

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Schriftleiter:

Notarassessor

Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.

Neu unter

www.notare.bayern.de

- Der Ausschuss der Notarassessoren bei der Landesnotarkammer Bayern informiert (Angebote für Fachanwender)

ISSN 0941-4193

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlungen

Frank, Bauträgerrecht in Europa 113

Wachter, Das Steuersenkungsgesetz – einzelne Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit 136

Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

Grötsch, Immobilienerwerb in Österreich 175

Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

Bode, Verhandlungshilfe durch Notare 182

Rechtsprechung

Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (BGH) mit Anmerkung *Ann* 192
197

Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Auflassungserklärung (BayObLG) mit Anmerkung *Kanzleiter* 202
203

Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen (BVerfG) mit Anmerkung *Schervier* 207
213

Eintragung von Erwerbfern bei ausländischem Güterstand (BayObLG) mit Anmerkung *Riering* 221
222

Zulässigkeit der Eigenurkunde zur Bewilligung einer Eigentumsumschreibung (OLG Frankfurt/M.) mit Anmerkung *Reithmann* 225
226

Einreichen einer Satzungsänderung der Vor-GmbH zum Handelsregister (OLG Zweibrücken) mit Anmerkung *Naumann* 230
231

Zeitlicher Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2 a GrEStG (BFH, Urteil vom 8.11.2000 – II R 64/98 –) mit Anmerkung *Gottwald* 233
234

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Frank</i> , Bauträgerrecht in Europa	113
<i>Wachter</i> , Das Steuersenkungsgesetz – einzelne Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit	136
Kurze Beiträge	
<i>Rapp</i> , Bauträgervertrag und Abschlagszahlungen	145
<i>Amann</i> , Notarielle und gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Immobilienkäufers	150
<i>Reul</i> , Die Novelle des Aktiengesetzes durch das NaStraG	156
<i>Gottwald</i> , Staatliche Genehmigungserfordernisse bei GmbH-Gründungen	164
<i>Volmer</i> , Nachweiserfordernisse bei zu überwachenden Vollzugsvoraussetzungen	171
Tagungsberichte und Auslandspraktika	
<i>Ruhland</i> , Eine „Schnupperlehre“ im Notariat in Bozen	172
Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“	
<i>Grötsch</i> , Immobilienerwerb in Österreich	175
Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“	
<i>Bode</i> , Verhandlungshilfe durch Notare	182
Buchbesprechungen	
Baumbach/Hopt, HGB und Ernsthaller (Hrsg.), GK zum HGB (<i>Rawert</i>)	185
Firsching/Graf, Nachlassrecht (<i>Mayer</i>)	186
Mihm, Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar (<i>Eue</i>)	187
Staudinger, BGB, UN-Kaufrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Art. 25, 26 EGBGB, Art. 38 EGBGB (<i>Herrmann</i>)	189
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (BGH, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 –) mit Anmerkung <i>Ann</i>	192
2. Zum nachträglichen Wegfall einer Fälligkeitvoraussetzung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.1.2001 – 9 U 155/00 –)	197
	199

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Auflassungserklärung I (BayObLG, Beschluss vom 24.1.2001 – 2Z BR 129/00 –)	200
4. Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Auflassungserklärung II (BayObLG, Beschluss vom 30.11.2000 – 2Z BR 120/00 –) mit Anmerkung <i>Kanzleiter</i>	202 203
5. Bestimmtheit des Zinsbeginns bei Hypothek (BayObLG, Beschluss vom 14.12.2000 – 2Z BR 19/00 –)	204
6. Umwandlung von Wohnungseigentum (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 89/00 –)	205
7. Nachweis der Genehmigungsfreiheit bei Veräußerung landwirtschaftlich nutzbarer Grundstücke (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 118/00 –)	206
8. Kein Verzicht auf Wohnungseigentum (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.9.2000 – 3 Wx 328/00 –)	207
<i>Familienrecht</i>	
9. Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen (BVerfG, Urteil vom 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 –) mit Anmerkung <i>Schervier</i>	207 213
10. Haftungsgrenze der Unterhaltspflicht des Erben (BGH, Urteil vom 29.11.2000 – XII ZR 165/98)	216
<i>Erbrecht</i>	
11. Auswechslung eines im gemeinschaftlichen Testament ernannten Testaments- vollstreckers (OLG Hamm, Beschluss vom 6.11.2000 – 15 W 188/00 –)	217
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
12. Prüfungsrecht des Registergerichts (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2000 – 3 Wx 432/00 –)	219
13. Schriftbild der Eintragung einer Firma (KG, Beschluss vom 23.5.2000 – 1 W 247/99 –)	220
Internationales Privatrecht	
14. Eintragung von Erwerbern bei ausländischem Güterstand (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 5/00 –) mit Anmerkung <i>Riering</i>	221 222
Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht	
15. Vollstreckungsklausel für eine Bankfiliale (OLG Hamm, Beschluss vom 14.11.2000 – 15 W 318/00 –)	224
Beurkundungs- und Notarrecht	
16. Zulässigkeit der Eigenurkunde zur Bewilligung einer Eigentumsumschreibung (OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 11.1.2001 – 20 W 255/2000 –) mit Anmerkung <i>Reithmann</i>	225 226

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
17. Notarieller Vorbescheid bei Auszahlung von Notaranderkonto (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.12.2000 – 3 W 208/00 –)	228
18. Streit über Voraussetzungen für den Vollzug der beurkundeten Auflassung (OLG Köln, Beschluss vom 28.8.2000 – 11 W 23/00 –)	228
Kostenrecht	
19. Einreichen einer Satzungsänderung der Vor-GmbH zum Handelsregister (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.9.2000 – 3 W 178/00 –) mit Anmerkung <i>Naumann</i>	230 231
Steuerrecht	
20. Zeitlicher Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2 a GrEStG (BFH, Urteil vom 8.11.2000 – II R 64/98 –) mit Anmerkung <i>Gottwald</i>	233 234
21. Besteuerung des Einbringungsgewinns bei Aufnahme eines Soziums (BFH-Urteil vom 21.9.2000 – IV R 54/99 –)	235
Hinweise für die Praxis	
Zuständige Stellen für die Erteilung der Apostille in den USA	238
Standesnachrichten	241
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

ABHANDLUNGEN

Bauträgerrecht in Europa

Von Notarassessorin *Dr. Susanne Frank, lic. en droit (Paris II/Assas)*, München

Den Traum vom eigenen Ferienhaus im Ausland erfüllen sich immer mehr Deutsche. Wunsch und Wirklichkeit klaffen dabei jedoch vielfach noch weit auseinander, wenn es um die Sicherheit der Vertragsgestaltung geht. Trotz zunehmender Harmonisierung und europäischer Union existieren in den europäischen Staaten jeweils eigene Rechtsnormen und Vorschriften zum Immobilienerwerb.¹ Besonders delikat ist hierbei der Erwerb vom Bauträger. Ein einheitlicher Standard zum Schutze des Käufers hierüber ist in Europa noch nicht vorhanden.

Vorbemerkung

Für das moderne Bauträgergeschäft typisch ist, dass der Käufer vom Bauträger Grundbesitz mit einem darauf erst noch zu errichtenden Bauwerk erwirbt. Besonderheiten im Vergleich zum „normalen“ Kaufvertrag ergeben sich – aus der Sicht des Käufers – u.a. insbesondere im Hinblick

- auf den Modus der Zahlung des Kaufpreises,
- das Risiko der Fertigstellung des Bauobjekts,
- die Frage der Gewährleistung des Bauträgers für Baumängel und
- der Lastenfreistellung des Objekts von Globalbelastungen seitens des Bauträgers.

