 €) nach GNotKG KV 21102 Nr. 1 für den anderen Notar.<sup>25</sup> Falls die Vertragsbeteiligten der Urkundsperson einen Auftrag erteilt haben, die Frage des Bestehens eines Vorkaufsrechts abzuklären und gegebenenfalls die Erklärung über eine Ausübung einzuholen, so erwächst eine Vollzugsgebühr nach GNotKG KV 22110 bzw. 22112 und Vorbem. 2.2.1.1. Abs. 1 Satz 2 Nr. 1.<sup>26</sup> Für die Eigentumsumschreibung auf den Vorkaufsberechtigten wird die 1,0-Eintragungsgebühr beim Grundbuchamt aus dem Kaufpreis erhoben (GNotKG KV 14110 Nr. 1). Das Land erhält beim – freiberuflichen – Notar Gebührenermäßigung nach § 91 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG; beim Notar im Landesdienst Baden-Württemberg gelten §§ 7 und 10 LJKG. Beim Grundbuchamt besteht für das Land Gerichtskostenfreiheit nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GNotKG; für eine vorkaufsberechtigte Gemeinde kommt nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 LJKG Kostenfreiheit in Betracht.

### IV. Übergangsrecht

Problematisch sind stets die Fälle, in denen der Landesgesetzgeber ein grundbuchsperrendes Vorkaufsrecht in

20 BayObLGZ 2000, 224 = MittBayNot 2000, 555 m. zust. Anm. Frank = NJW-RR 2000, 1687 = NotBZ 2000, 338 = Rpfleger 2000, 543.

21 Zur Vertragsgestaltung und zur Vertragsabwicklung Böhringer, BWNNotZ 2014, 38, 42.

22 Auffassung der Notarkammer Baden-Württemberg, vgl. Landtags-Drucks. 15/5443 S. 18.

23 BGHZ 87, 296 = NJW 1983, 2024; OLG Celle, NJW 1957, 1802.

24 Langhein, DNotZ 1993, 650, 664.

25 Fackelmann/Heinemann-GNotKG/Fackelmann, KV 21100 - 21102 Rn. 90.

26 Nach neuem Kostenrecht kommt es nicht mehr darauf an, ob die Tätigkeit zum Vollzug eines Rechtsgeschäfts zwingend eingeholt werden muss oder ob die Tätigkeit nur der Förderung des Rechtsgeschäfts dient.

27 Eine Regelung im Änderungsgesetz statt im Stammgesetz erschien angesichts des eng begrenzten Anwendungsbereichs der Übergangsregelung dem Gesetzgeber zweckmäßig, vgl. Landtags-Drucks. 15/5443 S. 18.



einVorkaufsrecht mit Vormerkungswirkung umgestaltet. Es stellt sich dann die Frage, ob für noch nicht im Grundbuch vollzogene Kaufverträge aus der Zeit vor Inkrafttreten des Änderungsgesetzes dem Grundbuchamt zum beantragten Vollzug einer Eigentumsänderung noch ein Negativattest vorlegt werden muss. Die Übergangsvorschrift in Art. 17 Abs. 2 des Änderungsgesetzes<sup>27</sup> bejaht dies und bestimmt, dass für Kaufverträge, die nach dem 31. Dezember 2013 und vor dem Ablauf des Tags der Verkündung des Änderungsgesetzes (12.8.2014) geschlossen wurden und noch nicht im Grundbuch eingetragen sind, die bisherige Fassung von § 29 Abs. 6 WG-BW mit der Maßgabe gilt, dass lediglich die Gemeinde die zuständige Stelle für die Erteilung eines Zeugnisses über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechts ist.

Der Gesetzgeber hebt dabei auf das Datum des Kaufvertrags beim Notar und die damit eingetretene gegenseitige privatrechtliche Bindung ab, unabhängig davon, ob alle notwendigen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Genehmigungen bereits erteilt sind. Diese Bindung begründet den gewollten Vertrauensschutz für den Grundstücksverkehr. Auch auf den Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt es nicht an. Dies bedeutet, dass für solche Alt-Kaufverträge weiterhin eine grundbuchverfahrensrechtliche Grundbuchsperrung besteht – allerdings mit der zu begrüßenden Klarstellung und Einschränkung, dass die Negativatteste nach § 29 Abs. 6 Satz 6 WG-BW a.F. i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB lediglich von der Gemeinde zu erteilen sind, die in den meisten Fällen bau- und wasserrechtlich vorkaufsberechtigt ist und die Verhältnisse vor Ort kennt. Da die Gemeinden in der Mehrzahl der Gewässer 2. Ordnung Träger der Unterhaltungslast sind, ist es naheliegend, die Gemeinden als ersten Ansprechpartner anzusehen. Für die zahlenmäßig geringen Alt-Fälle, in denen der Landesbetrieb Gewässer vorkaufsberechtigt ist, stimmt die Gemeinde den Inhalt des Negativzeugnisses vor Erteilung mit diesem ab.<sup>28</sup>

Der Gesetzgeber hat sich bewusst für keine rückwirkende Geltung der Vormerkungswirkung (§ 1098 Abs. 2 BGB) bei den Alt-Kaufverträgen entschieden; dies wäre verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Die Beteiligten mussten bei bisherigen Weiterveräußerungen nicht mit einer aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Vormerkung

rechnen.<sup>29</sup> Der Erstkäufer müsste nämlich in den Fällen, in denen das Grundbuchamt pflichtwidrig ohne Vorlage eines Negativattests den Eigentumswechsel zugunsten des Erstkäufers im Grundbuch vollzogen hat, bei Ausübung eines Vorkaufsrechts nach § 883 Abs. 2, § 888 BGB das Grundstück wieder herausgeben, was bis zum Inkrafttreten des Änderungsgesetzes nicht der Fall war. Würde der Erstkäufer sein Grundstück weiter verschenkt haben, könnte der Vorkaufsberechtigte auch gegenüber dem Beschenkten seine Rechte aus §§ 883, 888 BGB geltend machen; zumindest der Beschenkte brauchte mit solchen Ansprüchen nicht zu rechnen.

## V. Fazit

Das umgestaltete wasserrechtliche Vorkaufsrecht bewirkt kein Veräußerungs- und Belastungsverbot, die Grundbuchsperrung für Kaufverträge ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes ist entfallen und gilt nur noch in vereinfachter Form für Altfälle. Das Vorkaufsrecht hat nun für Kaufverträge ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes (13.8.2014) Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB. Das wasserrechtliche Vorkaufsrecht ist bei Verkäufen im Familienkreis nicht mehr auszuüben. Klargestellt ist mit § 29 Abs. 6 Satz 4 WG-BW n.F., dass das Vorkaufsrecht nicht besteht beim Kauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz und von Erbbaurechten.

Die Änderung des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts entlastet die Landesbehörden, die Gemeinden und die staatlichen Grundbuchämter; der Verwaltungsaufwand wird nunmehr auf das erforderliche Maß zurückgeführt; gleichzeitig werden bei der Rechtsanwendung aufgetretene Unsicherheiten beseitigt. Die Zahl der Anträge auf Ausstellung von Bescheinigungen über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung eines wasserrechtlichen Vorkaufsrechts wird deutlich reduziert, weil solche Bescheinigungen nur noch beantragt werden, wenn ein wasserrechtliches Vorkaufsrecht nach Auffassung der durch den Notar im Rahmen von § 20 BeurkG beratenen Beteiligten tatsächlich besteht.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> So Landtags-Drucks. 15/5443 S. 17.

<sup>29</sup> So Landtags-Drucks. 15/5443 S. 17.

<sup>30</sup> Ebenso Landtags-Drucks. 15/5443 S. 18.

# Verfahrensfähigkeit und Verfahrenspflegschaft in der betreuungsgerichtlichen Praxis

zugleich Besprechung Beschluss des BGH vom 30.10.2013 - XII ZB 317/13<sup>1</sup>

Timo Lutz, Amtsverwalter, Filderstadt

## Sachverhalt

In der täglichen Gerichtspraxis der Betreuungsgerichte ist es von besonderer Bedeutung, ob der Betroffene seine Verfahrensrechte im Betreuungsverfahren selbst wahrnehmen kann bzw. einen Verfahrensbevollmächtigten zur Wahrnehmung dieser bevollmächtigen kann oder die Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 276 FamFG zwingend geboten ist.

In der vorliegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.10.2013 wurde darüber entschieden, ob der Betroffene aufgrund der ausdrücklich nach § 275 FamFG im Rahmen eines Betreuungsverfahrens bestehenden Verfahrensfähigkeit in der Lage ist einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen.

Für die unter einer schweren Demenz leidende Betroffene bestand seit November 2011 eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen der Vermögenssorge, der Gesundheitsfürsorge und der Aufenthaltsbestimmung. Mit Beschluss vom 18. Januar 2013 ist das Amtsgericht der Bitte des als berufsmäßiger Betreuer bestellten Rechtsanwalts O., aus seinem Betreueramt entlassen zu werden, nachgekommen und hat die Beteiligte zu 1 zur neuen Betreuerin bestellt. Zudem hat es für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet.

Hiergegen hat Rechtsanwalt R. ausdrücklich namens und in Vollmacht der Betroffenen Beschwerde eingelegt. Nach Anhörung der Betroffenen hat das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig verworfen.

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es fehle an einer wirksamen Vollmachterteilung an Rechtsanwalt R. durch die Betroffene. Zwar sei sie ohne Rücksicht auf ihre Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig. Für die Erteilung einer Vollmacht sei aber weiter erforderlich, dass sie sich einen eigenen natürlichen Willen zum Gegenstand der Mandatserteilung bilden könne sowie sich gebildet und dann auch artikuliert habe.

Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen der Rechtsbeschwerde die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben, was es nachstehend näher darzustellen gilt.

## Allgemeines zu § 275 FamFG

§ 275 FamFG regelt, dass der Betroffene in dem gesamten Betreuungsverfahren verfahrensfähig ist. § 275 FamFG stellt hierbei die zu § 9 FamFG spezieller Vorschrift dar<sup>2</sup>. Verfahrensfähig sind daher zwar nicht bewusste, gleichwohl aber alle betroffenen Personen, die als Urheber einer ihnen zuzurechnenden Willenserklärung angesehen werden können,

auch wenn sie unfähig sind einzuschätzen, was ihre Erklärungen bedeuten und wozu sie führen können<sup>3</sup>. Durch § 275 FamFG soll gewährleistet werden, dass der Betroffene im Betreuungsverfahren nicht lediglich als Verfahrensobjekt<sup>4</sup> behandelt wird, ohne dass dieser auf das Verfahren die Möglichkeit einer eigenen Einflussnahme hat.

## Anwendungsbereich § 275 FamFG

Die vorherrschende Meinung in der Literatur, welche nunmehr auch ausdrücklich durch die Entscheidung des BGH bestätigt worden ist, sieht einen umfassenden Anwendungsbereich des § 275 FamFG für das gesamte Betreuungsverfahren nach § 271 FamFG als gegeben an. Der BGH hat hierzu entschieden, dass dem Betroffenen insoweit alle Befugnisse eines Geschäftsfähigen zur Verfügung stehen.

Zu beachten gilt, dass § 275 in Betreuungssachen wegen § 1908a BGB auch für minderjährige betroffene Personen, die das 17. Lebensjahr bereits vollendet haben, Anwendung findet<sup>5</sup>. Für die gerichtliche Praxis ist daher von Bedeutung, dass der Betroffene sämtliche Verfahrenshandlungen grundsätzlich selbst vornehmen kann. Somit ist dieser insbesondere in der Lage gegen einen Beschluss des Betreuungsgerichts Rechtsmittel einzulegen, auf diese zu verzichten oder auch selbst einen Antrag auf Entlassung eines Betreuers zu stellen<sup>6</sup>.

Nunmehr auch durch den BGH ausdrücklich entschieden, hat der Betroffene auch die Möglichkeit eine Verfahrensvollmacht selbst zu erteilen. Es kommt hierbei nach der Entscheidung des BGH nicht darauf an, ob der Betroffene unter Geltung des § 104 BGB geschäftsfähig ist oder nicht. Der BGH stimmt der herrschenden Meinung in der Literatur zu, dass das Vorliegen eines zumindest Vorhandenen natürlichen Willens des Betroffenen keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 275 FamFG ist. Der BGH begründet dies insbesondere damit, dass aus den Gesetzesmaterialien<sup>7</sup> eine solche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 275 FamFG nicht zu entnehmen ist und ferner die Definition eines natürlichen Willens der gerichtliche Praxis eine nahezu unmögliche Feststellungslast diesbezüglich aufbürden würde.

1 Der Autor ist Amtsverwalter beim Notariat Filderstadt-Bernhausen.

2 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 275 FamFG Rn. 1.

3 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 275 FamFG Rn. 2, BayObLG FamRZ 2005, 1777.

4 BVerfGE 63, 332, 337.

5 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 275 FamFG Rn. 4.

6 Zu weiteren Beispielen siehe Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 275 FamFG Rn. 5.

7 BT-Drucks. 11/4528 S. 89 und 170.

Zu beachten ist, dass im Anwendungsbereich des § 276 Abs. 4 FamFG das Gericht auch bei Vorhandensein eines Verfahrensbevollmächtigten dennoch die Möglichkeit hat einen Verfahrenspfleger zu bestellen. Auf die Voraussetzungen hierfür wird nachstehend näher eingegangen.

## Anwendungsbereich § 276 FamFG und Voraussetzungen der Bestellung

§ 276 sieht die Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers für alle Verfahren nach den §§ 1896 bis 1905, 1907 bis 1908i BGB vor. § 276 findet auch Anwendung, wenn erst im Beschwerdeverfahren ein Verfahrenspfleger bestellt wird. Für Unterbringungen (z.B. nach § 1906 BGB) enthält § 317 FamFG eine Sonderregelung<sup>8</sup>.

Nach § 276 FamFG hat das Gericht dem Betroffenen einen Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen erforderlich ist. Auch im Rahmen des § 276 FamFG ist daher der Erforderlichkeitsgrundsatz zu beachten<sup>9</sup>. Bei der Frage der Erforderlichkeit gilt es immer zu prüfen, ob die Bestellung eines Verfahrenspflegers nur einen **rein formalen Charakter** hat<sup>10</sup>.

Das Gericht hat im Rahmen des § 276 Abs. 1 FamFG hierbei ein Ermessen<sup>11</sup>, ob es einen Verfahrenspfleger für den Betroffenen bestellt oder nicht. Hierbei hat das Gericht eine Gesamtabwägung aller Umstände vorzunehmen und insbesondere das Krankheitsbild, den Grad der Krankheit oder Behinderung als auch die Bedeutung des Verfahrens zu berücksichtigen<sup>12</sup>.

Voraussetzung für die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist nach § 276 Absatz 1 Satz 1 FamFG, dass die Interessen des Betroffenen im Verfahren nicht andersweitig gewahrt werden können. Nach der Rechtsprechung des BGH ist immer dann ein Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn der Betroffene seinen Willen nicht mehr kund tun kann oder überhaupt keinen freien Willen mehr bilden kann<sup>13</sup>. Durch den Beschluss des BGH vom 13.11.2013 – XII ZB 339/13 ist, wie Weber in seiner Urteilsanmerkung hierzu richtigerweise zum Ausdruck bringt<sup>14</sup>, auch die Bedeutung des Verfahrensgegenstandes bei der Frage der Erforderlichkeit einer Verfahrenspflegerbestellung von erheblicher Bedeutung, insbesondere dann wenn in die grundrechtlich geschützte autonome Selbstbestimmung des Betroffenen Art. 2 I GG eingegriffen werden soll.

