

Herausgeber

Deutscher Notarverein

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Walter Bayer

Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M.

Prof. Dr. Nicola Preuß

Notar Dr. Christian Rupp

Richterin am BGH Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor

Schriftleiter

Notarassessor Max Josef Ehrl

Notar Dr. Stefan Schmitz

monatsschrift für die gesamte notarielle praxis

alles wichtige praxisnah

editorial

Nationale und internationale Umwandlungen nach neuem
Recht (*Walter Bayer*)

1

beitrag des monats

Die Vorsorgevollmacht – gestärkt durch Rechtsprechung
und Reform! (*Valentin Spemath*)

3

jahresrückblick

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht –
Aktuelle Entwicklungen (*Christoph Aumann*)

9

praxisforum

Rechtsprechung des BGH-Senats für Notarsachen im Jahr 2021
(*Tim Günther, Lars Grupe*)

16

rechtsprechung

BGH: Zu den Möglichkeiten, die Löschung eines Nießbrauchs
zu verlangen, wenn der Nießbraucher die Lasten nicht
vereinbarungsgemäß trägt (*Wendelin Mayer*)

21

OLG München: Grundbucheintragung nach Auflassung
aufgrund einer transmortalen Vollmacht (*Michael Böhme*)

24



**Nationale und internationale
Umwandlungen nach neuem Recht**

Liebe Leserinnen und Leser,

Ende Januar 2023 endet die Umsetzungsfrist für die Umwandlungs-RL (die teilweise auch als Mobilitäts-RL bezeichnet wird), welche die GesR-RL ergänzt, in der seit dem Jahr 2017 verschiedene gesellschaftsrechtliche Richtlinien ohne inhaltliche Änderungen konsolidiert wurden, darunter auch die bisherige RL über innerstaatliche Verschmelzungen (3. RL), die RL über innerstaatliche Spaltungen (6. RL) und die RL über grenzüberschreitende Verschmelzungen (10. RL). Nunmehr wird die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt auch durch neue Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Art. 86a ff. GesR-RL), mithin zur Sitzverlegung über die Grenze in eine andere nationale Rechtsform, und durch neue Regelungen zur grenzüberschreitenden Spaltung (Art. 160a ff. GesR-RL) gefördert. Umfassend novelliert wurden bei dieser Gelegenheit auch die bisherigen Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 118 ff. GesR-RL).

Schon die Umsetzung der eigentlichen RL-Vorgaben hat zahlreiche Fragen aufgeworfen und den deutschen Gesetzgeber vor große Herausforderungen gestellt. Diese Herausforderungen wurden nochmals gesteigert, da sich der Gesetzgeber – mit gutem Grund – dazu entschlossen hat, die Umwandlungs-RL überschießend umzusetzen, mithin auch das Recht der innerstaatlichen Verschmelzung, der innerstaatlichen Spaltung und auch den innerstaatlichen Formwechsel zumindest punktuell zu modifizieren. Wir erleben daher mit dem UmRUG die größte Reform des Umwandlungsrechts seit dem Inkrafttreten des UmwG 1995, zumal darüber hinaus auch das SpruchG novelliert und punktuell auch das SEAG modifiziert wird. Flankiert wird das UmRUG durch zwei separate, wenngleich inhaltlich eng miteinander abgestimmte Gesetze zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungs-RL über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen.

Für alle Notarinnen und Notare, die sich mit nationalen und internationalen Umwandlungen beschäftigen, ist wichtig zu wissen, dass das UmRUG zahlreiche, zum Teil fundamentale Neuerungen enthält. Hervorzuheben sind (weitere) Erleichterungen bei den in der Praxis dominierenden Konzernverschmelzungen sowie eine Umstellung der Dogmatik im Falle beanspruchter Abfindungsleistungen. Der bislang für Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers geltende Ausschluss der Anfechtungsklage wegen Bewertungsmängeln wird nunmehr auf die Anteilsinhaber übernehmender Rechtsträger erstreckt und in der Konsequenz auch für diese das Spruchverfahren eröffnet. Aus einem unzutreffenden Umtauschverhältnis resultierende Ausgleichsleistungen an Aktionäre können künftig nicht nur (wie bislang) in Form barer Zuzahlungen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch in Aktien erfolgen. Beide Neuerungen wurden bereits vor langer Zeit eingefordert (vgl. nur *Bayer*, ZHR 163 [1999] 505, 547 ff. und ZHR 172 [2008] 24 ff.) und es ist erfreulich, dass der Gesetzgeber nunmehr den ihm durch das europäische Recht eingeräumten Spielraum zu dieser sinnvollen Modernisierung des UmwG genutzt hat.

Jedes Jahr erfolgen in Deutschland viele Tausend Veränderungen der Unternehmensstrukturen in Formen von Umwandlungen. Das neue Recht erweitert die Möglichkeiten dieser Strukturveränderungen und beseitigt manche bisherigen Unzulänglichkeiten und Schwachstellen. Umwandlungs-RL und UmRUG sind ein beredtes Beispiel dafür, dass sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber in schwierigen Zeiten durchaus in der Lage sind, Reformgesetze auf den Weg zu bringen und damit den Bedürfnissen der Praxis entgegenzukommen. Erleichtert wird die Arbeit mit dem neuen Recht, sobald die Neuauflagen der Standardkommentare – an denen deren Herausgeber und Autoren derzeit fleißig wirken – vorliegen werden. Bis dahin werden sich alle Notarinnen und Notare mit der sorgfältigen Lektüre der Regierungsbegründung sowie den bislang vorliegenden Fachaufsätzen begnügen müssen!

Herzlichst Ihr

Prof. Dr. Walter Bayer, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht, Direktor des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena sowie Mitglied des Herausgeberbeirats der Zeitschrift *notar*



inhaltsverzeichnis

editorial	Nationale und internationale Umwandlungen nach neuem Recht (<i>Prof. Dr. Walter Bayer</i>)	1
inhalt		2
impressum		15
beitrag des monats	Die Vorsorgevollmacht – gestärkt durch Rechtsprechung und Reform! (<i>Dr. Valentin Spemath</i>)	3
jahresrückblick	Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht – Aktuelle Entwicklungen (<i>Christoph Aumann</i>)	9
praxisforum	Rechtsprechung des BGH-Senats für Notarsachen im Jahr 2021 (<i>Tim Günther, Lars Grupe</i>)	16
rechtsprechung	BGH: Zu den Möglichkeiten, die Löschung eines Nießbrauchs zu verlangen, wenn der Nießbraucher die Lasten nicht vereinbarungsgemäß trägt (mit Anmerkung von <i>Dr. Wendelin Mayer</i>)	21
	OLG München: Grundbucheintragung nach Auflassung aufgrund einer transmortalen Vollmacht (mit Anmerkung von <i>Dr. Michael Böhme</i>)	24
nachrichten		26
literatur	Schäfer (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht – Einführung zum MoPeG, (besprochen von <i>Max Josef Ehrl</i>)	27



beitrag des monats

Valentin Spernath

Die Vorsorgevollmacht – gestärkt durch Rechtsprechung und Reform!

Die Möglichkeit der Vorsorge durch umfassende Vollmachten ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹ Die eigene Entscheidung soll der amtlichen Fürsorge durch Betreuer und Betreuungsgericht vorgehen. Nachdem in den letzten Jahren vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Stärkung der Stellung des Vorsorgebevollmächtigten beigetragen hat, ist mit Wirkung zum 1.1.2023 auch die Gesetzgebung in Form des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts aktiv geworden. Der Beitrag beleuchtet die Änderungen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung unter dem Blickwinkel der Bedeutung und Gestaltung von Vorsorgevollmachten.

A. Vorbemerkung

Die Vorsorgevollmacht² gewinnt sowohl quantitativ als auch qualitativ zunehmend an Bedeutung. Über fünf Millionen registrierten³ und zahlreichen nicht registrierten Vollmachten stehen etwa 1,8 Millionen Demenzzfälle in Deutschland⁴ sowie zahlreiche andere Fälle vorübergehender oder dauerhafter Geschäftsunfähigkeit oder zumindest geistiger Beeinträchtigungen gegen-

über. Die genannten Zahlen dürften sich in den kommenden Jahren weiterhin stark erhöhen. Die Praxis des Verfassers zeigt, dass sich zunehmend auch jüngere Leute vom Nutzen einer Vorsorgevollmacht überzeugen lassen. In jüngerer Zeit haben sowohl Rechtsprechung als auch Gesetzgebung die Bedeutung der Vorsorgevollmacht ins Bewusstsein gebracht und gestärkt, wenngleich in manchen Bereichen immer noch Verbesserungen denkbar wären. Andererseits gibt es Verschärfungen im Betreuungsrecht, die die Vorzüge der Vorsorgevollmacht zusätzlich unterstreichen.

B. Die Stärkung der Vorsorgevollmacht in der Rechtsprechung⁵

I. Die Befugnisse des Bevollmächtigten

In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung weitgehend mit der Vorstellung aufgeräumt, bestimmte Befugnisse seien ausschließlich einem Betreuer vorbehalten, sodass zu deren Ausübung ein Generalbevollmächtigter zunächst zum Betreuer zu bestellen sei. Hintergrund dieser Vorstellung war wohl die Tatsache, dass das Gesetz an manchen Stellen, etwa in § 2347 Abs. 2 BGB, ausdrücklich nur eine Vertretung durch den „gesetzlichen Vertreter“ zulässt. Daraus wurde gerade im Bereich des Erbrechts ein „Rechtsgedanke“ entwickelt, dass im Erbrecht, soweit überhaupt eine Vertretung infrage komme, diese nur durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen könne; diesen Rechtsgedanken hat die Rechtsprechung nun zu Recht verworfen. Außerdem wird teilweise immer noch argumentiert, die Vertretung durch den Vorsorgebevollmächtigten sei im Erbrecht ausgeschlossen, soweit ein In-Sich-Geschäft vorliege, obwohl dies doch bei Vorliegen der Befreiung von § 181 BGB nur eine Frage eines – nur

¹ Siehe beispielhaft BVerfG, Beschl. v. 10.10.2008 – 1 BvR 1415/08. Danach „begegnet die Bestellung eines Kontrollbetreuers für den Beschwerdeführer und die Ermächtigung des Kontrollbetreuers zum Widerruf der erteilten Vollmachten im Hinblick auf das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Selbstbestimmungsrecht des Beschwerdeführers, dessen Ausfluss die von dem Beschwerdeführer erteilten Vorsorgevollmachten sind, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“.

² Im Folgenden wird unter „Vorsorgevollmacht“ grundsätzlich die notarielle, d. h. von einem Notar entworfene und in der Regel beurkundete, mindestens aber unterschiftsbeglaubigte Generalvollmacht in vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten verstanden, soweit nicht anderweitig klargestellt.

³ Worunter freilich nicht nur, aber doch weit überwiegend notarielle Vollmachten fallen.

⁴ So die Deutsche Alzheimer Gesellschaft e. V., abrufbar unter <https://www.deutsche-alzheimer.de/artikel/deutsche-alzheimer-gesellschaft-stellt-neue-zahlen-zur-demenz-vor-deutlich-mehr-erkrankte-unter-65-jahren-als-bisher-angenommen>.

⁵ Dieser Artikel gibt die Entwicklung der Rechtsprechung überblicksartig wieder. Für eine vertiefte Darstellung siehe Spernath, MittBayNot 2021, 425 ff.

ausnahmsweise im Einzelfall anzunehmenden – Missbrauchs der Vertretungsmacht sein kann.⁶

1. Eidesstattliche Versicherungen

Lange Zeit wurde davon ausgegangen, dass die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung etwa bei Stellung eines Erbscheinsantrags nur durch einen Betreuer erfolgen könne. Zwei Obergerichte⁷ haben nun entschieden, dass es hierfür keine Grundlage gibt. Entgegen der zuvor h. M. wurde dabei sogar aus § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a. F. (künftig: § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB n. F.) der Rechtsgrundsatz herausgelesen, dass im Sinne des Selbstbestimmungsrechts das Erfordernis einer Betreuerbestellung bei bestehender Vorsorgevollmacht restriktiv auszulegen sei.⁸ Auch wenn noch keine BGH-Entscheidung zu dieser Frage vorliegt, kann – auch unter Berücksichtigung des Grundtenors der nachstehend besprochenen BGH-Entscheidungen – davon ausgegangen werden, dass ein Bevollmächtigter tatsächlich nur dort von der Vertretung generell ausgeschlossen ist, wo das Gesetz selbst zwingend das Handeln eines gesetzlichen Vertreters vorschreibt. Für die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und damit für die Stellung eines Erbscheinsantrags muss also bei bestehender Vorsorgevollmacht kein Betreuer bestellt werden.

2. Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag

Der Rücktritt vom Erbvertrag bzw. Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments konnte nach früher h. M. nur durch einen Betreuer erfolgen. Das führte in der Praxis zu gewaltigen Problemen, wenn etwa der widerrufswillige Teil selbst nur noch kurz zu leben hatte und für den anderen, nicht mehr geschäftsfähigen Teil gerade wegen der Vorsorgevollmacht noch keine Betreuung bestand. Der Wettlauf gegen die Zeit wurde dann noch dadurch verschärft, dass sich Betreuungsgerichte teils auch noch weigerten, für die Entgegennahme eines Rücktritts oder Widerrufs einen Betreuer zu bestellen, da die Aufhebung der Erbeinsetzung des Betreuten ja nicht in dessen Interesse sei.⁹ Auch damit hat der BGH aufgeräumt, indem er in einer viel beachteten Entscheidung die Entgegennahme des Rücktritts oder Widerrufs durch einen Bevollmächtigten des Erblassers zuließ.¹⁰ Offen geblieben, aber m. E. zu bejahen ist die Frage, ob auch der widerrufende Teil selbst als Bevollmächtigter den Widerruf entgegennehmen darf.¹¹

3. Die Sorgerechtsvollmacht

Einen zusätzlichen Anwendungsbereich der Vorsorgevollmacht hat die Rechtsprechung durch die Anerkennung einer Sor-

gerechtsgeneralvollmacht geschaffen, die der Entziehung des Sorgerechts vorgeht.¹² Auch hierdurch wird der Grundsatz des Vorrangs der privatautonomen Regelung gegenüber einem staatlichen Eingriff betont. Die Kürze der Begründung der BGH-Entscheidung in diesem Punkt zeigt, wie selbstverständlich dieser Grundsatz zumindest für die höchstgerichtliche Rechtsprechung geworden ist. Es empfiehlt sich, in der Vorsorgevollmacht ausdrücklich auch die umfassende Sorgerechtsvollmacht (jedenfalls für den anderen Elternteil) aufzunehmen, da es hier ja nicht mehr nur um die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten des Vollmachtgebers geht.

4. Transmortale Vollmacht bei Vor- und Nacherbschaft

Ungeklärt ist, ob eine transmortale erteilte Vorsorgevollmacht den Bevollmächtigten auch zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben berechtigen kann, und zwar selbst dann, wenn der Bevollmächtigte selbst Vorerbe ist. Das OLG Stuttgart¹³ bejaht dies, das OLG München¹⁴ verneint es. Richtigerweise sollte auch hier nicht vom denkbaren Missbrauch der Vollmacht im Einzelfall auf eine generelle Unzulässigkeit geschlossen werden. Zudem ist es ein – allerdings selbst unter manchen Berufskollegen nicht auszurottender – Irrglaube, dass der Zweck der Vor- und Nacherbschaft in der Einschränkung der Befugnisse des Vorerben liege.¹⁵ Richtigerweise liegt der Zweck meist im Schutz des Nachlasses gegenüber Gläubigern oder Pflichtteilsberechtigten des Vorerben.¹⁶ Dass dieser dann nur erschwert verfügen kann, ist eine eher unerwünschte Nebenwirkung, deren Beseitigung durch eine transmortale Generalvollmacht durchaus sinnvoll erscheinen würde. Hier ist auf eine baldige Klärung durch den BGH zu hoffen. Bis dahin kann eine Klarstellung in der Vollmacht, dass sie auch im Falle der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft uneingeschränkt fortgelten und zu Erklärungen auch namens der Nacherben berechtigen soll, jedenfalls nicht schaden. Denn denkbarerweise setzt sich auch eine Linie der Rechtsprechung

¹³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.5.2019 – 8 W 160/19, ZEV 2019, 530.

¹⁴ OLG München, Beschl. v. 14.6.2019 – 34 Wx 237/18, ZEV 2019, 533.

¹⁵ In einem Vortrag wurde sogar die Behauptung geäußert, die „Aushöhlung“ der Kontrolle des Vorerben durch dessen Generalbevollmächtigung führe zu einer Haftung des Notars. Dem ist zu entgegenen, dass in der Generalbevollmächtigung des Vorerben durch den Erblasser selbst (!) ein Vertrauensbeweis liegt, der zeigt, dass es ihm gerade nicht auf dessen Kontrolle durch die Nacherben ankam, sondern es andere Gründe für die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft gegeben haben muss. Zum falschen Verständnis des Wesens der Vor- und Nacherbschaft siehe auch Spernath, ZErB 2016, 1. Leider spricht auch Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 92, davon, dass die Nachlassplanung durch die Generalvollmacht des Vorerben „durchkreuz[t]“ werde, obwohl auch in dem dort besprochenen Fall in der Einsetzung der Enkelkinder als Nacherben möglicherweise nur der Wille zum Ausdruck kam, Schwiegerkinder als „Erbesben“ bzw. als Pflichtteilsberechtigte der zunächst Erbenden Kinder auszuschließen. Um dieses Ziel zu erreichen, kommt es nicht auf den Nacherbenvermerk im Grundbuch, sondern die materielle Erbfolge an, sodass dessen Löschung aufgrund Generalvollmacht eben nicht die Nachlassplanung durchkreuzt. Es ist auch nicht „offensichtlich“, dass die Vorerben damit die Interessen der Nacherben am Substanzerhalt verletzt hätten. Die Löschung des Nacherbenvermerks mag der Bestellung von Grundschulden zur Finanzierung einer Renovierung und damit gerade dem Substanzerhalt oder aber einer sinnvollen Umschichtung des Vermögens gedient haben. Ob eine Generalvollmacht missbraucht wird, ist eine Frage des Einzelfalls, und zwar auch dann, wenn der Bevollmächtigte Vorerbe ist.

¹⁶ Der Verfasser hat jedenfalls erst ein einziges Mal für einen beratungsresistenten Mandanten eine Vor- und Nacherbschaft nur zur Kontrolle des Vorerben beurkundet. Ansonsten reicht für diesen Zweck die Anordnung der Testamentsvollstreckung eigentlich aus. Alle anderen Fälle der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft beruhen auf Patchwork-Konstellationen, wirtschaftlichen Risiken aufseiten des Vorerben, der Behinderung des Vorerben oder anderen echten juristischen Indikationen für dieses Instrument.

⁶ Ausführlicher Spernath, MittBayNot 2021, 425, 435, 437.

⁷ OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 6 W 78/18, NJW-RR 2018, 1031; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.4.2018 – 25 Wx 68/17, ZEV 2019, 422.

⁸ OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2018 – 6 W 78/18, NJW-RR 2018, 1031, Rn 7; dass man dabei mit dem Wortlaut der Norm, nach der ein Betreuer nur bestellt werden dürfe, soweit ein Bevollmächtigter zur Vertretung nicht in der Lage sei, argumentierte, war zwar an sich ein Zirkelschluss; sieht man die Norm aber als Ausdruck des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, ergibt sich hieraus, dass eben so wenig wie gesetzlich möglich davon auszugehen ist, dass ein Bevollmächtigter bestimmte Befugnisse nicht habe und daher ein Betreuer zu bestellen sei.

⁹ AG München, Beschl. v. 13.10.2010 – 705 XVII 1559/08, NJW 2011, 816.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 27.1.2021 – XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455, Rn 18 ff.

¹¹ Keim, ZEV 2010, 358, 360; möglicherweise könnte eine Klarstellung im Text der Vollmacht, ob dies gestattet sein soll, helfen.

¹² BGH, Beschl. v. 29.4.2020 – XII ZB 112/19, NJW 2020, 2182; dem folgend OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.3.2022 – 10 UF 43/21, NZFam 2022, 493. Ausführlich zu diesem Instrument Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Kap 3 Rn 200 ff.

durch, wonach es auf die Auslegung der Vollmacht ankommen soll; zudem wird dem Einwand, dem Vollmachtgeber sei die angebliche Aushöhlung der Nachlassplanung durch die Vollmacht nicht bewusst gewesen, die Grundlage entzogen.

5. Gesetzliche Beschränkungen

Teilweise ordnet das Gesetz, insofern ohne jede Änderung durch das Reformgesetz, zwingend die „gesetzliche“ Vertretung an, z. B. beim Abschluss eines Pflichtteils-, Erb- oder Zuwendungsverzichtsvertrages seitens des Erblassers. Dies führt dazu, dass etwa ein vorsorgebevollmächtigter Ehegatte zwar namens des anderen dessen Grundbesitz an Kinder übergeben, nicht aber deren damit einhergehende Pflichtteilsverzichte entgegennehmen kann! In einem solchen Fall sollten also *Pflichtteils- und Zuwendungsverzichte aus der Übergabe herausgenommen* und mit einem Betreuer vorbehaltlich gerichtlicher Genehmigung separat beurkundet werden, um nicht die Wirksamkeit der Übergabe insgesamt wegen § 139 BGB in Zweifel zu ziehen! Diese Beschränkungen sind nicht unbedingt sinnvoll;¹⁷ nachdem aber der Reformgesetzgeber hieran nicht gerüttelt hat, kann eine Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes wohl nicht vertreten werden. (Nur) Soweit also das Gesetz selbst die Vertretung durch einen Bevollmächtigten direkt ausschließt – und nicht aufgrund eines früher teils angenommenen allgemeinen Grundsatzes, dass der Erblasser nur höchstpersönlich oder allenfalls durch einen gesetzlichen Vertreter handeln könne –, verbleibt es daher leider bei der Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers, nach alter wie nach neuer Rechtslage.

II. Der Widerruf der Vorsorgevollmacht durch einen Betreuer nach bisherigem Recht

Nach früherer Rechtsprechung vieler Instanzgerichte war ein Vorsorgebevollmächtigter eine Art Ersatzbetreuer, der an denselben Maßstäben zu messen war. Genügte ein Bevollmächtigter diesem Standard nicht, weil er etwa nicht über jede Ausgabe Rechenschaft ablegen konnte, wurde ein Überwachungsbetreuer bestellt, der sodann dem Bevollmächtigten die Vollmacht entzog und so vollendete Tatsachen schaffte, da die Wiederbestellung des Bevollmächtigten durch den geschäftsunfähig gewordenen Vollmachtgeber ausschied.¹⁸ Unter Verweis auf das durch die Erteilung der Vorsorgevollmacht verwirklichte Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers, das in diesem Zusammenhang auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt wurde,¹⁹ hat der BGH dem einen Riegel vorgeschoben, indem er in zahlreichen Entscheidungen²⁰ ein an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des fairen Verfahrens orientiertes gestuftes Verfahren zum Entzug einer Vorsorgevollmacht im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte: Zunächst sei seitens des Betreuungsgerichts, das Kenntnis von einer womöglich nicht sachgerechten Ausübung einer Vollmacht erhalten habe, auf den Bevollmächtigten einzuwirken, erst im nächsten Schritt ein Kontrollbetreuer zu bestellen und nur als ultima ratio dem Kontrollbetreuer die Befugnis zur Entziehung der Vollmacht zu

erteilen.²¹ Voraussetzung dafür sei, dass die Wahrnehmung der Interessen des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten eine konkrete Gefahr erheblicher Schäden für das Wohl des Vollmachtgebers begründe.²² Problematisch blieb trotz der Rechtsfortbildung, dass eine ohne Eintritt dieser Voraussetzungen gleichwohl – also rechtswidrig – widerrufenen Vorsorgevollmacht auch nicht wieder auflebte, wenn eine höhere Instanz die Rechtswidrigkeit feststellte.²³

Diese Rechtsfortbildung durch den BGH war aber dennoch letztlich die entscheidende Vorarbeit für die nun endlich erfolgte gesetzgeberische Lösung. Der Schutz der Vorsorgevollmacht gegen deren übereilte Außerkraftsetzung ist elementare Voraussetzung dafür, dass das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers sich gegenüber staatlicher Bevormundung behaupten kann.