Ganz entscheidend ist vor allem die Frage des Zeitpunkts der Kaufpreiszahlung und ihrer Absicherung. Der Grundstückserwerb sowie das Bauvorhaben verlangen vom Bauträger erheblichen Kapitaleinsatz. Verlangte er, entsprechend der für Deutschland in § 641 BGB normierten Vorleistungspflicht, Zahlung erst nach vollständiger Fertigstellung, bestünde die

¹ In der MittBayNot erscheint in diesem Zusammenhang derzeit die Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“, die mit Kurzbeiträgen das Immobilien- und Erbrecht verschiedener Länder praxisnah darstellen will, s. Einführung hierzu bei *Wachter*, MittBayNot 2000, 400 (400); erschienen sind bislang *Rombach*, MittBayNot 2000, 400 ff. (Tschechien), *Eberl*, MittBayNot 2000, 515 ff. (Spanien), *Frank*, MittBayNot 2001, 39 ff. (Frankreich) und *Grötsch*, MittBayNot 2001/S. 175 ff. (Österreich); zur Rechtslage in Italien s. *Kindler*, MittBayNot 2000, 265 ff.

Gefahr, dass die Preise für neu errichteten Wohnraum enorm steigen. Regelmäßig wird daher bereits baufortschrittweise gezahlt. Der Käufer muss dabei vor einem Verlust seiner vor Fertigstellung des Baus geleisteten Zahlungen, insbesondere im Falle der Insolvenz des Bauträgers, geschützt werden.

Abschnitt I. Rechtslage in Deutschland

In Deutschland gelten zum Schutze des Käufers neben den Regeln des Kauf- und Werkvertrages und dem Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen vor allem die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in der Fassung von 1990.²

Ihre Entstehung hängt mit einer Reihe von Bauträgerkonkursen Anfang der siebziger Jahre aufgrund einer Stagnation des Baugeschäfts zusammen, die die Missstände des Immobilien- und Baumarktes offen zu Tage brachten. Der Gesetzgeber schritt hiergegen nicht nur durch Änderung des § 313 BGB³ und Einführung des AGB-Gesetzes im Jahre 1976⁴ ein, sondern insbesondere auch durch Änderung der Gewerbeordnung im Jahre 1972.⁵ Auf der Ermächtigungsgrundlage des § 34c GewO wurde zunächst die „Verordnung zur Durchführung von § 34 c GewO“⁶, gleich darauf die „Verordnung

² Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträgerverordnung – MaBV –) in der Fassung vom 7.11.1990, BGBl. I, 2479, zuletzt geändert durch die dritte Verordnung zur Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung vom 14.2.1997, BGBl. I, 272.

³ Die Änderung erfolgte insb. auf Bemühen des Bayerischen Justizministeriums und des deutschen Notariats dahingehend, dass seitdem auch die Verpflichtung, ein Grundstück zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf, *Wolfsteiner*, ÖNZ 1994, 149 (151).

⁴ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I, 3317 mit Änderungen gemäß Fundstellennachweis A zu BGBl. III, Nr. 402-28 i.d. Fassung der Bekanntmachung v. 29.6.2000, BGBl. I, 946.

⁵ Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 16.8.1972, BGBl. I, 1465, in Kraft getreten am 1.2.1973.

⁶ Verordnung vom 20.6.1974, BGBl. I, 1314, hierzu s. *Marcks*, DNotZ 1974, 524 ff. und *Kanzleiter*, DNotZ 1974, 542 ff., jeweils m.w.N.

zur Änderung der Verordnung zur Durchführung von § 34c GewO⁷ erlassen. Letztere wurde erstmals als Makler- und Bauträgerverordnung bezeichnet und ist Grundlage für die heute noch geltende Fassung.⁸ Als Hilfe bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen in der Praxis wird von der Landesnotarkammer Bayern seit dem Jahre 1971 außerdem das Merkblatt zur Gestaltung von Bauträgerverträgen herausgegeben.⁹

Am 1.5.2000 ist das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000¹⁰ in Kraft getreten. Nach dem neuen § 632 a BGB kann der Unternehmer nun in Abweichung von § 641 BGB Abschlagszahlungen verlangen für abgeschlossene Werkteile und für geliefertes Material. Der neue § 27 a AGBG enthält eine Ermächtigung für das Bundesministerium der Justiz, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine Rechtsverordnung über die Abschlagszahlungen beim Hausbau zu erlassen. Die Ermächtigung erstreckt sich auch auf Bauträgerverträge, die bislang auf der Grundlage der gewerberechtlichen MaBV gestaltet werden. Die Ermächtigung soll diejenige des § 34c GewO ergänzen bzw. ersetzen.¹¹

Über die rechtliche Tragweite der Neuregelung, insbesondere auch in Bezug auf die derzeitige Rechtslage, sind seit kurzem Diskussionen entstanden. Ursächlich war zunächst die Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in zwei Parallelurteilen vom 22.12.2000, dass bei Vereinbarung eines Zahlungsplans, der von den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV abweicht, anstelle der wegen Verstoßes gegen § 12 MaBV gemäß § 134 BGB nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung nicht der reguläre Zahlungsplan nach § 3 Abs. 2 MaBV tritt, sondern die Regelung des § 641 BGB. Das bedeutet, dass die Forderung des Bauträgers insgesamt erst mit Abnahme fällig wird. Begründet wird dies damit, dass die MaBV keine zivilrechtliche Norm sei, sondern es sich dabei um eine ausschließlich gewerberechtliche Gebots- und Verbotsnorm handele, die keinen vorrangigen Geltungsanspruch vor dem Gesetzesrecht habe.¹²

Die Diskussionen um das Ausmaß und die Folgen dieser Urteile für das gesamte Bauträgerrecht wurden aber erst durch

die Auffassung des BGH-Richters und stellvertretenden Vorsitzenden des VII. Zivilsenats Prof. Dr. Reinhold Thode über die Konsequenzen dieses Urteils und der neuen Regelung des § 632 a BGB ausgelöst: Die – bisher unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zulässigen – an § 3 MaBV orientierten Abschlagszahlungen verstießen, sofern es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauträgers handele, gegen § 9 Abs. 1, 2 Nr. 1 AGBG. Gesetzliches Leitbild für Abschlagszahlungen beim Werkvertrag sei alleine der neue § 632 a BGB. Dies gelte auch für Bauträgerverträge. § 632 a BGB gelte unterschiedslos für alle Werkverträge, eine unterschiedliche Behandlung von Bauträger- und Hausbauverträgen sei nicht geboten. Eine Abschlagszahlung entsprechend § 632 a BGB sei aber beim Bauträgervertrag nicht möglich, dessen gesetzliche Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Auch der Versuch des Gesetzgebers, über § 27 a AGBG die Problematik über den Erlass einer Hausbauverordnung zu beseitigen, führe nicht zum gewünschten Ergebnis, da diese im Konflikt zu der durch § 24 a AGBG umgesetzten EG-Richtlinie 93/13/EWG über Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹³ stehe und der Inhaltskontrolle gemäß §§ 24 a Nr. 3, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht standhalte.¹⁴

Die Folgen für den Bauträgervertrag werden auf Grund dessen in der Literatur derzeit kontrovers diskutiert.¹⁵

Abschnitt II. Rechtslage in ausgewählten Staaten Europas

Auch im zusammenwachsenden Europa sind die Regelungen sowie die Gepflogenheiten über die Gestaltung des Kaufs vom Bauträger in den Staaten sehr unterschiedlich. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind die besonderen Regelungen und Gestaltungen für den Kauf noch zu errichtender Gebäude und Bauträgerverträge in verschiedenen europäischen Ländern. Zum Verständnis werden vorab jeweils kurz die allgemeinen Grundlagen des Immobilienerwerbs aufgezeigt, bevor die speziellen Schutzmechanismen dargestellt werden.