Im Anwendungsbereich des § 276 Absatz 1 FamFG ist da-her insbesondere immer dann ein Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn

- von der persönlichen Anhörung des Betroffenen nach § 278 Absatz 4 i.V.m. § 34 Absatz 2 FamFG abgesehen worden ist,
- von der Bekanntmachung der Entscheidungsgründe nach § 288 Absatz 1 FamFG oder des Inhalts des Gutachtens abgesehen worden ist<sup>15</sup>,

- Gegenstand des Verfahrens die Bestellung eines Betreuers zur Besorgung aller Angelegenheiten des Betroffenen oder die Erweiterung des Aufgabenkreises hierauf ist; dies gilt auch, wenn der Gegenstand des Verfahrens die in § 1896 Abs. 4 und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfasst<sup>16</sup>.
- der Betroffene im Verfahren nicht in der Lage ist seine Interessen und Rechte ausreichend wahrzunehmen bzw. nach der Formel des BGH, wenn die betroffene Person ihren Willen nicht mehr kundtun bzw. einen freien Willen überhaupt nicht bilden könne<sup>17</sup>,
- die persönliche Anhörung des Betroffenen ergibt, dass dieser nicht ansprechbar ist<sup>18</sup>
- ein Interessenkonflikt zwischen dem Betreuer und dem Betroffenen gegeben ist,
- der Betroffene trotz zahlreicher Antragstellungen in dem laufenden Betreuungsverfahren offenkundig nicht in der Lage ist die Tragweite und die rechtlichen Auswirkungen seiner Anträge zu erfassen,
- der Betroffene aufgrund Sprachunkundigkeit oder mangelnder Sprachkenntnisse nicht in der Lage ist, seine Verfahrensrechte wahrzunehmen,
- die angeordnete Betreuung die für die Lebensgestaltung wesentlichen Angelegenheiten umfasst<sup>19</sup>,
- der Betroffene aufgrund krankheitsbedingter Beeinträchtigungen in seiner Fähigkeit, seine Interessen im Verfahren wahrzunehmen, erheblich eingeschränkt ist, und es um die Anordnung einer Kontrollbetreuung geht, die sich auf eine umfassende Vorsorgevollmacht bezieht<sup>20</sup>,
- eine Genehmigung zur Einwilligung in eine Sterilisation nach § 1905 BGB erteilt werden soll § 297 Absatz 5 FamFG),
- ein Fall des § 298 Absatz 3 FamFG vorliegt.

Nach § 276 Absatz 2 kann in den Fällen des § 276 Absatzes 1 Satz 2 FamFG von der Bestellung eines Verfahrenspflegers abgesehen werden, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung des Verfahrenspflegers offensichtlich nicht besteht. Die Nichtbestellung ist in diesem Fall zu begründen. Die Gesetzesbegründung gibt hierzu an, dass die Vorschrift für Fälle gedacht sei, in denen die betroffene Person nach dem unmittelbaren Eindruck des Gerichts offensichtlich nicht in der Lage ist, ihren Willen kundzutun. In Betracht kommen alle Betreuungssachen, die Personen betreffen, die bewusstlos,

8 Kretz in Jürgens *Betreuungsrecht*, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.1.

9 Schmidt-Recla in *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 5

10 BGH NJW-RR 2011, 2 f.

11 Entscheidung des Gerichts nach pflichtgemäßem Ermessen.

12 Kretz in Jürgens *Betreuungsrecht*, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.2.

13 BGH NJW-RR 2012, 66 f.

14 Weber in NZFam 2014, 17 .

15 Kretz in Jürgens *Betreuungsrecht*, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.5, Schmidt-Recla in *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 9, siehe auch OLG München BtPrax 2006, 35.

16 Dies gilt auch für den Fall, wenn durch die Erweiterung der Aufgabenkreis Post- und Fernmeldeverkehr (§ 1896 Abs. 4 BGB) und Sterilisation (§ 1905 BGB) nicht erfasst wird. Siehe hierzu ausführlich Schmidt-Recla in *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 10,

17 BGH NJW-RR 2012, 66 f.

18 Kretz in Jürgens *Betreuungsrecht*, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.3.

19 BGH: Beschluss vom 26.06.2013 - XII ZB 59/13, FamRZ 2013, 1571.

20 BGH, Beschluss vom 13.11.2013 – XII ZB 339/13, NZFam 2014, 17 mit Anmerkung Weber.

komatös, terminal dement oder sonst unansprechbar sind<sup>21</sup>. In der Literatur wird diese Bestimmung durchwegs kritisch gesehen. Unter Beachtung des grundgesetzlich geschützten Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG würde die sich hieraus ergebende Norm des § 276 FamFG eine Differenzierung nach Adressatenkreisen vornehmen, die Art. 103 GG überhaupt nicht vorsieht<sup>22</sup>. Für die gerichtliche Praxis ist jedoch derzeit an der Entscheidung des BGH festzuhalten, dass bei einem rein formalen Charakter der Bestellung eines Verfahrenspflegers die Erforderlichkeit nicht gegeben ist. Zuzustimmen ist der Ansicht von Kretz, dass im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses von einer Verfahrenspflegerbestellung im Anwendungsbereich des § 276 Absatz 1 FamFG auch dann abzusehen ist, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Verfahrenspflegerbestellung nach § 276 Abs. 2 offensichtlich nicht besteht<sup>23</sup>.

## Bestellungsverfahren

Für die Verfahrenspflegerbestellung ist das nach § 272 FamFG zuständige Betreuungsgericht zuständig. Ausschließlich zuständig ist in dieser Rangfolge:

- das Gericht, bei dem die Betreuung anhängig ist, wenn bereits ein Betreuer bestellt ist;
- das Gericht, in dessen Bezirk der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat;
- das Gericht, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt;
- das Amtsgericht Schöneberg in Berlin, wenn der Betroffene Deutscher ist.

Für einstweilige Anordnungen nach § 300 FamFG oder vorläufige Maßregeln ist auch das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird. Es soll die angeordneten Maßregeln dem nach Absatz § 272 Absatz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 FamFG zuständigen Gericht mitteilen.

Primär wird daher das örtlich zuständige Betreuungsgericht, bei welchem das Betreuungsverfahren anhängig ist den Verfahrenspfleger bestellen.

Bei der Bestellung eines Verfahrenspflegers handelt es sich um eine die Instanz nicht abschließende Zwischenentscheidung<sup>24</sup>. Die Entscheidung erfolgt durch einen von dem nach § 272 FamFG zuständigen Gericht zu erlassenden Beschluss. Der Beschluss hat hierbei eine Begründung zu enthalten und die Feststellung, ob der Verfahrenspfleger die Verfahrenspflegschaft ehrenamtlich oder berufsmäßig führt<sup>25</sup>.

Mit der Bestellung, ohne dass es einer weiteren Hinzuziehung zum Verfahren bedarf, wird der Verfahrenspfleger auch zum Beteiligten des Verfahrens nach § 274 Absatz 2 FamFG. Die Bestellung selbst hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Verfahrenspfleger die von ihm im Rahmen des Verfahrens wahrzunehmenden Rechte rechtzeitig geltend machen kann. Vor der Bestellung eines Verfahrenspflegers ist dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren<sup>26</sup>.

Gegen die Bestellung/Ablehnung eines Verfahrenspflegers oder die Aufhebung der Verfahrenspflegschaft ist nach § 276 Absatz FamFG ein Rechtsmittel nicht statthaft<sup>27</sup>. Jedoch besteht die Möglichkeit der Anfechtung zusammen mit der Entscheidung nach § 58 Absatz 2 FamFG.

Die Bestellung des Verfahrenspflegers erfolgt durch einen Beschluss des Betreuungsgerichts, in welchem auch enthalten sein muss, ob dieser die Verfahrenspflegschaft ehrenamtlich oder berufsmäßig führt. Die Bestellung wird nach § 40 FamFG mit Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam.

## Person des Verfahrenspflegers

Vorrangig hat das Gericht nach § 276 Abs. 3 FamFG einen ehrenamtlich tätigen Verfahrenspfleger zu bestellen<sup>28</sup>. Hierbei hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen eine geeignete Person zu bestellen<sup>29</sup>. In der Regel wird jedoch aufgrund der Komplexität des Verfahrens ein berufsmäßig tätiger Verfahrenspfleger bestellt<sup>30</sup>.

Der Betreuer kann nach einer Entscheidung des OLG Naumburg<sup>31</sup> zum Verfahrenspfleger bestellt werden, wobei hier in der Praxis aufgrund des in der Regel bestehenden Interessenkonflikts davon abzusehen ist. Ob diese Entscheidung mit der Regelung des § 276 FamFG in Einklang steht, erscheint fraglich.

## Rechtsstellung des Verfahrenspflegers

Der Verfahrenspfleger handelt als Partei kraft Amtes und macht die Rechte des Betroffenen im eigenen Namen geltend. Er nimmt hierbei sämtliche Verfahrensrechte des Betroffenen wahr<sup>32</sup>. Durch Bekanntgabe einer Entscheidung an den Verfahrenspfleger kann somit auch dem rechtlichen Gehör des Betroffenen nach Art. 103 GG entsprochen werden. Der Verfahrenspfleger selbst hat die Möglichkeit im Namen des Betroffenen Rechtsmittel einzulegen, wobei er hier die objektiven Interessen des Betroffenen zu beachten hat und an keinerlei Weisungen des Gerichts gebunden ist<sup>33</sup>.

21 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 20, Kretz in Jürgens Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.7 f.

22 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 21.

23 Kretz in Jürgens Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.8.

24 Kretz in Jürgens Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010, § 276 Rn 12.  
25 Dies kann auch nachgeholt werden; siehe hierzu Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 13.

26 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 13.

27 Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 26 mit weiteren Ausführungen hierzu.

28 Subsidiaritätsprinzip.

29 Hierzu Kretz in Jürgens Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010, § 276 Rn.16, Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 23 f.

30 Rechtsanwalt, Sozialarbeiter, Betreuungsverein, Betreuungsbehörde etc; keine juristische Person; hierzu ausführlich Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 276 FamFG Rn. 15 f.

31 OLG Naumburg vom 19.09.2001, 8 Wx 17/01.

32 BGH, NJW 2009, Seite 2814.

33 Näher hierzu Kretz in Jürgens Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010, § 276 Rn 18.

## Vergütung des Verfahrenspflegers

Die Vergütung des Verfahrenspflegers richtet sich nach § 277 FamFG. Gemäß § 277 Absatz 1 FamFG kann dieser zunächst einen Ersatz seiner Aufwendungen nach § 1835 Absatz 1 bis 2 BGB verlangen<sup>34</sup>.

Insbesondere kann er folgende Auslagen ersetzt bekommen:

- Fahrtkosten
- Parkgebühren und Übernachtungskosten,
- Porto, Telefon-, Telefax-, Schreibpapier- und Kopierkosten,
- Kosten einer rechtlichen Beratung, wenn die von dem Verfahrenspfleger zu beantwortende Frage im Rahmen des Genehmigungsverfahrens eine von diesem nicht zu erwartende rechtliche Fachkenntnis verlangt.
- Kosten einer Haftpflichtversicherung gegen Schäden, die er aufgrund seiner Tätigkeit dem Betroffenen zufügen könnte.

Nach § 9 ZSEG werden die Fahrtkosten bis zur Höhe der Kosten für die Benutzung des preisgünstigsten öffentlichen Beförderungsmittels oder bei einer Gesamtstrecke bis zu 200 Kilometern bis zur Höhe der Kosten für die Benutzung eines eigenen oder unentgeltlich von einem Dritten zur Verfügung gestellten Kraftfahrzeuges ersetzt. Höhere Fahrtkosten werden ersetzt, soweit durch die Benutzung eines anderen als durch die Benutzung des preisgünstigsten öffentlichen Beförderungsmittels die Entschädigung insgesamt nicht höher wird oder höhere Fahrtkosten wegen besonderer Umstände notwendig sind. Bei Benutzung von öffentlichen, regelmäßig verkehrenden Beförderungsmitteln werden die wirklichen Auslagen einschließlich der Kosten für die Beförderung des notwendigen Gepäcks bis zur Höhe der Tarife, bei Benutzung der Eisenbahn oder von Schiffen bis zum Fahrpreis der ersten Wagen- oder Schiffsklasse, ersetzt. Der Ersatz der Beförderungsauslagen ist nach den persönlichen Verhältnissen des Verfahrenspflegers zu bemessen. Die Mehrkosten für zuschlagpflichtige Züge werden erstattet.

Zu beachten gilt es, dass für Rechtsanwälte als Verfahrenspfleger die Möglichkeit besteht, diejenigen Aufwendungen, die zu ihrem Beruf als Rechtsanwalt gehören, nach § 1 Absatz 2 Satz 2 RVG ersetzt zu verlangen<sup>35</sup>.

Der Aufwendungsersatzanspruch erlischt gemäß § 1835 Absatz 1 Satz 3 BGB, wenn er nicht innerhalb von 15 Monaten nach seiner Entstehung gegenüber dem Gericht geltend gemacht wird.

Die Vergütung des Verfahrenspflegers ergibt sich aus § 277 FamFG in Verbindung mit § 3 Absatz 1 VBVG. Hierbei ist der zu vergütende Stundeneinsatz von der fachlichen Qualifikation des Verfahrenspflegers abhängig. Die Grundvergütung beträgt € 19,50 und erhöht sich nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VBVG, wenn der Verfahrenspfleger über besondere Kenntnisse verfügt, die für die Führung der Verfahrenspflegschaft nutzbar sind, auf € 25,00, wenn die Kenntnisse durch eine Lehre oder vergleichbare abgeschlossene Ausbildung erworben wurden, und nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VBVG auf € 33,50, wenn die

Kenntnisse durch eine Hochschul- oder vergleichbare abgeschlossene Ausbildung erworben wurden<sup>37</sup>.

Auch hier gilt nach § 2 VBVG eine Ausschlussfrist nach 15 Monaten.

Für das Festsetzungsverfahren hinsichtlich der Vergütung gilt § 168 FamFG. Das Gericht hat die Vergütung und den Aufwendungsersatz durch Beschluss festzusetzen. Kostenschuldner ist nach § 277 Absatz 5 FamFG die Staatskasse, so dass primär die Vergütung der Auslagenersatz aus dieser zu begleichen ist. Nach KV 31015 handelt es sich hierbei um Auslagen, die von dem Betroffenen zurückverlangt werden können. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass der Ersatz der Auslagen nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Betroffene im Sinne des § 1836 c BGB mittellos ist, nicht jedoch wenn dessen Vermögen einen Betrag von € 25.000 unterschreitet.

## Beendigung der Verfahrenspflegschaft

Die Verfahrenspflegschaft endet mit dem Tod des Betroffenen, ihrer Aufhebung durch Beschluss des Betreuungsgerichts, im Übrigen nach § 276 Abs. 5 FamFG mit der Rechtskraft der Endentscheidung oder mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens. Daher ist es auch entbehrlich für jeden Instanzenzug einen Verfahrenspfleger gesondert zu bestellen. Somit bleibt die Verfahrenspflegschaft insbesondere auch im Beschwerdeverfahren bestehen.

## Zusammenfassung

Der Betroffene kann nach einer jüngst ergangenen Entscheidung eine Verfahrensvollmacht als Ausfluss seiner Verfahrensfähigkeit nach § 275 FamFG erteilen, ohne dass es hierbei auf das Vorliegen eines natürlichen Willens ankommt.

Die bislang in der Literatur hierzu vorliegende uneinheitliche Beurteilung dieser Frage ist nunmehr eindeutig geklärt.

Bei der Frage, ob ein Verfahrenspfleger nach § 276 FamFG zu bestellen ist, ist besonders genau in der gerichtlichen Praxis zu prüfen, ob der Betroffene seine Verfahrensrechte selbst oder durch einen von diesem bevollmächtigten Verfahrensbevollmächtigten wahrnehmen lassen kann. § 276 FamFG setzt eine genaue Prüfung der Erforderlichkeit einer Verfahrenspflegerbestellung voraus, wobei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Bestellung in der Regel dann entbehrlich ist, wenn die Bestellung einen reinen formalen Charakter aufweisen würde. Es kommt daher immer auf den jeweiligen Einzelfall an, ob eine Verfahrenspflegerbestellung erforderlich ist oder nicht, wobei jedoch hiervon nicht zu leichtfertig abgesehen werden sollte.

<sup>34</sup> Auf die Kommentierung hierzu.

<sup>35</sup> Siehe auch Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 277 FamFG Rn. 5.

<sup>36</sup> Siehe hierzu sehr ausführlich Schmidt-Recla in Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Auflage 2013, § 277 FamFG Rn. 8.

<sup>37</sup> Ferner besteht die Möglichkeit nach § 277 Absatz 3 FamFG eine Pauschalvergütung dem Verfahrenspfleger zu gewähren.

## Rechtsprechung

### Richtlinie 69/335/EWG Art. 10 Buchst. c

**Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der die Staatskasse einen Anteil der Gebühren erhält, die ein beamteter Notar anlässlich der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erhebt, das eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art zum Gegenstand hat, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt.**

EuGH, Urteil vom 3.7.2014 – C 524/13

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (ABI. L 249, S. 25).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn Braun als beamtetem Notar und dem Land Baden-Württemberg über dessen Erhebung eines Anteils der Gebühren, die Herr Braun selbst anlässlich von Beurkundungen erhoben hat, die er im Rahmen verschiedener die Umwandlung von Kapitalgesellschaften betreffender Vorgänge vorgenommen hat.