C. Änderungen durch die Reform

I. Widerruf und Suspendierung der Vorsorgevollmacht nach neuem Recht

Eine der entscheidenden gesetzlichen Neuerungen im Bereich der Vorsorgevollmachten – die ansonsten vor allem eine Neu-Nummerierung der Paragraphen erfahren – ist die Regelung zu Suspendierung und Widerruf von Vorsorgevollmachten.

Zum einen wurde in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RPfIG n. F. die Entscheidung dem Richter übertragen. Zum anderen wurde ein gesetzliches Stufenmodell am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeführt.

1. Ernennung eines Kontrollbetreuers

In einem ersten Schritt wird nach § 1820 Abs. 3 BGB n. F. ein Kontrollbetreuer bestellt. Bereits dieser erste Schritt setzt voraus, dass „aufgrund konkreter Anhaltspunkte davon auszugehen ist“, dass der Bevollmächtigte gegen den „(...) erklärten oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers“ handelt. Daran ist zweierlei begründenswert. Zum einen kann eben nicht ins Blaue hinein ein Kontrollbetreuer bestellt werden, um erst noch zu prüfen, ob es Anhaltspunkte für pflichtwidriges Verhalten gibt, sondern zuerst müssen diese Anhaltspunkte vorliegen. Unzufriedenheit und Misstrauen nicht bevollmächtigter Geschwister des bevollmächtigten Kindes reichen somit nicht aus. Zum anderen wird ausdrücklich auf den „mutmaßlichen Willen“ des Vollmachtgebers abgestellt. Die früher bei manchen Gerichten zu beobachtende Tendenz, auf das (vermeintliche) objektive Interesse des Vollmachtgebers abzustellen, die bereits in der Rechtsprechung des BGH abgelehnt wurde, ist damit endgültig Rechtsgeschichte. Hat der Vollmachtgeber eine objektiv „unvernünftige“ Praxis geübt, z. B. seinen Enkeln regelmäßig Geld zugesteckt oder Lotto gespielt, kann der Bevollmächtigte diese Praxis im Zweifel fortsetzen. Auch damit wird das Selbstbestimmungsrecht gestärkt.

2. Suspendierung der Vollmacht durch das Gericht

Im zweiten Schritt kann das Betreuungsgericht – und nicht mehr, wie bisher, der Betreuer – nach § 1820 Abs. 4 BGB anordnen, dass die Vollmacht nicht mehr ausgeübt werden darf und an den Betreuer herauszugeben ist. Voraussetzung ist entweder eine „dringende Gefahr“ pflichtwidrigen Handelns und daraus folgender Vermögensgefährdung oder eine Behinderung des Betreuers.

¹⁷ BeckOGK-BGB/Everts, § 2347 Rn 22.1: „Rechtslage somit im Ergebnis unbefriedigend“.

¹⁸ Zu diesem nun rechtsgeschichtlichen Problem siehe ausführlicher Spernath, MittBayNot 2021, 425 ff.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.10.2008 – 1 BvR 1415/08.

²⁰ BGH, Beschl. v. 13.5.2020 – XII ZB 61/20, NJW-RR 2020, 1073; Beschl. v. 8.1.2020 – XII ZB 368/19, ZEV 2020, 495; Beschl. v. 9.5.2018 – XII ZB 413/17, MittBayNot 2018, 532; Beschl. v. 23.9.2015 – XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657; Beschl. v. 28.7.2015 – XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572; st. Rspr.

²¹ St. Rspr. seit BGH, Beschl. v. 28.7.2015 – XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rn 36.

²² St. Rspr. seit BGH, Beschl. v. 28.7.2015 – XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Ls. 2.

²³ Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Kap 2 Rn 562; BGH, Beschl. v. 28.7.2015 – XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rn 14.

Die Rechtsfolge der Pflicht zur Herausgabe der Vollmacht an den Betreuer zeigt, dass die Bestellung eines Kontrollbetreuers bereits erfolgt sein muss, ehe die Suspendierung der Vollmacht angeordnet werden kann. Diese Stufenfolge ist eine erfreuliche gesetzgeberische Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Auch die neue Möglichkeit, eine Vollmacht zu suspendieren, statt sie, wie bisher, endgültig zu beseitigen, beruht auf einem richtigen Gedanken. Allerdings ist die Regelung nicht vollständig durchdacht. Zum einen stellen sich viele Fragen mit Blick auf bei Suspendierung der Vollmacht schwebende Rechtsgeschäfte.²⁴ Wer kann etwa nach einem Kaufvertrag über eine Teilfläche die Messungsanerkennung beurkunden, wenn zwischenzeitlich die Vollmacht suspendiert wurde? Im Prinzip müsste während der Zeit der Suspendierung dann befristet bis zur Aufhebung der Suspendierung ein Vollbetreuer bestellt werden. Allerdings hat sich insoweit bereits die Meinung gebildet, dass die Suspendierung nur schuldrechtliche Wirkung habe,²⁵ was zwar dogmatisch eine Entschärfung bringt, aber nichts an der Handlungsunfähigkeit ändert, wenn die Vollmacht herausgegeben werden musste. Immerhin könnte man nach dieser Ansicht den Bevollmächtigten handeln lassen mit der Auflage, die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde nachzureichen. Eine andere Lösung wäre, immer dann, wenn ein Generalbevollmächtigter in einer vollzugsbedürftigen Urkunde handelt, diesen eine Untervollmacht zur Abgabe aller für den Vollzug des Geschäfts erforderlichen Erklärungen einschließlich der Messungsanerkennung, Bestellung von Finanzierungsgrundschulden etc. erteilen zu lassen, da die Untervollmacht von einer etwaigen späteren Suspendierung der Hauptvollmacht ja nicht betroffen wäre²⁶ und somit das Geschäft aufgrund der Untervollmacht weiter vollziehbar bliebe. Weiterhin erscheint die Herausgabe der Vollmachtsurkunde an den Betreuer problematisch. Warum hier nicht die Herausgabe an das Gericht vorgesehen wurde, erschließt sich nicht.²⁷ Es besteht die Gefahr, dass Vollmachten durch den Betreuer vernichtet werden oder verloren gehen. Im Falle nicht beurkundeter Vollmachten sind sie dann unersetzbar. Im Falle beurkundeter Vollmachten müsste der Notar in der Urkunde beauftragt werden, Neuausfertigungen nicht nur auf Verlangen des Vollmachtgebers, sondern auch auf Verlangen des Bevollmächtigten auszustellen, wenn dieser nachweist, dass eine Suspendierung und deren Aufhebung erfolgt sind, und versichert, dass die Vollmachtsurkunde ihm dennoch nicht mehr ausgehändigt worden ist. Grundsätzlich kritisch zu bewerten ist, dass die Suspendierung der Vollmacht nach dem Wortlaut auch unabhängig von einem Verfahren zur endgültigen Aufhebung und damit unter Umgehung der strengen Voraussetzungen hierfür erfolgen kann,²⁸ statt ausschließlich der Sicherung bis zur Beendigung eines solchen Verfahrens zu dienen.

3. Widerruf der Vollmacht

Im Gegensatz zur Suspendierung der Vollmacht nach § 1820 Abs. 4 BGB erfolgt der Widerruf der Vollmacht nach § 1820 Abs. 5 BGB wieder durch den (Kontroll-)Betreuer. Dies halte ich für unstimmtig. Allerdings bedarf der Widerruf der gerichtlichen Genehmigung durch einen Richter und wird somit ebenfalls

gerichtlich überprüft. Der Widerruf darf nur erfolgen, wenn das Festhalten an der Vollmacht eine künftige Verletzung der Person oder des Vermögens des Betreuten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt und mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betreuten geeignet erscheinen. Die Anforderungen sind also hoch. Auch hier „kann“ das Gericht die Herausgabe an den Betreuer anordnen. Die Genehmigung zum Widerruf der Vollmacht ist mit Rechtsmitteln nach dem FamFG im Namen des Bevollmächtigten angreifbar, allerdings besteht auch hier wie bei der Suspendierung die Gefahr, dass die Herausgabe an den Betreuer statt an das Gericht zu vollendeten Tatsachen führt.

4. Rechtsmittel

Während früher Rechtsmittel gegen den durch den Betreuer erfolgten Widerruf der Vollmacht nur zu einer Feststellung der Rechtswidrigkeit führen konnten, während die Vollmacht selbst nicht mehr zu retten war, kann nun nicht mehr nur gegen die Bestellung des Kontrollbetreuers, sondern auch gegen die gerichtliche Suspendierung der Vollmacht, vor allem aber gegen die Genehmigung des vom Betreuer erklärten Widerrufs, die Beschwerde eingelegt werden. Der Widerruf der Vollmacht wird erst mit Rechtskraft der Genehmigung wirksam, sodass insofern nun endlich effektiver Rechtsschutz besteht. Allerdings hat sich nichts daran geändert, dass der Bevollmächtigte das Rechtsmittel nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen des Vollmachtgebers einlegen kann.²⁹

5. Zwischenzeitliches Versterben des Vollmachtgebers

Verstirbt der Vollmachtgeber in der Zwischenzeit, entfällt die Betreuung und der vom Betreuer erklärte Widerruf kann nicht mehr wirksam werden. Somit ist dann der Widerruf der Vollmacht als ungeschehen zu betrachten und die Vollmacht an den Bevollmächtigten zurückzugeben. Sie kann dann nur noch durch die Erben widerrufen werden. Insofern dürfte es sich im Falle von Vollmachtgebern mit geringer Restlebenserwartung aus Sicht des Bevollmächtigten empfehlen, alle Rechtsmittel auszuschöpfen.

6. Fazit

Im Gegensatz zur bisher fehlenden gesetzlichen Regelung und der bisherigen Irreversibilität eines egal wie rechtswidrigen Widerrufs der Vollmacht ist die neue Rechtslage transparenter und strikt am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiert. Kleinere gesetzgeberische Schwächen sollten aber noch korrigiert werden.

Auch wäre es sinnvoll, wenn bei beurkundeten Vollmachten eine Meldung des Gerichts an das Zentrale Vorsorgeregister und an den die Vollmacht beurkundenden Notar vorgeschrieben wären, wenn eine Vollmacht widerrufen wurde. Denn wie soll dieser vom Widerruf Kenntnis erhalten? Bei manchen Kollegen ist nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers die Neuerteilung von Ausfertigungen auf Verlangen des Bevollmächtigten vorgesehen, was zur Zirkulation von scheinwirksamen Vollmachtsurkunden führen könnte.

Wie bisher kann dem Risiko der Anordnung einer Kontrollbetreuung durch die Bestellung eines Kontrollbevollmächtigten (häufig eines Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe) in der Urkunde entgegengewirkt werden.³⁰

²⁴ Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 101.

²⁵ Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Kap 2 Rn 568.

²⁶ KG, Beschl. v. 14.2.2017 – 1 W 20-32/17, MittBayNot 2017, 523, m. Anm. Spernath, für das Erlöschen der Hauptvollmacht; das muss erst recht für die bloße Suspendierung der Hauptvollmacht gelten.

²⁷ Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Kap 2 Rn 568; Spernath, MittBayNot 2021, 425, 431.

²⁸ Spernath, MittBayNot 2021, 425, 431; krit. auch Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 98.

²⁹ Die Formulierung „auch“ in § 303 Abs. 4 FamFG ist insoweit irreführend, als die eigene Beschwerdeberechtigung des Bevollmächtigten eine Ausnahme ist, siehe BeckOK-FamFG/Günter, § 303 Rn 10.

³⁰ Münch/Renner, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 16 Rn 58 f.; Spernath, MittBayNot 2021, 425, 429.

II. Gesetzliche Ehegattenvollmacht

Übereinstimmend als misslungen angesehen wird die neu in § 1358 BGB n. F. vorgesehene gesetzliche Vertretung durch den Ehegatten. Sie umfasst nur bestimmte Bereiche der Personensorge und damit in engstem Zusammenhang stehende vermögensrechtliche Angelegenheiten und ist auf sechs Monate befristet. Auch ist sie ausgeschlossen, wenn etwa die Ehegatten bei Eintritt des Vorsorgefalls³¹ getrennt gelebt haben (§ 1358 Abs. 3 Nr. 1 BGB), was ein Außenstehender nicht ohne Weiteres feststellen kann. Die gesetzliche Regelung verfehlt also das gesetzgeberische Ziel einer rechtssicheren wechselseitigen Vertretung der Ehegatten,³² kann aber zugleich zu der irrigen Annahme verleiten, eine wechselseitige Vorsorgevollmacht sei nicht mehr nötig, da die Vertretung gesetzlich ja geregelt sei.³³

III. Vollmachten vor Betreuungsbehörden

In der Sache unverändert sieht die neue Bestimmung des § 7 Abs. 1 BtOG die Möglichkeit der öffentlichen Beglaubigung privatschriftlicher Vollmachten durch Betreuungsbehörden vor. Schon gegen die Unterschriftsbeglaubigung von Vollmachten beim Notar sprechen zahlreiche Gründe: Die Urkunde ist bei Verlust nicht reproduzierbar, die Beteiligten werden nicht ausreichend belehrt, der Beweiswert ist geringer, Verbrauchercreditverträge aufgrund solcher Vollmachten sind nicht möglich.³⁴ Vor allem aber neigen Mandanten nach Erfahrung des Verfassers dazu, vorgefertigte Muster von schon an sich unterschiedlicher Qualität durch eigene Einfügungen zu entwerten und sich dann später zu beschweren, wenn die Vollmacht, die doch „beim Notar gemacht“ wurde, nicht funktioniert.³⁵ Typisch ist natürlich die unsägliche Einschränkung dahingehend, dass die Vollmacht erst bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit gelten solle, womit sie bekanntlich im Grundbuchrechtsverkehr nicht mehr verwendbar ist.³⁶ Daneben hat der Verfasser schon die Formulierung gefunden, dass die Vollmacht „nicht zum Verkauf des Hauses“ verwendet werden dürfe; bei den Formularen des BMJ werden regelmäßig Kästchen mit „Nein“ angekreuzt etc. Dass der Notar dann in einem Termin für eine Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf derartige Fehler stets findet, ist nicht realistisch und auch nicht Teil des Pflichtenprogramms. Wer die Kosten einer Beurkundung einsparen will, muss ggf. auch den Nachteil aufgrund fehlender Beratung und Prüfung in Kauf nehmen. Auch wird die Beglaubigung zwischen Tür und Angel der regelmäßig lebenslangen und jedenfalls bei Eintritt des Vorsorgefalls allumfassenden Bedeutung der Vollmacht schlichtweg nicht gerecht.

Davon auszugehen, dass bei Betreuungsbehörden noch aufmerksamer und in Kenntnis der Vorschriften der Grundbuchordnung geprüft werde, dürfte eher zu optimistisch sein. Durch dieses Verfahren der Beglaubigung durch die Betreuungsbehörde dürften also zahlreiche nicht verwertbare Vollmachten entstehen.

Entgegen einer Entscheidung des BGH³⁷ hat der Gesetzgeber die Gültigkeit der Beglaubigung (nicht der Vollmacht selbst³⁸) jedoch nun in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG – angelehnt an die Dauer der

Wirkung der Anordnung der Betreuung – auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers beschränkt. Bei Versterben des Vollmachtgebers vor der Beantragung des Endvollzugs einer Urkunde liegt dann also keine den Vorschriften der GBO genügende Vollmacht mehr vor. Insofern ist eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht, selbst wenn sie perfekt formuliert ist, gegenüber einer notariellen Vollmacht eingeschränkt einsatzfähig. Die notarielle Vollmacht wurde insofern durch den Gesetzgeber aufgewertet.³⁹

IV. Die Genehmigungspflicht nach § 1833 Abs. 1 Nr. 4 BGB bei der Aufgabe von Wohnraum: Keine Übergabe ohne Vorsorgevollmacht!

Schon bisher war die Löschung gegenstandslos gewordener Rechte, insbesondere von Wohnungsrechten, nach Wegzug und Demenzeintritt des Berechtigten ein Problem, wenn keine Vorsorgevollmacht bestand. Als Verfügung über ein Recht an einem Grundstück (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB) war sie genehmigungsbedürftig, wobei die Genehmigung zu erteilen war, wenn eine Rückkehr des Berechtigten unwahrscheinlich schien.⁴⁰ Zugleich tauchte vermehrt die Frage auf, ob es sich bei der Löschung eines gegenstandslos gewordenen Rechts um eine Schenkung handele.⁴¹ Ist der Betreuer selbst der Eigentümer des belasteten Grundstücks, soll zudem ein In-sich-Geschäft vorliegen, was zur Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers führt.⁴²

Relativ versteckt im Kapitel 2 „Personenangelegenheiten“ findet sich in § 1833 Abs. 1 Nr. 4 BGB n. F. nun ein eigener Genehmigungsvorbehalt für die Verfügung „über ein Recht an einem Grundstück, sofern dies mit der Aufgabe des Wohnraums verbunden ist“. Die Aufgabe eines Wohnungsrechts oder Nießbrauchs unterliegt also einem eigenen Genehmigungstatbestand. Nach der Formulierung fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn lediglich ein bereits materiell aufgegebenes Wohnungsrecht lange nach dem tatsächlichen Wegzug des Berechtigten (z. B. in ein Altersheim) gelöscht werden soll. Da das Grundbuchamt nicht prüfen kann, ob ein zur Löschung zu bewilligendes Wohnungsrecht bereits materiell erloschen war, ist in jedem Fall für den Grundbuchvollzug der Löschung von der Erforderlichkeit einer Genehmigung auszugehen. Diese Genehmigung darf nur unter den strengen Voraussetzungen des § 1833 Abs. 1 BGB n. F. erteilt werden. Diese liegen unter anderem vor, wenn eine Finanzierung des Wohnraums trotz Ausschöpfung aller dem Betreuten zur Verfügung stehenden Ressourcen nicht möglich ist oder eine häusliche Versorgung trotz umfassender Zuhilfenahme aller ambulanten Dienste zu einer erheblichen gesundheitlichen Gefährdung des Betreuten führen würde. Dieser letztere Fall wird dann wohl durch ein fachärztliches Gutachten belegt werden müssen, der nicht mehr geschäftsfähige Betreute wird gehört werden müssen etc., sodass mit einem längeren zeitlichen Vorlauf bei ungewissem Ausgang zu rechnen sein wird. Die Schwierigkeit, ein materiell nicht mehr nutzbares Wohnungsrecht zur Löschung zu bringen, führt aus Sicht des Verfassers zu dem Grundsatz: keine Übergabe ohne Vorsorgevollmacht! Denn Spezialvollmachten zur Löschung des Wohnungsrechts, wie sie sich in Übergabeurkunden finden, könnten von einem bei Fehlen der Vorsorgevollmacht ohnehin zu bestellenden Betreuer ohne die Voraussetzungen des § 1820 BGB n. F. jederzeit widerrufen werden. Nur mit einer Vorsorgevollmacht kann gewährleistet

³¹ Der im Rahmen dieser Bestimmung auch nicht hinreichend definiert ist, Müller-Engels/Braun/Renner/Müller-Engels, Kap 2 Rn 209.

³² Müller-Engels/Braun/Renner/Müller-Engels, Kap 2 Rn 215.

³³ Müller-Engels/Braun/Renner/Müller-Engels, Kap 2 Rn 216.

³⁴ Ausführlich Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Kap 2 Rn 597 ff.

³⁵ Im Amt des Verfassers wurden vor seiner Zeit reihenweise Vorsorgevollmachten unterschiedlichster Provenienz beglaubigt, mit deren Verwendung der Verfasser nun konfrontiert ist.

³⁶ Beck'sches Notarhandbuch/Reetz, Rn 52.

³⁷ BGH, Beschl. v. 12.11.2020 – V ZB 148/19, ZEV 2021, 267.

³⁸ Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Kap 2 Rn 595.

³⁹ Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Kap 2 Rn 595.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 25. 1. 2012 – XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956.

⁴¹ Verneinend BGH, Beschl. v. 25. 1. 2012 – XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956; bejahend, wenn auch in anderem Zusammenhang, BGH, Urt. v. 20.10.2020 – X ZR 7/20, NZFam 2021, 312.

⁴² BGH, Beschl. v. 25.9.2019 – XII ZB 251/19, MittBayNot 2020, 353.

werden, dass der Erwerber einer Immobilie unter Vorbehalt des Wohnungsrechts nicht in die Zwickmühle gerät, einerseits für die Kosten von Unterbringung und Pflege des Übergebers im Seniorenheim (anteilig) aufkommen zu müssen (oder zu wollen, um dem Übergeber einen würdigen Lebensabend zu beschern) und andererseits die erworbene Immobilie wegen des darauf lastenden Wohnungsrechts faktisch nicht verkaufen zu können. Viel zu häufig wird leider davon ausgegangen, dass nach der Veräußerung von allem Grundbesitz eine notarielle Vollmacht „ja nicht mehr nötig“ sei – das Gegenteil ist der Fall, weil die Hürden für die Genehmigung der regelmäßig unentgeltlichen Aufgabe eines Wohnungsrechts viel höher sind als für die Genehmigung des vollentgeltlichen Verkaufs einer Immobilie, die im Eigentum des Betreuten steht. Natürlich muss eine Vorsorgevollmacht dann auch Schenkungen gestatten und die Befreiung von § 181 BGB enthalten.

V. Befugnisse zu Schenkungen

Während früher Schenkungen durch einen Betreuer nur in stark eingeschränktem Umfang möglich waren, nämlich nur Anstandsschenkungen oder Gelegenheitsgeschenke (§§ 1908i Abs. 2, 1804 BGB a. F.), könnte nach neuem Recht auch ein Betreuer jede Schenkung vornehmen, bedarf hierzu aber im Regelfall einer gerichtlichen Genehmigung (§ 1854 Nr. 8 BGB n. F.). Somit könnte etwa eine bereits vorbereitete und abgestimmte Übergabe auch nach plötzlichem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit noch mit Genehmigung des Gerichts durchgeführt werden, insbesondere wenn die Interessen des geschäftsunfähig Gewordenen etwa durch Wohnungsrecht, Übernahme der Wart und Pflege und/oder Leibrente gewahrt sind. Da dieser Genehmigungstatbestand aber neu ist, dürfte zunächst große Rechtsunsicherheit herrschen, wann die Genehmigung zu erteilen ist. Hinfällig geworden sein dürften schon bisher fragwürdige Verweisungen in Vollmachtsurkunden auf das für Betreuer geltende Recht. Denn da eine Genehmigung für das Handeln eines Bevollmächtigten in Vermögensangelegenheiten eigentlich nicht infrage kommt, funktioniert die Verweisung nach neuem Recht nicht.⁴³ Richtigerweise sollten Schenkungen in der Vollmacht – wie bisher auch – grundsätzlich ermöglicht und allenfalls im Innenverhältnis eingeschränkt werden. Ansonsten stellen sich bei der Durchführung auch entgeltlicher Vermögensverfügungen Probleme des Nachweises der Entgeltlichkeit, wie man sie sonst von der Testamentsvollstreckung und der Vor- und Nacherbschaft kennt. Die Vollmachtserteilung setzt umfassendes Vertrauen voraus, während eine Beschränkung von Schenkungen im Außenverhältnis die Einsatzfähigkeit der Vollmacht auch bei vollentgeltlichen Geschäften, z. B. der Aufgabe eines Nießbrauchs gegen eine angemessene Ablösezahlung, zu untergraben droht.