⁷ Verordnung vom 17.5.1975, BGBl. I, 1110 auf der Grundlage der erweiterten Ermächtigung des § 34c GewO (eingeführt durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung v. 15.8.1974, BGBl. I, 1937), dazu *Marcks*, DNotZ 1975, 389 ff.; zur Entstehungsgeschichte und zur Entwicklung, insbesondere auch in Bezug auf die Verdienste des Notariats an der Regelung, s. *Wolfsteiner*, ÖNZ 1994, 149 (151 f.) und *Schippel*, Festschrift für Horst Hagen, hrsgg. v. *Brambring/Medicus/Vogt*, Köln 1999 (nachfolgend: FS Hagen), 338 (348); s. auch *Seuß*, Zeitschrift für das gemeinnützige Wohnungswesen in Bayern, Nr. 8/9/10/1975.

⁸ Die weiteren Änderungen bis heute bei *Marcks*, MaBV, Kommentar, München, 6. Aufl. 1998, Vorb. Rdnr. 1; zur Geschichte des Bauträgerrechts s. insb. *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl., München 1999, S. 1 ff., und *Wolfsteiner*, ÖNZ 1994, 149 ff.

⁹ Merkblatt für die Gestaltung von Verträgen über den Erwerb neuer Wohngebäude und Eigentumswohnungen (Bauträgermerkblatt), letzter Stand: 1.8.1997; veröffentlicht u.a. in *Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht*, München, 7. Aufl. 1998, Form. III.B.8.

¹⁰ BGBl. I, 330.

¹¹ *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2000, 337 (338).

¹² BGH v. 22.12.2000, VII ZR 310/99, MittBayNot 2001, 62 ff. und VII ZR 311/99 n.V. = DNotZ 2001, 201 ff., ZIP 2001, 245 ff.; RNotZ 2001, 107 ff.; NotBZ 2001, 102 ff.

¹³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates über Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 05. April 1993, ABl. EG 1993, L 95/29, abgedruckt als Anlage in *MüKo-Basedow*, ErgBd. 3. Aufl., § 24 a AGBG.

¹⁴ Referat auf dem RWS-Forum Immobilienrecht 2000 am 16./17.11.2000 in Köln, dazu Tagungsbericht von *Siegburg*, ZfIR 2000, 1002 (1009) und *Grziwotz*, ZfIR 2000, 929 f. Editorial; *Thode* in: Aktuelle Aussprachetagung des DAI (Deutsches Anwaltsinstitut) „Bauträgervertrag vor dem Ende?“ am 24.3.2001 in München, hrsgg. vom *DAI*, insb. S. 53-63; Interview mit *Thode* in ZNotP 2001, 151 ff. sowie *IBR* 2001, 153 ff.; im Zusammenhang mit dem Bauvertrag s. auch *Thode*, ZfIR 2000, 165 ff. (insb. 176).

¹⁵ *Basty*, MittBayNot 2001, 64 ff.; *Baumann/Fabis*, RNotZ 2001, 101 ff., *Blank*, ZfIR 2001, 85 ff.; *Grziwotz*, NotBZ 2001, 1 ff.; *ders.*, ZfIR 2000, 929 f.; *Hartung*, FAZ v. 28.03.2001, 31; *Hertel*, ZNotP 2000, 130 ff.; *ders.*, ZNotP 2001, 5 ff.; *Kanzleiter*, DNotZ 2001, 165 ff.; *Rapp*, MittBayNot 2001, S. 145 ff.; *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2000, 337 ff.; *Schmidt*, DNotZ 2001, 209 ff.; *Supplet*, NotBZ 2001, 103 ff.; *Wagner*, ZNotP 2000, 461 ff.; *ders.* in Aktuelle Aussprachetagung des DAI (Deutsches Anwaltsinstitut) „Bauträgervertrag vor dem Ende?“ am 24.3.2001 in München, hrsgg. vom *DAI*, insb. S. 38 ff. und 63 ff.; s. auch die Beiträge der Freiburger Baurechtstage 2000 in *BauR* 2001, 467 ff. insb. v. *Craushaar*, *BauR* 2001, 471 (473 f.), *Kirberger*, *BauR* 2001, 492 (498 f.), *Quack*, *BauR* 2001, 507 (511 f.), *Merkens*, *BauR* 2001, 515 (516 f.), *Böhme*, *BauR* 2001, 525 ff.

Um diese besonderen Regelungen im Bauträgerbereich mit dem deutschen Bauträgerrecht zu vergleichen, werden insbesondere untersucht

- der genaue Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschriften sowie
- ihr Verhältnis zum allgemeinen Werkvertragsrecht,
- der Schutzcharakter der Regelungen,
- besondere Schutzmechanismen, z.B. Abschluss eines Vorvertrages,
- die Form des Vertrages,
- der zwingende Vertragsinhalt,
- die Modalitäten der Kaufpreiszahlung durch den Käufer, insbesondere die Absicherung geleisteter Zahlungen vor Fertigstellung des Vertragsobjekts,
- die Besonderheiten hinsichtlich der Haftung und Gewährleistung des Verkäufers für Mängel sowie
- die Freistellung des Vertragsobjekts von Globalbelastungen des Verkäufers.

Im Hinblick auf die derzeit in Deutschland kontrovers diskutierte Rechtslage wird ein besonderes Augenmerk auf den Modus der Kaufpreiszahlung und deren Absicherung für den Käufer gelegt. Interessant ist in dieser Hinsicht auch die Untersuchung des Verhältnisses der Bauträgerregelungen zum allgemeinen Werkvertragsrecht.

Vollständig außen vor bleiben international-privatrechtliche Untersuchungen,¹⁶ insbesondere die Untersuchung zur Anwendbarkeit der (deutschen) MaBV auf Verträge über ausländische Immobilien.¹⁷

A) Frankreich

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Gesetzliche Grundlage für den französischen Immobilienerwerb ist der Code Civil (Code Napoléon, im Folgenden: CC) auf der Grundlage von 1804.¹⁸

Das französische Recht unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen dem schuldrechtlichen Kaufvertrag und der dinglichen Übereignung. Das Abstraktionsprinzip ist unbekannt. Sind sich die Parteien über Sache und Preis einig, kommt nach dem *Konsensprinzip* nicht nur der Vertrag zustande, sondern es geht auch das Eigentum bereits über. Der Besitzübergabe bedarf es nicht, auch muss der Kaufpreis nicht bezahlt sein (Art. 1583 CC).¹⁹ Für Immobilienkaufverträge existieren keine besonderen Vorschriften. Der Grundstückskaufvertrag kommt allein aufgrund der Einigung der Parteien zustande, das Eigentum an der Immobilie geht damit auf den Käufer

über. Die Eintragung in das Liegenschaftsregister ist nicht konstitutiv.

In formeller Hinsicht ist eine § 313 BGB entsprechende Vorschrift unbekannt. Die Form des Rechtsgeschäfts ist für die Wirksamkeit des Vertrags unmaßgeblich.²⁰ Gemäß Art. 4 des Dekrets n. 55-22 vom 4.1.1955²¹ muss jedoch jedes Rechtsgeschäft, das der Grundbuchpublizität unterliegt, in öffentlicher Urkundsform errichtet werden. Das hat zur Folge, dass französische Immobilienverträge, obwohl sie materiell-rechtlich keiner Form bedürfen, um wirksam zu sein, stets durch öffentliche Urkunde, d.h. notarielle Beurkundung, errichtet werden.