### Rechtlicher Rahmen

#### Unionsrecht

- 3 Nach dem siebten Erwägungsgrund der Richtlinie 69/335 „ist [es] angebracht, eine Harmonisierung [der Gesellschaftsteuer] sowohl hinsichtlich ihrer Struktur als auch hinsichtlich ihrer Sätze vorzunehmen“. Der achte Erwägungsgrund der Richtlinie fügt hinzu, dass „[d]ie Beibehaltung anderer indirekter Steuern mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer oder die Wertpapiersteuer ... die Zielsetzungen [gefährdet], die mit den in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen verfolgt werden; infolgedessen ist die Aufhebung dieser Steuern erforderlich“.
  - 4 Art. 4 der Richtlinie bestimmt:
 

„(1) Der Gesellschaftsteuer unterliegen die nachstehenden Vorgänge:

    - a) die Gründung einer Kapitalgesellschaft;
    - ...
    - c) die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art;
    - ...
  - e) die Verlegung des Ortes der tatsächlichen Geschäftsleitung einer Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person, die ihren satzungsmäßigen Sitz in einem Drittland hat, von einem Drittland in einen Mitgliedstaat, wenn sie für die Erhebung der Gesellschaftsteuer in diesem Mitgliedstaat als Kapitalgesellschaft angesehen wird;
  - f) die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person, die den Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsleitung in einem Drittland hat, von einem Drittland in einen Mitgliedstaat, wenn sie für die Erhebung der Gesellschaftsteuer in diesem Mitgliedstaat als Kapitalgesellschaft angesehen wird;
  - ...
  - (3) Als Gründung im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe a gelten nicht Änderungen gleich welcher Art des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung einer Kapitalgesellschaft und insbesondere nicht die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art;
  - ...“
- 5 Art. 10 der Richtlinie bestimmt:
- „Abgesehen von der Gesellschaftsteuer erheben die Mitgliedstaaten von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbszweck keinerlei andere Steuern oder Abgaben auf:
- a) die in Artikel 4 genannten Vorgänge;
  - b) die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Artikel 4 genannten Vorgänge;
  - c) die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.“
- 6 Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335 bestimmt, dass „[die Mitgliedstaaten in] Abweichung von den Artikeln 10 und 11 ... Abgaben mit Gebührencharakter [erheben können]“.
- 7 Gemäß Art. 16 der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (ABI. L 46, S. 11) wurde die Richtlinie 69/335 zum 1. Januar 2009 aufgehoben. Da die Beurkundungsvorgänge, die zur Zahlung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Notargebühren geführt haben, jedoch vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2008/7 stattgefunden haben, unterliegen sie weiterhin der Richtlinie 69/335.

*Deutsches Recht*

- 8 Im Einklang mit § 114 Abs. 1 der Bundesnotarordnung erkennt das Land Baden-Württemberg das Amt des beamteten Notars an, dessen Vergütung zum einen aus festen Dienstbezügen nach dem Landesbesoldungsgesetz und zum anderen aus einem Teil der vom Notar erhobenen Gebühren besteht.
- 9 § 11 Abs. 2 des baden-württembergischen Landesjustizkostengesetzes in der Fassung vom 28. Juli 2005 (*Gesetzblatt für Baden-Württemberg* 2005, Nr. 12, vom 5. August 2005, S. 580, im Folgenden: LJKG BW) sah vor:  
 „[D]ie Staatskasse [erhält] einen Anteil nach §§ 12 und 13 an den Gebühren für  
 a) ...  
 b) die Beurkundung einer Umwandlung, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt,  
 c) ...“
- 10 Das LJKG BW wurde durch das Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und anderer Gesetze vom 13. Dezember 2011 (*Gesetzblatt für Baden-Württemberg* 2011, Nr. 21, vom 16. Dezember 2011, S. 545) geändert und sieht nunmehr vor, dass das Land in den Fällen des § 11 LJKG BW rückwirkend ab dem 1. Juni 2002 insgesamt auf einen Anteil der dort genannten Gebühren verzichtet. Art. 10 § 2 Abs. 2 des genannten Gesetzes vom 13. Dezember 2011 enthält allerdings folgende Übergangsregelung:  
 „[A]uf die bis zum 31. Dezember 2008 entstandenen Gebühren für  
 ...  
 2. die Beurkundung einer Umwandlung, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt,  
 ...  
 [ist] das bisher für diese Beurkundungen maßgebliche Recht weiter anzuwenden.“
- 13 Mit Schreiben vom 23. Dezember 2008 focht Herr ... diesen Bescheid an.
- 14 Mit Änderungsbescheid vom 19. August 2013 änderte das Landgericht Freiburg die Festsetzungen im Bescheid vom 11. Dezember 2008 geringfügig ab. Hinsichtlich der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Beurkundungsvorgänge blieb die Festsetzung jedoch auf der Grundlage der in Art. 10 § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und anderer Gesetze vom 13. Dezember 2011 enthaltenen Übergangsregelung unverändert.
- 15 Der Rechtsstreit gelangte anschließend vor das Amtsgericht Karlsruhe.
- 16 Das vorlegende Gericht führt aus, dass die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art gemäß Art. 4 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 69/335 keine Gründung einer Kapitalgesellschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie darstelle und damit nicht der Gesellschaftsteuer unterliege. Unter Hinweis darauf, dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie anders als ihr Art. 10 Buchst. a und b keinen ausdrücklichen Verweis auf die in ihrem Art. 4 genannten Vorgänge enthalte, vertritt das vorlegende Gericht die Auffassung, dass nicht auszuschließen sei, dass die in den Bescheiden vom 11. Dezember 2008 und 19. August 2013 verfügte Abführung eines Gebührenanteils an die Staatskasse eine nach Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 verbotene Besteuerung sei.
- 17 Ferner lasse sich aus dem Urteil Agas (C 152/97, EU:C:1998:511) nicht ableiten, dass der Anwendungsbereich des Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 auf die Formalitäten zu beschränken sei, die mit den in Art. 4 der Richtlinie 69/335 genannten Vorgängen zusammenhängen.
- 18 Unter diesen Umständen hat das Amtsgericht Karlsruhe beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen. Ist die Richtlinie 69/335 dahin auszulegen, dass die Gebühren, die ein beamteter Notar für die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts [erhebt], das die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art zum Gegenstand hat, Steuern im Sinne der Richtlinie sind, auch wenn die Umwandlung nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt?

**Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

- 11 Von 2002 bis 2005 nahm Herr Braun als beamteter Notar u. a. diverse Beurkundungen vor, die die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften anderer Art zum Gegenstand hatten. Die beurkundeten Umwandlungen führten jeweils nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft.
- 12 Mit Festsetzungsbescheid des Präsidenten des Landgerichts Freiburg vom 11. Dezember 2008, der gemäß § 11 Abs. 2 Buchst. b LJKG BW erging, wurde der aufgrund dieser Beurkundungen von Herrn ... an die Staatskasse abzuführende Gebührenanteil auf 8 124,62 Euro festgesetzt.

**Zur Vorlagefrage**

- 19 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der die Staatskasse einen Anteil der Gebühren erhält, die

ein beamteter Notar anlässlich der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erhebt, das eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art zum Gegenstand hat, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt.

#### Zur Zulässigkeit

20 Im Nebensatz der Vorlagefrage fehlt zwar – wie das Land Baden-Württemberg vorgetragen hat – eines der Prädikate, doch führt diese Feststellung nicht zur Unzulässigkeit der Frage, da sich der Inhalt der Frage aus der Vorlageentscheidung eindeutig herleiten lässt.

21 Nach Ansicht des Landes Baden-Württemberg ist die Frage auch deshalb für unzulässig zu erklären, weil die erbetene Auslegung des Unionsrechts im Ausgangsrechtsstreit zwischen einem beamteten Notar und den Behörden unerheblich sei. Die angebliche Unvereinbarkeit der nationalen Regelung mit dem Unionsrecht wäre nur in einem Rechtsstreit zwischen dem Schuldner der Notargebühren, d. h. der umgewandelten Gesellschaft, und dem beamteten Notar erheblich.

22 Der Gerichtshof kann es zwar nach seiner ständigen Rechtsprechung u. a. dann ablehnen, über ein Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts zu befinden, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht (vgl. in diesem Sinne Urteile Rosenblatt, C-45/09, EU:C:2010:601, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie MA u. a., C 648/11, EU:C:2013:367, Rn. 37).

23 Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht erfüllt. Zwar ist Herr Braun als beamteter Notar nicht selbst der Schuldner der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gebühren, doch könnte er nicht dazu gezwungen werden, einen Anteil dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen, wenn sich herausstellen sollte, dass die Pflicht zur Abführung dieses Anteils gegen das Unionsrecht verstößt. Das Vorabentscheidungsersuchen, das es dem vorlegenden Gericht ermöglichen soll, die Rechtmäßigkeit der in Rede stehenden nationalen Regelung zu beurteilen, die die Erhebung eines solchen Anteils durch das Land Baden-Württemberg vorsieht, weist daher einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits auf.

24 Die Vorlagefrage ist deshalb zulässig.

#### Zur Frage selbst

25 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass Art. 10 der Richtlinie 69/335 in Verbindung mit ihrem achten Erwägungsgrund Steuern verbietet, die die gleichen Merkmale

aufweisen wie die Gesellschaftsteuer (vgl. u. a. Urteile Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, C 71/91 und C 178/91, EU:C:1993:140, Rn. 29, Denkavit International u. a., C 2/94, EU:C:1996:229, Rn. 23, und Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, C-466/03, EU:C:2007:385, Rn. 48).

26 So erfasst Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 u. a. jene Abgaben, die ungeachtet ihrer Form auf die Eintragung oder jedwede andere der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Formalität, der eine Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann, erhoben werden (Urteil Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, EU:C:2007:385, Rn. 49).

27 In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof in Rechts-sachen, die die im Land Baden-Württemberg geltende Regelung betreffen, bereits klargestellt, dass Notargebühren, die beamtete Notare für einen unter die Richtlinie 69/335 fallenden Vorgang erheben, eine Steuer im Sinne der Richtlinie darstellen, wenn diese Gebühren zumindest teilweise dem Staat zufließen, der Dienstherr der beamteten Notare ist, und zur Finanzierung von dessen Aufgaben verwendet werden (vgl. in diesem Sinne Beschluss Gründerzentrum, C-264/00, EU:C:2002:201, Rn. 27 und 28, Urteile Längst, C-165/03, EU:C:2005:412, Rn. 37 und 41, und Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, EU:C:2007:385, Rn. 40).

28 In Bezug auf die Frage, ob Notargebühren wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden für „die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft ... auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“, im Sinne von Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 erhoben werden, geht aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass diese Bestimmung weit auszulegen ist, und zwar dahin, dass sie nicht nur die formalen, der Ausübung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft vorangehenden Verfahren erfasst, sondern auch die Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit einer solchen Gesellschaft darstellen (vgl. Urteil Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, EU:C:2007:385, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29 Dazu hat der Gerichtshof bereits mehrfach festgestellt, dass, wenn ein von einer Kapitalgesellschaft durchgeführter Vorgang, wie insbesondere die Erhöhung ihres Gesellschaftskapitals, die Änderung ihrer Satzung oder der Erwerb von Immobilien aufgrund eines Zusammenschlusses, nach nationalem Recht zwingend eine rechtliche Formalität erfordert, diese Formalität eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit dieser Gesellschaft darstellt (Urteil Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, EU:C:2007:385, Rn. 52; vgl. in diesem Sinne ferner Urteile Kommission/Griechenland, C 426/98, EU:C:2002:180, Rn. 12 und 30, sowie Badischer Winzerkeller, C-264/04, EU:C:2006:402, Rn. 26 bis 29).



- 30 Im Ausgangsverfahren wurden die Notargebühren anlässlich von Beurkundungen verschiedener Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften anderer Art erhoben. Da eine solche Umwandlung nach der Regelung des Landes Baden-Württemberg notariell beurkundet werden muss, ist diese Pflicht als eine Formalität anzusehen, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit der so umgewandelten Kapitalgesellschaft darstellt (vgl. entsprechend Urteil Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, EU:C:2007:385, Rn. 54). Eine solche notarielle Beurkundung ist daher eine vorangehende Formalität, der im Sinne von Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 eine Kapitalgesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen wird.
- 31 Das Land Baden-Württemberg hat indessen hervorgehoben, dass die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Umwandlungen nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaften geführt hätten. Nur eine Steuer, die anlässlich eines Vorgangs erhoben werde, der zu einer Erhöhung des Kapitals der betreffenden Gesellschaft führe, könne unter Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 fallen.
- 32 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.
- 33 Aus Art. 4 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 69/335 geht nämlich klar hervor, dass die Mitgliedstaaten anlässlich der „Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art“ keine Gesellschaftsteuer erheben dürfen. Diese Bestimmung zielt zwangsläufig auf Umwandlungen von Gesellschaften ohne Erhöhung des Kapitals ab. Eine Umwandlung mit Erhöhung des Kapitals würde nämlich unter Art. 4 Abs. 1 Buchst. c dieser Richtlinie fallen. Das mit Art. 4 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 69/335 verfolgte Ziel wäre jedoch gefährdet, wenn anlässlich der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art andere Steuern mit derselben Wirkung wie die Gesellschaftsteuer erhoben werden könnten.
- 34 Im Übrigen geht aus der in Rn. 29 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung hervor, dass der Anwendungsbereich von Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 nicht auf Vorgänge beschränkt ist, die zu einer Erhöhung des Kapitals der betreffenden Gesellschaft führen.
- 35 Folglich steht Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, nach der die Staatskasse einen Anteil der Gebühren erhält, die ein beamteter Notar anlässlich der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erhebt, das eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art zum Gegenstand hat, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt.
- 36 Dagegen verbietet Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 nicht, dass ein beamteter Notar anlässlich solcher Beur-

kundungen ihm endgültig zustehende Abgaben erhebt, soweit es sich um Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335 handelt.

- 37 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der die Staatskasse einen Anteil der Gebühren erhält, die ein beamteter Notar anlässlich der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erhebt, das eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art zum Gegenstand hat, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt.

## Kosten

38 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Mitgeteilt durch Notar a.D. Dr. Hans Eberhard Sandweg, Müllheim/Baden.

## Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 3. Juli 2014 – C-524/13

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

Schon vor über einem Jahrzehnt wurde ausführlich begründet (*Verf.* BWNNotZ 2003, 25 ff), dass unter das Verbot des Art. 10 lit. c (letzte Alternative) der Richtlinie 69/335/EWG sämtliche Vorgänge fallen, bei denen im gesellschaftsrechtlichen Bereich eine notarielle Beurkundung oder Beglaubigung gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, ohne dass der Vorgang mit einer Kapitalerhöhung verbunden sein müsste. Der Umstand, dass der EuGH die gegenteilige Meinung des OLG Karlsruhe (Beschl. v. 24.09.2002 -14 Wx 133/00) und des Landesgesetzgebers nun verworfen hat, kann vom *Verfasser* zwar mit später Genugtuung registriert werden, bedarf indessen keines besonderen Kommentars. Es war und ist also trotz des gegenteiligen Landesrechts klar und nun vom EuGH bestätigt, dass zum Beispiel Hauptversammlungen, Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, Fusionen ohne Kapitalerhöhung, Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, Sitzverlegungen im Inland und vieles mehr beim Erfordernis einer notariellen Beurkundung oder Beglaubigung vom Verbot des Art. 10 lit. c der Richtlinie 69/335/EWG erfasst werden (*Verf.* BWNNotZ 2003, 25).

In dem Rechtsstreit *Eycke Braun / Land Baden-Württemberg* musste auch die federführende Landesjustizverwaltung von

ihrem Unterliegen vor dem EuGH in der Sache ausgehen. So hatte das Land bereits in drei Prozessen bei der Auslegung der Richtlinie 69/335/EWG vor dem EuGH eine Niederlage erlitten („Gründerzentrum Müllheim“ C-264/00, „Längst“ C-165/03, „Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft“ C-466/03), und die Darlegungen im oben zitierten Aufsatz waren bekannt. Auch die wissenschaftliche Stellungnahme des ehemaligen Verfassungsrichters *E.-W. Böckenförde* in seinem Gutachten, das er für den Badischen Notarverein am 8.3.2004 erstattet hat (S. 12), und das der Landesjustizverwaltung bekannt ist, stellt fest, dass der Rechtsirrtum des OLG Karlsruhe in seinem Beschluss vom 24.09.2002 (14 Wx 133/00) „nachgewiesen“ sei. Außerdem hatte der EuGH seine Meinung im Urteil „Badischer Winzerkeller“ C-264/04, Slg. 2006, I-5275, (Rdnr. 19) sowie insbesondere im Urteil „Reiss“ vom 28.06.2007 (Rdnr. 50) deutlich dahingehend zum Ausdruck gebracht, dass Art. 10 lit. c der Richtlinie 69/335/EWG nicht eine Kapitalerhöhung zur Voraussetzung habe und weit auszulegen sei (vgl. Rdnr. 28 des Urteils C-524/13).