VI. Änderungen beim Vorsorgeregister

Ein kleiner Fortschritt beim Vorsorgeregister ist darin zu sehen, dass nun auch Ärzte auf dieses Zugriff erhalten (§ 78b Abs. 1 S. 2 BNotO n. F.). Der Umweg über eine Anfrage an das Betreuungsgericht entfällt damit. Datenschutzbedenken sollten nicht bestehen, da einerseits in einigen Notariaten die Bevollmächtigten aktiv in die Registrierung und Nutzung ihrer Daten einwilligen und sie andererseits vom Zentralen Vorsorgeregister auf Widerspruchsmöglichkeiten hingewiesen werden.

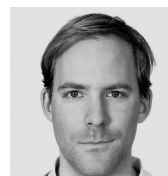
Positiv ist weiterhin die nun statuierte Pflicht zur Einsichtnahme in das Register vor Anordnung einer Betreuung (§ 285 Abs. 1 FamFG).

In diesem Bereich wären aber Schritte zu einer deutlichen Erleichterung der Handhabung möglich gewesen, wenn man eine *zwingende* Registrierung notarieller Vollmachten vorgesehen hätte (was auch die leidige datenschutzrechtliche Einwilligung der Bevollmächtigten entfallen ließe), den Eintrag ins Vorsorgeregister mit Rechtsscheinwirkung entsprechend § 172 BGB ausgestattet hätte und die ZVR-Card zu einer echten auslesbaren Chipkarte umgestaltet hätte.⁴⁴ Der Verlust der Ausfertigung der Vollmachtsurkunde in den Jahrzehnten nach ihrer Erteilung wäre dann nicht weiter tragisch. Auch könnten solche standardisierten Eintragungen die bisher oft sehr zögerliche Anerkennung von Vollmachten durch Behörden verbessern, wozu auch Regelungen zur Behandlung von Vollmachten etwa im VwVfG sowie in einschlägigen Verwaltungsrichtlinien hilfreich sein könnten.

D. Fazit

Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 hat, wie schon die Rechtsprechung der letzten Jahre, die Stellung von Vorsorgebevollmächtigten und damit das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers gestärkt. Insbesondere die am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte und mit einer Stärkung richterlicher und damit ggf. obergerichtlicher Kontrolle einhergehende Regelung zur Suspendierung und Aufhebung von Generalvollmachten ist trotz gewisser Mängel ein wichtiger Schritt. Leider wurde es versäumt, die letzten Bastionen zwingenden Betreuerhandelns, insbesondere bei der Entgegennahme von Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichten, zu schleifen. Im Bereich der Ausgestaltung des Vorsorgeregisters wäre eine deutlichere rechtliche und technische Aufwertung wünschenswert gewesen.

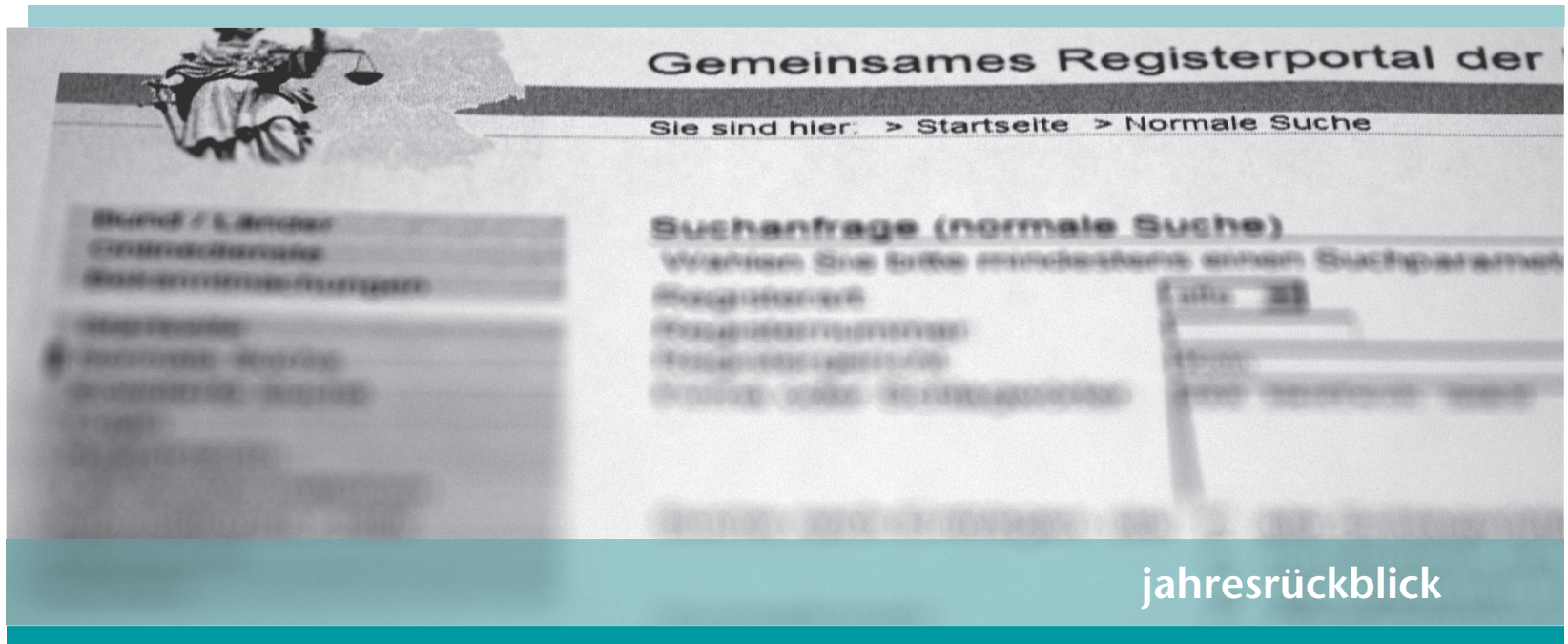
Die gewachsene Bedeutung der Vorsorgevollmacht bedeutet auch, dass ihr im Notariat ein noch größerer Stellenwert sowohl in der Beratung als auch in der Gestaltung beizumessen ist.



Dr. Valentin Spernath,
M. A., ist Notar in Rosenheim.
E-Mail: valentin.spermath@karl-spermath.de

⁴³ Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 87 f.

⁴⁴ Zu diesen Reformvorschlägen ausführlich Spernath, MittBayNot 2021, 425, 431 f. Ein Mandant hat den Verfasser kürzlich darüber informiert, dass trotz beurkundeter wechselseitiger Generalsorgerechtsvollmacht der Eltern ein Passbeamter auf einer zusätzlichen privatschriftlichen Spezialvollmacht zur Abholung eines Kinderreisepasses – unter Vorlage des Passes des vertretenen Elternteils! – bestand. Die fehlende Kenntnis in Verwaltungskreisen über die Natur einer Generalvollmacht zeigt dringenden Handlungsbedarf auf; ohne umfassende Information von Behördenmitarbeitern über die gesetzliche Stellung eines notariell Vorsorgebevollmächtigten wird am Ende trotz vorliegender Vollmacht die Bestellung eines Betreuers ausschließlich zur Erledigung von Passangelegenheiten erforderlich bleiben, was wieder ein schöner Schildbürgerstreich wäre.



jahresrückblick

Christoph Aumann

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht

Aktuelle Entwicklungen

Gegenstand des Jahresberichts sind notariatsrelevante Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zeitraum von November 2021 bis (einschließlich) Oktober 2022.

Der gesetzgeberische Reformeifer im Gesellschaftsrecht, der den letzten Jahresbericht mit der Verabschiedung von MoPeG¹ und Stiftungsreform² geprägt hat, ist nach wie vor vorhanden, wie bereits der der Leserschaft abermals ans Herz zu legende Beitrag von Luy zum Kapitalgesellschaftsrecht zu Recht konstatierte.³ Das Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht konnte jedoch in der Phase zwischen Verabschiedung und Inkrafttreten der großen Reformen eine Verschnaufpause verzeichnen. Das gilt nicht für die Rechtsprechung: Hier ergingen in diesem Jahr zu vielen für diesen Bericht interessanten Rechtsformen Entscheidungen von Bedeutung auch für die notarielle Praxis, sodass der Rechtsprechungsteil in diesem Jahr den Schwerpunkt des Berichts bildet.

A. Digitalisierung im Registerverkehr

Der Gesetzgeber hat im Berichtszeitraum den Handelsregisterverkehr durch mehrere, sich teilweise gegenseitig überholende Gesetzgebungsverfahren weiter zu digitalisieren gesucht. Erneut zeigt sich dabei ganz deutlich, dass das Notariat bei der Digitalisierung des Rechtsverkehrs in Deutschland vorangeht.⁴

¹ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BGBl I 2021, 3436.

² Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 16.7.2021, BGBl I 2021, 2947.

³ „Gesellschaftsrechtsreform in Permanenz“, Luy, *notar* 2022, 359 ff.

⁴ Rede von Bundesjustizminister Marco Buschmann am 7.4.2022 zum 60-jährigen Bestehen der BNotK, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2022/0407_BNotK.html.

⁵ Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BGBl I 2021, 3338.

⁶ Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BGBl I, 1146.

I. Online-Beurkundung und -Beglaubigung

Zum 1.8.2022 sind das DiRUG⁵ und das DiREG⁶ in Kraft getreten. Kernanliegen dieser Gesetzgebung war es zunächst, die durch die Digitalisierungsrichtlinie gebotene Online-Gründung einer GmbH im nationalen Recht zu ermöglichen. Schon das DiRUG ermöglichte es Einzelkaufleuten, Anmeldungen zum Handelsregister im notariellen Online-Beglaubigungsverfahren vorzunehmen.

Mit dem DiREG hat nun der Gesetzgeber die europarechtlich gebotenen Inhalte bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens um eine Ausweitung der Onlineverfahren auf weitere Rechtsformen ergänzt. Insbesondere war kritisiert worden, dass nach dem DiRUG bei Gründung einer GmbH & Co. KG zwar die Komplementär-GmbH online gegründet werden könnte, die Anmeldung der KG jedoch im Präsenzverfahren zu erfolgen hätte.⁷ Nach § 12 Abs. 1 S. 2 HGB gilt daher seit dem 1.8.2022, dass Anmeldungen für Einzelkaufleute und alle Personenhandels-gesellschaften online beglaubigt werden können. Wegen des Verweises in § 5 Abs. 2 PartGG gilt dies auch für Anmeldungen zum Partnerschaftsregister.

PRAXISTIPP

Keine Online-Beglaubigung von Handelsregistervollmachten:

Handelsregistervollmachten sind – anders als Vollmachten zur Gründung einer GmbH – auch weiterhin im Präsenzverfahren zu beglaubigen. Der Wortlaut des § 12 Abs. 1 S. 3 HGB bezieht sich nur auf § 12 Abs. 1 S. 1 HGB.⁸

Ferner wurde die Möglichkeit der Online-Beglaubigung auch auf Anmeldungen zum Vereinsregister erweitert. Zu beachten ist

⁷ Schmidt, NZG 2021, 849, 850.

⁸ BT-Drucks 20/1672, 18.

allerdings, dass die entsprechende Änderung des § 77 Abs. 2 BGB erst zum 1.8.2023 in Kraft treten wird.

Gleiches gilt wegen der Verweisung des § 707b Nr. 2 BGB in seiner Fassung nach Inkrafttreten des MoPeG auf § 12 Abs. 1 S. 2 HGB⁹ auch für Anmeldungen zum Gesellschaftsregister mit dessen Start zum 1.1.2024.

Nicht erfolgt ist dagegen eine Ausweitung auf das wegen der fehlenden Pflicht zur elektronischen Einreichung in Präsenz beglaubigter Anmeldungen insoweit schon vor seiner Entstehung zum 1.1.2026 kritisierte¹⁰ Stiftungsregister.

II. Allgemeine Änderungen im Registerverkehr

Ebenfalls zum 1.8.2022 in Kraft getreten ist mit dem DiRUG eine Änderung des § 12 Abs. 2 S. 1 HGB, wonach Dokumente zum Handelsregister elektronisch in einem maschinenlesbaren und durchsuchbaren Dateiformat einzureichen sind. Erforderlich ist also die Einreichung von PDF-Dateien mit OCR-Funktion. Wahlweise können die Dokumente entweder durch Herstellung eines Scans mit aktivierter OCR-Funktion oder die nachträgliche Konvertierung in ein entsprechendes Dateiformat durch die eingesetzte Textverarbeitungssoftware erstellt werden.¹¹ Nicht erforderlich ist die Erstellung von XML-Strukturdaten.¹²

PRAXISTIPP

Beglaubigungsvermerk in XNP:

Der von XNP für die Einreichung von beglaubigten Dokumenten vorgeschlagene Vermerk („Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten [Abschrift] mit dem mir vorliegenden Papierdokument [Urschrift]“) erfasst nur die übermittelten Bilddaten, nicht das Ergebnis des OCR-Verfahrens. Das ist auch ausreichend, denn allein maßgeblich ist auch bei Divergenzen zwischen den eingereichten Bilddaten in dem im OCR-Verfahren erzeugten Text die Bilddatei. Ein Wort-für-Wort-Abgleich ist nicht erforderlich.¹³

B. Ende der Pandemiegesetzgebung

Wie bereits im Vorjahresbeitrag angekündigt sind die Regelungen des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie (CoVMG-GesR) am 31.8.2022 und damit insbesondere die Möglichkeit der Durchführung präsenzloser Mitgliederversammlungen von Vereinen samt Stimmabgabe durch die Mitglieder ausgelaufen.

Eine Initiative im Gesetzgebungsverfahren zur Ausweitung des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen im Aktien- und Genossenschaftsrecht auf eingetragene Vereine ist nicht weiterverfolgt worden. Sind also in Zukunft virtuelle Versammlungen oder die virtuelle Teilnahme samt Stimmabgabe an Präsenzversammlungen gewünscht, muss nun durch eine entsprechende Satzungsbestimmung¹⁴ die Grundlage dafür geschaffen werden. Dabei ist darauf zu achten, dass vor allem aus Sicht der Mitgliedschaftsrechte Funktionsäquivalenz zu einer Präsenzversammlung und die Einhaltung gewisser Mindeststandards an Datensicherheit gewährleistet sind.¹⁵

⁹ Braum, DNotZ 2022, 725, 735 f.

¹⁰ Schwalm, NotBZ 2022, 121, 124.

¹¹ Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 15/2021 vom 17.11.2021.

¹² BT-Drucks 19/28177, 96.

¹³ BT-Drucks 19/28177, 96.

¹⁴ Überblick bei Wicke, DStR 2022, 498.

¹⁵ Heckschen/Hilser, NZG 2022, 1241.

C. Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts haben Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften mit Wirkung zum 1.1.2022 die Möglichkeit, sich durch einen entsprechenden Optionsantrag *ertragsteuerlich* wie eine Kapitalgesellschaft behandeln zu lassen.

Der Antrag bedarf nach § 1 Abs. 1 S. 1 KStG i. V. m. § 217 Abs. 1 UmwG der Zustimmung aller Gesellschafter bzw. bei entsprechender Bestimmung im Gesellschaftsvertrag von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen.¹⁶

Wegen der Einzelheiten der Reform sei den Leserinnen und Lesern der Beitrag von *Wälzholz* empfohlen.¹⁷

D. Betreuungsrechtsreform

Zum 1.1.2023 wird das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts¹⁸ in Kraft treten. Neugeregelt wurden dabei unter anderem die Vorbehalte familiengerichtlicher Genehmigungen in den bisherigen §§ 1821, 1822 BGB.

Die Neuerungen für die Beteiligung Minderjähriger und Betreuer an Personengesellschaften sind im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften zwar weniger umfassend, verdienen aber dennoch Beachtung. Die Genehmigungsvorbehalte im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich finden sich in § 1852 BGB-neu.

Gemäß § 1852 Nr. 1 BGB-neu ist eine Genehmigung erforderlich bei Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts oder eines Anteils an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die ein solches betreibt, sowie bei Verpflichtung zu derartigem Erwerb oder Veräußerung. Nicht Voraussetzung der Genehmigungsbedürftigkeit ist hier die Entgeltlichkeit, sodass auch der unentgeltliche Erwerb einer Kommanditbeteiligung an einer unternehmenstragenden Gesellschaft der Genehmigung bedarf. Vom Wortlaut nicht erfasst und daher wohl auch genehmigungsfrei ist die Veräußerung des Erwerbsgeschäfts durch die Gesellschaft, an der ein Minderjähriger oder Betreuer beteiligt ist.¹⁹

Ebenfalls erforderlich ist die Genehmigung zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (§ 1852 Nr. 2 BGB-neu). Da insoweit der bestehende § 1822 Nr. 3 BGB keine Veränderung erfährt, wird der Streit um die Genehmigungsbedürftigkeit nachträglicher Änderungen des Gesellschaftsvertrags²⁰ weitergehen und im Zweifel zur vorsorglichen Einholung der Genehmigung zu raten sein.

Gemein ist den Genehmigungserfordernissen in § 1852 Nr. 1 und 2 BGB-neu, dass sie stets ein Erwerbsgeschäft voraussetzen. Von dem Genehmigungserfordernis also nicht erfasst ist sowohl die Gründung von oder der Beteiligungserwerb an vermögensverwaltenden Personengesellschaften selbst dann, wenn die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter erfolgt.²¹ Der bisherige § 1822 Nr. 10 BGB wird in § 1854 Nr. 4 BGB-neu wesentlich enger gefasst, sodass die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit als bloße gesetzliche Nebenfolge nicht mehr von dem Genehmigungserfordernis erfasst sein wird.

¹⁶ Bochmann/Bron, NZG 2022, 613, 617.

¹⁷ Wälzholz, notar 2022, 35.

¹⁸ BGBl I 2021, 2959.

¹⁹ Eble, RNotZ 2021, 117, 123 f.

²⁰ MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn 29.

²¹ Werner, ZEV 2021, 618, 621.

E. Ausblick

Folgende Vorhaben werden – mit absteigender Wahrscheinlichkeit – in den nächsten Jahren Gegenstand weiterer Ausführungen an dieser Stelle sein:

I. Gesellschaftsregister

Bereits ausführlicher wurde über das MoPeG und die damit einhergehende Einführung eines Gesellschaftsregisters berichtet.²²

In Vorbereitung auf das Inkrafttreten zum 1.1.2024 wurde am 23.6.2022 der Referentenentwurf für eine Verordnung über Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters²³ veröffentlicht, die zum selben Zeitpunkt in Kraft treten soll. Dessen Inhalt ist aus notarieller Perspektive erfreulich, da insbesondere die vom Gesetzgeber in § 707b Nr. 2 und 3 BGB-neu vorgegebene Anlehnung an das Handelsregister einer konsequenten Umsetzung entgegensteht.²⁴ Auszüge aus dem Gesellschaftsregister werden denen des Handelsregisters optisch und strukturell gleichen und auch die Anmeldungen können in gewohnter Manier ausgestaltet sein. Der Anpassungsaufwand im Notarbüro verspricht somit überschaubar zu bleiben.

PRAXISTIPP

Aufwand zum Jahreswechsel 2023/2024 entzerren:

Auch wenn die Anmeldung zum Gesellschaftsregister erst ab dem 1.1.2024 bei Gericht eingereicht werden kann, spricht wohl – gerade wenn anstehende Transaktionen eine alsbaldige Eintragung erfordern – nichts dagegen, Anmeldungen zum Gesellschaftsregister auch schon in den Wochen davor zu beglaubigen. Der vereinzelt prognostizierte Registrierungsstau in den Notariaten²⁵ dürfte sich daher als grundlose Befürchtung entpuppen.

II. Geldwäsche

Bereits im letzten Jahr wurde an dieser Stelle über ein weiteres Paket an Vorschlägen zur Harmonisierung und Reform der Geldwäschebekämpfungsvorschriften der EU-Kommission berichtet,²⁶ die mittlerweile dem Europäischen Parlament vorliegen. An der grundlegenden Einschätzung, dass die für Mitte 2025 geplanten Regelungen durch die Ausweitung des Kreises wirtschaftlich Berechtigter zwar einerseits einen Mehraufwand,²⁷ andererseits aber wegen der durch seine Aufwertung größeren Verlässlichkeit des Transparenzregisters auch Chancen bergen,²⁸ kann einstweilen festgehalten werden.

III. Europäischer Verein

In Fortsetzung einer seit langer Zeit schwelenden Diskussion legte am 17.2.2022 das Europäische Parlament der EU-Kommission Empfehlungen zur Schaffung eines Statuts für länderübergreifende Europäische Vereine und Organisationen ohne Erwerbszweck samt eines Verordnungsvorschlags vor. Die Kommission ist nun zunächst gehalten, eine vergleichende Analyse der entsprechenden Rechtsformen in den Mitgliedstaaten vorzunehmen.²⁹

²² Aumann, notar 2022, 15 und notar 2022, 99.

²³ Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_GesellschaftsregisterVO.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²⁴ Stellungnahme des DNotV vom 28.7.2022, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/verordnung-ueber-die-einrichtung-und-fuehrung-des-gesellschaftsregisters/>.

²⁵ John, NZG 2022, 243.

²⁶ Aumann, notar 2022, 15, 18.

²⁷ Link, NZG 2022, 893.

²⁸ Frey/Pelz, CCZ 2021, 209, 218.

²⁹ Phillip, NZG 2022, 386.

Mit einem alsbaldigen Auftreten einer neuen europäischen Rechtsform ist allerdings vor dem Hintergrund der Einstimmigkeit im Rat voraussetzenden Ermächtigungsgrundlage des Art 352 AEUV derzeit eher nicht zu rechnen.³⁰

F. Rechtsprechung

Bevor auf rechtsformspezifische Entscheidungen eingegangen wird, sollen vorab Entscheidungen von rechtsformübergreifender Bedeutung vorgestellt werden.

I. Rechtsformübergreifende Entscheidungen

1. Verkauf von Patientienstämmen

Der (isolierte) Verkauf des Patientienstamms einer Zahnarztpraxis ist wenig überraschend nach § 134 BGB i. V. m. der entsprechenden Berufsordnung³¹ bzw. §§ 299a, 299b StGB³² nichtig. Vor allem letztere Vorschriften sind im Fall des Verkaufs von (Zahn-)Arzt- und Therapeutenpraxen zu beachten, besonders problematisch ist hier immer das Versprechen von Vorteilen (Kaufpreis) für eine Bevorzugung bei der Zuführung von Patienten.