Unabhängig von der sofortigen Wirksamkeit des Kaufvertrags und des damit verbundenen Eigentumsübergang mit Einigung der Parteien wird der Eigentumswechsel von Grundbesitz ausnahmslos im Register – je nach Region im Grundbuch bzw. im Immobilienregister²² – eingetragen, da alle Rechtsgeschäfte, die die Übertragung von Sachenrechten an Immobilien zum Gegenstand haben, der Bekanntmachung (Publizität) im Register bedürfen (Art. 28 D. n. 22-55). Diese Grundbuchpublizität bewirkt zwar keine Rechtsänderung, doch entfaltet der Eigentumsübergang Dritten gegenüber erst dann Außenwirkung (*opposabilité*), wenn der Vertrag beim Grundstücks- und Hypothekenregister eingereicht und, nach Überprüfung der Formalia, vom Registerführer registriert worden ist.²³ Unterbleibt die Eintragung eines publikationspflichtigen Vorgangs, macht dies einen Weiterverkauf praktisch unmöglich, da der bisherige Eigentümer (Verkäufer) nicht beweisen kann, dass ihm die Immobilie tatsächlich gehört. Der Eigentumsnachweis erfolgt immer nur durch eine Kette von Vorpublikationen, die für einen Zeitraum von 30 Jahren, vom letzten Erwerb an gerechnet, nicht unterbrochen sein darf. Die Eintragung einer Weiterübertragung darf erst

¹⁶ Reithmann, ZfBR 1988, 162 ff.; ders., in: Reithmann/Martiny/Limmer, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996 Rdnr. 460 ff.

¹⁷ Dazu z.B. OLG Hamm, 7.2.1977, MittBayNot 1977, 183 ff. mit Anm. Lichtenberger, = NJW 1977, 1594 ff. = RIW 1977, 781 ff. mit Anm. Ahrens; Reithmann/Meichsner/v.Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., Köln 1995, A Rdnr. 51 ff., Reithmann, in: Reithmann/Martiny/Limmer, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996 Rdnr. 464; ders. ZfBR 1988, 162 ff.

¹⁸ Z.B. Edition Dalloz, 100. Aufl. 2001.

¹⁹ Wehrens/Gresser, Der Kauf von Grundeigentum in Frankreich, Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, hrsgg. v.d. Bundesnotarkammer, München 1996 (nachfolgend: FS Schippel), 961 ff. (962).

²⁰ Gemäß Art. 1582 CC ist der Kaufvertrag zwar privatschriftlich oder durch öffentliche Urkunde (*acte authentique*) abzuschließen, der mündliche Abschluss genügt jedoch auch. Art. 1582 CC ist nach allgemeiner Ansicht unglücklich gefasst. Ein mittelbarer Formzwang ergibt sich allerdings gemäß Art. 1341 CC bei Geschäften, die einen Gegenstandswert von 5.000 FF übersteigen. Danach ist der Zeugenbeweis ausgeschlossen, wenn vorgenannte Geschäfte nicht privatschriftlich oder durch öffentliche Urkunde abgeschlossen sind.

²¹ D. n. 55-22 v. 4.1.1955 *portant réforme de la publicité foncière*, im Code Civil (Dalloz) nach Art. 2203-1 CC abgedruckt.

²² Das Lokalrecht in Elsass-Lothringen beruht auf dem deutschen Grundbuchprinzip und nimmt insoweit eine Zwitterstellung zwischen französischem und deutschem Recht ein, als es an sich ein letzterem entsprechendes Grundbuch (*livre foncier*) kennt, aber andererseits materielles französisches Recht, m.a.W. das Konsensprinzip, zur Anwendung gelangt. Die Eintragung selbst wirkt daher auch nur deklaratorisch, ein Gutgläubenserwerb ist nicht möglich. Jedoch wird die Richtigkeit der Eintragung vermutet, *Böhringer*, BWNZ 1987, 25 ff. (27) m.w.N. Im restlichen Frankreich gibt es das Grundstücks- und Hypothekenregister (*bureau de la conservation des hypothèques*), nach grundlegenden Reformen geregelt durch zwei Dekrete aus dem Jahre 1955: Dekret n. 55-22 vom 4.1.1955 *portant réforme de la publicité foncière* und Dekret n. 55-1350 vom 14.10.1955, das Ausführungsbestimmungen enthält, beide abgedruckt im Code Civil (Dalloz) nach Art. 2203-1, Anh. III, integriert auch in Art. 2196 ff. CC; die Dekrete wurden mittlerweile mehrfach geändert.

²³ Francis Levebvre, *memento pratique gestion immobilière* 2000-2001, Paris 2000, Rdnr. 1330; Gresser, Der Kauf von Immobilien in Frankreich, in: 9. Symposium zum Internationalen Privatrecht des DAI: „Der Immobilienerwerb im Ausland“, 19./20.5.2000, hrsgg. v. DAI (im Folgenden: DAI 2000), S. 4.

eingetragen werden, wenn der Titel des Verkäufers selbst eingetragen ist (Art. 3 D. n. 55-22). Die Eintragung ist damit wegen ihrer „relativen Wirkung“ unumgänglich.

Das Konsensprinzip und der damit verbundene sofortige Eigentumsübergang haben zur Folge, dass der Kaufvertrag erst das letzte Glied der notwendigen Vorgänge ist, um ein Grundstück zu übertragen. Die notwendigen Erklärungen, Bescheinigungen und Genehmigungen müssen bereits vorab eingeholt bzw. erteilt sein, wenn der lastenfreie und ungehinderte Eigentumsübergang zum Zeitpunkt der Beurkundung gewährleistet sein soll. Sind sich die Vertragsparteien prinzipiell darüber einig, dass das Eigentum an einem Grundstück übergehen soll, wird daher normalerweise zunächst ein Vorvertrag zwischen künftigen Verkäufer und Käufer (*l'avant-contrat*) abgeschlossen, der bereits die wesentlichen Elemente des späteren Kaufs enthält.²⁴

Inhalt des Kaufvertrages selbst sind alle vertragswesentlichen Punkte. Beim Verkauf von Baugrundstücken sind Feststellungen über Baubeschränkungen zu treffen und die entsprechenden Bescheinigungen der Baubehörde (*certificat d'urbanisme*) einzuholen. Wegen des mit Abschluss des Kaufvertrages verbundenen sofortigen Eigentumsübergangs ist der Kaufpreis bei der Beurkundung i.d.R. sofort zu entrichten. Sind noch hypothekengesicherte Darlehen des Verkäufers abzulösen, wird dem Notar ein bankbestätigter Scheck zum Einzug auf Notaranderkonto übergeben.²⁵ Wird der Kaufpreis nicht sofort gezahlt, hat der Verkäufer für die noch offenen Kaufpreisforderungen ein gesetzliches Vorzugsrecht (*privilege du vendeur d'immeuble*), Art. 2103 Nr. 1 CC.²⁶

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Als wohl erstem europäischen Land ist es Frankreich gelungen, verbindliche Regelungen über den Kauf künftig zu errichtender Gebäude zu schaffen. Das Erscheinungsbild des Bauträgers (*promoteur immobilier*) war bereits in den Nachkriegsjahren derart präsent, dass der französische Gesetzgeber sich veranlasst sah, erste Schutzregelungen durch eine Verordnung im Jahre 1954 einzuführen.²⁷ Deren Bestimmungen betrafen jedoch nur einzelne Regelungsbereiche und konnten noch keinen umfassenden Schutz des Käufers gewährleisten. Nach langen Vorarbeiten hat das Parlament schließlich das Gesetz vom 3.1.1967²⁸ verabschiedet, welches

noch heute Grundlage für den Kauf künftig zu errichtender Gebäude ist. Das Gesetz wurde im Laufe der Zeit mehrfach ergänzt und modifiziert.²⁹

Die einschlägigen Vorschriften sind heute zum Teil im Code Civil (Art. 1601-1 bis 1601-4, 1642-1, 1646-1, 1648 Abs. 2, 2108-1 CC: allgemeine Vorschriften zum Kauf künftig zu errichtender Gebäude), zum anderen Teil im Code de la Construction et de l'Habitation (C Constr Hab)³⁰ integriert (Art. L. 261-1 bis 261-8: allgemeine Bestimmungen sowie Art. L. 261-9 bis 261-22 und R 261-1 bis 261-33: Sonderbestimmungen für Wohngebäude).³¹

Sofern der Käufer zugleich Konsument im Sinne des französischen Verbraucherrechts ist, genießt er außerdem den Schutz des Verbraucherschutzes.³²

2. Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschriften

a) Allgemeines

Die *vente d'immeuble à construire* ist der Vertrag, in dem sich der Verkäufer verpflichtet, ein Gebäude in einer vertraglich festgelegten Frist zu errichten (Art. 1601-1 Abs. 1 CC). Inwieweit auch der Kauf eines zu renovierenden Hauses sowie das Sanierungsobjekt in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, ist streitig.³³ Unerheblich ist jedoch, ob es sich um Wohn- oder sonstige Gebäude handelt.