Wenn in dieser Situation das beklagte Land den status quo erhalten wollte, war es aus seiner Sicht indiziert, eine Sachentscheidung des Gerichtshofs und damit eine authentische und verbindliche Auskunft über die Auslegung des europäischen Rechts zu verhindern. Als Mittel zur Verhinderung einer das Land bindenden Sachentscheidung wählte die Landesjustizverwaltung im nun entschiedenen Rechtsstreit nicht die Klagosstellung des Klägers *Eycke Braun*, indem seine Forderung erfüllt worden wäre. Dieser Weg ist legitim und war im Vorlageverfahren des Landgerichts Tübingen „*FGK Gesellschaft für Antriebsmechanik mbH*“ (C-450/08) erfolgreich. Kurz vor einem Urteil des EuGH wurde nämlich diese Klage zurück genommen.

Im vorliegenden Fall wählte die Landesjustizverwaltung den Einwand der Unzulässigkeit der Vorlage. Der zur Begründung der Unzulässigkeit vorgebrachte Einwand der Landesjustizverwaltung, dass in der Formulierung der Frage des vorlegenden Amtsgerichts ein Wort fehle, war allerdings dürftig, und dieses Argument wurde zu Recht vom EuGH mit einem kurzen Satz erledigt (Rdnr. 20 des Urteils C-524/13).

Gewichtig war indessen der Einwand des Landes, dass Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits nicht die von der Richtlinie 69/335/EWG geschützte Gebührenforderung gegenüber einer Gesellschaft sei, sondern die interne Verteilung vereinbarter Abgaben zwischen Staat und beamtetem Notar.

Spektakulär ist die Entscheidung des EuGH in diesem Punkt: In Randnr. 22 und 23 seines Urteils bejaht der EuGH die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens obwohl - vom EuGH erkannt - der beamtete Notar nicht direkt zu dem Personenkreis gehört, der in den Schutzbereich der Richtlinie 69/335/EWG fällt. Wenn der Gerichtshof dennoch unter Hinweis auf seine Möglichkeit der Ablehnung (Rdnr. 22) die Vorlagefrage zur Entscheidung angenommen hat und damit indirekt den Schutzbereich der Richtlinie auf die beamteten Notare ausweitet, so ist dies aus der oben geschilderten Vergangenheit erklärbar und dient der zukünftigen durchgehend richtigen Anwendung des europäischen Sachrechts, woran eigentlich auch

die Gesetz und Recht unterworfenen Justizverwaltung des Landes Baden-Württemberg interessiert sein sollte.

So zeigt sich: Zur Wahrung der Rechtshygiene wird eine bewusste oder unbewusste deutliche Fehlinterpretation europäischen Rechts vom EuGH nicht hingenommen, auch wenn diese Korrektur in einem Rechtsstreit vorzunehmen ist, der nur einen indirekten Bezug zum Schutzbereich der entsprechenden Rechtsnorm aufweist.

Die rechtliche Wirkung, die von dem Urteil des EuGH ausgeht, bestimmt sich nach dem Verhältnis von Europarecht zu nationalem Recht. Dem europäischen Recht, nicht nur dem primären, sondern auch dem sekundären Europarecht der Verordnungen und Richtlinien, kommt gegenüber dem nationalen Recht ein sog. Anwendungsvorrang zu. Dieser Anwendungsvorrang ist unumstritten. (Vgl. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, § 6 IV 1 e, S. 235f.; H.P. Ipsen, HDStR VII, § 181, Rdn. 58.)

Der Anwendungsvorrang des Europarechts bewirkt, dass eine entgegenstehende mitgliedstaatliche Norm unanwendbar wird. Sie wird durch das Gemeinschaftsrecht in der Weise verdrängt und überlagert, dass sie, solange das entsprechende Gemeinschaftsrecht gilt und soweit seine Geltung inhaltlich reicht, in jeder Beziehung außer Anwendung bleibt, sie ist suspendiert. (Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 235; Dreier, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Art. 31, Rdn. 13).

Der EuGH hat seine ständige Rechtsprechung folgendermaßen zusammengefasst und spezifiziert: Akte des Gemeinschaftsrechts haben „nicht nur zur Folge, daß allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch ..., dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit den Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.“ (EuGH Rs. 106/77 „Simmenthal II“).

Der Anwendungsvorrang wirkt im vorliegend entschiedenen Fall direkt auf die Bestimmung des § 11 Abs. 2 lit. b LJKG in der Fassung vom 28.07.2005, so dass die Norm „*Die Staatskasse erhält einen Anteil nach §§ 12 und 13 an den Gebühren für die Beurkundung einer Umwandlung, die nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden oder formwechselnden Gesellschaft führt.*“ von vornherein unwirksam war und nicht erst durch Änderungsgesetzes zum LJKG vom 13.12.2011 geworden ist.

Nach dem Sinn des Urteils geht seine Wirkung jedoch weiter. Die nochmalige Klarstellung durch den EuGH, dass Art. 10 lit. c der Richtlinie 69/335/EWG weit auszulegen sei und eine Kapitalerhöhung nicht Voraussetzung für dessen Anwendung ist, wirkt sich auf sämtliche Bereiche aus, in denen der Landesgesetzgeber von seiner entgegengesetzten unrichtigen restriktiven Rechtsmeinung ausgegangen ist. Alle gesellschaftsrechtlichen Vorgänge, die einer notariellen Formalität (Beurkundung oder Beglaubigung) bedürfen, fallen in den Anwendungsbebereich, sodass nicht nur Ziffer 2, sondern unter anderem auch die Ziffern 1 und 3 des Art. 10 § 2 Abs. 2 des Änderungsgesetzes zum LJKG vom 13.12.2011 unwirksam sind. Es bleibt

abzuwarten, ob die Landesjustizverwaltung ohne weitere rechtliche Maßnahmen der Betroffenen den Ergebnissen des Urteils von sich aus Rechnung trägt, oder ob sie der bisherigen Praxis folgend restriktiv abwartet, welche Ansprüche geltend gemacht werden und hierbei unter Umständen eine Flut von Rechtsstreitigkeiten bis zu weiteren Vorlagen an den EuGH in Kauf nimmt, deren Ergebnisse sich bei Berücksichtigung der klaren Rechtsprechung des EuGH voraussehen lassen.

### **BGB §§ 140, 2265, 2270**

**Auch wechselbezügliche Verfügungen eines wegen Testierunfähigkeit eines Ehegatten unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments können in ein Einzeltestament des anderen Ehegatten umgedeutet werden.**

OLG München, Beschluss vom 23.7.2014 – 31 Wx 204/14, rechtskräftig

#### **Gründe:**

I.

Der Erblasser ist im Februar 2012 im Alter von 86 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 1 (geboren 1924) ist seine Ehefrau. Der Beteiligte zu 2 (geboren 1954) ist der gemeinsame Sohn. Es liegt ein notarielles gemeinschaftliches Testament vom 9.3.2009 vor, das auszugsweise wie folgt lautet:

#### **„I. Vorbemerkung**

...

Ich (Ehefrau) bin Alleineigentümerin von verschiedenen Grundstücken ..., während ich (Ehemann) Alleineigentümer des Hausanwesens ... bin ... .

...

#### III. Gegenseitige Alleinerbeneinsetzung

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein.

#### IV. Vermächtnis

Der Überlebende von uns wird mit folgendem Vermächtnis beschwert:

Der Überlebende hat an den Verein ... den Betrag von 20.000 € zu zahlen mit der Auflage, folgende Patenschaften umgehend weiter fortzuführen...

Vorstehendes Vermächtnis mit der Auflage ist fällig und fällt an sofort bei Ableben des Erstversterbenden von uns.

#### V. Schlusserbeneinsetzung, Vor- und Nacherbschaft, Vorausvermächtnis

(1) Der Überlebende von uns setzt unseren Sohn ... zu seinem alleinigen Erben ein.

(2) Unser Sohn ... ist jedoch nur Vorerbe.

Nacherben sind die Abkömmlinge unseres vorgenannten Erben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

Falls keine Abkömmlinge vorhanden sind, bestimmen wir den Verein ... zum alleinigen Ersatznacherben des Überlebenden von uns. ... Der Nacherbfall tritt ein beim Tode des Vorerben. Der Vorerbe ist von allen Beschränkungen befreit, von denen eine Befreiung gesetzlich zulässig ist.

Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft ist auflösend bedingt. Die Bedingung tritt ein, wenn der Nacherbe sein An-

wirtschaftsrecht auf den Vorerben überträgt. Der Vorerbe wird dann Vollerbe. Im Übrigen ist das Anwartschaftsrecht des Nacherben weder vererblich noch übertragbar.

...

#### VI. Vermächtnisse

Unser Nacherbe wird mit folgenden Vermächtnissen beschwert: (folgen Vermächtnisse hinsichtlich der Waldgrundstücke im Alleineigentum der Ehefrau und hinsichtlich von insgesamt 90% des Kapitalvermögens).

...

#### VIII. Wechselbezüglichkeit

Die Verfügungen in Ziffer III. bis VII. dieser Urkunde sind wechselbezüglich.

Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, die Verfügungen in Ziffer V. und VI. im heutigen gemeinschaftlichen Testament beliebig abzuändern oder aufzuheben. ...“

Der Beteiligte zu 2 hat am 21.5.2012 einen Teilerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt, der ihn als Miterben zu 1/2 neben seiner Mutter ausweist. Das Testament vom 9.3.2009 sei unwirksam, weil seine Mutter zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung aufgrund fortgeschrittener Demenz testierunfähig gewesen sei. Die Nichtigkeit der Willenserklärungen der Ehefrau habe die Unwirksamkeit der Erklärungen des Erblassers einschließlich der Erbeinsetzung der Ehefrau zur Folge.

Die vom Nachlassgericht erwogene Umdeutung in ein Einzeltestament des Erblassers mit Einsetzung der Ehefrau als alleinige Vorerbin und des Sohnes als Nacherbe sowie Anordnung weiterer Nacherbfolge komme nicht in Betracht. Die testierenden Eheleute hätten die Verfügungen in den Ziffern III. bis VII. ausdrücklich als wechselbezüglich bezeichnet und damit zum Ausdruck gebracht, dass die benannten Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein sollten. Der Erblasser habe sich damit festgelegt, die eigenen letztwilligen Verfügungen nur im Zusammenhang mit den letztwilligen Verfügungen der Ehefrau errichten zu wollen. Zudem verfälsche eine Umdeutung den erklärten Willen. Eine Einsetzung der Ehefrau als befreite Vorerbin schränke ihre Verfügungsbefugnis gegenüber der Stellung als Alleinerbin erheblich ein. Die Vor- und Nacherbschaft könne nur noch das Nachlassvermögen des Erblassers betreffen, das aus dem gemeinschaftlichen Vermögen deshalb separiert werden müsse. Auch die Vermächtnisse seien hinsichtlich der jeweiligen Vermögenswerte zu trennen. Der Änderungsvorbehalt lasse sich bei Umdeutung in ein Einzeltestament nicht mehr verwirklichen. So werde der erklärte Wille des Erblassers ersetzt durch vom Testament unabhängige Überlegungen, welche alternativen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen könnten und welche Teile seiner letztwilligen Verfügungen für ihn von vorrangiger Bedeutung sein dürften.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 5.3.2014 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Ein gesetzliches Erbrecht stehe dem Beteiligten zu 2 nicht zu, unabhängig davon, ob die Beteiligte zu 1 bei Errichtung des notariellen gemeinschaftlichen Testaments testierfähig

gewesen sei oder nicht. Sei sie testierfähig gewesen, sei sie selbst Alleinerbin aufgrund Testaments. Sei sie testierunfähig gewesen, ergebe die mögliche Umdeutung des Testaments vom 9.3.2009 in ein Einzeltestament des Erblassers, dass sie Alleinerbin sei. Der Erblasser sei Initiator des gemeinschaftlichen Testaments gewesen, wie sich aus den Auskünften des Notariats ergebe. Er habe der Beteiligten zu 1 im Falle seines Vorversterbens sein gesamtes Vermögen ungeschmälert zur Verfügung stellen wollen. Es ergebe sich weder aus dem Testament noch aus sonstigen Umständen, dass er dies nicht getan hätte, wenn er gewusst hätte, dass seine Ehefrau nicht mehr wirksam testieren konnte. Es sei jedenfalls eine Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau durch den Erblasser anzunehmen. Ob darüber hinaus eine Bedingung oder eine Vor- und Nacherbschaft anzunehmen sei, sei angesichts des Inhalts des Erbscheinsantrags unerheblich.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2, die er insbesondere darauf stützt, dass wechselbezügliche Verfügungen einer Umdeutung in ein Einzeltestament nicht zugänglich seien. Der für die Beteiligte zu 1 bestellte Ergänzungsbetreuer ist der Beschwerde entgegengetreten.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat zu Recht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 zurückgewiesen. Auch wenn die Beteiligte zu 1 bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 9.3.2009 testierunfähig gewesen ist, wie vom Beteiligten zu 2 behauptet, ist jedenfalls nicht gesetzliche Erbfolge eingetreten. Vielmehr ist dann das gemeinschaftliche Testament vom 9.3.2009 in ein Einzeltestament des Erblassers umzu- deuten, das jedenfalls eine Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau enthält.

1. Eine als gemeinschaftliches Testament unwirksame letztwillige Verfügung kann im Wege der Umdeutung als einseitige letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden.

a) Das gilt nicht nur dann, wenn es an den formellen Voraussetzungen fehlt (wie etwa bei Nichtehegatten oder wegen des fehlenden Beitritts eines Ehegatten), sondern auch, wenn wegen Testierunfähigkeit eines Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament nicht wirksam errichtet wurde (vgl. BayObLG FamRZ 1996, 1036/1037; OLG München NJW-RR 2010, 1382/1383; Staudinger/Kanzleier BGB <Juli 2013> § 2265 Rn. 14; MünchKommBGB/Busche 6. Aufl. 2012 § 140 Rn. 26; Palandt/Ellenberger BGB 73. Aufl. 2014 § 140 Rn. 10). Eine Umdeutung kann auch hinsichtlich solcher Verfügungen vorgenommen werden, die zu einer Verfügung des anderen Ehegatten wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB sein können, wie die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten. Maßgeblich ist auch hier, dass der Erblasser auch in Kenntnis der unwirksamen oder fehlenden entsprechenden Verfügung des anderen Testierenden seine eigene Verfügung zu dessen Gunsten treffen wollte (BayObLG NJW-RR 2003, 659/660; NJW-RR 2000, 1534; OLG München NJW-RR 2010, 1382/1383).

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers steht § 2270 Abs. 1 BGB der Umdeutung nicht entgegen. Danach hat bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge. Diese Vorschrift ist jedoch nicht zwingend; es steht den Testierenden frei, die an die Nichtigkeit einer wechselbezüglichen Verfügung geknüpfte Rechtsfolge abzumildern oder auszuschließen. Ein solcher Wille kann auch durch Auslegung ermittelt werden (vgl. BGH NJW 2011, 1353 Rn. 16 zum Fall des Widerrufs; Staudinger/Kanzleier § 2270 Rn. 6; Reimann/Bengel/J.Mayer, Testament und Erbvertrag 5. Aufl. 2006 § 2265 Rn. 14, § 2270 Rn. 18; Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht 2. Aufl. 2014 § 2270 Rn. 42). Ob für den Fall der ursprünglichen, von den Ehegatten nicht erkannten Unwirksamkeit einer wechselbezüglichen Verfügung die Regelung des § 2270 Abs. 1 BGB ohnehin verfehlt und durch eine regelmäßig entgegenstehende Auslegung einzuschränken ist (vgl. Staudinger/Kanzleier § 2270 Rn. 7; Kanzleier DNotZ 1973, 133/148), kann hier offen bleiben. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Wille zum gemeinschaftlichen Testieren rechtsgeschäftlichen Charakter hat (so Palandt/Weidlich Einf. vor § 2265 Rn. 2; Reimann/Bengel/J.Mayer Vor §§ 2265 ff. Rn. 21f; Burandt/Rojahn/Braun § 2265 Rn. 10; a.A. BayObLGZ 2002, 128/135; MünchKommBGB/Musielak BGB 6. Aufl. 2013 Vor § 2265 Rn. 8) und folglich Testierfähigkeit erfordert.