2. Kennzeichnungskraft der Firma

Der BGH³³ hat der Firma //CRASH Service Gesellschaft mbH & Co. KG die notwendige Kennzeichnungskraft i. S. d. § 18 Abs. 1 HGB nicht anerkannt. Hinreichend, aber auch notwendig sei die Aussprechbarkeit der Firma im Sinne der Artikulierbarkeit. Danach ist die Verwendung von Sonderzeichen nicht per se unzulässig, wie die Verwendung von „&“, „+“ und „@“ gezeigt hat. Dem „double slash“ jedoch fehlt es an einer anerkannten Behandlung im Sprachgebrauch selbst unter Zugrundelegung des hier vorliegenden Sprachwitzes (slash slash crash).

Die Entscheidung stellt erfreulicherweise ein klares Kriterium für die Zulässigkeit von Sonderzeichen in Firmen auf. Bei der Beurteilung von Hashtags, Emojis usw. ist demnach weiter Zurückhaltung geboten und die Gründer sind vor einer Zurückweisung durch das Registergericht zu warnen.³⁴

II. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

1. Abgrenzung zur offenen Handelsgesellschaft

In zwei Verfahren vor dem OLG München kam es einmal wegen der Anwendbarkeit eines gesetzlichen Wettbewerbsverbots,³⁵ einmal wegen der Möglichkeit einer Ausschlussklage³⁶ und damit wegen der Frage der Anwendbarkeit von Normen des HGB (§§ 112 Abs. 1 bzw. 140 Abs. 1 HGB) auf die Frage an, ob eine Gesellschaft GbR oder OHG sei. Das Gericht nahm, ohne zwischen den Tatbestandsmerkmalen der Art und des Umfangs des Gewerbebetriebs zu unterscheiden, eine Abgrenzung anhand aus der Literatur geläufiger Kriterien vor und gelangte zu der Einschätzung, dass die Vermietung eines Naturfreundehauses an wechselnde Kunden für Firmenevents, Hochzeitsfeiern etc. keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert. Aus den einzelnen Kriterien Umsatz, Buchführung, Personal, Kapitalstruktur, Lagerhaltung, Angebotsvielfalt, Werbung, Kundenzahl und professionelle Struktur erarbeitete das Gericht jeweils Indizien für oder gegen einen kaufmännischen

³⁰ Wöffen, npoR 2022, 183, 188.

³¹ BGH, Beschl. v. 9.11.2021 – VIII ZR 362/19, NJW-RR 2022, 336.

³² So noch die Vorinstanz, OLG Nürnberg, Urt. v. 26.11.2019 – 6 U 713/19, BeckRS 2019, 58389.

³³ BGH, Beschl. v. 25.1.2022 – II ZB 15/21, DNotZ 2022, 766.

³⁴ Dazu weiter Knaier, NZG 2022, 973.

³⁵ OLG München, Urt. v. 19.1.2022 – 7 U 2659/20, NZG 2022, 553.

³⁶ OLG München, Urt. v. 19.1.2022 – 7 U 3250/20, NZG 2022, 604.

Gewerbebetrieb, die es sodann in einer Gesamtschau gegeneinander abwog. Die Entscheidungen sind damit auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung und Literatur.

PRAXISTIPP

Ausblick:

Mit dem MoPeG wird zwar das Recht der GbR im Sinne der Verbandskontinuität an das Recht der OHG angenähert,³⁷ die Abgrenzungsfrage wird aber gerade für Notarinnen und Notare im Rahmen der Erstanmeldung bestehender Gesellschaften möglicherweise bisweilen von Interesse sein, da zu erwarten ist, dass einige im Grenzbereich operierende Gesellschaften sich fragen werden, in welches Register sie sich eintragen lassen sollen. Die Entscheidungen verdeutlichen, dass hier eine pauschale Bezugnahme auf Kennzahlen, wie insbesondere den Umsatz, zu kurz greift.

2. Ehegattengesellschaft

Das OLG Brandenburg hatte die Gelegenheit, die in Rechtsprechung und Literatur gängigen Kriterien für die Annahme einer Ehegatten(innen)gesellschaft erneut klarzustellen.³⁸ Demnach bedarf es eines über die Lebens- und Familiengemeinschaft hinausgehenden gemeinsamen Zwecks. Dient der Einsatz von Arbeit und Vermögen nur dazu, die Voraussetzungen für die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu schaffen, scheidet eine konkludente Ehegatten(innen)gesellschaft aus. Das ist insbesondere beim gemeinsamen Bau eines Familienheims der Fall.

Auch bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten die genannten Grundsätze.³⁹ Es gilt also weiterhin beim Immobilienerwerb oder bei Grundschuldbestellungen von Ehegatten oder nicht verheirateten Paaren, dass diese für einen Hinweis auf das mögliche Fehlen eines Ausgleichsmechanismus im Trennungsfall dankbar sein dürften.

PRAXISTIPP

Ausblick:

Mit Inkrafttreten des MoPeG wird es in §§ 740 ff. BGB-neu einen gesetzlichen Rechtsrahmen für die nichtrechtsfähige (Innen-)Gesellschaft geben. Das kann es attraktiver für Paare machen, eine solche ausdrücklich zu vereinbaren. Für die Annahme einer konkludenten (Innen-)Gesellschaft dürfte es aber auch nach dem MoPeG bei den bekannten, eher restriktiven Grundsätzen verbleiben.

3. Tod eines Gesellschafters und Grundbuch

Gleich drei Entscheidungen beschäftigten sich mit den Folgen des Versterbens eines Gesellschafters einer im Grundbuch eingetragenen GbR. Welche Nachweise in diesem Fall für eine Bewilligung durch die Gesellschaft oder eine Grundbuchberichtigung erforderlich sind, ist weiterhin umstritten.⁴⁰

Die erste Klarstellung erfolgte durch den BGH dahingehend, dass sich die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung alleine nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages vollzieht.⁴¹ Damit erteilt er der Ansicht eine Absage, es sei die Buchposition des verstorbenen Gesellschafters vererblich und deswegen die Vor-

eintragung der Erben erforderlich.⁴² Es ist in der Folge zu unterscheiden, ob mangels Regelung im Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft nach § 727 Abs. 1 BGB aufgelöst wird (dann gemeinschaftliche Berechtigung der Erben als Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft) oder ob eine Fortsetzungsklausel (dann Übergang der Berechtigung auf die übrigen Gesellschafter)⁴³ oder eine einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel besteht (dann Übergang der Berechtigung direkt auf die so bestimmten Gesellschafter-Erben durch Einzelrechtsnachfolge).

Für den Nachweis des Fehlens einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Nachfolgereinbarung gibt der BGH den Weg einer Erklärung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO vor: Erklären die übrigen Gesellschafter und der Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters (hier Testamentsvollstrecker) übereinstimmend gegenüber dem Grundbuchamt, dass keine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklauseln existieren, sind keine weiteren Nachweise wie eidesstattliche Versicherungen zu verlangen.⁴⁴

Damit bleibt offen, wie das Vorliegen einer entsprechenden Fortsetzungs- oder Nachfolgeklausel nachgewiesen werden könnte. Es darf bezweifelt werden, dass auch in diesem Fall die bloße Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt ausreichend wäre.⁴⁵

PRAXISTIPP

Ausblick:

Der zeitliche Horizont der Problematik ist überschaubar: Mit dem MoPeG wird die grundbesitzhaltende GbR im Falle eines Wechsels im Gesellschafterbestand nach Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB-neu zunächst in das Gesellschaftsregister einzutragen sein. Es ist anzunehmen, dass das auch dann gilt, wenn bei Versterben eines Gesellschafters einer zweigliedrigen GbR aufgrund des neuen gesetzlichen Regelfalls der Anteil des verstorbenen Gesellschafters und damit das Gesellschaftsvermögen dem verbleibenden Gesellschafter anwächst und die Gesellschaft so insgesamt aus dem Grundbuch ausscheidet.⁴⁶

III. Kommanditgesellschaft

1. Mehrheitsklauseln

Bereits im letzten Jahr waren Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag einer KG Gegenstand der Berichterstattung. Das OLG Karlsruhe⁴⁷ setzt nun die dort beschriebene, vom BGH⁴⁸ geforderte zweistufige Prüfung eines Mehrheitsbeschlusses um: Auf der ersten Stufe ist durch Auslegung die formelle Legitimation zu prüfen, also die Frage, ob der Beschlussgegenstand von der Mehrheitsklausel erfasst ist.⁴⁹ Erst auf der zweiten Stufe greifen sodann materielle Einwände ein, wonach zu prüfen ist, ob der Beschluss in schlechthin unverzichtbare oder relativ unentziehbare Rechte eines Gesellschafters eingreift. Das hat das Gericht für den Auflösungsbeschluss einer KG verneint, für den Beschluss, wonach ein Gesellschafter zum alleinigen Liquidator bestellt werden sollte, jedoch bejaht. Damit kommt es auf eine hinreichend bestimmte Zustimmung des betroffenen Gesell-

³⁷ Deswegen für reduzierte Relevanz der Abgrenzungsfrage *Wallimann*, NZG 2022, 742, 746 f.

³⁸ OLG Brandenburg, Urt. v. 23.2.2022 – 7 U 133/20, NZG 2022, 452. Das Verfahren ist forthin beim BGH anhängig.

³⁹ MüKo-BGB/*Wellenhofer*, 9. Aufl. 2022, Anh. § 1302 Rn 109.

⁴⁰ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 4273 ff.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 10.2.2022 – V ZB 5/21, NZG 2022, 1250 und BGH, Beschl. v. 10. 2. 2022 – V ZB 87/20, NJW-RR 2022, 1241.

⁴² So noch die Vorinstanz, KG, Beschl. v. 19.1.2021 – 1 W 1/21, BeckRS 50119.

⁴³ Dies war der Sachverhalt einer weiteren Entscheidung, OLG Köln, Beschl. v. 11.7.2022 – 2 Wx 102/22, NZG 2022, 1305.

⁴⁴ BGH, a. a. O., Rn 18.

⁴⁵ *Mayer*, DNotZ 2022, 540. Die Entscheidung des OLG Köln nimmt zwar auf die Entscheidungen des BGH Bezug, lässt es aber mit der Ausführung bewenden, der Gesellschaftsvertrag habe vorgelegen. Zur Form des Nachweises äußert sich das OLG nicht.

⁴⁶ *Aumann*, *notar* 2022, 99, 103.

⁴⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.4.2022 – 6a U 1/21, DB 2022, 2277.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18, NZG 2020, 1384.

⁴⁹ So auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 18.5.2022 – 7 AktG 1/22, NZG 2022, 967 für den Zustimmungsbeschluss zu einer Verschmelzung.

schafters an. Diese kann in der Zustimmung zu der gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel nur dann gesehen werden, wenn die Mehrheitsklausel den Beschlussgegenstand hinreichend bestimmt erkennen lässt.

2. Kein § 179a AktG

Nachdem die zwischenzeitlich steile, rechtsformübergreifende Karriere des § 179a AktG⁵⁰ bereits in den letzten Jahren auf ihr Ende zusteuerte, hat der BGH nunmehr auch entschieden, dass eine analoge Anwendung auf die KG nicht in Betracht kommt.⁵¹ Die Entscheidung hatte sich angekündigt,⁵² hatte der BGH doch zuletzt bereits für die GmbH eine entsprechende analoge Anwendung verneint.⁵³

Die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit von Geschäften, bei denen sich die Gesellschaft zur Übertragung ihres gesamten Vermögens oder von wesentlichen Vermögensgegenständen verpflichtet, ist damit in zutreffender Weise wieder im Recht der KG verankert. Somit kommt es darauf an, ob es sich bei dem Veräußerungsgeschäft um eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme oder ein Grundlagengeschäft handelt. Das ist, so der BGH, in aller Regel der Fall, eine Ausnahme wird man insbesondere für Projektgesellschaften, also Gesellschaften, deren Zweck von vornherein auf die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens gerichtet ist, sehen können.⁵⁴ Handelt es sich demnach um eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme oder ein Grundlagengeschäft, ist nach § 119 Abs. 1 HGB die Zustimmung aller Gesellschafter oder bei Vorliegen einer diesbezüglichen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag der entsprechenden Mehrheit erforderlich.

Damit ist die Rechtsfolge des Fehlens einer entsprechenden Zustimmung wieder auf die Ebene der Gesellschaft verlagert.⁵⁵ Das Fehlen schlägt dann nicht mehr, bzw. nurmehr bei Eingreifen der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht, auf die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts durch, was Notarinnen und Notare in aller Regel von der entsprechenden Einschätzungsobliegenheit und entsprechenden Haftungsgefahren befreit.

Die Entscheidung ist ausführlich begründet und lässt keinen anderen Schluss zu, als dass das Fehlen der Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 179a AktG auch auf andere Personengesellschaften übertragbar sein muss. Lediglich für die Publikums-KG, die strukturell der Aktiengesellschaft angenähert ist, hat der BGH die Anwendbarkeit ausdrücklich offengelassen.

PRAXISTIPP

Hinweis für Veräußerer:

Mit der Entscheidung müssen Notarinnen und Notare und die Vertragsbeteiligten im Regelfall nicht mehr um die Wirksamkeit beispielsweise des Verkaufs der letzten Wohnung durch eine Bauträgergesellschaft in der Form der KG bangen, da ein Missbrauch der Vertretungsmacht auch für den Vertragspartner deren objektive Evidenz voraussetzt,⁵⁶ was in den meisten Fällen nicht gegeben sein wird. Der für die Veräußererseite handelnde Vertreter wird gleichwohl im Vorfeld auf das ggf. einschlägige Zustimmungserfordernis aufmerksam zu machen sein.

3. Formwechsel in GmbH

Für den Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH, bei dem die Gesellschafter aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden des Formwechsels in das Handelsregister vereinbart hatten, dass die bisherige Komplementär-GmbH aus der Gesellschaft ausscheiden sollte, entschied das KG,⁵⁷ dass eine Anmeldung des Ausscheidens zum Handelsregister nicht (mehr) verlangt werden könne. Das KG begründet dies konsequent damit, dass die Eintragung des neuen Rechtsträgers aufgrund des Formwechsels konstitutiv wirkt. Die Gesellschafterstellung der bisherigen Komplementärin endet damit erst mit Entstehung des neuen Rechtsträgers. Bei der so entstandenen GmbH ist aber das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht in das Register einzutragen. Auch die Nachhaftung erfordere keine Verlautbarung des Ausscheidens im Handelsregister oder der Gesellschafterliste.

IV. Partnerschaftsgesellschaft

Für die Partnerschaftsgesellschaft traf der BGH eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Berufsträgern verschiedener Professionen.⁵⁸ Er untersagte es darin unter Verweis auf den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes, einen nach dem gültigen Landesrecht eigentlich zulässigen Zusammenschluss einer Tierärztin mit einem Betriebswirt durch Satzungsrecht der Kammer unmöglich zu machen. Die ordnungsgemäße Berufsausübung des einzelnen Berufsträgers sieht der BGH insbesondere durch § 6 Abs. 1 PartGG geschützt, auch wenn Berufsträger anderer Professionen Geschäftsführungsbefugnisse wahrnehmen.

Der Entscheidung wird eine gewisse Signalwirkung zugunsten der Zulässigkeit auch weiterer interprofessioneller Partnerschaften zugemessen, deren Zulässigkeit der Landesgesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat.⁵⁹

V. Stiftung

Die Rechtsprechung hatte die Möglichkeit, ein Schlaglicht auf zwei grundsätzliche Fragen des Stiftungsrechts zu richten:

1. Emanzipation der Stiftung

In der Literatur umstritten ist die Frage, inwiefern der Stifter auch nach Anerkennung der Stiftung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde noch Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschicke der Stiftung hat. Mit der Anerkennung der Stiftung findet grundsätzlich eine Trennung von Stifter und Stiftung statt, sowohl das Vermögen betreffend als auch die organisatorische Verselbstständigung der Stiftung.⁶⁰ Dabei ist aber in der Diskussion, inwiefern der Stifter ein eigenes Klagerecht haben soll, um ein aus seiner Sicht satzungsgemäßes Verhalten der Stiftungsorgane bzw. der Stiftungsaufsicht sicherzustellen.⁶¹ Das OLG Hamm hat dazu nun entschieden, dass „sich eine Stiftung mit ihrer Anerkennung vom Stifter emanzipiert und das rechtliche Band zu diesem endgültig zertrennt wird“.⁶² Ein eigenes Klagerecht des Stifters ist diesem nur aufgrund seiner Stellung als Stifter daher nicht zuzubilligen. Möchte sich der Stifter entsprechende Befugnisse vorbehalten, muss er dies in der Satzung vorsehen. Solche satzungsmäßigen Rechte sind dann auch im Klagewege durchsetzbar.⁶³

⁵⁰ Eschwey, MittBayNot 2018, 299.

⁵¹ BGH, Urt. v. 15.2.2022 – II ZR 235/20, NJW 2022, 1878.

⁵² Meier, DNotZ 2020, 246, 252.

⁵³ BGH, Urt. v. 8.1.2019 – II ZR 364/18, NZG 2019, 505.

⁵⁴ Ebbinghaus/Metzen, NZG 2022, 697, 701.

⁵⁵ Zweifeln für den Fall der Einordnung als Grundlagengeschäft Jergert/Goj, NJW 2022, 1883.

⁵⁶ MüKo-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn 237.

⁵⁷ KG, Beschl. v. 26.10.2021 – 22 W 44/21, NZG 2022, 77.

⁵⁸ BGH, Besch. v. 15.2.2022 – II ZB 6/21, NZG 2022, 1197.

⁵⁹ Leuring, NJW-Spezial 2022, 592, 593.

⁶⁰ Sog. Trennungs- und Erstarrungsprinzip, BeckOK-BGB/Backert, Stand: 1.5.2022, § 80 Rn 3.

⁶¹ Dazu MüKo-BGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, § 85 Rn 32.

⁶² OLG Hamm, Urt. v. 3.2.2022 – 27 U 15/21, NZG 2022, 676.

⁶³ OLG Hamm, a. a. O. Rn 41.

An dieser Einschätzung des Gerichts wird sich durch die Stiftungsrechtsreform wenig ändern: § 83 Abs. 2 BGB-neu ordnet an, dass der „bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gekommene Wille des Stifters“ für Stiftungsorgane und -aufsicht maßgeblich sein soll, wodurch der Emanzipationsgedanke zum Ausdruck kommt. Klagerrechte des Stifters sieht der Reformgesetzgeber nicht vor.

2. Stiftung & Co. KG

Die vor allem wegen ihrer Mitbestimmungsfreiheit beliebte⁶⁴ Rechtsform der Stiftung & Co. KG ist dieses Jahr in den Fokus geraten: So hat zum einen der BFH entschieden, dass eine vermögensverwaltende Stiftung & Co. KG keine gewerblich geprägte Personengesellschaft ist und daher auch im erbschaftsteuerlichen Sinn kein begünstigungsfähiges Betriebsvermögen hat.⁶⁵

Zum anderen ist die Zulässigkeit der Stiftung & Co. KG im Rahmen der Stiftungsrechtsreform in der Gesetzesbegründung in Zweifel gezogen worden,⁶⁶ wogegen sich in der stiftungsrechtlichen Literatur Stimmen regen.⁶⁷ Grund ist das Erfordernis eines über die Verwaltung des Stiftungsvermögens hinausgehenden Zwecks, der die Nutzung des Vermögens erfordert, was bei bloßer Übernahme der Komplementärstellung in der Tat zweifelhaft erscheint.

PRAXISTIPP

Weiteren Zweck vorsehen:

Bei Gestaltung einer Stiftung & Co. KG wird es sich zur Vermeidung der genannten Problematik anbieten, der Stiftung eine größere Rolle als nur die Komplementärstellung zuzugestehen. So kann die Stiftung beispielsweise mit ihren Erträgen, etwa aus einer Haftungsvergütung, wiederum eigene gemeinnützige oder der Familie des Stifters dienende Zwecke verfolgen.

VI. Eingetragener Verein

1. Wirtschaftliche Betätigung des Vereins

Ausgehend von der Kita-Rechtsprechung des BGH⁶⁸ zur Abgrenzung des Idealvereins nach § 21 BGB vom wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB ergingen im Berichtszeitraum einige obergerichtliche Entscheidungen. So entschied das OLG Stuttgart,⁶⁹ dass der Betrieb eines Dorfladens zwar eine unternehmerische Betätigung sei, diese aber einer Eintragung in das Vereinsregister nicht entgegenstehe, da sie der Verfolgung des ideellen Vereinszwecks diene. Bemerkenswert ist die Entscheidung, da der einzutragende Verein offenbar nicht gemeinnützig war. Der BGH hat die Gemeinnützigkeit noch als Indiz gegen eine Anwendung von § 22 BGB gesehen, das OLG Stuttgart stellt nun überzeugend – und anders als das OLG Celle, das einem eine Dorfkneipe betreibenden Verein die Eintragung versagte⁷⁰ – hauptsächlich darauf ab, dass eine Ausschüttung von Gewinnen an die Mitglieder aufgrund der Satzung nicht erfolgt.⁷¹

⁶⁴ Werner, NZG 2022, 1244, 1245.

⁶⁵ BFH, Urt. v. 27.4.2022 – II R 9/20, DStR 2022, 1424.

⁶⁶ BT-Drucks 19/28173, 46.

⁶⁷ Ponath/Tolkendorf, ZEV 2021, 605, 606; Theuffel-Werhahn, ZStV 2022, 43, 48; Werner, NZG 2022, 1244, 1247.

⁶⁸ Dazu MüKo-BGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 22 Rn 26.

⁶⁹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.1.2022, 8 W 233/21 – NJW-RR 2022, 909.

⁷⁰ OLG Celle, Beschl. v. 6.10.2021 – 9 W 99/21, NJW 2022, 555; krit. dazu Nentwig, GWR 2022, 175.

⁷¹ Leuschner, npoR 2022, 263.

⁷² OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.3.2022 – 7 W 37/22, NJW-RR 2022, 689.

Das Kriterium der Gewinnausschüttung an die Mitglieder hat auch das OLG Brandenburg in einem Abgrenzungsfall herangezogen.⁷² Der Verein bot seinen Mitgliedern zwar (Beratungs-)Leistungen an, die auch entgeltlich am Markt zu beschaffen waren, der Zweck des Vereins ging aber über den reinen Leistungsbezug durch die Mitglieder und eine Weitergabe des Preisvorteils durch die gemeinsame Beschaffung an die Mitglieder hinaus.

2. Auslagerung von Kompetenzen der Vereinsorgane auf Dritte

Vor dem Hintergrund des Wortlauts des § 30 BGB wenig überraschend ist eine Entscheidung des KG zur Bestellung eines besonderen Vertreters.⁷³ Das Gericht stellte klar, dass dafür eine Satzungsgrundlage erforderlich ist (§ 30 S. 1 BGB). Ausreichend sei es jedoch, wenn die Befugnis zur Bestellung eines besonderen Vertreters sich durch Auslegung der Satzung ermitteln lasse, wofür hier ausreichend war, dass der Verein laut Satzung eine Geschäftsführung haben sollte. Auch stellte das Gericht fest, dass eine Beschränkung auf die „laufenden Geschäfte“ den Umfang der Vertretungsmacht hinreichend bestimmt und damit eintragungsfähig sei.

Ebenso wenig überraschend ist das Ergebnis einer Entscheidung des OLG Brandenburg, wonach es dem Vereinsvorstand untersagt ist, Vorstandsaufgaben ohne Grundlage in der Satzung beliebig gegen Entgelt auf Dritte zu übertragen.⁷⁴ Dies ergibt sich ebenfalls aus dem Gesetz (§§ 27 Abs. 3 S. 1, 664 Abs. 1 BGB). Eine Übertragung aufgrund entsprechender Bestimmung in der Satzung wäre zwar zulässig,⁷⁵ offen bleibt in dem Fall aber, inwiefern es der Mitgliederversammlung möglich sein muss, nötigenfalls durch Satzungsänderung wieder zu bestimmen, wer die Geschäftsführung des Vereins übernimmt.