Die Sondervorschriften betreffen somit nicht alleine den Kauf vom gewerblichen Bauträger, sondern finden auf alle Verträge, die den Verkauf noch zu errichtender Gebäude zum Gegenstand haben, Anwendung.

Bei größeren Bauvorhaben bildet der Bauträger oft mit Investoren, z.B. einer Bank, aus finanziellen Gründen eine Gesellschaft, die den Bau und Vertrieb des Objekts übernimmt (*société de construction-vente*). Die Vorschriften gelten hier gleichermaßen.³⁴

Das Gesetz kennt zwei Modelle von zulässigen Bauträgerverträgen,

- die *vente à terme*, der Kauf nach Frist/Zeitablauf, und
- die *vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)*, der Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung (Kauf nach Plan)

Art. 1601-1 Abs. 2 CC.

²⁴ Der Vorvertrag bezweckt, die Parteien schon frühzeitig vertraglich zu binden, ohne aber, solange ausstehende Genehmigungen noch nicht eingeholt sind, die Lastenfreistellung noch nicht erfolgt und die Finanzierung des Käufers noch nicht geklärt ist, den Eigentumswechsel, der i.d.R. mit der gleichzeitigen Bezahlung des Kaufpreises zum Beurkundungszeitpunkt verknüpft ist, herbeizuführen; zum Inhalt *Tillmanns*, IWB F3, Gruppe 3, S. 459 ff. und *Schroer*, ZfIR 2000, 908 (909 f.); eingehend *Francis Levebvre*, a.a.O., Rdnr. 110 ff.

²⁵ Das französische Notaranderkonto ist ein Sammelkonto; es wird nur buchhalterisch nach den einzelnen Geschäften aufgeschlüsselt. Es ist zwingend zinslos (für alle Parteien sowie den Notar) zu führen.

²⁶ Näher *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (663 f.).

²⁷ Décret n. 54-1123 v. 10.11.1954 *sur la protection de l'épargne contre certaines activités répréhensibles dans le domaine de la construction*, JCP 1954, III, 19313.

²⁸ Loi n. 67-3 v. 3.1.1967, J.O. v. 4.1.1967 *sur la vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction*; zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes s. *Saint-Alary*, JCP 1968, I, 2146, n. 1-4.

²⁹ Insb. L. n. 67-547 v. 07.07.1967, J.O. v. 9.7.1967, D. n. 67-1166 v. 22.12.1967, D. n. 78-621 und n. 78-622 v. 31.5.1978; nähere Nachweise bei *Malinvaud/Jestaz*, *Droit de la promotion immobilière*, Paris, 5. Aufl. 1991, S. 236 ff.

³⁰ Ab Art. L. 261-9 im Code Civil (Daloz) nach Art. 1601-4 CC abgedruckt.

³¹ Umfassend zum französischen Bauträgerrecht *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O. und *Juris-Classeur Construction-Urbanisme*, Loseblattsammlung in acht Bänden, hrsgg. v. *Sizaire*, Fasc. 80 ff.

³² V.a. L. n. 93-949 v. 26.7.1993 und D. n. 97-298 v. 27.3.1997 (Code de la Consommation (C Cons)). Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, a.a.O. (Fn. 13) durch L. n. 95-96 v. 1.2.1995 (C Cons, z.T. abgedruckt im Code Civil (Daloz) nach Art. 1134 CC); allg. hierzu *Calais-Auloy/Steinmetz*, *Droit de la consommation*, Paris, 4. Aufl. 1996; *Terré/Simler/Lequette*, *Droit civil – les obligations*, Paris, 6. Aufl. 1996.

³³ Zum Streitstand *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 243; s. auch Gerichtsentscheidungen im CC (Daloz), nach Art. 1601-1.

³⁴ Einzelheiten bei *Schroer*, ZfIR 2000, 908 (912).

b) Kauf nach Frist (*vente à terme*)

Beim Kauf nach Frist verpflichtet sich der Verkäufer, das Gebäude mit seiner Fertigstellung zu liefern, der Käufer, es abzunehmen und zum Zeitpunkt der Abnahme zu bezahlen. Das Eigentum an der Gesamtimmobilie geht erst mit der förmlichen Feststellung der Fertigstellung auf den Käufer über, und zwar rückwirkend auf den Tag des Kaufvertragsabschlusses (Art. 1601-2 CC).

Die förmliche Feststellung der Fertigstellung hat durch – (nach dem Kaufvertrag) weitere – notarielle Urkunde zu erfolgen. Die Frage, wann das Gebäude vollständig fertiggestellt ist, wird in Art. R. 261-1 C Constr Hab beantwortet, die genauen Modalitäten der Feststellung der Fertigstellung regelt Art. R. 261-2 C Constr Hab. Der Kaufpreis ist erst im Augenblick der Fertigstellung zu leisten, vorherige Zahlungen sind verboten.³⁵ Der Käufer ist hiermit vor dem eventuellen Konkurs des Bauträgers am meisten geschützt. Für den Verkäufer hingegen, der den Bau vollständig vorfinanzieren muss, ist diese Variante ungünstig. In der Praxis spielt die *vente à terme* daher kaum eine Rolle.³⁶

c) Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung (*vente en l'état futur d'achèvement*)

Beim Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung (VEFA) erhält der Käufer das Eigentum an Grund und Boden sowie das Eigentum an den bei Vertragsschluss existierenden Gebäudeteilen sofort. Die noch zu erstellenden Gebäudeteile gehen automatisch bei ihrer jeweiligen Errichtung (*au fur et à mesure de leur execution*) in das Eigentum des Käufers über. Entsprechend zahlt der Käufer den Kaufpreis nach Baufortschritt. Der Verkäufer behält die Rechte als Bauherr bis zur Bauvollendung.³⁷

In der Praxis wird der Vertrag über noch zu errichtende Gebäude nur nach vorstehendem Modell geschlossen. Der gesetzlich vorgesehene Zahlungs- und Garantiemechanismus will dabei den Interessen sowohl des Käufers als auch des Verkäufers Rechnung tragen.

3. Verhältnis der Vorschriften zum Werkvertragsrecht

Die besonderen Vorschriften über den Kauf noch zu errichtender Gebäude sind im Code Civil im dritten Buch, sechster Abschnitt (über den Kauf), dort im dritten Kapitel mit dem Titel „Über den Kauf noch zu errichtender Gebäude“ integriert. Auch die im C Constr Hab enthaltenen Regelungen tragen explizit diese Überschrift.

Zu unterscheiden ist der Kauf noch zu errichtender Gebäude und damit auch der Bauträgervertrag im hier verstandenen Sinne („Bauträger-Verkäufer“ *promoteur-vendeur*) vom Bauträgervertrag im engeren Sinne, bei dem der Bauträger (*promoteur-mandataire*) im Namen des Bauherrn ein Bauvorhaben auf dem Grundstück des Bauherrn durchführt (*contrat de promotion*). Der Bauträger verpflichtet sich in diesem Falle, das gesamte Bauvorhaben für Rechnung des Bauherrn in einem festen Preisrahmen zu planen und zu realisieren. Er unterliegt dabei den besonderen gesetzlichen Vorschriften der Art. 1831-1 ff. C Constr Hab und Art. L. 221-1 ff.; R. 222-1 ff.