2. Hier ergibt die Auslegung, dass der Erblasser seine Ehefrau durch einseitige letztwillige Verfügung zur Alleinerbin eingesetzt hätte, wenn er gewusst hätte, dass wegen ihrer Testierunfähigkeit eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung mit einer gegenseitigen Erbeinsetzung nicht wirksam getroffen werden konnte.

a) Die Ehegatten waren seit 1952 verheiratet. Das von ihnen gemeinsam bewohnte wertvolle Hausgrundstück stand im Alleineigentum des Ehemannes. Mit ihrem einzigen Sohn, dem Beteiligten zu 2, hatten die Ehegatten im Mai 2008 einen Überlassungsvertrag mit Pflichtteilsverzicht abgeschlossen. Diese Umstände legen nahe, dass es dem Erblasser bei Errichtung des Testaments vom 9.3.2009 vorrangig darum ging, seine Ehefrau zu versorgen und abzusichern. Hinzu kommt, dass nach den Angaben des Urkundsnotars der Erblasser die Initiative zur Errichtung des Testaments ergriffen und die inhaltliche Ausgestaltung bestimmt hat.

b) Die Einwände des Beschwerdeführers greifen nicht durch. Es erscheint fernliegend, dass der Erblasser es bei Kenntnis von der Testierunfähigkeit seiner Ehefrau vorgezogen hätte, die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen, bei der seine Ehefrau nur Miterbin zur Hälfte neben dem Beschwerdeführer wäre. Auch sind keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Erblasser es abgelehnt hätte, eine eigene letztwillige Verfügung ohne eine entsprechende Verfügung seiner Ehefrau zu treffen. Dass dem Erblasser die

dementielle Erkrankung seiner Ehefrau bekannt war, lässt nicht den Schluss zu, dass er bewusst die Unwirksamkeit von deren Verfügungen – und seiner eigenen dazu wechselbezüglichen Verfügungen – in Kauf nehmen wollte.

4. Es bedarf hier keiner Entscheidung, inwieweit hinsichtlich der weiteren Verfügungen des Testaments vom 9.3.2009 eine Aufrechterhaltung im Wege eines Einzeltestaments gewollt war. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nur der Antrag des Beteiligten zu 2 auf Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge.

### III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Der Beschwerdeführer hat kraft Gesetzes die Gerichtskosten der erfolglosen Beschwerde zu tragen. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 61 Abs. 1 GNotKG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor. Die neuere obergerichtliche Rechtsprechung geht übereinstimmend mit der herrschenden Meinung in der Literatur davon aus, dass eine Umdeutung in ein Einzeltestament auch dann in Betracht kommt, wenn die Verfügung in dem gescheiterten gemeinschaftlichen Testament als wechselbezügliche angelegt war. Dass vor der zitierten Entscheidung des BGH (NJW 2011, 1353) vereinzelt auch eine andere Auffassung vertreten wurde (vgl. Zimmer ZEV 2010, 472/473), erfordert keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth.

### FamFG §§ 82, 43

**1) Ist die Kostenentscheidung in einer Entscheidung über einen Erbscheinsantrag entgegen § 82 FamFG versehentlich unterblieben, kommt eine Ergänzung des Beschlusses nur unter den Voraussetzungen des § 43 FamFG in Betracht.**

**2) Eine ergänzende Kostenentscheidung gem. § 43 FamFG ist nur möglich, wenn die Möglichkeit einer – stillschweigenden – Kostenentscheidung im Ausgangsbeschluss ausgeschlossen werden kann (OLG München FGPrax 2012, 137, 1406).**

OLG Köln, Beschluss vom 05.08.2013 – 2 Wx 193/13, rechtskräftig.

In der Nachlasskostensache hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln beschlossen:

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2) vom 11.06.2013 wird der am 13.05.2013 erlassene Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgerichts – Siegburg vom 10.05.2013 aufgehoben und der Antrag der Beteiligten zu 1) vom 14.03.2013, nachträglich über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden, zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1) hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

### Gründe:

#### I.

Die verwitwete Erblasserin hatte zwei Töchter, die Beteiligten zu 1) und 2). Am 23.11.2011 wurde die Kopie eines Testaments der Erblasserin eröffnet, wonach die Beteiligte zu 1) Alleinerbin der Erblasserin ist.

Am 08.12.2011 hat die Beteiligte zu 2) einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, der sie und die Beteiligte zu 1) als Erben zu je ½ ausweist, und behauptet, die Erblasserin müsse das Original des Testaments vernichtet haben, da sie ihr dies in einem Gespräch am 24.04.2011 zugesagt habe. Die Beteiligte zu 1) hat am 16.11.2011 unter Berufung auf die eröffnete Kopie des Originaltestaments die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist, mit der Behauptung, das Originaltestament sei von der Erblasserin nicht in Widerrufsabsicht vernichtet worden, in den Unterlagen der Mutter aber nicht zu finden. Das Amtsgericht hat durch die Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben.

Durch am 01.02.2013 erlassenen Beschluss vom 30.01.2013, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat das Amtsgericht Siegburg den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2) zurückgewiesen und die Tatsachen, die für die Erteilung des beantragten Erbscheins der Beteiligten zu 1) erforderlich sind, für festgestellt erachtet; eine – ausdrückliche – Entscheidung über die Kosten des Verfahrens enthält der Beschluss, der beiden Beteiligten jeweils am 04.02.2013 zugestellt worden ist, nicht. Am 11.03.2013 ist der Beteiligten zu 1) eine Ausfertigung des Erbscheins übersandt worden.

Mit am 16.03.2013 beim Amtsgericht Siegburg eingegangenen Anträgen vom 14.03.2013 hat die Beteiligte zu 1) beantragt, den Geschäftswert festzusetzen und über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Das Amtsgericht Siegburg hat durch am 03.05.2013 erlassenen Beschluss vom 02.05.2013 den Geschäftswert auf 55.855,50 € festgesetzt und durch am 13.05.2013 erlassenen Beschluss vom 10.05.2013 die durch die Beweisaufnahme entstandenen Gerichtskosten sowie die zur Durchführung des Verfahrens notwendigen Kosten der Beteiligten zu 1) der Beteiligten zu 2) auferlegt. Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 10.05.2013 Bezug genommen.

Gegen den am 13.05.2013 erlassenen Beschluss vom 10.05.2013, der Beteiligten zu 2) am 13.05.2013 zugestellt, richtet sich ihre am 11.06.2013 beim Amtsgericht Siegburg eingegangene Beschwerde vom selben Tag. Sie vertritt die Auffassung, es entspreche der Billigkeit, wenn beide Beteiligte ihre jeweiligen außergerichtlichen Kosten zu tragen hätten. Bezüglich der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den Inhalt des Schreibens vom 24.06.2013 Bezug genommen. Die Beteiligte zu 1) ist diesem Vorbringen entgegengetreten. Durch am 09.07.2013 erlassenen Beschluss vom 08.07.2013 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt.

**II.****1.**

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) ist zulässig. In Verfahren nach dem FamFG ist die isolierte Anfechtung einer Kostenentscheidung gem. §§ 58 ff. FamFG statthaft (Senat, Beschluss v. 05.07.2013 – 2 Wx 184/13; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Auflage 2011, § 81 Rn. 83). Dies gilt erst recht, wenn die Kostenentscheidung Gegenstand eines Ergänzungsbeschlusses gem. § 43 Abs. 1 FamFG ist (Keidel/Meyer-Holz, a.a.O., § 43 Rn. 16). Form und Frist für die Beschwerde sind gewahrt, der Beschwerdewert von 600,00 € ist überschritten (§ 61 Abs. 1 FamFG).

**2.**

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) hat auch in der Sache Erfolg. Das Amtsgericht – Nachlassgericht – Siegburg hat zu Unrecht nachträglich über die Kosten des Verfahrens entschieden, nachdem im am 01.02.2013 erlassenen Beschluss zur Hauptsache eine Kostenentscheidung unterblieben ist.

Aus § 82 FamFG ergibt sich ausdrücklich, dass über die Kosten in der Endentscheidung zu befinden ist. Endentscheidung in diesem Sinne ist hier der am 01.02.2013 erlassene Beschluss vom 30.01.2013, durch den der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2) zurückgewiesen und zugleich die Tatsachen, die zur Erteilung des Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 1) erforderlich sind, für festgestellt erachtet worden sind. Die Zurückweisung des Erbscheinsantrags ist eine Endentscheidung. Da die Endentscheidung eine Kostenentscheidung nicht enthält, konnte die Kostenentscheidung nur unter den Voraussetzungen des § 43 FamFG nachgeholt werden, die hier aber nicht vorliegen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Kostenentscheidung im Sinne von § 43 Abs. 1 FamFG unterblieben ist. In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt es im Ermessen des Gerichts, ob eine Kostenentscheidung ergeht. Deshalb ist eine Entscheidungslücke nicht schon dann gegeben, wenn eine ausdrückliche Kostenentscheidung fehlt. Denn damit kommt regelmäßig ein darauf gerichteter Wille des Gerichts zum Ausdruck. Nur wenn sich aus dem Beschluss ausnahmsweise aufgrund konkreter Anhaltspunkte eindeutig ergibt, dass sich das Gericht mit dem Kostenpunkt überhaupt nicht beschäftigt, d.h. sein nach § 81 FamFG bestehendes

Ermessen gar nicht ausgeübt hat, ist eine Ergänzung zulässig. Dies ist im Punkt Kosten jedoch nur dann der Fall, wenn die Kostenentscheidung versehentlich, nicht aber rechtsirrig unterlassen worden ist (OLG München FGPrax 2012, 137). Deshalb kann die Ergänzung einer Hauptsacheentscheidung im Kostenpunkt nur dann in Betracht kommen, wenn sich nicht aus dem Schweigen des Kostenbeschlusses zu dieser Frage ergibt, dass insoweit keine Entscheidung getroffen werden sollte (OLG München, a.a.O.). Ob im Hinblick auf den Umstand, dass das Amtsgericht im vorliegenden Fall die Kostenentscheidung auf Antrag hin nachgeholt hat, geschlossen werden kann, dass die Kostenentscheidung versehentlich unterblieben ist, kann letztlich offen bleiben.

Der Antrag auf Entscheidung über die Kosten der Beteiligten zu 1) ist nämlich entgegen § 43 Abs. 2 FamFG nicht innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses vom 01.02.2013 gestellt worden. Die Bekanntmachung des Beschlusses vom 01.02.2013 erfolgte am 04.02.2013 durch Zustellung des Beschlusses an beide Beteiligte gem. § 41 Abs. 1 FamFG. Der Antrag auf Entscheidung über die Kosten ist erst am 16.03.2013, also mehr als zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung in der Hauptsache bei Gericht eingegangen; er ist damit verfristet. Es verbleibt daher bezüglich der Gerichtskosten bei der gesetzlichen Regelung gem. § 2 KostO. Bezüglich der Rechtsanwaltskosten findet mangels gerichtlicher anderweitiger Entscheidung eine Kostenerstattung nicht statt.

**III.**

Die Entscheidung über die Kosten der Beschwerdeverfahren beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG sind nicht erfüllt. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Die Beurteilung des Streitfalls beruht lediglich auf einer Würdigung der konkreten Umstände dieses Einzelfalles, ohne dass sich hier Rechtsfragen stellen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt sind.

## Buchbesprechungen

**Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg – Ein Handbuch für die Praxis besonders für das Notariat, die Gemeinde und den Ratschreiber. Begründet von Karl Haegele, weitergeführt von Helmut E. Gräßlin und Dr. Jürgen Rastätter. Herausgegeben von Sebastian Mensch, Diplom-Finanzwirt (FH), Notarvertreter; unter Mitwirkung von: Prof. Walter Böhringer, Lutz Milzer, Daniel Schaal, Melanie Sigl, Wolfgang Sorg, Peter Waldenberger und Franz Wick, Neckar-Verlag GmbH, Loseblatt Stand: Februar 2014, 2228 Seiten, 49,90 €.**

Das Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg, eine in zwei Ordnern einsortierte Loseblattsammlung, liegt mit der jüngsten Ergänzungslieferung 1/2014 (Stand: Februar 2014) vor. Das Werk stellt konzeptionell eine Mischung aus Hand- und Lehrbuch dar mit Formulierungsmustern am Ende und gliedert sich in die Bereiche Beurkundungswesen, Grundbuch- und Grundstücksrecht, Familienrecht, Vormundschaftsrecht, Erbrecht, Nachlassverfahren, Kosten- und Steuerrecht sowie Öffentliches Recht. Es geht damit über die Darstellung der klassischen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinaus und berücksichtigt selbst die zunehmende Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Rahmen eines ausführlichen Unterkapitels „Nachlasssachen mit Auslandsberührung“. Für eine rasche Orientierung in diesem schwierigen Rechtsgebiet ist dies sehr hilfreich.

Eine hervorzuhebende Besonderheit des Werks ist sicherlich die detaillierte Darstellung der für Baden-Württemberg maßgeblichen landesspezifischen Regelungen. So wird in dem mit „Grundlagen“ überschriebenen Kapitel die Rechtseinrichtung des Ratschreibers, dessen Aufgabengebiete und Pflichten sowie die Möglichkeit der Beurkundungszuständigkeit ausführlich dargestellt. Die Abweichungen im württembergischen und badischen Rechtsgebiet im Bereich des Grundbuchrechts werden in dem aktualisierten Kapitel „Formelles Grundbuchrecht“ erörtert. Auch die Unterscheidung im bestehenden baden-württembergischen Notariatswesen zwischen badischem Amtsnotar und württembergischem Bezirksnotar, Anwaltsnotar und Nurnotar wird in zahlreichen Kapitel aufgegriffen.

Neben der Aktualisierung des formellen Grundbuchrechts wurde bereits durch die Ergänzungslieferung 2/2012 das Kapitel zu den „Öffentlich-rechtlichen Grundstücksbeschränkungen“ überarbeitet. Für die notarielle Praxis von besonderem Interesse dürfte hier die Erläuterung des Agrarstrukturverbesserungsgesetzes vom 10.11.2009 (GBl. BW 2009, 645) sein, das nach dem Willen des baden-württembergischen Landesgesetzgebers der Umsetzung der Förderalismusreform I und hier der Überführung des Grundstücksverkehrsgesetzes sowie des Landpachtverkehrsgesetzes des Bundes in baden-württembergisches Landesrecht (eingehend LT-Drucks. BW 14/5140, S. 1 f.) dient. Dabei sollen „Zielrichtung

und Wortlaut der Versagungs- und Beanstandungsgründe (...) unverändert beibehalten (werden), um keinen Anlass zu geben, das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof mit längst geklärten Rechtsfragen von neuem zu befassen.“ (LT-Drucks. BW 14/5140, S. 2). In dessen Konsequenz erfolgt die Darstellung des ASVG stets mit Blick auf das Grundstücksverkehrsgesetz.

Besonders hervorzuheben ist das Kostenrechtskapitel, dass durch eine Sonderergänzungslieferung zum neuen Gerichts- und Notarkostenrechtsgesetz (GNotKG) im Juli 2013 neu gefasst und mit der jüngsten Ergänzungslieferung aktualisiert wurde. Die übersichtlich strukturierte Darstellung vermittelt sicheres Wissen für den Umgang mit dem neuen Recht. Die eingefügten Beispiele für die Gebührenrechnung machen die Neuregelungen besonders verständlich.

Abgerundet wird das Werk durch ein umfassendes Kapitel mit Beurkundungsmuster, Muster für Grundbucheintragungen und zur Führung des Geschäftsregisters des Grundbuchamts sowie Muster zur Anmeldung zum Vereinsregister, die zudem mittels kurzer Anmerkungen erläutert werden. Dieses Kapitel ist für die tägliche Praxis sicherlich von erheblichem Nutzen. Aber auch in den weiteren Kapiteln finden sich zahlreiche Formulierungs- und Eintragungsbeispiele mit dazugehörigen Erläuterungen, die bei der Bewältigung der praktischen Arbeit gute Dienste erweisen können.

Fazit: Trotz der Vielzahl der vorhandenen Hand- und Formularbücher ist die Anschaffung des vorliegenden Werks, nicht zuletzt aufgrund der überzeugenden Darstellung der landesspezifischen Besonderheiten, uneingeschränkt zu empfehlen.