Gegen ein Erfordernis zu großer Einflussnahmemöglichkeiten der Mitgliederversammlung spricht auch folgende Entscheidung: So hatte sich das OLG Brandenburg mit der Frage der Auslagerbarkeit der Vorstandsbestellung auf ein anderes Organ zu beschäftigen.⁷⁶ Konkret sollte der nach der Satzung von der Mitgliederversammlung zu wählende erweiterte Vorstand selbst aus seinem Kreis die Mitglieder des geschäftsführenden Vorstands i. S. d. § 26 BGB bestimmen. Die Satzung gestattete dabei dem erweiterten Vorstand, das Verfahren für die Wahl des Vorstands nach § 26 BGB selbst in einer eigenen Geschäftsordnung zu regeln. Das OLG sah darin keinen Verstoß gegen § 40 S. 1 BGB. Vielmehr sei es im Hinblick darauf, dass es die Satzungsautonomie ebenfalls erlaube, die Bestellung von Organen auf andere Organe des Vereins, auf einzelne Mitglieder des Vereins oder gar auf vereinsfremde Dritte zu übertragen, erst recht zulässig, dass die Satzung die Binnenorganisationskompetenz dem bestellenden Organ selbst zuweist.⁷⁷

Auch hier bleibt offen, inwiefern es der Mitgliederversammlung möglich bleiben muss, wenigstens im Wege der Satzungsänderung die Bestellungskompetenz wieder an sich zu ziehen.⁷⁸ Solange die Satzung hinreichend bestimmt ist, wird insgesamt aber

⁷³ KG, Beschl. v. 21.4.2022, 22 W 12/22 – NJW-RR 2022, 1050.

⁷⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 17.3.2022 – 10 U 16/21, NZG 2022, 929.

⁷⁵ Krüger/Saberzadeh, npoR 2022, 257, 259.

⁷⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.4.2022 – 7 W 44/22, NZG 2022, 1070.

⁷⁷ OLG Brandenburg, a. a. O., Rn 4.

⁷⁸ Sauter/Schweyer/Waldner/Neudert/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Rn 255.

festzuhalten sein, dass – anders als bei Kapitalgesellschaften – beim Verein auch weitreichende Kompetenzauslagerungen zumindest im Grundsatz möglich sind.⁷⁹

Eine Grenze hat aber eine Entscheidung des OLG Düsseldorf⁸⁰ gezogen: Die Vereinsautonomie verbiete eine Entwertung der Mitgliedschaftsrechte dergestalt, dass ein Golfverein dem Eigentümer des Golfplatzgrundstücks in seiner Satzung weitestreichende Befugnisse überantwortet. Der jeweilige Eigentümer sollte Vereinsvorstand sein, ein Vetorecht für Satzungsänderungen haben, über die Aufnahme von Mitgliedern entscheiden können und etwaige Überschüsse des Vereins sollten an ihn

fließen. Festzuhalten bleibt daher, dass eine Kompetenzauslagerung im Ergebnis jedenfalls nicht zu einer Entwertung der Mitgliedschaftsrechte führen darf.⁸¹



Christoph Aumann

LL.M. (London), Maître en droit (Paris) ist Notar in Viechtach und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für Personengesellschafts-, Stiftungs- und Vereinsrecht.

E-Mail: christoph.aumann@notare-mail.de

⁷⁹ Skeptisch wohl Pottgiesser, EWIR 2022, 550, 552.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2021 – 3 Wx 67/20, NZG 2022, 127 (Ls.).

⁸¹ Nentwig, GWR 2022, 286.

Impressum

notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber

Deutscher Notarverein

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M. (Harvard), Hamburg
Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf
Notar Dr. Christian Rupp, Ulm
Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Karlsruhe, Kontrollbeauftragte beim UKRat
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Schriftleiter

Notarassessor Max Josef Ehrl, Berlin
Notar Dr. Stefan Schmitz, Bonn

Redaktion

Anke Harsch

Fachredakteure

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht
Notar Christoph Aumann, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Viechtach

Steuerrecht

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht

Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

Kapitalgesellschaftsrecht

Notar Dr. Theo Luy, Stuttgart

Wohnungseigentum

Notarin Dr. Friederike von Türckheim, LL. M. (Krakau), M. Jur. (Oxford), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht

Notarassessor Eric Rauschenbach, Erfurt

Erbrecht

Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Vollmachten und unentgeltliche Zuwendungen

Notar Dr. Christian Vedder, Gunzenhausen
Notar a.D. Dr. Richard Rachlitz, LL. M. (Stellenbosch), München

Familienrecht

Notarin Dr. Karin Raude, Aachen

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: redaktion-notar@dnotv.de

Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise

Monatlich

Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

Bezugspreis

Jahresabonnement:
Normalpreis bei Neuabschluss: Jährlich 244,90 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).
Vorzugspreis für Bestandsabonnenten: Jährlich 158 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).
Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag

Deutscher Notarverlag
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 30
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: schwabe@notarverlag.de

Koordination im Verlag

Bettina Schwabe

Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN

1860-8760

Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.



Tim Günther, Lars Grupe

Rechtsprechung des BGH-Senats für Notarsachen im Jahr 2021

Auch im Jahr 2021¹ hat der Senat des BGH für Notarsachen wieder einige Entscheidungen getroffen und damit das Berufsrecht der Notare weiterentwickelt. Die Entscheidungen haben unterschiedliche Schwerpunkte; manche lassen sich primär dem Disziplinarrecht, andere dem Verwaltungs- oder Zivilrecht zuordnen. Vor allem hat der Notarsenat seine Rechtsprechung zur Beurkundung in Räumen der Partei gefestigt, sich mit Mitwirkungsverboten und potenziellen Interessenkonflikten beschäftigt, die Grenzen der Schweigepflicht beleuchtet, Werbemaßnahmen eingeschränkt und sich auch wieder mehrfach mit dem Auswahlverfahren bei der Stellenbesetzung auseinandergesetzt. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die ergangenen Entscheidungen und bewertet sie in wissenschaftlicher und praktischer Hinsicht.

A. Disziplinarrecht

I. Amtspflichtverletzung durch (wiederholte) Beurkundung in den Räumen einer Vertragspartei

Zu Beginn des Jahres 2021 hat der BGH² entschieden, dass ein Notar gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verstößt, wenn er – jedenfalls wiederholt – Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei vornimmt, ohne dafür sachliche Gründe vorweisen zu können. Die Beurkundung in Räumen der Gemeinde können geeignet sein, den Anschein zu begründen, der Notar stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu dieser Gemeinde, und somit die notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO verletzen.

Was war geschehen? Der Kläger – ein Notar – beurkundete über mehrere Jahre hinweg insgesamt fast 40 Vereinbarungen und Erklärungen im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen in Räumlichkeiten einer Gemeinde, die dabei jeweils selbst Vertragspartei war. Deshalb leitete der Beklagte ein Disziplinarverfahren ein und verhängte gegen den Kläger durch Disziplinarverfügung eine Geldbuße von 2.500 €. Dies stützte der Beklagte auf einen fahrlässigen Verstoß gegen die Amtspflicht, jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt (§ 14 Abs. 3 S. 2 BNotO³). Zur Begründung führte er aus, mit der planmäßigen und wiederholten Vornahme von Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei sei aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Beobachters der An-

schein einer gewissen Abhängigkeit, vor allem aber der Anschein der Parteilichkeit zugunsten dieser Vertragspartei, also der Gemeinde, entstanden. Der Kläger wehrte sich erfolglos dagegen. Der BGH betont zwar, dass ein Notar Beurkundungen grundsätzlich überall in seinem Amtsbezirk durchführen könne (vgl. § 10a BNotO). § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO werde dadurch aber nicht verdrängt und müsse daher berücksichtigt werden. Dass die Gemeinde ferner eine Gebietskörperschaft sei, schließe eine mögliche Parteilichkeit nicht aus, da die Gemeinde eigene Verkaufsinteressen verfolge. Hier erwecke der Notar durch die *Vielzahl* der Fälle den Eindruck, den Interessen der Gemeinde näher zu stehen als den Belangen der anderen Partei. Nichtsdestotrotz ist der BGH – der wohl h. M.⁴ folgend – so zu verstehen, dass unter entsprechenden Umständen schon eine *einzig*e Beurkundung am Ort einer Vertragspartei ausreichen kann, um gegen das Parteilichkeitsverbot zu verstoßen (etwa bei Dauermandanten). Entscheidend ist stets, ob sich „sachliche Gründe“⁵ für die Ortswahl anführen lassen.

Diese Tendenz wurde erst kürzlich bestätigt.⁶ Ein Notar hatte im Zeitraum von 2013 bis 2016 insgesamt 26 Verträge im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen in Räumlichkeiten einer ca. 30 km von seiner Geschäftsstelle entfernten Immobilienverwaltung beurkundet. Dabei war die Firma, die sich aus verschiedenen Unternehmen zusammensetzte, in vielen Fällen selbst Vertragspartei. Ungeachtet dessen, welche der unter dem Dach der Holding tätig werdenden Betriebe im Einzelfall beteiligt gewesen seien, sei durch die wiederholten Auswärtsbeurkundungen der Anschein der Parteilichkeit entstanden, so die Begründung der Kammer. Dem Notarsenat zufolge hat der Notar gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verstoßen. Für die Beurkundungen in den Räumen der Immobilienverwaltung habe er keine sachlichen Gründe nennen können und habe so den Eindruck erweckt, er stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu ihr. Der Notar müsse bei der Wahl des Beurkundungsortes darauf achten, dass dies vermieden wird. Daraus, dass § 10a BNotO eine Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle des Notars nicht untersage, dürfe nicht geschlossen werden, dass diese von vornherein mit allgemeinen Pflichten vereinbar sei. Sofern die Gefahr des Anscheins einer Parteilichkeit des Notars entstehen könnte, scheidet diese Option aus.

¹ Zum Überblick des Jahres 2020 siehe Günther/Grupe, *notar* 2021, 301 ff.

² Beschl. v. 22.3.2021 – NotSt (Brfg) 4/20. Vorinstanz: OLG Celle, Urt. v. 2.10.2020 – Not 15/20.

³ Ergänzend sind die Richtlinien der örtlichen Notarkammer heranzuziehen.

⁴ Siehe BeckOK-BNotO/Sander, 5. Ed. 31.7.2021, § 14 Rn 70 m. w. N.

⁵ Zu solchen Gründen Raff, *MittBayNot* 2020, 74, 76.

⁶ BGH, Beschl. v. 11.7.2022 – NotSt (Brfg) 4/21.

II. „Hat dafür Sorge zu tragen“ ist echte Rechtspflicht

Der Notar wehrte sich gegen eine Disziplinarverfügung. Mit Beschluss vom 22.3.2021⁷ hat der Notarsenat eine Berufung des klagenden Notars gegen ein Urteil⁸ des OLG Celle zugelassen. Entgegen der Auffassung des OLG habe der Notar nämlich nicht gegen § 17 Abs. 1 BeurkG verstoßen. Streitgegenständlich war eine kaufvertragliche Formulierung: „Der Käufer hat dafür Sorge zu tragen, dass der Verkäufer aus der ... Bürgschaft ... entlassen wird.“ Laut OLG sei nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen, dass die Vertragsparteien eine unmittelbare Pflicht des Käufers zur Herbeiführung des gewünschten Erfolgs (Entlassung des Verkäufers aus seiner Bürgenhaftung) aufnehmen wollten. Der BGH widersprach dieser Auffassung und erkannte in der Formulierung eine echte Rechtspflicht. Dies werde einerseits aus der Fristsetzung am Beginn des anschließenden Absatzes („Die Entlassung aus der Bürgschaft muss bis zum 30.6.2014 erfolgen.“) sowie andererseits aus dem nachfolgenden Hinweis auf „schuldrechtliche Ansprüche“ des Käufers in dem Fall, dass der Verkäufer dieser Verpflichtung nicht nachkommen sollte, deutlich. Ferner wies der BGH darauf hin, dass die gesetzestypische⁹ Formulierung „hat dafür Sorge zu tragen“ zur Beschreibung verbindlicher Pflichten gebräuchlich ausreicht. Damit steht fest, dass die Nutzung einer auslegungsfähigen Vertragsklausel grundsätzlich keine bei der Beurkundung zu beachtenden Pflichten verletzt.

Hieraus ergibt sich für den Käufer die Rechtspflicht, jegliche Maßnahmen zu treffen, welche die Bürgschaftsgläubigerin für die Entlassung des Verkäufers aus der Bürgenhaftung berechtigt verlangen würde. Der Notar ist und bleibt damit in seinen Formulierungen frei, solange aus den Klauseln erkennbar ist bzw. wird, welche Vertragspartei welche konkrete Pflicht zu Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen trifft.

III. Mitwirkungsverbot greift bei vertretendem Sozius des Notars

Zudem äußerte sich der BGH¹⁰ zum Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG. Zweck der Regelung in § 3 BeurkG ist es, bereits dem Anschein der Gefährdung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars entgegenzuwirken. Die Verbote untersagen die Mitwirkung des Notars in Fällen, in denen er aufgrund seiner Nähe zu den Urkundsbeteiligten in Interessenkonflikte kommen und damit nach außen zumindest der „böse Schein“ entstehen könnte, er sei nicht so unabhängig, wie man dies zu Recht von einem Amtsträger erwartet. Der Katalog der Mitwirkungsverbote erstreckt sich gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG auch auf Personen, die mit dem Notar beruflich verbunden sind.

Dieses Verbot werde verletzt, wenn ein Notar einen Vertrag, bei dem sein Sozius oder eine sonst beruflich mit ihm verbundene Person als (ggf. vollmachtloser) Vertreter einer Vertragspartei auftritt. Denn bei dem Vertretergeschäft handele es sich nicht nur um eine Angelegenheit des Vertretenen, sondern auch des Vertreters. Irrelevant sei auch, ob es bei dem beurkundeten Geschäft zu (Haftungs-)Risiken für den Sozius oder einen sonstigen Beteiligten kommt. Zur Vermeidung eines „bösen Scheins“ und aus Gründen der Rechtssicherheit sei eine formale Betrachtungsweise geboten.

In dem Fall hatte der Notar einen Kaufvertrag beurkundet, bei dem ein beruflich mit ihm verbundener Rechtsanwalt als vollmachtloser Vertreter der Verkäufer auftrat. Letztere hatten zuvor ihr Einverständnis mit dem Inhalt des ihnen übersandten Kaufvertragsentwurfs gegeben, blieben der Beurkundung jedoch fern. In der Urkunde wurde die vollmachtlose Vertretung offengelegt und folgende Erklärung aufgenommen:

„Der Erschienene zu 1 [Anm.: der RA] erklärte, dass er sich um die jeweilige Genehmigung der von ihm heute vertretenen Partei bemühen werde, dafür aber nicht einstehen könne. Der Notar wies darauf hin, dass bis zum Eingang der jeweiligen Genehmigung der Vertrag schwebend unwirksam sei.“

Die Verkäufer genehmigten die in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen.

Die Begründung des BGH fällt sehr formal aus: Im Wesentlichen solle § 3 BeurkG schon dem Anschein der Gefährdung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars entgegenwirken.¹¹ Ausgehend vom Schutzzweck des § 3 BeurkG sei es geboten, die Vorschrift im Sinne der Stärkung des Vertrauens der rechtsuchenden Bevölkerung in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars nicht zu eng auszulegen. In Hinsicht auf einen beteiligten Sozius ist bekanntlich entscheidend, ob der Sozius des Notars materiell an dem zu beurkundenden Geschäft beteiligt ist. Das ist der Fall, wenn dessen Rechte und Pflichten, die sich aus einem bestimmten Lebenssachverhalt ergeben, durch den konkreten Beurkundungsvorgang zumindest faktisch unmittelbar berührt werden.¹² Dies sei auch der Fall, wenn der Sozius als Bevollmächtigter oder als vollmachtloser Vertreter tätig wird. Den Einwand des klagenden Notars, die gewählte Vertragsgestaltung schließe jegliche Risiken für sämtliche Beteiligten aus, sodass eine Interessenkollision nicht zu besorgen sei, ließ der BGH unter Verweis auf den Gesetzeszweck des § 3 BeurkG nicht gelten.

Insoweit bleibt der BGH seiner bisherigen Linie treu, § 3 BeurkG weit auszulegen. Der Notar wird damit gezwungen, auch die potenziellen Interessenkollisionen im Auge zu haben. Anders als bei der Anwaltstätigkeit (wo eine abstrakt latente Gefahr gerade nicht zur Bejahung einer Interessenkollision genügt) sind die Grenzen bei der Notartätigkeit wesentlich schärfer.

IV. Nichtverlesen von nicht gestrichenen Entwurfspassagen

Auch das Nichtverlesen von nicht gestrichenen Entwurfspassagen stellt eine zu ahndende Pflichtverletzung dar. Im Rahmen eines Disziplinarverfahrens wurden einem Notar Pflichtverstöße vorgeworfen.¹³ Unter anderem – so die Aufsichtsbehörde¹⁴ – habe es der Notar in mindestens 29 Fällen unterlassen, in Grundschuldbestellungsurkunden entweder Zustimmungserklärungen der Ehegatten/Lebenspartner oder andere nicht anwendbare Textteile (unterschiedliche Formulierungen zur Verjährung, zur Sicherungsabrede; nicht gestrichene Zustimmung des Ehegatten und eine doppelte Zweckbestimmung; nicht ausgefülltes Formular; unrichtiger Plural statt Singular oder umgekehrt) zu streichen. Hierin liege nach Ansicht der Aufsichtsbehörde ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG.

⁷ Beschl. v. 22.3.2021, NotSt(Brfg) 5/20.

⁸ OLG Celle, Urt. v. 8.7.2020 – Not 7/20.

⁹ Vgl. etwa §§ 14 Abs. 4 S. 2, 67 Abs. 1 S. 2 BNotO.

¹⁰ Beschl. v. 19.7.2021 – NotSt(Brfg) 1/21.

¹¹ Vgl. BT-Drucks 13/4184, 36.

¹² Vgl. bereits BGH, Urt. v. 25.5.1984 – V ZR 13/83, NJW 1985, 2027.

¹³ Urt. v. 15.11.2021 – NotSt (Brfg) 2/21, NJOZ 2022, 722.

¹⁴ Vorinstanz siehe BayObLG, Urt. v. 25.1.2021 – 501 DSNot 1/19.

Der BGH sah das anders. Es liege (nur) ein Verstoß gegen § 44a Abs. 1 BeurkG i. V. m. § 17 Abs. 1 BeurkG vor, wenn es der Notar unterlässt, in einem Formularentwurf enthaltene Textteile zu streichen, die nicht Gegenstand der Erklärung der Urkundsbeteiligten waren. Ausgehend vom Sachverhalt war ihm nur vorzuwerfen, dass er den Anschein erweckt hatte, den Beteiligten sei auch die Zustimmungserklärung vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben worden, obwohl dies nicht der Fall war. Mit der Abgrenzung von § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG zu § 44a Abs. 1 BeurkG hatte der BGH besonders auch Praktikabilitätserwägungen vor Augen. Im Gegensatz zu einem Verstoß gegen § 44a BeurkG hätte ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 BeurkG nämlich die Unwirksamkeit jener Urkunden zur Folge. Das hätte im konkreten Fall – und auch ganz allgemein – massive Auswirkungen auf solche beurkundeten Rechtsgeschäfte gehabt. Der BGH beweist hierbei also das richtige Fingerspitzengefühl.

Daneben stellte der BGH fest, dass der Umstand allein, dass der Notar (wohl veranlasst durch ein hohes Urkundenaufkommen) fahrlässige Dienstpflichtverletzungen begangen hat, nicht die Annahme zu begründen vermag, er habe dies im Gewinninteresse bewusst in Kauf genommen und damit aus Gewinnsucht¹⁵ gehandelt. Eine andere Rechtseinschätzung wäre kaum zu erwarten gewesen. Denn der BGH setzt ohnehin im Einklang mit Teilen der Literatur¹⁶ die Hürden der „Gewinnsucht“ hoch an, indem er ein (anstößiges) Erwerbsstreben nach Vermögensvorteilen verlangt, die gesetzwidrig oder nach dem Standesrecht unerlaubt und unangemessen sind.¹⁷ Der zugrunde liegende Fall bot dafür nicht annähernd genug Anhaltspunkte. Eine höchstrichterlich bestätigte Annahme der Gewinnsucht schon bei fahrlässigen Dienstpflichtverletzungen hätte praktisch verheerende Folgen haben können, da Notare in solchen Fällen sofort eine Strafrahmendoppelung der zu erwartenden Geldbuße befürchten müssen (§ 97 Abs. 4 S. 2 BNotO). Dies wäre völlig unverhältnismäßig gewesen.

B. Berufsrecht

I. Besorgnis der Befangenheit

Der BGH-Senat¹⁸ hatte sich mit Befangenheitsanträgen einer Notarin zu befassen, die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gegen die Besetzung einer Notarstelle mit einem Konkurrenten vorgegangen war. Diese hat den Vorsitzenden des Notarsenats, die weiteren berufsrichterlichen Mitglieder des Notarsenats und „sämtliche Richter des OLG K., die statt der abgelehnten Richter in den Senat eintreten und über das Befangenheitsgesuch entscheiden sollen“, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Zur Begründung führt sie aus, Gegenstand ihres Antrags sei eine Entscheidung der Präsidentin des OLG. Diese sei die unmittelbare Vorgesetzte sowohl des Vorsitzenden als auch der berufsrichterlichen Mitglieder des Notarsenats. Sie müssten im vorliegenden Verfahren ggf. die angefochtene Entscheidung für rechtswidrig erklären. Damit gerieten sie in die Situation eines Interessenkonflikts. Sie müssten sich in einer wichtigen Angelegenheit der Ansicht der Präsidentin als Vorgesetzter widersetzen. Die Notarin müsse daher Zweifel an der Unvoreingenommen-

heit der abgelehnten Richter haben. Der BGH wies die Befangenheitsanträge indes zurück.¹⁹ Die waren bereits wegen Verspätung unzulässig. In der schriftsätzlichen Stellung und Begründung von Anträgen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gemäß § 80 Abs. 5 bzw. 123 VwGO erkannte der BGH eine Einlassung gemäß § 43 ZPO. Die Anträge der Notarin waren insofern schon verspätet, nachdem sie den Ablehnungsgrund (also die Auswahlentscheidung durch die OLG-Präsidentin) bereits innerhalb ihres Antragschriftsatzes gekannt hatte.

Die Anträge waren aber auch unbegründet. Dabei bestätigte der BGH seine bisherige Rechtsprechung²⁰ dahingehend, dass der Umstand, dass die Präsidentin des OLG als Justizbehörde die angefochtene (Auswahl-)Entscheidung getroffen hat, keinen hinreichenden Grund für vernünftige Zweifel an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der richterlichen Mitglieder des Notarsenats des OLG begründet. Eine Besorgnis der Befangenheit ergebe sich insbesondere nicht durch die theoretische Möglichkeit, Richter könnten zur Förderung ihrer Aufstiegschancen bestrebt sein, in ihrer Entscheidungspraxis denjenigen Amtsträgern zu gefallen, die über Beförderungen zu entscheiden haben. Denn es bestünden die Gesetzesbindung und die verfassungsrechtliche Garantie der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit jedes Richters sowie die diese absichernden Rechtsschutzmöglichkeiten.