³⁵ Art. L.261-12 C Constr Hab sieht zwar Depotzahlungen garantierhalber nach Baufortschritt auf ein Sonderkonto vor, doch darf über dieses Konto nicht verfügt werden, insbesondere dürfen keine Zahlungen an den Verkäufer erfolgen.

³⁶ *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 274; *Gresser*, ÖNZ 1994, 146 (147); *Schroer*, ZfIR 2000, 908 (912).

³⁷ Art. 1601-3 Abs. 2 CC, Art. R. 261-7 C Constr Hab.

C Constr Hab. Der Vertrag über die Errichtung eines individuellen Hauses mit einem Architekten und Bauunternehmer ist im Kern ein Werkvertrag, hat aber ebenfalls strenge und sanktionsbewehrte spezielle gesetzliche Regelungen, integriert im Code de la Construction et Habitation, erfahren.³⁸

Das französische Bauvertragsrecht unterscheidet sich vom deutschen Recht insoweit grundlegend. Es ist als Verbraucherschutzrecht ausgestaltet, das jeweils spezielle Sonderregelungen für die verschiedenen Typen von Verträgen, die im Zusammenhang mit der Bebauung eines Grundstücks geschlossen werden können, aufstellt. Nur vereinzelt finden Regelungen des allgemeinen Werkvertragsrechts Anwendung.

4. Schutzcharakter der Vorschriften

Die gesetzlichen Regelungen sind dann zwingend, wenn die Verträge Wohngebäude, Eigentumswohnungen oder Einheiten, die teilweise zu Wohnzwecken und gewerblichen Zwecken dienen, zum Gegenstand haben und der Käufer vor Fertigstellung Abschlagszahlungen leistet (Art. L. 261-10 C Constr Hab).³⁹ Die in der Praxis fast ausschließlich abgeschlossene VEFA, bei der der Käufer baufortschrittweise zahlt, unterliegt somit unabdingbaren Vorschriften, wenn Wohnraum verkauft wird. Das ist meistens der Fall.

Bei Wahl einer anderen Vertragsform als einer der beiden vorgenannten sowie bei Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften ist der Vertrag nichtig, außerdem drohen strafrechtliche Sanktionen. Anderslautende Bestimmungen gelten nicht (Art. L. 261-16 bis 261-19 C Constr Hab). Darüber hinaus führt auch die Umgehung der Vorschriften durch Aufspaltung des Vertrages in zwei Verträge (Kauf und Bauvertrag) zur Nichtigkeit beider Verträge.⁴⁰

5. Vorvertrag

Regelmäßig geht dem Abschluss des endgültigen Kaufvertrages ein Vorvertrag voraus. Im Gegensatz zum Vorvertrag im Rahmen eines „normalen“ Kaufvertrags, den die Vertragsparteien frei gestalten können, unterliegt der Vorvertrag des Vertrags über den Verkauf noch zu errichtender Gebäude zwingenden Regelungen der Art. L. 261-15 und R. 261-25 bis 261-31 C Constr Hab. Er wird im Gesetz als *contrat préliminaire*, in der Praxis als *contrat de réservation* bezeichnet. Vertragswesentlich ist die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer gegen Anzahlung das Vertragsobjekt zu reservieren.⁴¹

³⁸ Loi n. 90.-1129 v. 19.12.1990, J.O. v. 22.12.1990, Art. 230-1 ff., R. 231-1 ff. CC Constr Hab (*Construction d'une maison individuelle*); zu den verschiedenen Vertragstypen *Hök*, ZfBR 2000, 80 ff.; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht Bd. 2, Heidelberg, 2. Aufl. 1986, S. 297 ff.; *Schroer*, ZfIR 2000, 908 (911 ff.).

³⁹ Str. ist, ob die Regelungen zur Sachmängelhaftung darüber hinaus für alle Verträge verbindlich sind, s. *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 265.

⁴⁰ *Hök*, ZfBR 2000, 80 (80) m.w.N.

⁴¹ Nicht abschließend geklärt ist die Rechtsnatur des *contrat de réservation*. Nach wohl h.M. enthält er i.d.R. „nur“ ein Reservierungsversprechen des Bauträgers mit der Pflicht, den Käufer anderen Bewerbern vorzuziehen, begründet aber keine Bauverpflichtung per se. Entsprechend ist der Reservierungsvertrag auch nicht wie das einseitige Verkaufsversprechen des Verkäufers (*promesse de vente*) innerhalb von zehn Tagen dem Finanzamt anzuzeigen, welches andernfalls unwirksam wird, Art. 1840-A Code Général des Impôts (CGI). Im Einzelfall kann die Auslegung des abgeschlossenen Vertrages allerdings zu einem anderen Ergebnis gelangen, s. CCass Civ, D. 1979, JP, 571; allg. zur Rechtsnatur des Vorvertrags *Saint-Alary*, JCP 1968, I, 2146, n. 47; *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 283 und 290.

Der Vorvertrag ist schriftlich abzuschließen⁴² und hat die wesentlichen Angaben zur verkauften Immobilie, zu der Ausführung des Baus sowie der Zeit der geplanten Fertigstellung zu enthalten. Weiter sind der Kaufpreis sowie die Modalitäten der Bezahlung und der Anzahlung des Kaufpreises zu nennen. Einzelheiten sind in Art. R. 261-25 bis 261-31 C Constr Hab geregelt. Die Anzahlung, deren Höhe gesetzlich festgelegt ist (max. 5 % des Kaufpreises⁴³) ist auf ein Sperrkonto oder treuhänderisch an den Notar zu zahlen (Art. R. 261-29 C Constr Hab). Über die gezahlten Beträge darf der Verkäufer bis zum Abschluss des Kaufvertrages nicht verfügen.

Ein Monat vor dem endgültigen Kaufabschluss ist dem Käufer der Entwurf des Kaufvertrags zuzuleiten, andernfalls kann er sich gegen Rückerstattung seiner Anzahlung vom Vertrag lösen. Die Aufgabe der Entwurfszuleitung übernimmt regelmäßig der Notar.⁴⁴ Weiter kann der Käufer Rückerstattung der geleisteten Zahlungen u.a. dann verlangen, wenn der endgültige Vertragsschluss nicht innerhalb der vertraglichen Frist erfolgt, der Kaufpreis den festgelegten Preis um mehr als 5 % übersteigt, die Bauausführung anders als vertraglich festgelegt erfolgt, die Qualität des Bauobjekts zu einer Wertminderung von mehr als 10 % führt, sowie wenn der Käufer die notwendigen Darlehen nicht oder zu anderen als den vorvertraglich vorgesehenen Bedingungen erhält.⁴⁵

Jeder Vorvertrag, der vorstehenden Bestimmungen widerspricht, sowie jede andere Art von Vorvertrag ist nichtig.⁴⁶

6. Form

Der Bauträgervertrag bedarf – im Gegensatz zum Grundstückskaufvertrag im allgemeinen – zwingend der notariellen Beurkundung (Art. L. 261-11 Abs. 1 C Constr Hab). Der Gesetzgeber hielt die Mitwirkung des Notars zum Schutze des Käufers in diesem Fall für unerlässlich.⁴⁷

7. Zwingender Vertragsinhalt

Inhaltlich muss der Vertrag bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Insbesondere hat er u.a. die Beschreibung des Kaufobjekts, auch in technischer Hinsicht, Preis und Zahlungsmodalitäten, Lieferfrist, die Fertigstellungs- oder Rückzahlungsgarantie geleisteter Zahlungen, ggf. Möglichkeiten der Preisanpassung sowie Angaben zum Darlehen des Käufers zu enthalten. Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung sind mitzuteilen und dem Käufer bei Vertragsschluss auszuhändigen. Dem Vertrag werden als Anlagen Angaben über das Ge-

samtobjekt, die Beschreibung der auszuführenden Arbeiten und die Baupläne beigefügt.⁴⁸ Vertragswesentlich ist die vertragliche Vereinbarung des Fertigstellungstermins, mangels derer der Vertrag relativ nichtig ist.⁴⁹

8. Modalitäten der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers

Für den Käufer ganz entscheidend sind die Mechanismen, die der französische Gesetzgeber zu seinem Schutz vor übereilten Zahlungen und finanziellen Verlusten eingeführt hat.