Justizrätin Dr. Julia Kraft, Leuven/Belgien

**Lutter/Hommelhoff. GmbH-Gesetz. Kommentar, bearbeitet von Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Dr. mult. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Detlef Kleindiek, Prof. Dr. Dr. mult. Marcus Lutter. 18. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2012, 1964 Seiten. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln. 119 €.**

Der Kurzkommentar ist vor allem der Praxis gewidmet, informiert über die Erkenntnisse der Gerichte wie über die Ansichten des Schrifttums. Die Neuauflage informiert zuverlässig über wichtige Grundsatzentscheide der Rechtsprechung, setzt aber auch eigene, in die Zukunft gerichtete Akzente. Die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, die Zulassung einer erleichterten Gründung, das Erfordernis der Nummerierung der Geschäftsanteile und Zulassung eines gutgläubigen Erwerbs eines Anteils unter Anknüpfung an die Gesellschafterliste, die Erweiterung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer, die Zulassung eines genehmigten

Kapitals, die Angabe der Geschäftsadresse sind aufgrund des MoMiG neue notarrelevante Tätigkeitsfelder und werden in dem Kommentar gebührend behandelt. Nebenbei wird auch das Notarkostenrecht gestreift wie z. B. die Versagung einer gesonderten Gebühr nach § 50 KostO für die Liste und Bescheinigung (§ 40 Rn. 34). Fraglich ist, wie sich eine GbR an dem vereinfachten Gründungsverfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG beteiligen kann, wie die Gesellschafter aufzuführen sind, da hier keine eigenständige Gesellschafterliste erstellt wird (§ 2 Rn. 39; § 8 Rn. 4 – jeder Gesellschafter ist aufzuführen). Das Werk vertritt die Ansicht, dass durch die Nutzung des Musterprotokolls die Gründung kaum erleichtert und vor allem in der Praxis nicht beschleunigt wird (§ 3 Rn. 54). Ob sich eine UG (haftungsbeschränkt) an Umwandlungsvorgängen beteiligen kann, richtet sich danach, ob sie sich als übertragende Gesellschaft oder als aufnehmende Gesellschaft beteiligt (§ 5a Rn. 69). Eine gemeinnützige Unternehmergesellschaft darf nicht den Rechtsformzusatz „gUG (haftungsbeschränkt)“.

Fraglich ist, nach welchen Regeln (ob nur einfache Mehrheit, ob nur Schriftform) zu verfahren ist, wenn bestimmte Satzungsinhalte überholt sind (z.B. Gründungskosten, Übernahmeerklärungen, Änderung von unechten Satzungsbestandteilen (§ 53 Rn. 35 – 37). Bei Handelsregisteranmeldungen müssen allein diejenigen Satzungsänderungen einzeln, jedoch nur schlagwortartig bezeichnet werden, die Regelungen nach § 10 Abs. 1 und 2 S. 2 GmbHG (Firma, Sitz, Gegenstand, Stammkapital, Person der Geschäftsführer) zum Gegenstand haben. Bei einer (vor einem Notar in Zürich und Basel zulässig vorgenommenen) Auslandsbeurkundung der Anteilsabtretung ist allein der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG verpflichtet, (wegen des Territorialitätsprinzips) nicht der ausländische Urkundsnotar (§ 40 Rn. 27; § 2 Rn. 18, 19).

Die Verpfändung eines Geschäftsanteils und ein Nießbrauch daran sind nicht in die Gesellschafterliste aufzunehmen (§ 40 Rn. 7a). Werden Geschäftsanteile zusammengelegt, so ist nach Ansicht des Werkes weiterhin die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erforderlich (§ 46 Rn. 20). Die verdeckte Sacheinlage ist heute in § 19 Abs. 1 GmbHG geregelt; § 19 Abs. 5 GmbHG regelt nun vor allem die Fälle des sog. Hin- und Herzählens.

Der Kommentar gibt hier hervorragende Erläuterungen (§ 19 Rn. 101 ff.). Abgelehnt wird von dem Werk die restriktive Sichtweise des OLG Düsseldorf (GmbHR 2000, 232) und von den Autoren betont, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Richtigkeit der Versicherung über die bewirkten Leistungen nach § 8 Abs. 2 GmbHG der Zugang der Anmeldung bei Registergericht ist und es daher unschädlich ist, wenn die Versicherung anlässlich der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages abgegeben wird, auch wenn die Leistungen erst nachträglich bewirkt werden, sofern nur die Erklärung vom Notar erst dann an das Registergericht weitergeleitet wird, wenn ihm die Erbringung der Leistungen nachgewiesen wurde (§ 8 Rn. 9). Ergeben sich bei einer Registeranmeldung bei der Prüfung der vorgelegten Unterlagen keine Zweifel bzw. Bedenken an der Richtigkeit der gemachten Angaben

(Plausibilitätskontrolle), so ist die Eintragung vorzunehmen, Einzahlungsbelege können dann nicht verlangt werden (§ 8 Rn. 9a; § 9c Rn. 3). Zugestimmt wird der Ansicht des BGH (DNotZ 2011, 790), wonach wegen der Straftatbestände der Geschäftsführer versichern kann, er sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“ (§ 8 Rn. 16).

Wie die wenigen Beispiele zeigen, geht der Kommentar auf alle Fragestellung im Notariat ein. Der Kommentar bietet dem Praktiker wie auch dem Wissenschaftlicher für die konkrete Arbeit an gesellschaftsrechtlich geprägten Sachverhalten wertvolle Hilfestellungen. Das Werk ist ein zuverlässiger Ratgeber.

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

**Hans-Hinrich von Cölln; Brennpunkte der Umsatzsteuer bei Immobilien; 59,90 EUR; 288 Seiten; Buch (kartoniert); Inhalt zweifarbig; HDS-Verlag; ISBN 978-3-941480-22-3**

Im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften wird von Seiten des Kautelarjuristen nur zu leicht ein Schwerpunkt auf den Grunderwerbsteuerlichen, den schenkungsteuerlichen und möglicherweise in Hinblick auf die §§ 16 und 23 EStG noch auf den einkommensteuerlichen Bereich gelegt. Aus dem Fokus kann dabei die Umsatzsteuer geraten.

Gerade die Umsatzsteuer bietet im Kontext von gewerblichen Grundstücksgeschäften ein interessantes und zugleich nicht leicht überschaubares Gebiet der juristischen Beratung.

Vor diesem Hintergrund ist das Werk von Hans-Hinrich von Cölln ein wichtiger Beitrag um die Umsatzsteuer in die Überlegungen bei der Gestaltung und Beratung von Grundstücksgeschäften einzubinden.

Der Autor selbst erklärt im Vorwort, dass das Buch hilft die im jeweiligen Bereich auftretenden Themen, Problemfelder, Risiken und Möglichkeiten zu erfassen und damit die Weichen für die umsatzsteuerliche Behandlung des vorliegenden Falles richtig zu stellen.

Hierzu wurde das Werk in 7 Bereiche geteilt. Diese sind: 1. Veräußerung einer Immobilie, 2. Vermietung und Verpachtung von Grundstücken, Berechtigungen und hoheitlichen Nutzungsrechten, 3. Die umgekehrte Steuerschuldnerschaft gemäß § 13b UStG, 4. Der Vorsteuerabzug, 5. Die Berechtigung des Vorsteuerabzugs, 6. Die Wohnungseigentümergeinschaft und 7. Die sonstige Miteigentümergeinschaft.

Gerahmt werden die einzelnen Bereiche von einem umfassenden Inhaltsverzeichnis und einem noch ausreichenden Stichwortverzeichnis. Gerade bei letzterem wäre eine größere Detailtiefe wünschenswert gewesen.



Das vorliegende Werk richtet sich nach Verlagsangaben in erster Linie an Steuerberater und ihre Mitarbeiter, Immobilienfachleute, Fachanwälte für Steuerrecht, Wirtschaftsprüfer, Mitarbeiter in Unternehmenssteuerabteilungen und Controller. Notare zählen unzweifelhaft zu den Immobilienfachleuten, sind indes nicht extra angesprochen.

Die im Werk gewählte Sprache richtet sich begrifflich eher am Steuerrecht aus. Dennoch ist es auch für den Ziviljuristen gut und verständlich geschrieben. Der Aufbau innerhalb der großen angesprochenen Bereiche erfolgt sehr praxisorientiert. Es fehlen – und das ist in diesem Fall ein Vorteil des Werks – umfassende fachwissenschaftliche Exkursionen zu den einzelnen Problemen. Bei der Darstellung von praxistauglichen Lösungsansätzen wurde vor allem auf die Auffassung der Finanzverwaltung zurückgegriffen. Vor dem Hintergrund, dass der Notar stets verpflichtet ist seiner Mandantschaft den sichersten Abwicklungsweg aufzuzeigen, erscheint diese Herangehensweise bestens geeignet.

Die einzelnen Unterkapitel sind kurz und übersichtlich gestaltet. Sie werden durch farblich besonders hervorgehobene Beispiele und Hinweise durchzogen. Daneben sind zahlreiche Checklisten, Schemata und Zusammenfassungen enthalten, die es dem Bearbeiter ermöglichen am Problem orientiert den weiteren Ablauf zu planen. Als Beispiele seien hier angeführt ein „ABC der Bauleistungen“ mit Ausführungen zur Fotovoltaikanlage, eine „Checkliste zur umgekehrten Steuerschuldnerschaft bei Bauleistungen“ oder eine „Prüfungsschemacheckliste bei Bezug von Gegenständen und sonstigen Leistungen für das Gebäude“ usw..

Für den Notar hat das Umsatzsteuerrecht in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Weiterführung des Bestimmungslandprinzips innerhalb der sonstigen Leistung hat faktisch eine „innergemeinschaftliche sonstige Leistung“ geschaffen.

Der Leistungsort des Notars bestimmt sich nicht mehr einheitlich nach dem Sitz. Gegebenenfalls ist der Notar gezwungen am sog. Reverse-Charge-Verfahren teilzunehmen. Dies kann in der Praxis zu besonderen Aufbewahrungs- und Aufzeichnungspflichten führen. Das hier vorliegende Werk gibt auf den Seiten 179 ff. eine Checkliste für die Vertrags-

parteien, welche Punkte in den Vertrag einfließen müssen. Hier sind auch wertvolle Hinweise für den Notar enthalten. Richtigerweise werden die Notargebühren auf der Seite 66 nicht als Teil der Bemessungsgrundlage für den umsatzsteuerpflichtigen Erwerb angenommen.

Es stellen sich in der kautelarjuristischen Beratung auch weitere umsatzsteuerrechtliche Fragestellungen. So zum Beispiel nach der Steuerbarkeit eines Praxisübergabevertrages bei zurückgehaltener Honorarforderung bzw. der generellen Abgrenzung im Hinblick auf die Anwendbarkeit § 1 Abs. 1a UStG. Die Voraussetzungen der Option zur Umsatzsteuerpflicht nach § 9 UStG.

Interessant ist auch die Frage, ob die Vermeidung der Grunderwerbsteuer durch Vorenthaltung der Verwertungsbefugnis gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG Ausfluss auf die Umsatzsteuer hat. Hier wird auf den Seite 24 - 25 zutreffenderweise erklärt, dass die Umsatzsteuer entsteht, sofern die Grunderwerbsteuer nicht zur Anwendung gelangt, da das Umsatzsteuerrecht nur auf den steuerrechtlichen Begriff der Sachherrschaft, ohne die Einschränkungen in § 1 Abs. 2 GrEStG, abzielt.

Des Weiteren fraglich ist die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer für Grundstücksgeschäfte. Letzteres ist insbesondere vor dem Hintergrund der zum Teil unterschiedlichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs innerhalb der Senate für Umsatz- und Grunderwerbsteuer interessant.

Die Übersichtlichkeit und Fokussiertheit des vorliegenden Werkes im Hinblick auf die umsatzsteuerlichen Fragestellungen rund um Immobilien, machen dieses Werk für den Notar und für den in der immobilien Beratungspraxis tätigen Rechtsanwalt zu einem guten Begleiter der sach- und praxisorientierten Lösungsrecherche. Das Buch des in der steuerrechtlichen Literatur bekannten Autors von Cölln kann daher uneingeschränkt für die erweiterte Bibliothek zur Anschaffung empfohlen werden.

Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Kernen i.R.

<sup>1</sup> Mensch Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit Baden-Württemberg, Kapitel 9.3.3

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter\*, Stuttgart

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### 1. Steuerliche Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen

Nachdem der Bundesfinanzhof mehrfach eine inkongruente Gewinnausschüttung für zulässig erklärt hat<sup>1</sup>, ist das Bundesministerium der Finanzen dem gefolgt und hat in einem neuen Schreiben Voraussetzungen für die Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen festgelegt.<sup>2</sup>

Die steuerliche Anerkennung einer inkongruenten Gewinnausschüttung setzt die zivilrechtlich wirksame abweichende Gewinnverteilung voraus. Im Falle einer GmbH setzt dies eine von den Quoten des Stammkapitals abweichende Festlegung der Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag voraus (§ 29 Abs. 3 S 2 GmbHG). Die Satzungsänderung kann bei Zustimmung aller Gesellschafter auch nachträglich erfolgen. Daneben ist es zulässig, wenn die Satzung eine Öffnungsklausel für eine inkongruente Gewinnverteilung enthält. Gegenstand dieser Öffnungsklausel ist die Festlegung, dass im Rahmen der jährlichen Beschlussfassung zur Gewinnverwendung eine von den Beteiligungsquoten abweichende Gewinnverteilung beschlossen werden kann. Weiterhin ist das Mehrheitserfordernis zu bestimmen.

Im Falle einer Aktiengesellschaft kann gemäß § 60 Abs. 3 AktG ein von der Beteiligung am Grundkapital abweichender Gewinnverteilungsschlüssel in die Satzung implementiert werden. Soll die Satzungsänderung nachträglich erfolgen, bedarf es der Zustimmung der benachteiligten Aktionäre. Die Möglichkeit einer Öffnungsklausel ist im Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen für die Aktiengesellschaft nicht vorgesehen.

Sowohl bei der GmbH als auch bei der AG sind die Grundsätze des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu beachten (§ 42 AO). Im Rahmen der inkongruenten Gewinnverteilung ist ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschlossen, wenn für die abweichende Gewinnverteilung wirtschaftlich vernünftige außersteuerliche Gründe nachgewiesen werden. Dies unterliegt einer Einzelfallprüfung. Indiziell für einen Missbrauch ist, wenn die Gewinnverteilung kurzfristig geändert wird oder einem ständigen Wandel unterliegt.

Unabhängig von der Möglichkeit eine abweichende Gewinnverteilung zu vereinbaren, gelten weiterhin die Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttung und der verdeckten Einlage.

### 2. Organisatorische Eingliederung bei umsatzsteuerlicher Organschaft

Kennzeichen der umsatzsteuerlichen Organschaft ist ein bestehendes Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen der beherrschenden Gesellschaft als Organträger und der beherrschten Gesellschaft als Organgesellschaft. Für die

steuerrechtliche Anerkennung bedarf es einer finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung der beherrschten juristischen Person in den Organträger. Unbestritten ist es für das Vorhandensein einer umsatzsteuerlichen Organschaft nicht ausreichend, wenn nicht alle Eingliederungspunkte gegeben sind.<sup>3</sup>

Fraglich war, welche Bedeutung die Stellung eines Mitunternehmers im Organkreis hat. Hierzu hatten der Bundesfinanzhof<sup>4</sup> und der EuGH<sup>5</sup> Stellung bezogen. Im Kern wurde die Eingliederung eines Nichtunternehmers in einen Mehrwertsteuergruppe für grundsätzlich zulässig gehalten.

Das Bundesministerium der Finanzen hat Stellung bezogen.<sup>6</sup> Demnach ist eine Eingliederung von Nichtunternehmern in einen Organkreis ausgeschlossen. Dem stehen nach dieser Ansicht die Urteile des EuGH nicht entgegen. Aus der Feststellung des EuGH, dass theoretisch Nichtunternehmer in eine Mehrwertsteuergruppe einbezogen werden können folgt nicht, dass Nichtunternehmer auch in eine Organschaft einbezogen werden müssen. Die Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 MwStSystRL kann durch die Mitgliedstaaten auf bestimmte Personengruppen beschränkt werden.

Der Umsatzsteueranwendungserlass wurde entsprechend den Vorgaben und hinsichtlich der organisatorischen Eingliederung erneut angepasst.<sup>7</sup> Wesentliche Änderung ist, dass auf die Einschränkung auf leitende Mitarbeiter verzichtet wurde.

Eine organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger entscheidet sich in den nachfolgenden Kategorien:

- personelle Verflechtung in der Geschäftsführung,
- personelle Verflechtung von Mitarbeitern oder
- Eingliederung ohne personelle Verflechtung.

Im Grundsatz setzt die organisatorische Verflechtung voraus, dass der Organträger seinen Willen in der Organgesellschaft durchsetzen kann und diese Möglichkeit auch tatsächlich wahrgenommen wird.

\* Notarvertreter beim Notariat Waiblingen

Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg, der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin und der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege Bayern.