II. Befreiung eines Notars von der Pflicht zur Verschwiegenheit²¹

Auch die Befreiung von der Schweigepflicht spielte im Jahr 2021 wieder eine Rolle. Ein Notar beurkundete im Jahr 2009 einen Kaufvertrag über ein Tankstellengrundstück, der eine Vertragsstrafenregelung enthielt. Eine der Vertragsparteien, eine GmbH, wurde bei der Beurkundung von ihrem – im Jahr 2015 verstorbenen – Geschäftsführer vertreten. In der Folgezeit kam es zwischen den Vertragsparteien zu einem die Vertragsstrafenregelung betreffenden Rechtsstreit vor dem LG. Im Rahmen dieses Rechtsstreits sollte der Kläger zu den Umständen des Zustandekommens der Vertragsstrafenregelung als Zeuge vernommen werden. Dieser berief sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht, auch nachdem er gemäß § 18 Abs. 2 Hs 2 BNotO von seiner notariellen Verschwiegenheit befreit wurde.

Der BGH führt in der Entscheidung seine Rechtsprechung fort, welche er beispielsweise auch bei den Wirtschaftsprüfern im EY-Komplex annahm.²² Eine Befreiung von der Schweigepflicht kommt immer durch den aktuell Vertretungsberechtigten in Betracht oder – wie hier – durch die Aufsichtsbehörde.

Auch müsse der Antrag gegenüber der Aufsichtsbehörde, den Notar gemäß § 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO an der Stelle eines verstorbenen Beteiligten von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu befreien, nicht „höchstpersönlich“ gestellt werden. Auch wenn das dahingehende Antragsrecht nicht jedermann, sondern nur bestimmten Personen zuzubilligen sei,²³ sei kein Grund ersichtlich, warum das Antragsrecht von diesen Personen nur höchstpersönlich ausgeübt werden können solle. Aus dem Umstand, dass die Befreiung des Notars von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein höchstpersönliches Recht des jeweiligen Beteiligten darstellte, sodass eine Vertretung im Willen hier

¹⁵ Siehe § 97 Abs. 4 S. 2 BNotO.

¹⁶ Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 97 Rn 30; Schippel/Bracker/Herrmann, BNotO, § 97 Rn 8.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 28.8.2019 – NotSt (Brfg) 1/18, MittBayNot 2020, 489, 506.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 15.11.2021 – ARNot 1/21.

¹⁹ Zuständig ist der BGH gemäß § 111b Abs. 1 S. 1 BNotO, § 54 Abs. 1 VwGO, § 45 Abs. 3 ZPO.

²⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.7.2020 – NotZ(Brfg) 3/20, ZNotP 2021, 38 Rn 22 ff.; v. 25.8.2020 – VIII ARZ 2/20, BGHZ 226, 350 Rn 37 ff.

²¹ Beschl. v. 15.11.2021 – NotZ(Brfg) 3/21.

²² Vgl. Günther/Grupe, NWB 21/2021, 1547.

²³ Vgl. Senatsbeschl. v. 10.3.2003 – NotZ 23/02.

unzulässig sei,²⁴ folge im Übrigen nichts anderes. Denn die (höchstpersönliche) Befreiungserklärung eines verstorbenen Beteiligten kann dieser naturgemäß nicht selbst abgeben. Sie wird deshalb nach der Regelung des § 18 Abs. 2 S. 2 BNotO durch die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ersetzt, nicht aber schon durch den darauf gerichteten Antrag einer anderen Person, deren Persönlichkeitsrechte von der durch die Aufsichtsbehörde anstelle des Verstorbenen getroffenen Befreiungsentscheidung gerade nicht unmittelbar berührt werden.

III. Tätigkeit als Insolvenzverwalterin nicht auf Wartezeit für Notarstelle anrechenbar

Die klagende Notarin ist seit 1999 als Rechtsanwältin zugelassen und betreibt mit einem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine PartG. 2019 bewarb sie sich als einzige Kandidatin auf eine ausgeschriebene Notarstelle im Anwaltsnotariat. In den letzten fünf Jahren vor ihrer Bewerbung war sie vornehmlich als Insolvenzverwalterin tätig. Die Beklagte berücksichtigte ihre Bewerbung nicht, da sie die für ihre Ernennung zur Notarin notwendige Voraussetzung der örtlichen Wartezeit²⁵ noch nicht erfüllte. Sie sei nämlich nicht in dem vom Gesetz geforderten Umfang anwaltlich tätig geworden.

Der BGH²⁶ bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz. Die Notarin habe nicht nachgewiesen, dass sie bei Ablauf der Bewerbungsfrist mindestens drei Jahre in dem Amtsbereich in nicht unerheblichem Umfang als Rechtsanwältin tätig war. Ihre umfangreichen Tätigkeiten als Insolvenzverwalterin könnten dabei nicht berücksichtigt werden. Dass die Insolvenzverwaltung (auch) zum Berufsbild des Rechtsanwalts gehört, ließ das Gericht dahinstehen. Maßgeblich sei nämlich, ob die ausgeübte anwaltliche Tätigkeit geeignet ist, das für das Notaramt nötige Erfahrungswissen²⁷ im Umgang mit den Rechtsuchenden zu vermitteln. Im Mittelpunkt stehe dabei der Wille der Beteiligten. Um eine adäquate Urkunde zu erstellen, müsse der Notar das Anliegen der Beteiligten erfassen und rechtlich präzise umsetzen. Die Erforschung individueller Interessen und deren rechtskonforme Umsetzung sei ebenfalls Teil der anwaltlichen Beratung eines Mandanten. Strukturell und vom Ziel her anders sehe dies aber bei Insolvenzverwaltern aus, weil dort das (Amts-)Interesse an der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben im Vordergrund steht. Die Beratung einzelner Insolvenz-Beteiligter sei im Ergebnis den Zielen des Insolvenzverfahrens untergeordnet und stehe somit einer „klassischen“ anwaltlichen Rechtsberatung nicht gleich.

Die Entscheidung trägt zur Qualitätssicherung innerhalb der Notariate sowie zur Rechtssicherheit bei der Notarbestellung bei. Hiervon profitieren die Rechtsuchenden, was durchaus zu begrüßen ist. Dem BGH ist zuzustimmen, dass sich die Arbeit eines Insolvenzverwalters und eines Rechtsanwalts praktisch nicht unerheblich voneinander unterscheiden. Der BGH hat diese strukturellen Unterschiede sauber und lebensnah begründet.

IV. Notar und Mediator

Auch zum Werberecht hat sich der BGH²⁸ – jüngst – geäußert: Durch die Verwendung der Bezeichnung „Mediator“ gleichwertig neben der Amtsbezeichnung „Notar“ könne beim recht-

suchenden Publikum, dem die Tätigkeiten des Notars außerhalb der Beurkundung von Rechtsvorgängen regelmäßig wenig geläufig seien, der falsche Eindruck hervorgerufen werden, der die Bezeichnung „Notar und Mediator“ Führende übe neben seinem Amt einen weiteren Beruf aus, der über das reguläre Tätigkeitspektrum eines Notars hinausgehe. Die Verwendung der Berufsbezeichnung „Notar und Mediator“ in der Öffentlichkeit (z. B. auf Briefbögen oder im Internetauftritt) unterliege daher als irreführende Selbstdarstellung des Notars dem Verbot berufswidriger Werbung gemäß § 29 Abs. 1 BNotO.

Nach Ansicht des BGH stelle diese Kombination eine unzulässige Werbung dar. Dem Notar gehe es durch die zusätzliche Tätigkeitsbezeichnung als „Mediator“ darum, die eigenen besonderen Qualitäten gegenüber den von ihm sog. Hobbymediatoren (Notare ohne zertifizierte Mediatorenausbildung) plakativ herauszustellen. Den angesprochenen Verkehrskreisen werde der Eindruck vermittelt, er besitze berufsübergreifende, ihn gegenüber „gewöhnlichen“ Notaren besonders auszeichnende Fähigkeiten. Der rechtsuchende Bürger solle dazu verleitet werden, sich aufgrund seines scheinbar größeren Wissens und breiteren Leistungsspektrums an ihn zu wenden. Dem angesprochenen Publikum werde jedoch regelmäßig nicht bekannt sein, dass grundsätzlich jeder Notar aufgrund seines Tätigkeitspektrums als Mediator in Betracht komme (vgl. § 24 BNotO). Dem unbefangenen Betrachter erschließe sich nicht, weshalb eine von einem bestimmten Berufsbild ohnehin umfasste Tätigkeit zusätzlich zur Berufsbezeichnung genannt werde. Er werde deshalb ohne Weiteres von einem Zweitberuf ausgehen. Insbesondere den weiteren Einwand der zulässigen Berufsausübung (Art. 12 GG) ließ der BGH nicht gelten. Denn schließlich verfolge die Norm einen legitimen Zweck, nämlich den Schutz der ordnungsgemäßen Berufsausübung durch Verhinderung einer amtswidrigen irreführenden Selbstdarstellung.

Beim Berufsrecht der Notare ist der BGH – wie auch hier – in der Sache gewohnt streng.²⁹ Andererseits verbietet der BGH nicht die Werbung als Notar und Mediator per se, sondern er stört sich am Eindruck der Gleichwertigkeit beider Bezeichnungen als eigenständige Berufsbezeichnungen. Der BGH betont, dass der Notar nicht daran gehindert wäre, auf seine Ausbildung als zertifizierter Mediator und seine Mediatorentätigkeit allgemein hinzuweisen – zum Beispiel im Rahmen der (zurückhaltenden) Gestaltung von Werbemedien wie Visitenkarten, Broschüren und des Internetauftritts. Wie genau diese „zurückhaltende“ Gestaltung auszusehen habe, dazu schweigt der Notarsenat. Es bleibt dem Berufsträger daher nichts anders übrig, als die Grenzen weiter durch neue Gestaltungen auszutesten, bis ein „noch vertretbares Niveau“ der Selbstdarstellung erreicht ist. Wünschenswert wäre es, wenn der Notarsenat die Anwendung der Werberegungen liberaler ausgestalten würde, denn mal ehrlich:³⁰ Welche Gefahren gehen denn von einem Notar aus, der nach außen hin seine (weitere) Qualifikation als Mediator prominent angibt? Zumal diese Tätigkeit offensichtlich zu den Fertigkeiten eines Notars (vgl. § 24 BNotO) gehört.

V. Nebenbestimmungen bei Genehmigung der Beschäftigung eines juristischen Mitarbeiters

Zudem hat der BGH³¹ die Anforderungen an die Genehmigung der Beschäftigung eines juristischen Mitarbeiters klargestellt. In dem Fall ging es – verkürzt dargestellt – um die Frage, welche

²⁴ Senatsbeschl. v. 20.4.2009 – NotZ 23/08.

²⁵ Vgl. seit 1.8.2021 § 5b Abs. 1 Nr. 2 BNotO; zuvor § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BNotO a. F.

²⁶ Urt. v. 15.11.2021 – NotZ(Brfg) 2/21. Vorinstanz: OLG Celle, Urt. v. 21.12.2020 – Not 19/20.

²⁷ Vgl. BT-Drucks 16/4972, 11.

²⁸ BGH, Beschl. v. 11.7.2022 – NotZ(Brfg) 6/21.

²⁹ Vgl. etwa BGH GRUR-Prax 2018, 390 m. Anm. Günther.

³⁰ Günther, GRURprax 19/2022.

³¹ Beschl. v. 19.7.2021 – NotZ(Brfg) 11/20.

vertragliche Selbstverpflichtung ein Notariatsassessor erfüllen müsse, der nebenbei noch Gesellschafter einer Immobilien-GmbH sei.

Bei der hier relevanten Norm des § 12 Abs. 2 NotarVO BW ist eine entsprechende Genehmigung der Beschäftigung zu erteilen, wenn sie die persönliche Amtsausübung des Notars nicht gefährdet und ihr auch sonstige Belange einer geordneten Rechtspflege nicht entgegenstehen. Belange einer geordneten Rechtspflege stehen der Beschäftigung eines juristischen Mitarbeiters durch einen Notar jedenfalls dann entgegen, wenn diese dazu führt, dass die Amtsführung des Notars nach den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht mehr in vollem Umfang den sich aus §§ 14 ff. BNotO ergebenden Anforderungen genügt. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn durch die Beschäftigung des konkreten juristischen Mitarbeiters entgegen § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit des Notars erweckt wird. Dabei liegt ein Verstoß gegen § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO schon dann vor, wenn die nur mögliche Gefahr besteht, dass der Anschein von Abhängigkeit oder Parteilichkeit entstehen könnte. Hierfür genügt, dass bei der fragenden Öffentlichkeit begründete Zweifel entstehen könnten, ob die Verfolgung anderer Zwecke Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Amtsträgers nachteilig beeinflusst.³² Denn Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufsrechts und rechtfertigen überhaupt erst das Vertrauen, das dem Notar entgegengebracht wird; sie bilden das Fundament des Notarberufs.³³

Die Beschäftigung durch den Kläger im hiesigen Fall verstieße damit gegen § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO, wenn durch die Aufsichtsbehörden nicht hinreichend sichergestellt wäre, dass der Notariatsassessor seine Tätigkeit für den Kläger ausschließlich an dessen Amtsinteresse orientiert und er sich dabei nicht (auch) von sachfremden eigenen wirtschaftlichen Interessen leiten lässt. Die Auflage, keine Beurkundungen von Grundstücksgeschäften vorzunehmen, an denen der juristische Mitarbeiter oder von ihm zu vertretende Gesellschaften als Vertragspartei beteiligt sind, sei vor allem geeignet, den Anschein zu beseitigen, dem Notariatsassessor könne es bei seiner Tätigkeit für den Kläger auch um persönliche Vorteile bei der Beurkundung eigener Grundstücksgeschäfte gehen und er sich davon leiten lasse.

VI. Substantiierung der Voraussetzungen für Bewerbung auf Notarstelle

Der klagende Notar bewarb sich auf eine Notarstelle. Er ist seit 2011 als Rechtsanwalt zugelassen und war neben seiner Tätigkeit als Einzelanwalt auch als Berufsbetreuer sowie als Notar- und Notariatsverwaltervertreter tätig. Seine Bewerbung wurde abgelehnt, weil Bedenken gegen seine persönliche Eignung für das Notaramt bestünden und er nicht die nach § 6 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und 2 BNotO erforderlichen Erfahrungszeiten aufweise. Der BGH³⁴ entschied, dass die Ablehnung zu Recht erfolgt sei. Die Angaben des Klägers zu seiner anwaltlichen Tätigkeit – dies ist Voraussetzung für die örtliche Wartezeit – seien teilweise nicht nachvollziehbar, nicht plausibel und zu vage.³⁵ Insbesondere sei seine Schätzung zum Umfang seiner anwaltlichen Berufsausübung in den fünf Jahren vor Ablauf der Bewerbungsfrist nicht nur teilweise auf widersprüchliche Grundlagen (z. B. divergie-

rende Angaben zum zeitlichen Aufwand eines Mandats) gestützt; die von ihm angegebenen anwaltlichen Tätigkeiten seien auch den jeweils angesprochenen Zeiträumen nicht immer zuzuordnen gewesen. Manche Angaben zum zeitlichen Umfang der Tätigkeit als Rechtsanwalt seien wiederum mit den zu den Mandaten vorgelegten Unterlagen nicht in Einklang zu bringen gewesen. Eine Berücksichtigung der Notar- und Notariatsverwaltervertretungen sei – seit Klärung dieser Streitfrage durch den BGH im Jahr 2012³⁶ – richtigerweise inhaltlich unberücksichtigt geblieben. Ob auch die Berufsbetreuertätigkeit anzurechnen ist, ließ der BGH ausdrücklich offen – dies dürfte auch angesichts dieser atypischen Konstellation noch länger so bleiben.

Anhand dieser Entscheidung zeigt sich, dass Bewerber auf Notarstellen im Rahmen ihrer Bewerbung äußerst sorgfältig und akribisch ihre Tätigkeiten in Art und Umfang darzulegen haben. Zum Anwaltsnotar soll insoweit nur bestellt werden, wer nachweist, dass er mindestens fünf Jahre in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber als Rechtsanwalt tätig war. Die Formulierung „in nicht unerheblichem Umfang“ ist dabei so auszulegen, dass der Bewerber in erheblichem, ins Gewicht fallendem Maße als Rechtsanwalt tätig gewesen sein muss. Genügt die Darstellung der Tätigkeit diesen Anforderungen nicht, ist die Bewerbung zurückzuweisen.

C. Zusammenfassung

Die thematische Vielfalt der vorliegenden Entscheidungen entwickelt das notarielle Disziplinar- und Berufsrecht fortdauernd. In der Tendenz festigt der BGH seine bekannte Rechtsprechung, ohne groß aus dem bekannten strengen Muster auszubrechen. Dies mag zum einen für den Amtsträger eine planbare Sicherheit geben, verhindert im Übrigen aber eine liberale Weiterentwicklung beispielsweise bei der Mitwirkung bzw. den Interessenkonflikten oder auch der Werbung bzw. Kundgabe von weiteren Titeln.

Tim Günther

ist Rechtsanwalt und Partner der Jähne Günther Rechtsanwälte PartGmbH aus Hannover mit einem Beratungsschwerpunkt im Wirtschafts- und Berufsrecht.
E-Mail: tim.guenther@jg-law.de



Lars Grupe

(MLE) ist Rechtsanwalt in der Jähne Günther Rechtsanwälte PartGmbH aus Hannover mit einem Beratungsschwerpunkt im Wirtschafts- und Berufsrecht.
E-Mail: lars.grupe@jg-law.de



³² Vgl. BGH Beschl. v. 31.7.2000 – NotZ 13/00.

³³ BGH, Beschl. v. 23.11.2015 – NotSt (Brfg) 5/15.

³⁴ BGH, Beschl. v. 22.3.2021, NotZ (Brfg) 9/20.

³⁵ Zum Maßstab von § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BNotO; siehe auch OLG Celle, Beschl. v. 24.8.2017 – Not 8/17; Diehn/Bornmann, BNotO, 2. Aufl., § 6 Rn 20.

³⁶ BGH, Beschl. v. 2.12.2002 – NotZ 15/02, NJW-RR 2003, 642, 643.



rechtsprechung

BGH

Zu den Möglichkeiten, die Löschung eines Nießbrauchs zu verlangen, wenn der Nießbraucher die Lasten nicht vereinbarungsgemäß trägt

a) Der Nießbrauch und das mit seiner Bestellung zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher entstehende besondere gesetzliche Schuldverhältnis sind einer Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB nicht zugänglich.

b) Ist in dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Kausalgeschäft die Zahlung eines wiederkehrenden Entgelts vereinbart und zahlt der Nießbraucher das Entgelt nicht, kann der Eigentümer das Kausalverhältnis unter den weiteren Voraussetzungen des § 314 BGB kündigen und den Nießbrauch kondizieren (Abgrenzung von Senat, Urte. V. 13.11.1998 – V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377).

c) Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die das durch die Bestellung des Nießbrauchs entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer betreffen. Eine Verletzung daraus folgender Pflichten berechtigt den Eigentümer nicht zu einer Beendigung des Nießbrauchs nach den Vorschriften des Leistungsstörungenrechts.

(amtliche Leitsätze)

BGH, Versäumnisurt. v. 21.1.2022 – V ZR 233/20
BGB §§ 314 Abs. 1, 1030

Entscheidung:

Die per Versäumnisurteil ergangene, aber auf einer Sachprüfung beruhende Entscheidung des BGH¹ betrifft einen Fall, in dem die Eigentümerin eines Grundstücks ihrem damaligen Lebensgefährten ein Nießbrauchsrecht am Grundstück eingeräumt hatte. Als Inhalt des Rechts war in Ziffer II der Bestellsurkunde neben der Tragung sämtlicher Lasten durch den Nießbrauchsberechtigten (Nettonießbrauch) zunächst vereinbart worden, dass dieser ein monatliches Entgelt von 370 € zu leisten hatte. Die Regelung wurde später – ggf. auf einen Hinweis des Grund-

buchamts, dass die Entgeltlichkeit des Nießbrauchs nicht zum Inhalt des Rechts gemacht werden könne – dahingehend „klargestellt“, dass die gesamte Ziffer II (d. h. Lastenregelung und Entgelt) nur schuldrechtliche Vereinbarungen enthielt, die nicht Inhalt des dinglichen Rechts sein sollten. Der beklagte Nießbraucher zahlte ab 2012 keine Grundsteuer mehr; ob er das (2015 auf 1 € herabgesetzte) Entgelt zahlte, blieb streitig. Die klagende Eigentümerin hat das Vertragsverhältnis gekündigt und verlangt nunmehr die Erteilung einer Löschungsbewilligung für das Nießbrauchsrecht. Das Berufungsgericht hat dem stattgegeben.² Der BGH hat das Urteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Entscheidung zurückverwiesen.

Zunächst hält der BGH dabei fest, dass ein Anspruch auf Löschungsbewilligung sich nicht aus § 894 BGB ergebe.³ Das Grundbuch sei nicht unrichtig geworden, denn der Nießbrauch sei jedenfalls nicht erloschen. Der Nießbrauch selbst unterliege nicht der Kündigung, da es sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis i. S. d. § 314 BGB handele. Der BGH weist auf zwei Gestaltungsmöglichkeiten hin, mit denen die Löschung des Nießbrauchs in Fällen wie dem vorliegenden erreicht werden könnte: Es könnte einerseits der Nießbrauch auflösend bedingt auf eine Kündigungserklärung der Eigentümerin vereinbart worden sein oder andererseits auflösend bedingt auf die (Nicht-)Zahlung des nur schuldrechtlich vereinbarten Entgelts. Da es sich jeweils um Bedingungen handelt, die das dingliche Recht betreffen, hätten diese im Grundbuch eingetragen werden müssen.⁴ Im vorliegenden Fall waren solche Bedingungen weder vereinbart noch eingetragen worden.

Vom dinglichen Nießbrauch ist aber das dem Nießbrauch zugrunde liegende Kausalverhältnis zu unterscheiden. Dieses

¹ BGH, Versäumnisurt. v. 21.1.2022 – V ZR 233/20, BeckRS 2022, 11659 = NJW 2022, 2394 m. Anm. Becker.

² Siehe die Entscheidung des OLG Dresden (9. Zivilsenat), Urte. v. 17.9.2019 – 9 U 1551/18, BeckRS 2019, 60742.

³ Rn 7 der besprochenen Entscheidung.

⁴ Im vorliegenden Fall äußert sich der BGH hierzu nur kursorisch, siehe Rn 7 der besprochenen Entscheidung, mit Hinweis auf BGH, Beschl. v. 1.10.2020 – V ZB 51/20, RNotZ 2021, 23, 25 Rn 20.

regelt einerseits die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, den Nießbrauch zu bestellen, sowie etwaige Gegenleistungen des Nießbrauchers. Es kann sich also um einen gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) handeln, der Nießbrauch kann aber auch unentgeltlich zugewendet sein, sodass sich das Kausalverhältnis nach Schenkungsrecht beurteilt. Bei Störungen im Kausalverhältnis kann sich ein Anspruch auf Löschung des Nießbrauchs als Folge eines Rücktritts (§§ 346 ff. BGB) oder einer Kündigung (§ 314 BGB, Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB) ergeben. Ob die Rückgewähr des Nießbrauchs (d. h. dessen Löschung) auf Grundlage des Kausalverhältnisses verlangt werden kann, hängt damit von zwei Fragen ab: 1. Ist die verletzte Pflicht dem Kausalverhältnis zuzuordnen (und nicht dem Nießbrauch)? 2. Ist für das Kausalverhältnis der Rücktritt (§ 346 BGB) oder die Kündigung (§ 314 BGB) einschlägig?