Gesichert ist der Käufer beim Kauf nach Frist, da Kaufpreiszahlungen hier erst nach Fertigstellung erfolgen. Vorher kann ggf. auf ein Sperrkonto gezahlt werden. Erst nach notarieller Bescheinigung der Fertigstellung kann der Verkäufer über das Geld verfügen.

Doch auch beim Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung (VEFA) wird der Käufer abgesichert. Der Kaufpreis ist hier nach Maßgabe des Baufortschritts zu zahlen, die Zahlungen dürfen nachfolgende Höchstsätze nicht überschreiten: 30% nach Errichtung des Fundaments, 70 % bei Überdachung und 95 % bei Vollendung, der Rest ist bei Übergabe zu entrichten (Art. R. 261-14 C Constr Hab). Vertragliche Verzugszinsen dürfen monatlich nicht mehr als 1% betragen, Strafklauseln dürfen 10 % des Kaufpreises nicht übersteigen.⁵⁰

Zur finanziellen Absicherung des Käufers vor der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers vor Fertigstellung muss Letzterer beim Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung außerdem entweder eine Fertigstellungs- oder eine Rückzahlungsgarantie stellen. Solange eine dieser Garantien nicht vorliegt, kann der Kaufvertrag nicht, bzw. nur unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Erteilung abgeschlossen werden. Der Verkäufer darf vor Erhalt keine Zahlungen annehmen.

Die Fertigstellungsgarantie (*garantie d'achèvement*) gewährleistet die Verpflichtung des Garantiegebers, die Fertigstellung des Baus zu finanzieren. Sie erlischt daher erst, wenn der Bau fertiggestellt ist.⁵¹ Unterschieden wird zwischen der wenig gebräuchlichen internen Garantie (*garantie intrinsèque*) und der externen Garantie (*garantie extrinsèque*) einer Bank gegenüber dem Käufer. Die interne Garantie ist eine Vertragserfüllungsgarantie des Bauträgers selbst, verschafft aber dem Käufer keine zusätzliche Sicherheit. Entsprechend selten wird sie verwendet. Bei der externen Garantie verpflichtet sich die Bank, entweder dem Bauträger eine Kreditlinie einzuräumen, die den Abschluss der Baumaßnahme ermöglicht, wobei der Käufer die Erfüllung des Krediteröffungsvertrags verlangen kann, oder aber die Bank übernimmt die selbstschuldnerische Bürgschaft dafür, die zur Fertigstellung notwendigen Finanzmittel auszuführen. In keinem Fall wird die Bank Bauherr oder haftet für Baumängel bzw. Ausführungsverzögerungen.⁵²

Die Rückzahlungsgarantie (*garantie de remboursement*) erfolgt ebenfalls durch selbstschuldnerische Bürgschaft seitens

⁴² Art. R. 261-27 C Constr Hab. Möglich und praktisch nicht selten ist auch notarielle Beurkundung. Wird der Vorvertrag schriftlich abgeschlossen, hat der Käufer ein Rücktrittsrecht von sieben Tagen (Art. 271-1 C Constr Hab (vorher: Art. 20 des Gesetzes n. 89-1010 v. 31.12.1989)). Die Frist beginnt mit Zustellung des Vorvertrags durch eingeschriebenen Brief. Der Rücktritt muss ebenfalls durch Einschreiben erklärt werden. Einzelheiten bei *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 283 f.

⁴³ Das gilt nur, wenn der Kauf nicht später als innerhalb eines Jahres stattfinden soll, bei zwei Jahren darf max. 2 % angezahlt werden. Wird der Käufer noch länger gebunden, ist keine Anzahlung erlaubt, Art. R. 261-28 C Constr Hab.

⁴⁴ *Gresser*, ÖNZ 1994, 146 (149).

⁴⁵ Im einzelnen Art. R. 261-31 C Constr Hab. Zur Frage, wann daneben ggf. Schadensersatzansprüche des Käufers bestehen s. *Ferid/Sonnenberger*, a.a.O., S. 167.

⁴⁶ Art. L. 261-15 Abs. 5 C Constr Hab.

⁴⁷ *Saint-Alary*, JCP 1968, I, 2146, n. 42; *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 292.

⁴⁸ Art. L. 261-11 C Constr Hab; weitere Einzelheiten in Art. L. 261-11-1 und Art. R. 261-13 und R. 261-15.

⁴⁹ *Saint-Alary*, JCP 1968, I, 2146, n. 11 f.; näher auch *Winkler*, DNotZ 1972, 270 (279) und *Ferid/Sonnenberger*, a.a.O., S. 168.

⁵⁰ Art. R. 261-14 Abs. 4, Art. L. 261-14 Abs. 1 C Constr Hab.

⁵¹ Art. L. 261-11, Art. R. 261-17ff. C Constr Hab. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung s. *Gresser*, ÖNZ 1994, 146 (148) und *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (663).

⁵² *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 302 ff.; *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (663).

eines Kreditinstituts und sichert ab, dass der Käufer im Fall der Nichtvollendung des Bauwerks die geleisteten Zahlungen zurückerhält. Sofern der Vertrag es vorsieht, können die externe Fertigstellungs- und die Rückzahlungsgarantie ausgetauscht werden.⁵³

Der Käufer darf seine Rechte aus dem geschlossenen Bauträgervertrag abtreten, der Zessionar übernimmt damit vollständig alle Rechte und Verpflichtungen des Käufers. Der Zustimmung des Verkäufers bedarf es nicht (Art. 1601-4 CC). Die Vorschrift ist daher auf Kritik gestoßen.⁵⁴

9. Gewährleistung

Besonderheiten gelten gemäß Art. 1641-1, 1646-1 und 1648 CC auch für die Gewährleistung des Verkäufers noch zu erichtender Gebäude für Mängel am Bau. Ist das Objekt nicht vertragsgemäß fertiggestellt, können Ansprüche wegen teilweiser Nichterfüllung geltend gemacht werden. Insbesondere kann der Käufer die letzte Kaufpreisrate von 5 % bis zur Mangelbeseitigung auf einem Sperrkonto hinterlegen (Art. R. 261-14 Abs. 2 C Constr Hab). Weiter haftet der Verkäufer in Abweichung zu den allgemeinen Vorschriften für innerhalb eines Monats nach Besitzübergabe offenkundige Mängel (*vices apparentes*), wenn sie der Käufer innerhalb eines Jahres nach Ablauf dieser Monatsfrist geltend macht (Art. 1642-1 Abs. 1, 1648 Abs. 2 CC). Eine vorherige Abbedingung ist nicht möglich. Für verborgene Mängel (*vices cachés*) haftet der Verkäufer darüber hinaus in gleicher Weise wie die Architekten und Bauunternehmer nach Art. 1792 ff. CC je nach Mangel zwischen zwei und zehn Jahren (Art. 1646-1 CC).⁵⁵ Ein Ausschluss der Haftung ist nicht möglich.