1 BFH Urt. v. 19.08.1999 - I R 77/96 NJW-RR 2000, 176; BFH Beschl. v. 04.05.2012 - VIII B 174/11 BeckRS 2012, 95370; BFH Beschl. v. 27.05.2010 - VIII B 146/08 BeckRS 2010, 25016414.

2 BMF-Schreiben v. 17.12.2013, Geschäftszeichen IV C 2 - S 2750-a/11/10001, Dokumentennummer 2013/1143118, DStR 2014, 36.

3 BFH Urt. v. 29.10.2008 - XI R 74/07 DStRE 2009, 29; Mensch BWNtZ 2013, 123.

4 BFH Urt. v. 08.08.2013 - V R 18/13 DStR 2013, 1883; BFH Beschl. v. 11.12.2013 - XI R 17/11 DB 2014, 637; BFH Beschl. v. 11.12.2013 - XI R 38/12 DStR 2014, 466.

5 EuGH Urt. v. 09.04.2013 - C-85/11 DStR 2013, 806; EuGH Urt. v. 25.04.2013 - C-480/10 BeckRS 2013, 80861.

6 BMF-Schreiben v. 05.05.2014, Geschäftszeichen IV D 2 - S 7105/11/10001, Dokumentennummer 2014(0394588 BStBl. I 2014, 820.

7 BMF-Schreiben v. 07.03.2013, Dokumentennummer 2013/0213861, Geschäftszeichen IV D 2 - S 7105/11/10001 DStR 2013, 593.

Im Falle der personellen Verflechtung innerhalb der Geschäftsführung ist es ausreichend, wenn die vom Organträger gestellten Geschäftsführer die Stimmenmehrheit bei Gesamtvertretungsberechtigung stellen. Im Regelfall wird sich die Geschäftsführung ausschließlich aus gestellten Geschäftsführern zusammensetzen.

In diesem Zusammenhang ist es nun mehr auch ausreichend, wenn ein Mitarbeiter des Organträgers Geschäftsführer bei der Organgesellschaft ist. Es ist nicht erforderlich, dass dieser gleichzeitig Geschäftsführer beim Organträger ist.

Eine organisatorische Eingliederung ohne personelle Verflechtung wird regelmäßig anerkannt, sofern ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG abgeschlossen wurde oder eine Eingliederung i.S.d. §§ 319, 320 AktG vorliegt.

Für eine organisatorische Eingliederung weiterhin unzureichend sind:

- ein Weisungsrecht resultierend aus der finanziellen Eingliederung,
- ausschließliche regelmäßige Berichterstattung an den Organträger,
- isolierte Verpflichtung zur Einholung einer Zustimmung des Organträgers bei außergewöhnlichen Geschäften und
- das Recht zur Abberufung der Geschäftsführung bei der Organgesellschaft ohne weitere personelle Verflechtung.

Der geänderte Umsatzsteueranwendungserlass bestimmt eine Übergangsfrist für die Anwendung der neuen Regelungen zur organisatorischen Eingliederung, sofern bisher von einer Organschaft ausgegangen wurde. Ab dem 01.01.2015 werden die Umsätze nach den Grundsätzen im Umsatzsteueranwendungserlass behandelt.<sup>8</sup>

Bei Wegfall der Voraussetzungen für eine umsatzsteuerliche Organschaft wird die bisherige Organgesellschaft selbst Unternehmer im Umsatzsteuerrecht. Für die Bestimmung des Voranmeldezeitraumes, ist es nach einem BMF Schreiben nicht zu beanstanden, wenn die Umsätze des Organkreises aus dem abgelaufenen Kalenderjahr die Grundlage bilden.<sup>9</sup>

Alternierend kann auf Antrag auch eine fiktive Besteuerung der Organgesellschaft zur Bestimmung des Voranmeldezeitraumes bestimmt werden.

### 3. Verzicht auf eine Forderung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer

Der durch das Gesellschaftsverhältnis bedingte Verzicht eines Geschäftsführers auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft stellt regelmäßig eine verdeckte Einlage dar.<sup>10</sup> Eine verdeckte Einlage erhöht das Einkommen der GmbH nicht (§ 8 Abs. 3 Satz 3 KStG). Diese Grundsätze gelten ebenfalls für den Verzicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber der GmbH auf eine Gehaltsforderung oder Pensionsanwartschaft.<sup>11</sup>

Nachdem der Bundesfinanzhof<sup>12</sup>, insbesondere zum Fall des Verzichts auf eine vertraglich vereinbarte Gehaltsforderung, wiederholt Entscheidungen getroffen hatte, hat das BMF zu dem Sachverhalt Stellung genommen.<sup>13</sup>

Demnach fließt dem beherrschenden Gesellschafter eine eindeutige und unbestrittene Forderung gegen die Gesellschaft bereits mit deren Fälligkeit zu. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese Forderung wegen unterlassener Buchung gewinnwirksam in der Bilanz der Gesellschaft realisiert. Es gilt eine Zuflussfiktion. Für die Charakterisierung als verdeckte Einlage kommt es auf den Zeitpunkt des Verzichts in Bezug auf den Zeitpunkt des Entstehens der Forderung an. Die tatsächliche Buchung in der Bilanz ist nicht entscheidend. Maßgeblich ist, inwieweit Passivposten in die Bilanz hätten eingestellt werden müssen.

Daneben war bereits zuvor umstritten, wie die Bewertung der verdeckten Einlage am Beispiel einer Pensionsanwartschaft zu erfolgen hat.

Hierzu gab die Finanzverwaltung bekannt, dass für die Bewertung auf den Teilwert der Pensionsanwartschaft abzustellen ist.<sup>14</sup> Der Teilwert ist dabei im Zweifel nach den Wiederbeschaffungskosten zu ermitteln.<sup>15</sup> Für die Berechnung ist der Betrag maßgeblich, den der Versorgungsempfänger im Zeitpunkt des Verzichts aufwenden müsste um eine vergleichbare Versorgung durch einen Drittanbieter zu erreichen.

Bei einem teilweisen Verzicht ist eine verdeckte Einlage insoweit anzunehmen, als der Barwert der bis zu dem Verzichtszeitpunkt bereits erdienten Versorgungsleistungen des Gesellschafter-Geschäftsführers den Barwert der nach dem Teilverzicht noch verbleibenden Versorgungsleistungen übersteigt.

Bedeutung für die notarielle Praxis kann die Frage der Bewertung von Pensionsleistungen bei der Gestaltung von Geschäftsübergängen erlangen. Direktzusagen können in der Praxis Nachfolgeregelungen behindern. Ebenso möglich ist eine Verschlechterung des Unternehmensratings in Folge der Ungenauigkeit von Bewertungen von Direktzusagen.<sup>16</sup>

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kann es geboten sein eine früher erfolgte Direktzusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer umzuwandeln bzw. aufzulösen. Hierzu wird in der Literatur empfohlen die Direktzusage in eine rückgedeckte Unterstützungskasse zu überführen.<sup>17</sup> Zu beachten ist stets, dass ein mit der Umwandlung einhergehender Verzicht den Charakter einer verdeckten Einlage hat.

Ebenfalls empfohlen wird eine Aufspaltung in den bereits erdienten Teil der Anwartschaft und in den noch zu erdienten Teil. Anschließend erfolgt eine Übertragung der erdienten Anwartschaften auf einen Pensionsfond und der zukünftigen Anwartschaften auf eine Unterstützungskasse.<sup>18</sup>

<sup>8</sup> BMF-Schreiben v. 11.12.2013, Geschäftszeichen IVD 2 - S 7105/11/10001, Dokumentennummer 2013/1136548 DStR 2013, 2764.

<sup>9</sup> BMF-Schreiben v. 09.04.2013, Geschäftszeichen IVD 3 - S 7346/12/10001, Dokumentennummer 2013/0323753 DStR 2013, 812.

<sup>10</sup> BFH (GrS) Beschl. v. 09.06.1997 NJW 1997, 2837, GmbHR 1997, 851.

<sup>11</sup> Mensch BWNNotZ 2012, 175.

<sup>12</sup> BFH Ur. v. 03.02.2011 - VI R 4/10 DStR 2011, 618; BFH Ur. v. 03.02.2011 - VI R 66/09 DStR 2011, 805; BFH Ur. v. 15.05.2013 - VI R 24/12 DStR 2013, 1722.

<sup>13</sup> BMF-Schreiben v. 12.05.2014, Geschäftszeichen IV C 2 - S 2743/12/10001, Dokumentennummer 2014/0074863 DStR 2014, 1113.

<sup>14</sup> BMF-Schreiben v. 14.08.2012, Geschäftszeichen IV C 2 - 2743/10/100001:001, Dokumentennummer 2012/0652306 DStR 2012, 1706.

<sup>15</sup> BFH Ur. v. 15.10.1997 NJW 1998, 158, DStR 1998, 236.

<sup>16</sup> Alt/Stadelbauer DStR 2012, 1820

<sup>17</sup> Haas DStR 2012, 987.

<sup>18</sup> Alt/Stadelbauer DStR 2012, 1820.

Im Rahmen der Übertragung zukünftiger Anwartschaften ist, mit Zustimmung des Versorgungsempfängers, eine Reduzierung der Anwartschaften möglich.<sup>19</sup>

In der letzten Variante wird eine steuerliche Gewinnrealisierung durch Auflösung der Rückstellung grundsätzlich vermieden. Nach der hier vertretenden Ansicht ist daher der letzten Variante der Vorzug zu geben. Dies ist allerdings im Einzelfall zu klären und hängt von den übrigen bilanziellen Kennzahlen, sowie der vorhandenen Liquidität der Gesellschaft ab.

Die Bildung einer Pensionsrückstellung kommt nur in Betracht, wenn die Pensionszusage keine Leistungen in Abhängigkeit von künftigen gewinnabhängigen Bezügen vorsieht (§ 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG). Umstritten war, ob damit die Passivierung von Pensionsverpflichtungen aus gewinnabhängigen Vergütungen ausscheidet, wenn deren Höhe zum Bilanzstichtag feststeht, die Höhe zum Zeitpunkt der Pensionszusage indes ungewiss war.<sup>20</sup>

Das BMF vertritt nun mehr die Ansicht, dass eine am Bilanzstichtag dem Grunde und der Höhe nach feststehende gewinnabhängige Pensionsleistung bei der Bewertung einzubeziehen ist, wenn die Erhöhung der Versorgungsleistungen schriftlich durch eine Ergänzung der Pensionszusage gem. § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG festgeschrieben wurde.<sup>21</sup> Die zusätzlichen Versorgungsleistungen aus gewinnabhängigen Bezügen können damit erstmals zu dem der schriftlichen Festschreibung folgenden Bilanzstichtag bei der Rückstellungsbewertung Berücksichtigung finden.

#### 4. Vorsteuerabzug bei einer Photovoltaikanlage

Die Betreuung einer Photovoltaikanlage führt, bei einem ansonsten nicht unternehmerisch genutzten Gebäude zu einer teilunternehmerischen Verwendung.

Bei Dachsanierungsleistungen im Zusammenhang mit dem Einbau einer Photovoltaikanlage, ist für den Vorsteuerabzug auf die Verhältnisse des gesamten Gebäudes abzustellen. Maßgeblich ist der Anteil der unternehmerischen Nutzung. Dieser wiederum ermittelt sich durch einen Vergleich der fiktiven Vermietungsumsätze des Gebäudes mit den fiktiven Vermietungsumsätzen der Dachflächen. Eine Ermittlung nach Nutz- bzw. Dachflächenverhältnis scheidet aus.

Das BMF hat zur vereinfachten Ermittlung von unternehmerischen und nicht unternehmerischen Nutzung, insbesondere im Zusammenhang mit der Aufteilung eines Grundstückskaufpreises eine Berechnungsanleitung nebst Excelrechner bereitgestellt. Beides ist auf der Homepage des Bundesfinanzministeriums unter dem Stichworten „Arbeitshilfe zur Aufteilung eines Gesamtkaufpreises für ein bebauten Grundstück (Kaufpreisaufteilung)“ abrufbar.

Ein Vorsteuerabzug für eine Dachsanierung ist nach dem ermittelten Aufteilungsschlüssel der unternehmerischen Mitbenutzung des Gebäudes grundsätzlich möglich. Eine aus statischen Gründen erfolgte Verstärkung des Dachstuhls rechtfertigt den vollen Vorsteuerabzug der Bauleistung. Insoweit besteht kein Nutzungs- und Funktionszusammenhang mit dem restlichen Gebäude. Die vorgenannten Grundsätze betreffen Gebäude, die zuvor nicht bereits

unternehmerisch genutzt wurden. Ein Vorsteuerabzug ist grundsätzlich auch im Rahmen der Errichtung des Gebäudes, bei anschließender Installation einer Photovoltaikanlage möglich.

Werklieferungen von Photovoltaikanlagen, die auf einem Gebäude oder Bauwerk installiert werden, stellen stets eine Bauleistung dar, deren Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers nach § 13b Abs. 2 Nr. 4 S 1 UStG bestimmt wird.<sup>22</sup>

#### 5. Schuldzinsen bei finanzierter Immobilienanschaffung bzw. bei Erhaltungsaufwendungen

Die Schuldzinsen für fremdfinanzierte Anschaffungskosten für eine Immobilie die der Einkunfterzielung, zum Beispiel durch Vermietung dient, können als Werbungskosten oder ggf. Betriebsausgaben steuermindernd geltend gemacht werden.<sup>23</sup> Umstritten war, ob dies auch gilt, sofern die Immobilie zwischenzeitlich veräußert und das Darlehen zur Anschaffung noch nicht vollständig getilgt ist.<sup>24</sup>

Abweichend von der bisherigen Verwaltungsauffassung hatte der BFH entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Abzug als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch nach der Veräußerung der Immobilie möglich ist.<sup>25</sup>

Das Bundesministerium der Finanzen hat betreffend dem zuvor genannten Urteil und bezogen auf den Sachverhalt einen Anwendungserlass herausgegeben.<sup>26</sup>

Ein nachträglicher Werbungskostenabzug setzt nach Ansicht der Verwaltung voraus, dass die Veräußerung der Immobilie innerhalb der Spekulationsfrist gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfolgt und damit der Besteuerung unterliegt. Weitere Voraussetzung ist, dass der Veräußerungserlös zur Tilgung des noch bestehenden Anschaffungskredits nicht ausreichend ist. Insoweit wird eine Verpflichtung zur vorrangigen Schuldentilgung angenommen. Sofern die Absicht zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bereits vor der Veräußerung der Immobilie aufgegeben wurde, scheidet der Ansatz der Schuldzinsen als nachträgliche Werbungskosten ebenfalls aus.

Weiterhin fraglich war die Handhabung von Schuldzinsen für darlehensfinanzierte sofort abziehbare Erhaltungsaufwendungen nach Veräußerung des Mietobjekts. Das BMF vertritt nun mehr die Ansicht, dass ein Abzug als Werbungskosten möglich ist, sofern die Gegenleistung aus der Veräußerung der Immobilie zur Begleichung der im Rahmen der Erhaltungsmaßnahmen aufgenommenen Verbindlichkeiten unzu-

19 *BMF-Schreiben v. 14.08.2012 Dokumentennummer 2012/0652306, Geschäftszeichen IV C 2 - 2743/10/100001 :001, DStR 2012, 1706, Punkt 2 Satz 3 d. Erl.*

20 *Ablehnend BFH Beschl. v. 03.03.2010 - I R 31/09 DStR 2010, 691.*

21 *BMF-Schreiben v. 18.10.2013 Geschäftszeichen IV C 6 - S 2176/12/10001, Dokumentennummer 2013/0402762 DStR 2013, 2277.*

22 *BMF-Schreiben v. 09.12.2013 Geschäftszeichen IV D 3 - S 7279/13/10001, Dokumentennummer 2013/1141515 DStR 2013, 2764.*

23 *Mensch ZNotP 2010, 96 mit weiteren Ausführungen.*

24 *Vgl. Mensch BWNtZ 2013, 123.*

25 *BFH Urt. v. 20.06.2012 - IX R 67/10 NJW 2012, 3470, DStR 2012, 1801.*

26 *BMF-Schreiben v. 28.03.2013, Dokumentennummer 2013/0146961, Geschäftszeichen IV C 1 - S 2211/11/10001 :001, DStR 2013, 705.*

reichend ist.<sup>27</sup> Dieser Anwendungserlass findet erstmals für entsprechende Schuldzinszahlungen Anwendung, wenn das Veräußerungsgeschäft nach dem 31.12.2013 rechtswirksam abgeschlossen wurde.