Der BGH beantwortet bereits die erste Frage anders als das Berufungsgericht. Das OLG Dresden hatte die Nichtzahlung der Grundsteuer dem Kausalverhältnis zugeordnet. Es dürfte sich dabei auf die Bestellungsurkunde gestützt haben, die – in der „klargestellten“ Fassung – dahingehend lautete, dass (unter anderem) die Lastentragungspflicht in Ziff. II schuldrechtlich vereinbart sein sollte. Es kam zum Ergebnis, dass die Lastentragungspflicht, die über die gesetzlich in § 1047 BGB vom Nießbraucher zu tragenden Lasten hinausging, als Gegenleistungspflicht im Kausalverhältnis festgelegt worden war.⁵ Dem widersprach der BGH. Das Kausalverhältnis sei von den Regelungen zu unterscheiden, die das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher während des Bestehens des Nießbrauchs regelten.⁶ Dies seien einerseits die sich aus dem Gesetz ergebenden Regelungen, die unter anderem in § 1047 BGB regeln, dass der Nießbraucher bestimmte Lasten trägt. Die Regelungen seien aber andererseits teilweise abdingbar. Auch diese abweichenden Regelungen gehörten dann nicht zum Kausalverhältnis.⁷ Dabei sei egal, ob abweichende Regelungen mit dinglicher Wirkung getroffen und ins Grundbuch eingetragen würden (Bezugnahme auf die Bewilligung nach § 874 BGB), sodass sie auch einen Rechtsnachfolger binden würden, oder rein schuldrechtlich, sodass sie nur zwischen den Vertragspartnern wirkten.⁸ Der BGH resümiert, dass somit Erhaltungs- und Lastentragungspflichten des Nießbrauchers keine Gegenleistung für den Nießbrauch seien.⁹ In einem früheren Urteil hat er sie im Gegensatz dazu als „Beschränkung des Nießbrauchs“ bezeichnet.¹⁰

Daraus zieht der BGH den Schluss, dass die Verletzung der Pflicht, die Grundsteuer zu zahlen, keine Rechte aus dem Kausalverhältnis gewähre. Eine Kündigung (§ 314 BGB) oder ein Rücktritt (§ 346 BGB) vom Kausalverhältnis scheidet daher von vorneherein aus. In Betracht kämen stattdessen Rechte aus dem gesetzlichen, hier abweichend ausgestalteten Schuldverhältnis. Insbesondere habe der Eigentümer also Rechte nach § 1054 BGB (gerichtliche Verwaltung wegen Pflichtverletzung) und § 280 BGB (Schadensersatz wegen Pflichtverletzung).¹¹

Das Ziel der Eigentümerin, den Nießbrauch zu beenden, lässt sich damit nicht – wie das OLG angenommen hatte – auf einen Rücktritt der Eigentümerin wegen der Nichtzahlung der Grund-

steuer stützen. Bereits aus diesem Grund hob der BGH die Entscheidung des OLG auf und verwies zurück.¹² Interessant sind aber seine Ausführungen, die im weiteren Verfahren zu beachten sein werden. Diese betreffen die oben angesprochene zweite Frage, ob im Kausalverhältnis ein Rücktritt (§ 346 BGB) oder eine Kündigung (§ 314 BGB) einschlägig ist.

Das OLG hatte als mögliche Pflichtverletzung aus dem Kausalverhältnis die Nichtzahlung der Grundsteuer geprüft und war von einem gegenseitigen Vertrag i. S. d. § 323 BGB ausgegangen, für den der Rücktritt – nicht die Kündigung – einschlägig sei.¹³ Es stützte sich dabei auf ein früheres BGH-Urteil,¹⁴ in dem der BGH entschieden hatte, dass das Kausalverhältnis durch Bestellung einer Dienstbarkeit (damals: Wohnungsrecht) erfüllt sei und daher kein Dauerschuldverhältnis darstelle. Damals war allerdings das Wohnungsrecht im Zuge eines Grundstückskaufvertrags versprochen worden. Ein parallel abgeschlossener Mietvertrag war damals gerade nicht Rechtsgrund für das Wohnungsrecht gewesen. Weitere laufende Geldzahlungen, die auf dem Kausalverhältnis hätten beruhen können, erfolgten nicht. Von dieser Entscheidung grenzt sich der BGH nun allerdings ab (2. Leitsatz): Zwar werde das Kausalverhältnis nicht dadurch zum Dauerschuldverhältnis, dass der versprochene Nießbrauch auf lange Dauer bestellt sei.¹⁵ Entscheidend war aber, dass im hier beurteilten Fall laufende Zahlungen versprochen worden waren, die ihre Grundlage im Kausalverhältnis hatten. Das Kausalverhältnis enthalte dann „Elemente eines Dauerschuldverhältnisses“.¹⁶ In diesem Fall könne grundsätzlich eine Kündigung des Kausalverhältnisses nach § 314 BGB erfolgen. Der Weg über § 323 BGB (Rücktritt) sei dagegen versperrt.¹⁷ Anders als beim Rücktritt sei im Rahmen der Kündigung nach § 314 BGB allerdings noch eine Interessenabwägung erforderlich (§ 314 Abs. 1 S. 2 BGB),¹⁸ die das Berufungsgericht hier noch vorzunehmen hatte. Für die Eigentümerin geht es vor dem Berufungsgericht also darum, ob sie erstens die unterlassenen Zahlungen des laufenden Entgelts (1 € monatlich!) nachweisen und zweitens das Berufungsgericht davon überzeugen kann, dass es sich dabei um einen wichtigen Grund handelt.

Anmerkung:

Die Entscheidung verdient im Großen und Ganzen Zustimmung. Wenig Neues bietet der erste Leitsatz (keine Kündigung des Nießbrauchs nach § 314 BGB), der im Wesentlichen der bisherigen h. M. entspricht.¹⁹

Aufmerksamkeit gebührt dagegen der Abgrenzung zwischen Kausalverhältnis und gesetzlichem Schuldverhältnis, die vorliegend dazu führt, dass der Eigentümerin (wohl) kein Anspruch auf Löschung des Nießbrauchs zusteht, obwohl der Nießbraucher seit Jahren gegen seine Verpflichtung zur Zahlung der Grundsteuer verstößt. Wer das Ergebnis auf den ersten Blick überraschend findet, sollte sich noch einmal die verschiedenen Ebenen vergegenwärtigen, die zwischen Nießbraucher und Eigentümer bestehen. Einerseits gibt es das Kausalverhältnis, das als Verpflichtungsgeschäft Grundlage (Rechtsgrund) für die

⁵ OLG Dresden (9. Zivilsenat), Urt. v. 17.9.2019 – 9 U 1551/18, BeckRS 2019, 60742 Rn 12.

⁶ Rn 10 der besprochenen Entscheidung.

⁷ Rn 13 der besprochenen Entscheidung.

⁸ Rn 12 der besprochenen Entscheidung.

⁹ Rn 13 der besprochenen Entscheidung.

¹⁰ BGH, Urt. v. 21.12.1973 – V ZR 157/72, NJW 1974, 641, 642.

¹¹ Rn 13 der besprochenen Entscheidung.

¹² Rn 15 der besprochenen Entscheidung.

¹³ OLG Dresden (9. Zivilsenat), Urt. v. 17.9.2019 – 9 U 1551/18, BeckRS 2019, 60742, Rn 12.

¹⁴ BGH, Urt. v. 13.11.1998 – V ZR 29–98 (Schleswig), NJW-RR 1999, 376, 377.

¹⁵ Rn 19 der besprochenen Entscheidung.

¹⁶ Rn 20 der besprochenen Entscheidung.

¹⁷ Rn 21 der besprochenen Entscheidung.

¹⁸ Rn 22 der besprochenen Entscheidung.

¹⁹ Siehe bereits BGH, Urt. v. 20.9.1974 – V ZR 44/73, NJW 1974, 2123, 2124; BGH, Urt. v. 13.11.1998 – V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377; BGH, Urt. v. 27.6.2014 – V ZR 51/13, NJW 2014, 1423, 1424 Rn 13.

Bestellung des Nießbrauchs ist (wie etwa der Kaufvertrag für die Auflassung). Andererseits gibt es das durch die §§ 1030 ff. BGB vorgeprägte, ggf. aber im Detail vertraglich abweichend geregelte gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer. Welche Unsicherheiten hinsichtlich der Zuordnung häufig bestehen, zeigt die Nachbesserung der ursprünglich eingereichten Urkunde im vorliegenden Fall eindrucklich auf.

Die Grenzlinien zwischen Kausalverhältnis und gesetzlichem Schuldverhältnis verlaufen dabei nach dem BGH nicht streng parallel zu der Abgrenzung schuldrechtlich-dinglich. Zwar enthält das Kausalverhältnis stets nur schuldrechtliche (nur zwischen den Vertragsparteien und ihren Gesamtrechtsnachfolgern geltende) Regelungen. Allerdings können schuldrechtliche Regelungen eben auch Teil des gesetzlichen Schuldverhältnisses sein. Im vorliegenden Fall war es so, dass die Regelung, dass der Nießbraucher sämtliche Lasten tragen sollte, nicht gegenüber einem Rechtsnachfolger gegolten hätte, aber vom BGH nicht als Teil des Kausalgeschäfts eingeordnet wurde.

Dass die Regelung als Teil des Kausalverhältnisses galt, dürfte im vorliegenden Fall gerechtfertigt gewesen sein. Nicht ganz zutreffend ist aber wohl die Formulierung des BGH, das Kausalverhältnis sei von „den (ggf. auch schuldrechtlichen) Vereinbarungen zu trennen, die das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher während des Bestehens des Nießbrauchs regeln“.²⁰ Denn darunter lassen sich m. E. gerade auch die Regelungen über die Entgeltlichkeit subsumieren.²¹ Richtigerweise ist danach zu fragen, ob von Regelungen der §§ 1030 ff. BGB abgewichen wird.²² Im vorliegenden Fall war die Antwort hierauf einfach: Da die §§ 1030 ff. BGB keine Regelung über die (Un-)Entgeltlichkeit treffen, war die Vereinbarung eines Entgelts Teil des Kausalverhältnisses. Dagegen wird die Kostentragung im Gesetz (§ 1047 BGB) geregelt, sodass Regelungen hierzu als Teil des gesetzlichen Schuldverhältnisses eingeordnet wurden.

Es muss aber die Frage erlaubt bleiben, ob Regelungen zur Kostentragung schlichtweg nicht im Kausalverhältnis auftauchen können. Denkbar wäre im Rahmen der Privatautonomie im Schuldrecht m. E. etwa ein Kausalverhältnis, in dem der Eigentümer einen Nießbrauch mit den gesetzlichen (Kostentragungs-)Regeln verspricht, während der Nießbraucher hierfür (1) ein monatliches Entgelt und (2) zusätzlich die Tragung der ihm nicht schon vom Gesetz auferlegten Lasten verspricht. In einem solchen Fall würde auch die Nichtzahlung der (weiteren) Lasten zu Ansprüchen aus dem Kausalverhältnis und ggf. einer Möglichkeit zur Kündigung desselben führen. Jedenfalls im vorliegenden Fall hat der BGH es nicht für erforderlich gehalten, auf eine solche Möglichkeit näher einzugehen. Dies dürfte hier der zugegebenermaßen etwas missglückten Regelung geschuldet sein. Für den Gestalter ergibt sich daraus, dass er – wenn überhaupt – eine solche Zuweisung von Kostentragungsregelungen zum Kausalverhältnis nur explizit und nur unter eingehender Belehrung der Beteiligten über die mögliche Nichtanerkennung vornehmen sollte.

Insgesamt verdeutlicht die Entscheidung damit einmal mehr, welche Aufmerksamkeit der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Ebenen zu widmen ist. Denn was Teil des gesetzlichen

Schuldverhältnisses zwischen Nießbraucher und Eigentümer ist, gewährt nur die – relativ schwachen – Rechte nach §§ 1054, 280 BGB, nicht aber den (hier erstrebten) Anspruch, den Nießbrauch löschen zu lassen. Aber auch die Verletzung von Pflichten aus dem Kausalverhältnis kann bei Dauerschuldverhältnissen am wichtigen Grund (§ 314 Abs. 1 S. 2 BGB) scheitern. In der notariellen Praxis wird nach wie vor der Fall häufig sein, dass die Beteiligten das Kausalverhältnis (etwa aus Kostengründen) gar nicht oder nur rudimentär in der notariellen Urkunde regeln wollen, da das Kausalverhältnis per se keinen Formvorschriften unterliegt.²³ Auch in diesem Fall sollte überlegt werden, in welchen Fällen und wie der Nießbrauch wieder beendet werden kann. Die Frage wäre mit den Beteiligten hier schon bei Vereinbarung des Nießbrauchs zu erörtern gewesen; möglicherweise ist der (wirtschaftlich) entscheidende Fehler aber auch erst später passiert. Immerhin wirft der Sachverhalt die Frage auf, warum noch 2015 das Entgelt auf 1 € herabgesetzt wurde (und keine Folgeanpassungen erfolgten), obwohl der Nießbraucher die Grundsteuer zu diesem Zeitpunkt bereits seit drei Jahren nicht gezahlt hatte.

Ausgehend von der Abgrenzung ist mit den Beteiligten dann zu überlegen, welche Folgen eine Pflichtverletzung des Nießbrauchers haben soll, und dies – wo das Gesetz diese Folgen nicht vorsieht – durch entsprechende Gestaltung umzusetzen. Dem Willen der Beteiligten – jedenfalls der Eigentümerin – dürfte es im vorliegenden Fall entsprochen haben, in diesem Fall einen Anspruch auf Löschung zu haben. Dabei hätte sich der Gestalter nicht nur auf das (jedenfalls in seiner reduzierten Höhe wirtschaftlich unbedeutende) laufende Entgelt beschränken dürfen, sondern auch die Kostentragung miteinbeziehen müssen, die für die Eigentümerin sogar wichtiger gewesen sein wird, da sie bei Nichtzahlung öffentlicher Lasten durch den Nießbraucher als Eigentümerin weiterhin herangezogen werden kann. Von den rechtlichen Gestaltungsmitteln, die im Fall einer Nichtzahlung der Kosten einen Anspruch auf Löschung gewährt hätten, erwähnt der BGH selbst zwei in seiner Entscheidung: Die Beteiligten hätten etwa ein Kündigungsrecht der Eigentümerin vorsehen und den Nießbrauch auflösend auf eine solche Kündigung bedingen können. Möglich gewesen wäre auch, die Erfüllung der Entgeltzahlungsverpflichtung zur auflösenden Bedingung für den Nießbrauch zu machen.²⁴ Für den vorliegenden Fall hätte auch auf die Kostentragungsregelung abgestellt werden können. Bei Paarbeziehungen kommt ferner die Beendigung der Beziehung (z. B. Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags oder durch ein „formelles Trennungsschreiben“) in Betracht; wichtig ist, dass der Bedingungseintritt i. S. d. § 29 GBO nachweisbar sein sollte.²⁵ Flankierend ist zudem daran zu denken, die *Ausübung* des Nießbrauchs von der Zahlung z. B. des Entgelts abhängig zu machen. Dann wäre im Nichtzahlungsfall zwar noch keine Löschung möglich gewesen, aber immerhin hätte der Ex-Lebensgefährte die Wohnung herausgeben müssen. Eine entsprechende Gestaltung hat der BGH jüngst für eine andere Dienstbarkeit zugelassen;²⁶ sie muss daher auch für den Nießbrauch möglich sein.²⁷

Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Tett nang

²⁰ Rn 10 der besprochenen Entscheidung.

²¹ Die h. L. lehnt es ab, die Entgeltlichkeit als dinglichen Teil des Nießbrauchs zu vereinbaren, siehe MüKo-BGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1030 Rn 139; Trömer, RNotZ 2016, 421, 428; a. A. BayObLGZ 1979, 273.

²² So m. E. auch zu lesen Rn 13 der besprochenen Entscheidung: „Solche [in Rn 12 beschriebenen, abweichenden] Vereinbarungen sind nicht Teil des der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden Kausalverhältnisses“.

²³ Munzig, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 7 Rn 117 (mit dem Beispiel des Rechtskaufs). Anderes gilt z. B. für unentgeltliche Geschäfte, bei denen aber eine Heilung in Betracht kommt, §§ 518 Abs. 2 BGB.

²⁴ Rn 7 der besprochenen Entscheidung.

²⁵ Anm. Becker, NJW 2022, 2396.

²⁶ BGH, Urt. v. 19.3.2021 – V ZR 44/19, NJW-RR 2021, 1176.

²⁷ Anm. Becker, NJW 2022, 2396, 2397.

OLG München

Grundbucheintragung nach Auflassung aufgrund einer transmortalen Vollmacht

Der transmortal Bevollmächtigte ist nach dem Tod des Vollmachtgebers im Grundbuchverfahren nicht gezwungen, die Erben konkret zu benennen, um etwa einen Vollmachtswiderurf zu ermöglichen. Er benötigt für rechtswirksames Handeln auch keine Zustimmung der Erben. Ein Erbnachweis ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.

Aufgrund einer transmortalen Generalvollmacht vertritt der Bevollmächtigte die Erben und ist grundsätzlich zur unbeschränkten Verfügung über das Nachlassvermögen befugt. Es ist nicht pauschal zu unterstellen, dass eine transmortale Generalvollmacht auf die Abwicklung oder Fortführung bereits zu Lebzeiten begonnener Geschäfte beschränkt ist.

(redaktionelle Leitsätze)

OLG München, Beschl. v. 10.2.2022 – 34 Wx 431/21
GBO §§ 35, 39

Entscheidung:

Mit einer gängigen notariellen transmortalen Generalvollmacht hatte der bevollmächtigte Sohn zwei Jahre nach dem Tod seiner Mutter im Wege einer Vermächtniserfüllung Teileigentum auf zwei Enkel der verstorbenen Mutter übertragen. Ein Erbschein nach der Mutter war nicht vorhanden, dessen Beantragung aus Kostengründen auch nicht beabsichtigt. Die Erben waren wohl der Bevollmächtigte selbst und dessen Schwester. Im Rahmen des Grundbuchvollzugs verweigerte das Grundbuchamt den Vollzug der Auflassung mit dem Argument, dass die Erben im konkreten Fall durch Erbnachweis zu benennen seien, um diesen die Möglichkeit eines Vollmachtswiderrufs einzuräumen. Eine transmortale Vollmacht gestatte allenfalls die Abwicklung begonnener Geschäfte oder die Weiterführung laufender Geschäfte, nicht aber die Eingehung neuer Geschäfte, wie die vorgenommene Vermächtniserfüllung. Eine transmortale Vollmacht diene nicht dazu, einen Erbnachweis zu ersparen. Die Erbenstellung sei daher in der Form des § 35 GBO nachzuweisen.

Das OLG München hat auf die zulässige und begründete Beschwerde der Erwerber hin gleichwohl das Grundbuchamt zur Eintragung angewiesen.

Anmerkung:

Das OLG München stellt in dieser letztlich vollkommen korrekten Entscheidung einige Punkte zur Verwendung einer transmortalen Generalvollmacht (erneut) klar.

a) Nach dem für die Auflassung geltenden materiellen Konsensprinzip muss neben der Bewilligung des Berechtigten nach § 19 GBO auch die sachenrechtliche Einigung in einer den Grundsätzen von §§ 20, 29 GBO genügenden Weise nachgewiesen werden.

Es ist daher dogmatisch zu trennen zwischen der materiellen Rechtslage und dem formell-grundbuchrechtlichen Nachweis dieser Rechtslage gegenüber dem Grundbuchamt im Grundbuchverfahren. Hier trennt das Beschwerdegericht in seiner Begründung nach Ansicht des Verfassers nicht ausreichend klar, was am zutreffenden Ergebnis der Entscheidung jedoch nichts ändert.

Damit war zum einen zu prüfen, ob die Erklärungen der Beteiligten materiell-rechtlich wirksam waren (siehe hierzu aa)). Zum

anderen war zu prüfen, ob das Grundbuchamt im konkreten Einzelfall die vorgelegten Dokumente als für den Maßstab der §§ 20, 29 GBO ausreichend erachten durfte und damit die materielle Rechtslage auch formellrechtlich ausreichend nachgewiesen war (siehe bb)).

aa) In materieller Hinsicht führt das Beschwerdegericht zutreffend aus, dass der transmortal Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) nunmehr von „den Erben“ des Vollmachtgebers bevollmächtigt ist und sich diese Vollmacht grundsätzlich universell auf das Nachlassvermögen bezieht.¹

Die (übliche) Formulierung der Generalvollmacht lässt nach Ansicht des Beschwerdegerichts überdies auch keinen Zweifel zu, dass die Vollmacht transmortal ausgestaltet ist und auch konkret Rechtsgeschäfte wie die vorgenommene Vermächtniserfüllung unter die Vollmacht fallen. Dies ist zunächst Auslegungsfrage.

Dass eine Generalvollmacht im Zweifel transmortal gilt, ergibt sich zum einen schon richtigerweise aus §§ 168, 672, 675 BGB, wonach auch ohne weitere Anordnung des Vollmachtgebers die Vollmacht nach dem gesetzgeberischen Willen über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gilt (das Recht des Auftrags bzw. der Geschäftsbesorgung ordnet hier im Zweifel transmortale Geltung an). Zum anderen ist die transmortale Geltung auch im Wortlaut der Vollmacht selbst regelmäßig unzweifelhaft klar gestellt.

Die Generalvollmacht ist grundsätzlich auch nicht einschränkend dahingehend zu verstehen, dass nur bestimmte Rechtsgeschäfte, also etwa bloße Abwicklungsmaßnahmen oder zu Lebzeiten bereits begonnene wiederkehrende Geschäfte unter eine transmortale Generalvollmacht fielen. Eine den Wortlaut einschränkende Auslegung einer unzweideutig formulierten notariellen Generalvollmacht nach §§ 133, 157 BGB kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Da gerade das notarielle Verfahren Gewähr für die unzweideutige Erfassung des Willens der Beteiligten bieten soll, bestehen hohe Beweis- und Begründungsanforderungen, wenn unterstellt werden soll, entgegen dem Wortlaut solle die Vollmacht nach dem Tod nicht universell, sondern nur noch partiell gelten.²

Dass die Vollmacht nach dem Willen des Vollmachtgebers den Erbschein nicht ersetzen solle, ist dabei aus Verfassersicht (dem stimmt das Gericht im Ergebnis zu, ohne dies explizit zu thematisieren) ebenfalls keine zulässige Auslegung des Vollmachtgeberwillens nach §§ 133, 157 BGB. Denn zum einen findet diese Einschränkung keine Andeutung im Wortlaut der üblichen Vollmachten, zum anderen besteht für eine solche Einschränkung keine Notwendigkeit: Sollte der Bevollmächtigte dem letzten Willen des Vollmachtgebers zuwiderhandeln, also die im letzten Willen beabsichtigte Erbauseinandersetzung konterkarieren, bestehen regelmäßig Schadensersatzansprüche bzw. Ansprüche aus Bereicherungsrecht. Vielmehr besteht aus Kostenersparnisgründen in so manchen Fällen ein praktisches Bedürfnis dafür, dass der Bevollmächtigte auch etwa Erbauseinandersetzungsmassnahmen mit der Generalvollmacht vornehmen kann. Es ist daher aus Vollmachtgebersicht unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (§§ 133, 157 BGB) nicht erkennbar, warum dem Erben die Möglichkeit verwehrt

¹ Dies entspricht auch bereits der a. M., vgl. BGHZ 87, 19, 25; Lieder, ZfPW 2022, 345 ff. m. w. N.

² Vgl. MüKo-BGB/Busche, § 133 Rn 36 m. w. N: Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde.

bleiben soll, über das Konstrukt des transmortal Bevollmächtigten den Nachlass günstig ohne Erbnachweis abzuwickeln.

Schließlich nimmt das Beschwerdegericht zutreffend auch nicht an, dass die Vollmacht nach dem Tod im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) dadurch beschränkt sei, dass die Erben dem Handeln des Bevollmächtigten zustimmen müssten, ihnen jedenfalls aber Gelegenheit zum Vollmachtswiderruf zu geben sei. Dies erschiene pauschal auch beinahe absurd, da die transmortale Geltung nachgerade häufig zu dem Zweck angeordnet ist, Handlungsfähigkeit des Nachlasses in der Zeit bis zur endgültigen Erbenermittlung sicherzustellen. Forderte man materiell-rechtlich im Wege der Auslegung der Vollmacht eine Zustimmung der Erben oder eine Gelegenheit zum Vollmachtswiderruf (dafür müssten die Erben ja feststehen), liefe die transmortale Vollmacht in den entscheidenden Fällen leer. Auch dass nur in Fällen, in denen keine bloßen Abwicklungsmaßnahmen getätigt werden, eine Zustimmung bzw. eine Gelegenheit zum Widerruf vorliegen müsse, ergibt nach Ansicht des Verfassers die Auslegung nicht, denn sonst wäre eben gerade die Nachlassabwicklung ohne Erbnachweis nicht möglich. Der der Vollmacht zugrunde liegende Auftrag soll daher nach dem Willen des Vollmachtgebers unabhängig von etwaigen Erben sein.³

Überdies, und das geht etwas im Beschluss des Beschwerdegerichts unter, bleibt festzuhalten, dass die im vorliegenden Fall vorgenommene Erfüllung eines Vermächtnisses doch wohl gerade auch vom ausdrücklichen, im Testament niedergelegten Willen der Vollmachtgeberin gedeckt gewesen ist, was eine einschränkende Auslegung der Vollmacht in dieser Hinsicht zusätzlich erschwert.

bb) In formeller Hinsicht stellt das Beschwerdegericht klar, dass die in Urschrift dem Notar vorgelegte, dem Grundbuchamt in beglaubigter Abschrift übersandte Generalvollmacht zum Nachweis der soeben dargelegten materiellen Rechtslage i. S. d. §§ 20, 29 GBO ausreiche. Zwar stehe dem Grundbuchamt im Rahmen seiner Prüfungskompetenz nach §§ 20, 29 GBO das Recht zu, Bestand und Wirksamkeit der Vollmacht selbst zu prüfen (und im Einzelfall weitere Nachweise zu verlangen, etwa wenn dem Bestand der Vollmacht begründete Zweifel entgegenstünden).

Die Vollmachtsurkunde lag in rechtsscheinbegründender Weise bei Vornahme des Rechtsgeschäfts vor. Zweifel an der materiellen Wirksamkeit der Vollmacht bestehen aber nicht. Das Argument, den Erben müsse Gelegenheit zum Vollmachtswiderruf gegeben werden, begründet solche Zweifel gerade ebenfalls nicht, denn unabhängig von der Frage, ob ein bekannter Vollmachtswiderruf ein Eintragungshindernis wäre, ist ein solcher nicht vorgetragen. Eine Nachforschungspflicht begründen die §§ 170 bis 172 BGB gerade nicht.

Auf formellrechtlicher Ebene stehen im Übrigen keine Vorschriften dem gezielten „Missbrauch“ der transmortalen Vollmacht zum Zwecke der kostengünstigen, den Erbnachweis sparenden Erbauseinandersetzung entgegen.

cc) Das Beschwerdegericht kommt damit im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung⁴ zu dem Ergebnis, dass die transmortale Generalvollmacht grundsätzlich nicht nur für bloße Abwick-

lungsmaßnahmen, sondern für alle Rechtsgeschäfte des Nachlasses ohne engere zeitliche Begrenzung tauglich ist und die Erben nicht feststehen und auch nicht nachgewiesen werden müssen.

b) Problematisch ist – das war aber im vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant – aber der Fall, dass der Bevollmächtigte zugleich Alleinerbe ist und sich darauf beruft. Hier tritt nach der herrschenden Meinung Konfusion zwischen Erben und Bevollmächtigtem ein, wodurch die Vollmacht erlischt.⁵ Soweit der Bevollmächtigte bloß als potenzieller Alleinerbe in Betracht kommt, sich hierauf jedoch nicht beruft, steht dies jedoch nach zutreffender Ansicht des OLG München⁶ der Verwendung der transmortalen Generalvollmacht nicht entgegen.

c) Im Rahmen der Verwendung von transmortalen Vorsorgevollmachten ist weiterhin (und das sei hier ebenfalls nur der Ergänzung halber angemerkt) streitig, ob die Eintragung von Finanzierungsgrundschulden ohne Voreintragung der Erben möglich ist. Die früher h. M. forderte bisher unter Heranziehung des Grundsatzes des § 39 Abs. 1 GBO eine Voreintragung der Erben, weil der Ausnahmetatbestand des § 40 Abs. 1 GBO nach dem Wortlaut nicht greife und auch nicht wie bei der Auflassungsvormerkung entsprechend angewandt werden könne.⁷ Hiergegen wendet sich mittlerweile eine im Vordringen befindliche, wohl bereits herrschende Auffassung,⁸ nach der unter analoger Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO die Voreintragung entbehrlich ist. Schließlich sei die Zustimmung des transmortal Bevollmächtigten vergleichbar mit der eines im Wortlaut des § 40 GBO genannten Nachlasspflegers, überdies entspreche die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld dem Sinn und Zweck des § 40 GBO, die Voreintragung dann entbehrlich werden zu lassen, wenn bloß vorübergehende, auf Rechtserwerb gerichtete Rechte eingetragen werden sollen. Die Eintragung ohnehin alsbald verschwindender Rechte (wie etwa der Auflassungsvormerkung, für die das bisher bereits auch in analoger Anwendung der Vorschrift überwiegend für zulässig gehalten worden war, aber auch der Finanzierungsgrundschuld) solle nach dem Telos des § 40 GBO nicht unnötige Zwischeneintragungskosten verursachen.

d) Schließlich ist noch anzumerken, dass bloße durch die Betreuungsbehörde unterschriftsbeglaubigte Vorsorgevollmachten nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG n. F. nach dem Tod des Vollmachtgebers ab dem 1.1.2023 ihre Beglaubigungswirkung verlieren. Derartige Vollmachten sind also zukünftig nicht für den Grundbuchverkehr transmortal verwendbar. Für notariell beurkundete oder beglaubigte Vollmachten gilt dies nicht (§ 7 Abs. 1 S. 3 BtOG n. F.).

Notarassessor Dr. Michael Böhme, Dachau

³ BGH, Urt. v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, MittBayNot 1995, 29, 30.

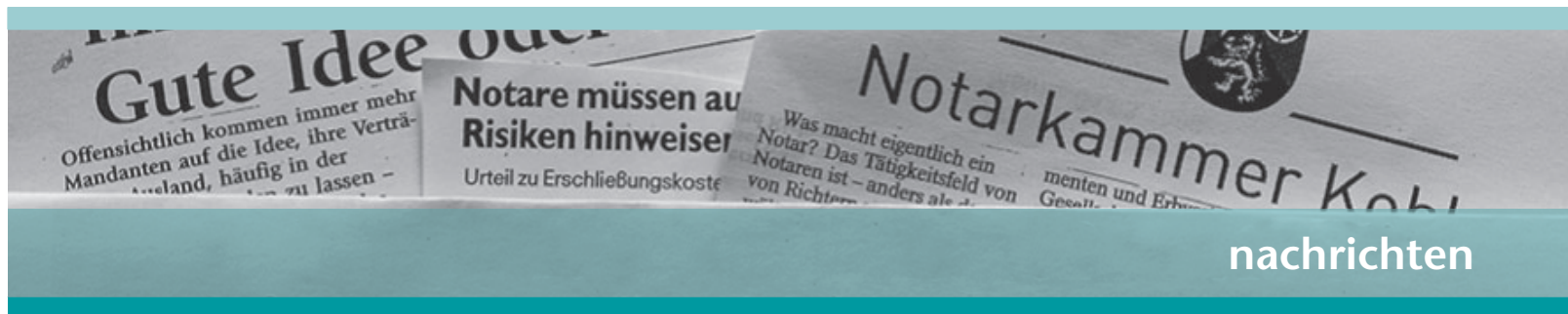
⁴ Vgl. zum Beispiel OLG Stuttgart FGPrax 2019, 67; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140 und ZEV 2015, 648; LG Stuttgart ZEV 2008, 198; OLG Celle, DNotZ 2020, 672; *Schöner/Stöber*, Rn 3571 m. w. N.

⁵ OLG München NJW 2016, 3381; OLG Hamm DNotZ 2013, 689, a. A. KG ZEV 2021, 332.

⁶ OLG München NJW 2016, 3381.

⁷ Vgl. z. B. KG FGPrax 2011, 270 m. w. N.

⁸ Vgl. z. B. OLG Frankfurt, ZEV 2017, 719, 721; OLG Köln, FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart DNotZ 2019, 194; OLG Celle, DNotZ 2020, 672, 676.



Nachrichten

Zweites Gesetz zur effektiven Durchsetzung von Sanktionen (Sanktionsdurchsetzungsgesetz II)

Der Bundestag hat am 1.12.2022 das Sanktionsdurchsetzungsgesetz II beschlossen. Der Deutsche Notarverein hat das Gesetzgebungsverfahren intensiv begleitet und war auch als Sachverständiger für die öffentliche Anhörung im Finanzausschuss benannt. Aus Sicht der notariellen Praxis konnten hierdurch gegenüber der Fassung des Referentenentwurfs einige, wenngleich nicht alle gewünschten Verbesserungen erreicht werden. Positiv hervorzuheben ist, dass die ursprünglich vorgesehene Pflicht der Notarinnen und Notare, den wirtschaftlich Berechtigten anstelle der Gesellschaften an das Transparenzregister mitzuteilen (§ 19c GwG-RefE), aus dem Gesetz gestrichen wurde.

Das Sanktionsdurchsetzungsgesetz II führt insbesondere zu einem Barzahlungsverbot bei Immobiliengeschäften (§ 16a GwG). Bei einem Immobilienkauf muss die Einhaltung des Verbots vom Notar überwacht werden, indem ihm von den Beteiligten als Nachweis der unbar erbrachten Gegenleistung zum Beispiel der Kontoauszug vorgelegt wird. Erst dann darf grundsätzlich der Antrag auf Eigentumsumschreibung gestellt werden. Verstöße gegen das Barzahlungsverbot oder die Nachweispflicht müssen an die FIU gemeldet werden. Die Regelung gilt für alle ab dem 1.4.2023 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (§ 59 Abs. 11 GwG). Daneben führt das Sanktionsdurchsetzungsgesetz II zu einer Erweiterung der Mitteilungspflichten ausländischer Vereinigun-

gen (und mit Wirkung zum 1.7.2023 damit auch zu einem Beurkundungsverbot) nunmehr auch für Bestandsfälle (§ 20 Abs. 1 S. 2 GwG) sowie zu einer neuen Meldepflicht bei festgestellten Unstimmigkeiten des Transparenzregisters bei der Zuordnung von Immobilien (§ 23b GwG). Die neue Meldepflicht tritt erst am 1.1.2026 in Kraft.

Personen

Landesnotarkammer Brandenburg Ernennung zur Notarassessorin/zum Notarassessor

Dr. Lea-Ariane Blenk, zum 1.11.2022

Dr. Moritz Blenk, zum 1.11.2022

Christoph Kirsch, zum 1.12.2022

Rheinische Notarkammer Ernennung zur Notarassessorin/zum Notarassessor

Laura Charlotte Streblow (Köln), Bonn, zum 7.11.2022

Dr. Tilman Imm (Düsseldorf), Wuppertal, zum 4.11.2022

Dejan Perkić (Saarwellingen), Düsseldorf, zum 4.11.2022

Philipp Häming (Köln), Bonn, zum 7.11.2022

Termine

Save the Date: 33. Europäische Notarentage

Die österreichischen Notarinnen und Notare laden zu den 33. Europäischen Nota-

rentagen vom 20. bis 21.4.2023 in Salzburg ein.

Im Fokus der Fachtagung am 21.4.2023 steht dieses Mal „Digitalisierung im Notariat – Praxis- & Zukunftsvisionen für Europa“. Wie wichtig digitale Werkzeuge und Verfahren für die notarielle Praxis sind, hat die Covid-19-Pandemie gezeigt. Bei der Veranstaltung wird man sich den laufenden Veränderungen und Herausforderungen der Digitalisierung, auch im grenzüberschreitenden Bereich, in drei Diskussionsrunden widmen. Die Einladung mit dem detaillierten Programm ist seitens der Österreichischen Notariatskammer für März 2023 angekündigt.

16. Symposium „Moderne Familienstrukturen: Familien- und Erbrecht. Rechtstatsachen, aktuelle Rechtslage, Überlegungen de lege ferenda“

Zeit: 21.4.2023

Ort: In den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Referent: Prof. Dr. Walter Bayer, Direktor des Instituts für Notarrecht Jena, Prof. Dr. Christine Budzikiewicz, Priv.-Doz. Dr. med. habil. Heidi Fritzsche, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Christoph Keim, Prof. Dr. Philipp M. Reuß

Kontakt: Institut für Notarrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/9-42510, Fax: 03641/9-42512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de



Das Personengesellschaftsrecht nach dem MoPeG – eine wertvolle Gesamtdarstellung

Schäfer (Hrsg.), **Das neue Personengesellschaftsrecht – Einführung zum MoPeG**, C. H. Beck Verlag, 1. Aufl. 2022, 507 Seiten, 79 €, ISBN 978-3-406-77501-7.

Mit gebührendem Vorlauf, nach kontroversen Debatten und letztlich doch schneller als erwartet wurde auf den letzten Metern der vergangenen Legislaturperiode das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG)¹ verabschiedet. Es unterwirft das Personengesellschaftsrecht in 137 Artikeln einer Generalrevision und setzt mit der Perpetuierung der Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR gut 20 Jahre nach dem Weißen Ross-Urteil des BGH² einer jahrzehntelangen Reformdiskussion jedenfalls vorerst den Schlusspunkt.

Das Gesetz wird – ein Jahr später als ursprünglich anvisiert – erst am 1.1.2024 in Kraft treten, doch die Rechtspraxis und insbesondere Notarinnen und Notare sind gut beraten, sich rechtzeitig mit den wichtigsten Änderungen vertraut zu machen. Mag der sprichwörtliche „Federstrich des Gesetzgebers“³ zwar nicht gleich alles Bekannte zu Makulatur gemacht haben, so dürfte er den Bibliotheksbeständen im Personengesellschaftsrecht zumindest nicht unerheblich zugesetzt haben und zu deutlichen Änderungen in der Berufspraxis führen.⁴ Neben der gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit der als Außengesellschaft verfassten GbR (vgl. § 705 Abs. 2 BGB-neu: „kann ... Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen“), ihrer organschaftlichen Vertretung und persönli-

chen akzessorischen Haftung stehen dabei die Einführung eines Gesellschaftsregisters für GbRs, die Öffnung der OHG und KG für Freiberufler sowie die Novellierung des Beschlussmängelrechts für Personenhandelsgesellschaften im Zentrum der Reform.⁵ Umwandlungsrechtliche Verfahren müssen unter den erweiterten Umwandlungsmöglichkeiten unter Beteiligung von Personengesellschaften ebenfalls neu überdacht werden.



Das vorliegende, von Prof. Dr. Carsten Schäfer herausgegebene Werk bietet hierzu eine informative Gesamtdarstellung mit wissenschaftlicher Tiefe. Die Autoren waren überwiegend Mitglieder der vom BMJV eingesetzten Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Bergmann, Grunewald, Hermanns, Liebscher, Schäfer, Wertenbruch) bzw. des federführenden Referats im BMJV selbst (Schollmeyer, Noack) oder haben aus wissenschaftlicher Sicht die Reformdiskussion intensiv begleitet (Armbrüster, Habersack, Hemrichs). Diese Fachkenntnis der Materie ist den Ausführungen durchwegs anzumerken.

Geblieben ist ein Band mit dreizehn systematisch geordneten Kapiteln und einer umfangreichen Synopse zum MoPeG. Unter § 1 gibt der Herausgeber einen Abriss über das Gesetzgebungsverfahren

und die zugrunde liegende Reformdiskussion. Dabei geht Schäfer auch auf die Schwerpunkte des neuen Personengesellschaftsrechts ein (§ 1 Rn 18 ff.). In den nachfolgenden §§ 2 bis 13 des Bandes werden die zentralen Rechtsbereiche auf Basis des MoPeG erläutert und die jeweiligen Änderungen gegenüber dem geltenden Recht verdeutlicht. Aus Sicht der Notarinnen und Notare wird hierbei in erster Linie das von Notar Dr. Marc Hermanns verantwortete Kapitel zur Einführung des mit Publizitätswirkung ausgestalteten Gesellschaftsregisters für die GbR (§ 2) von praktischer Relevanz sein. Obligatorisch, so Hermanns näher zur Regelungstechnik (§ 2 Rn 2), ist die Eintragung nur dann, wenn die GbR ihrerseits Inhaberin von in anderen öffentlichen Registern registrierten Rechten (insbesondere Grundbuch, Handels- oder Gesellschaftsregister) werden will, d. h. wenn die GbR also z. B. ein Grundstück erwerben oder Gesellschafterin einer GmbH werden möchte. Damit werde einerseits die Flexibilität der GbR als Auffangrechtsnorm erhalten, andererseits den bislang in der notariellen und registerrechtlichen Praxis bestehenden Schwierigkeiten bei Auftreten der GbR im Rechtsverkehr, etwa im Hinblick auf einen belastbaren Nachweis der Existenz und Vertretungsverhältnisse, abgeholfen (vgl. §§ 707, 707a BGB-neu i. V. m. § 15 HGB). Dabei werden auch die parallel zum Handelsregister ausgestalteten verfahrensrechtlichen Aspekte der Anmeldung zum Gesellschaftsregister – elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (§ 707b BGB-neu i. V. m. § 12 HGB) – unter Mitwirkung des Notars dargestellt und ein Muster für eine Erstanmeldung an die Hand gegeben (§ 2 Rn 15 ff.). Hinzu treten Ausführungen zum regelungs- und verfahrenstechnisch anspruchsvollen Statuswechsel (§ 2 Rn 21 ff.) sowie zu Einzelfragen in ausgewählten Objektregistern, darunter zu den wichtigen Änderungen im Grund-

¹ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. 2021 I, 3436.

² BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

³ Zur Rechtshistorie des „Federstrichs des Gesetzgebers“ aus dem Jahr 1847 etwa Bartsch, ZRP 2011, 32; Ulmer, ZIP 2008, 45.

⁴ K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16: „Ein neues Haus für das Recht der Personengesellschaften.“

⁵ Für einen Überblick der Neuregelungen aus Sicht der notariellen Praxis siehe etwa bereits Aumann, notar 2022, 99; Hermanns, DNotZ 2022, 3; ferner Schollmeyer, DNotZ 2021, 889.

buchrecht bei einer grundbesitzerwerbenden GbR (§ 2 Rn 28 ff.)⁶ oder zu den Auswirkungen auf die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG und das Aktienregister nach § 67 AktG (§ 2 Rn 47 ff. und Rn 52 f.).

Von den weiteren Kapiteln stoßen augenscheinlich die zur Außen- und Innengesellschaft (§ 3), zur Vertretung und Haftung (§ 4), zu den Mitgliedschaftsrechten und -pflichten (§ 6) und zum Gesellschafterwechsel (§ 7), namentlich dem Ausscheiden, der Ausschließung und der Anteilsübertragung, auf besonderes Interesse des Praktikers. Die dort gewonnenen Erkenntnisse gelangen dabei nicht nur im Rahmen der unmittelbaren Teilhabe der GbR am Rechtsverkehr zur Anwendung, sondern dürften auch im Rahmen der Gestaltung der Vermögensnachfolge von Bedeutung sein. Es folgen Kapitel zur Insolvenz von Gesellschaft und Gesellschaftern (§ 8) und zur Auflösung und Liquidation (§ 9). Die unter § 10 erörterte Öffnung der Personenhandelsgesellschaft für die Freien Berufe (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB-neu) ist jenseits der Mandantenberatung für Notare freilich nur von begrenzter Bedeu-

tung, da das Notaramt für sich gemäß § 9 Abs. 1 BNotO nicht sozietätsfähig ist und aufgrund des hoheitlichen Charakters der notariellen Amtsausübung nach § 19 Abs. 1 BNotO die Beschränkung der Haftung für Amtspflichtverletzungen ausgeschlossen ist. Zahlreiche Neuerungen ergeben sich ferner infolge der erweiterten Umwandlungsmöglichkeiten unter Beteiligung von Personengesellschaften, die unter § 12 von *Schollmeyer* im Detail nachvollzogen werden. Die in der vorstehenden Auflistung noch fehlenden Kapitel zum novellierten Beschlussmängelrecht (§ 5) und zum Verein ohne Rechtspersönlichkeit (§ 13) runden die Gesamtdarstellung ab.

Hilfreich ist auch die im Anhang (§ 14) abgedruckte Synopse, die das derzeit geltende Recht (zum Stand 1.11.2021) den Änderungen durch das MoPeG ab 1.1.2024 gegenüberstellt, wobei sich die Darstellungen auf die Änderungen im BGB und HGB beschränken. Gerade in der Übergangszeit dürfte die gut aufbereitete Synopse zum treuen Nachschlagewerk vieler Rechtsanwender zählen.

Die inhaltlichen Ausführungen sind sehr gut lesbar, fundiert und konzentriert. Die

Neuerungen werden vertieft behandelt und dem Autorenkreis entsprechend wissenschaftlich erörtert. Notarinnen und Notare werden sich bisweilen eine spezifischere Darstellung der sich gezielt für die notarielle Praxis ergebenden Rechtsfolgen wünschen. Auch Muster und Beispiele finden sich nur vereinzelt. Dies allerdings dürfte auch nicht Anspruch dieses Bandes sein und soll das insgesamt positive Bild des Werks nicht trüben.

Zusammenfassend handelt es sich bei dem Band um eine sehr gelungene Gesamtdarstellung, die weit mehr als eine Einführung in das neue Personengesellschaftsrecht ist. Das hochkarätige Autorenteam führt präzise und wissenschaftlich durch die große Gesetzesreform, ordnet seine neuen Regelungen und Leitgedanken ein und stellt detailliert die Änderungen gegenüber dem noch geltenden Recht dar. Das Werk sei jedem, der rechtzeitig vor dem Inkrafttreten des MoPeG die neuen Vorschriften vertieft nachvollziehen möchte, wärmstens empfohlen.

Notarassessor Max Josef Ehrl ist Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins.

⁶ Zum Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem MoPeG siehe auch *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319.