## 6. Gewerbliche Prägung einer GmbH & Co. GbR

Das BMF hat Stellung bezogen zu der Frage, ob eine GbR gewerblich geprägt i.S.v. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sein kann, sofern eine GmbH allein haftender Gesellschafter ist und für die anderen Gesellschafter eine individualvertragliche Entlastungsvereinbarung geschlossen wurde.<sup>28</sup> Nach Ansicht des BMF ist der gesellschaftsrechtliche Typus für die Charakterisierung als gewerblich geprägt maßgeblich. Im Zusammenhang mit der GbR bedeutet dies, dass die Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter an die Gesellschaftstellung geknüpft ist. Eine individuelle Vereinbarung mit Gläubigern vermag an der gesellschaftsrechtlich gebotenen Stellung von Gesellschaftern einer GbR keine Änderung herbeizuführen. Hieraus folgt, dass bei einer GbR die gewerbliche Prägung nicht durch einen individualvertraglich vereinbarten Haftungsausschluss herbeigeführt werden kann.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### 1. Anpassung der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie

Die EU Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem von Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten<sup>29</sup> ist wegen des EU-Beitritts von Kroatien angepasst worden.<sup>30</sup> Dabei ergaben sich keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen. Die Liste der Gesellschaften und Steuern für welche die Richtlinie Wirkung entfaltet wurde aktualisiert. Bedeutung für die notarielle Praxis kann die Richtlinie insbesondere bei der Gestaltung von Cashpool-Verträgen oder Gewinnabführungsvereinbarungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten erlangen. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten eine Mehrfachbesteuerung der Gewinne bei grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen zu verhindern.

### 2. Grunderwerbsteuererhöhung in Hessen

Mit Wirkung ab dem 01.08.2014 wurde in Hessen die Grunderwerbsteuer von 5 % auf 6 % erhöht.<sup>31</sup> Der erhöhte Steuersatz findet Anwendung für alle Grunderwerbsteuerlich relevanten Rechtsvorgänge, die bis zum 01.08.2014 noch nicht verwirklicht waren.

Ein Grunderwerbsteuerlicher Erwerbsvorgang ist verwirklicht, wenn das auf einen Erwerbsvorgang abzielende Wollen in rechtsgeschäftliche Erklärungen umgesetzt worden ist, wenn also die Vertragspartner im Verhältnis zueinander gebunden sind, und zwar unabhängig davon, ob dieser verwirklichte Rechtsvorgang bereits die Entstehung der Steuer auslöst.<sup>32</sup>

## III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhof

### Grunderwerbsteuer

#### Bemessung der Grunderwerbsteuer bei Schenkung unter Auflage

Im Rahmen eines Übertragungsvertrages verpflichtete sich die Klägerin gegenüber einem nicht geradlinig verwandten Dritten zur Grundstücksübertragung. Im Gegenzug verpflichtete sich der Dritte im Bedarfsfall die Kosten eines Pflegedienstes zu tragen. Daneben wurde der Klägerin ein lebenslanges Wohn- und Mitbenützungsrecht eingeräumt. Der Jahreswert des Wohnrechts wurde mit 9.000 EUR angegeben. Gleichzeitig verpflichtete sich die Klägerin zur Übernahme der mit dem Übergang verbundenen Verkehrssteuern.

Für die Bemessung der Schenkungsteuer wurde das Wohn- und Mitbenützungsrecht mit 98.110 EUR mindernd berücksichtigt. Bei der Grunderwerbsteuer hingegen wurde als Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums ein Wert von 109.170 EUR angenommen. Zur Begründung wurde auf die Unanwendbarkeit von § 16 BewG für Zwecke der Grunderwerbsteuer verwiesen. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem Finanzgericht hatte zunächst Erfolg.<sup>33</sup>

Der Bundesfinanzhof entschied anders und gab der Revisionsklage des Finanzamts Recht.<sup>34</sup>

Zunächst stellte der BFH klar, dass ein der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegendes Rechtsgeschäft, welches auf Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtet ist, der Grunderwerbsteuer unterliegt. Dies gilt ebenfalls für gemischte Grundstücksschenkungen unter Lebenden. Bemessungsgrundlage ist im Falle einer gemischten Schenkung, wie hier einer Schenkung unter Auflage, der Wert der Gegenleistung bzw. der Auflage. Hinsichtlich des Wertes der Auflage unterliegt der Vorgang Grunderwerbsteuer (§ 3 Nr. 2 S 2 GrEStG). In diesem Fall liegt eine Auflage vor. Die Gegenleistung des Beschenkten erfolgt nicht für sondern auf der Grundlage der Schenkung und aus dem Wert der Zuwendung. Eine Auflage kann die Bestellung eines dinglichen Wohnrechts oder eine Nießbrauchsbestellung zum Inhalt haben.

Richtigerweise mindern Nutzungs- und Duldungsaufgaben die Schenkungsteuer für den unentgeltlichen Erwerb unter Lebenden (§ 10 Abs. 1 ErbStG). Besteht die Auflage aus der Verpflichtung für den Schenker ein Wohnrecht zu bestellen, ist der Wert der Auflage und damit die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nach dem Wert des Wohnrechts zu bestimmen (§ 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 14, 15 BewG).

27 *BMF-Schreiben v. 15.01.2014 Geschäftszeichen IV C 1 - S 2211/11/10001:001, Dokumentennummer 2014/0019176 DStR 2014, 144.*

28 *BMF-Schreiben v. 17.03.2014 Geschäftszeichen IV C 6 - S 2241/07/10004, Dokumentennummer 2014/0252207 DStR 2014, 654.*

29 *Richtlinie (EWG) v. 23.07.1990 Nr. 90/435, geändert durch RL 2013/13/EU des Rates vom 13. 5. 2013 (ABl. Nr. L 141 S. 30).*

30 *Richtlinie (EU) v. 29.12.2011 Nr. 2011/96/EU.*

31 *Gesetz über die Festsetzung des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer v. 16.07.2014 GBl. Hessen v. 2014, 179.*

32 *BFH Urt. v. 17.09.1989 - II R 136/84 NJW 1987, 464 (Ls.).*

33 *Niedersächsisches FG Urt. v. 07.03.2012 - 7 K 105/11 DStRE 2013, 939.*

34 *BFH Urt. v. 20.11.2013 - II R 38/12 DStR 2014, 369.*

Der Kapitalwert für die Bestimmung des Wertes des Wohnrechts ist entgegen der Auffassung der Klägerin und des Finanzgerichts für Zwecke der Grunderwerbsteuer nicht auf den Wert beschränkt, der sich nach Anwendung von § 16 BewG ergibt, wenn der für das zugewendete Grundstück für Zwecke der Schenkungsteuer zu bestimmende Wert durch 18,6 geteilt wird. Diese Einschränkung der Werbemessung findet bei der Grunderwerbsteuer keine Anwendung (§ 3 Nr. 2 GrEStG).

Nach Ansicht des BFH besteht bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer keine verfahrensrechtliche oder materiellrechtliche Bindung an die Wertermittlung für die Schenkungsteuer. Dies entspricht im Übrigen der ständigen Rechtsprechung des BFH.<sup>35</sup> Die hiergegen vorgebrachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen.<sup>36</sup> Die Festsetzungen von Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer sind verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich getrennt zu betrachten. Für eine teleologische Reduktion der vorliegenden Bestimmung zur Bemessung der Gegenleistung der Grunderwerbsteuer sieht der BFH keinen Raum. Daneben kommt eine analoge Anwendung von § 16 BewG für Zwecke der Grunderwerbsteuer mangels planwidriger Lücke im Gesetz nicht in Betracht. Nach Ansicht des BFH hätte der Gesetzgeber bei der Bemessung der Grunderwerbsteuer zum Ausdruck bringen können, dass Bemessungsgrundlage der für die Schenkungsteuer ermittelte Abzugsbetrag ist.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ungleichbehandlung einer Auflage bei der Schenkungsteuer und der Grunderwerbsteuer hat der Bundesfinanzhof nicht. Die Hinnahme solcher Wertdifferenzen ist zumutbar.

#### **Steuerpflichtige Anteilsvereinigung durch Verkauf einer Geschäftsbeteiligung an einen anderen Kommanditisten bei der Einheits-GmbH & Co. KG.**

Die klagende GmbH (Klägerin) war zu 60% als Kommanditisten am Vermögen einer grundbesitzenden GmbH & Co. KG beteiligt. Einziger Gesellschafter der Komplementär GmbH (nicht die Klägerin) war die KG. Es gab einen weiteren Kommanditisten. Die einzig verbleibende natürliche Person als Kommanditist übertrug ihren Kommanditanteil mit notariellem Vertrag an die Klägerin. Das Finanzamt sah in der Übertragung des Kommanditanteils an die Klägerin den Tatbestand einer Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt und setzte Grunderwerbsteuer fest. Hierzu wurde der Klägerin die Beteiligung der KG an der Komplementär GmbH zugerechnet.

Das Finanzgericht gab der Klage Recht und verneinte die Tatbestandsvoraussetzungen.<sup>37</sup> Der Bundesfinanzhof hingegen bestätigte mit seiner Entscheidung die Ansicht des Finanzamts.<sup>38</sup> Der Grunderwerbsteuer unterliegt nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft begründet, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile an dieser Gesellschaft in der Hand des Erwerbers vereinigt werden. Die Steuerbarkeit wird durch den Erwerb des letzten Anteils ausgelöst und bezieht sich auf den gesamten Grundbesitz. Der Anteilserwerb als solcher ist nicht Gegenstand der Besteuerung und bildet anders als vom Finanzamt im Rahmen der Einspruchsentscheidung angenommen keine Begrenzung bei der Bemessung der Gegenleistung.

Die Anteilsvereinigung kann auch dadurch erfolgen, dass der Erwerber die Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft teils mittelbar und teils unmittelbar erwirbt.

Für den mittelbaren Erwerb scheidet die Anknüpfung an das Zivilrecht aus. Für die Bestimmung eines mittelbaren Erwerbs ist entscheidend welche Einflussmöglichkeiten auf die grundbesitzende Gesellschaft bestehen. Bei einer GmbH setzt ein mittelbarer Erwerb voraus, dass der Erwerber bei der Gesellschaft selbst und bei sämtlichen Zwischengesellschaften in erheblicher Weise die rechtliche Möglichkeit hat, seinen Willen durchzusetzen. Die Prüfung erfolgt angelehnt an Wortlaut und Sinn der Vorschrift zur Steuerbarkeit der Anteilsvereinigung. Bei Zwischengesellschaften genügt es, wenn der Erwerber bei der Zwischengesellschaft 95 % kontrolliert und diese 95 % bei der grundbesitzenden Gesellschaft kontrolliert.

Handelt es sich bei der Zwischengesellschaft um eine Personengesellschaft, ist diese im Hinblick auf § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG genauso zu behandeln wie eine zwischengeschaltete GmbH. Ist, wie hier die grundbesitzende KG zugleich Gesellschafterin ihrer Komplementär GmbH, ist zu unterscheiden. Handelt es sich um eine unmittelbare Beteiligung der KG kommt es auf die zivilrechtliche Beteiligung am gesamthandvermögen an. In der hier in Frage stehenden Beteiligung der KG an der GmbH und deren vermittelte mittelbare Beteiligung an der KG, ist die im Innenverhältnis bestehende Beteiligung der Gesellschafter am gesellschaftsvermögen der KG maßgebend. Hier ist die Klägerin nach dem Erwerbsvorgang zu 100 % am Gesellschaftsvermögen der KG beteiligt. Es ist daher ohne Rücksicht auf die im Gesellschaftsvertrag der KG getroffenen Regelungen davon auszugehen, dass die Klägerin ihren Willen in grunderwerbsteuerlich erheblicher Weise innerhalb der KG durchsetzen kann. Sie ist einerseits unmittelbar Gesellschafterin der KG, welche ihrerseits Gesellschafterin des einzig verbleibenden Mitgesellschafters, der Komplementär GmbH ist.

## **IV. Bundesfinanzhof Kompakt**

1. Zur Frage der Zuordnung eines in einer Personengesellschaft für einen Gesellschafter geführten Kontos zu den Kapitalkonten.<sup>39</sup>
2. Bei der Erbschafts- und Schenkungsteuer ist § 16 BewG zur Begrenzung des Jahreswerts von Nutzungen weiterhin anwendbar.<sup>40</sup>
3. Zur Frage der Zuordnung eines Grundstücks zum Privatvermögen oder Betriebsvermögen eines gewerblichen Grundstückshändlers.<sup>41</sup>
4. Zur Frage der Zuordnung einer Übertragung von GmbH Gesellschaftsanteilen zu den steuerlich beachtlichen Veräußerungsverlusten bei unentgeltlicher Übertragung von einem Vater auf seine Kinder.<sup>42</sup>

35 BFH Beschl. v. 05.03.1975 - II B 61/74 NJW 1975, 1912; BFH Urt. v. 20.04.1977 - II R 48/76 BeckRS 1977, 22004005.

36 FG Nürnberg Urt. v. 23.07.2013 4 V 545/13 EFG 2013, 1789.

37 FG Nürnberg Urt. v. 04.10.2012 - 4 K 1205/11 DStRE 2013, 1383.

38 BFH Urt. v. 12.03.2014 - II R 51/12 DStR 2014, 1389.

39 BFH Beschl. v. 19.03.2014 - X R 28/12 BeckRS 2014, 95399.

40 BFH Urt. v. 09.04.2014 - II R 48/12 DStR 2014, 1055.

41 BFH Beschl. v. 08.04.2014 - X B 70/13 DB 2014, 1407.

42 BFH Urt. v. 08.04.2014 - IX R 4/13 BeckRS 2014, 95245.

Zur Verstärkung meines Teams suche ich zum baldigen Eintritt eine(n)

## **Württ. Notariatsassessor/in**

für eine Voll- oder Teilzeittätigkeit.

Ihr Aufgabengebiet umfasst die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit. Wenn Sie an eigenverantwortlicher Arbeit, auch eigener Beurkundungstätigkeit im Rahmen von Urlaubsvertretungen, und einer längerfristigen Zusammenarbeit interessiert sind – auch denkbar sind flexible Teilzeitleösungen – erbitte ich Ihre Bewerbungsunterlagen direkt an mich.

Notar Gerhard Seibold  
Königstraße 21, 70173 Stuttgart  
Tel.: 07 11 / 22 00 93 19  
E-Mail: gerhardseibold@web.de

### **Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel in Münsingen**

Ansprechpartner für psychologische Sachverständigengutachten u.a. zu Fragestellungen der gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB der Auslandsadoption sowie freiheitsentziehender Maßnahmen gem. §1906 BGB.

**Fon: 07381-4370**  
E-Mail: praxis-holzapfel@gmx.de  
www.praxis-holzapfel.de

# Von der Erbenermittlung bis zur Nachlassbetreuung

Wir sind eines der größten und ältesten Erbenermittlungsunternehmen und blicken auf eine Tradition seit 1849 zurück. Unsere Kernkompetenz ist die Bearbeitung von deutschen und internationalen Erbfällen. Dafür beschäftigen wir ein großes und erfahrenes Spezialistenteam in unseren Büros in Heilbronn, Berlin, Hamburg und Warschau sowie eine Vielzahl von Partnern auf allen Kontinenten.

## Wir machen uns stark in den Bereichen:

- Erbenermittlung im In- und Ausland
- Nachlassbetreuung
- Testamentsvollstreckung
- Vermögensverwaltung

## Das sind unsere Auftraggeber:

- Nachlassgerichte und Nachlasspfleger
- Testamentsvollstrecker
- Notare und Rechtsanwälte
- Erbengemeinschaften

## Damit können Sie bei uns rechnen:

- Ermittlung der Erben im In- und Ausland
- Regelmäßige Sachstandsberichte
- Übersetzungen ausländischer Urkunden
- Übernahme sämtlicher Kosten und Auslagen der Ermittlungsphase
- Ermittlung auf eigenes wirtschaftliches Risiko – ohne Kosten für den Nachlass
- Vergütung auf Basis eines reinen Erfolgshonorars durch die gefundenen Erben
- Wirtschaftliche Betreuung und Abwicklung von Nachlässen

## Fordern Sie uns!

Hoerner Bank AG  
Oststraße 77  
74072 Heilbronn  
DEUTSCHLAND

[www.hoernerbank.de](http://www.hoernerbank.de)  
Telefon: +49 (0) 71 31 / 9322-0  
Fax: +49 (0) 71 31 / 9322-999  
E-Mail: [info@hoernerbank.de](mailto:info@hoernerbank.de)



**HOERNER BANK**  
AKTIENGESELLSCHAFT