Zur Absicherung der Mängelbeseitigungspflicht hat der Bauträger eine spezielle Schadens- sowie eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, die dem Notar vorzulegen ist. Bei Missachtung drohen strafrechtliche Sanktionen.⁵⁶

10. Lastenfreistellung von der Globalbelastung des Verkäufers

Auch bei der Finanzierung des Objekts durch den Bauträger und der anschließenden Freistellung ist zu unterscheiden, ob der Verkauf nach Fristablauf oder nach Maßgabe der Fertigstellung erfolgt.

Will der Bauträger die *vente à terme* finanzieren, benötigt er i.d.R. ein höheres Darlehen zur Vorfinanzierung des Projekts. Wegen des rückwirkenden Eigentumsübergangs auf den Käufer im Zeitpunkt der Fertigstellung wirkt dieser – durch Vollmacht – an der Hypothek für den Bauträger mit. Einzelheiten legt Art. R. 216-6 C Constr Hab fest.⁵⁷ Im Falle der VEFA kann eine Gesamthypothek am gesamten Bauobjekt ohne Mitwirkung des Käufers bestellt werden.

Mit Kaufpreiszahlung (an die finanzierende Bank) wird die Hypothek unter Mitwirkung des Notars gelöscht. I.d.R. erteilt

die Bank vorab eine Freistellungsverpflichtung (*obligation mainlevée d'hypothèque*), in der sie sich durch Vertrag zugunsten Dritter dem Bauträger gegenüber verpflichtet, ihre Rechte nicht geltend zu machen, sofern der Käufer pünktlich zahlt. Die Löschung erfolgt an allen Grundstücken bzw. dem Gesamtobjekt zugleich, wenn der Kredit des Bauträgers vollends zurück gezahlt ist. Eine Freigabe einzelner Objekte, z.B. einer einzelnen Wohnung, ist nicht üblich, kann aber erwirkt werden, wenn dies im Kaufvertrag vorgesehen ist. Die eigene Finanzierungshypothek des Käufers steht bis zur Löschung an nachfolgender Rangstelle. Aufgrund der Freistellungsverpflichtung wird dies regelmäßig akzeptiert.⁵⁸

B) Spanien

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Grundlegend für den Immobilienerwerb und die Errichtung von Gebäuden ist der Código Civil (nachfolgend: CC)⁵⁹ sowie ergänzende Gesetze.

Nach der Lehre vom *título* und vom *modo* vollzieht sich der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang an Grundstücken durch Zustandekommen eines (Kauf)Vertrages (*título*) und Übergabe (*modo*) der verkauften Sache. Beide Elemente sind kausal miteinander verknüpft, das für das deutsche Recht grundlegende Abstraktionsprinzip ist dem spanischen Recht nicht bekannt.⁶⁰

Die Übergabe erfolgt entweder gemäß Art. 1462 Abs. 1 CC durch tatsächliche oder symbolische Übergabe der Sache (Inbesitznahme, Aushändigung des Wohnungsschlüssels, o.ä.) oder durch den Abschluss eines notariellen Kaufvertrages (*escritura pública de compraventa*). Für letzteren Fall bestimmt Art. 1462 Abs. 2 CC, dass der Abschluss der öffentlichen Urkunde die Übergabe des Vertragsobjekts ersetzt.⁶¹ Der Eintragung in das Eigentumsregister (*Registro de la Propiedad*) kommt demnach keine konstitutive Wirkung zu.

Título ist regelmäßig ein privatschriftlicher, wirksam zustande gekommener Kaufvertrag. Gemäß Art. 1278 CC ist jeder Vertrag, auch der Kaufvertrag über eine Immobilie, gleich in welcher Form, gültig, sofern er nur die *essentialia negotii* enthält. Der Vertrag kann daher auch mündlich oder privatschriftlich abgeschlossen werden.⁶² Üblicherweise wird der Kaufvertrag in Spanien daher zunächst privatschriftlich abgeschlossen, was die Vertragsparteien bereits uneingeschränkt bindet. Gemäß Art. 1280 Nr. 1 CC sind allerdings Verträge, die die Übertragung von dinglichen Rechten zum Gegenstand haben, in öffentlicher Urkunde zu schließen. Die Einhaltung der Form ist jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern, traditionsgemäß für die Länder des romanischen Rechtskreises, Voraussetzung für die Eintragungsfähigkeit des Erwerbs-

⁵³ Art. R. 261-23 C Constr Hab.

⁵⁴ *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 245f.

⁵⁵ Art. 1792 ff. CC, dazu s. *Schwarz*, Das Bauvertragsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, IWB (1997), Fach EG, Gruppe 3, S. 101 ff., Ziff. I. Frankreich, sowie unter: www.weltrecht.de/autoren/texte/veroeffentlichungen/sw_bauvertragsrecht.htm; *Hök*, ZfBR 2000, 80 (82 ff.); allgemein zur Bauträgermängelhaftung *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 253 ff.; *Gresser*, ÖNZ 1994, 146 (147).

⁵⁶ Einzelheiten bei *Gresser*, ÖNZ 1994, 146 (147 f.).

⁵⁷ *Malinvaud/Jestaz*, a.a.O., S. 271 f.

⁵⁸ *Stöcker*, Die Eurohypothek, Berlin 1992, S. 131 ff.

⁵⁹ Deutsche Übersetzung bei *Peuster*, Spanisches Zivilgesetzbuch (Código Civil), Köln 1979.

⁶⁰ *Gantzer*, Spanisches Immobilienrecht, 8. Aufl. 1999, S. 13 f.; allgemein zum spanischen Immobilienrecht s. *Kneip/Löber*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Spanien, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 D, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg.

⁶¹ Etwas anderes gilt, wenn im notariellen Kaufvertrag andere Regelungen, z.B. Eigentumsvorbehalt, ausdrücklich festgehalten werden.

⁶² Ausnahmen s. bei *Eberl*, MittBayNot 2000, 515 (515 f.).

vorgangs in das Eigentumsregister. Außerdem hat sie Beweissicherungsfunktion.⁶³ Zwar ist das Eigentum bereits mit Vertrag und Übergabe wirksam übergegangen, ohne dass es der Eintragung in das Register bedarf, doch sind an diese Eintragung wichtige Rechtsfolgen und ein öffentlicher Schutz geknüpft, die die Eintragung unentbehrlich machen: Sie bewirkt u.a. den gutgläubigen Erwerb des Käufers beim Kauf vom eingetragenen Nichteigentümer und schützt vor weiteren Eintragungen beim Doppelverkauf. Eigentümer wird derjenige, dessen Erwerbstitel als erstes eingetragen ist.⁶⁴

Der privatschriftliche Kaufvertrag selbst muss, um wirksam zu sein, die in Art. 1261 CC genannten vertragswesentlichen Bestandteile enthalten, namentlich die Einigung der Vertragsparteien, das Vertragsobjekt und den Rechtsgrund.⁶⁵ Festzulegen sind auch der Kaufpreis und die Zahlungsmodalitäten. Grundsätzlich zahlt der Käufer den gesamten Kaufpreis, bevor er das Vertragsobjekt übergeben erhält bzw. die *escritura* beurkundet ist. Für den Verkäufer hat das den Vorteil, dass er sicher ist, den Kaufpreis erhalten zu haben, bevor er das Eigentum verliert. Der Käufer dagegen ist schutzlos, eine Garantie, das Eigentum tatsächlich zu erhalten, hat er nicht. Sicherungsmöglichkeiten bestehen darin, dass der Käufer erst bei Beurkundung durch Übergabe eines Bankschecks Zugang-Zug mit Eigentumsübergang bezahlt oder der Kaufpreis bei einem Notar oder Rechtsanwalt hinterlegt wird. Möglich erscheint auch die Stundung des Kaufpreises bis zur Beurkundung und Eintragung gegen aufschiebend bedingten Eigentumsübergang.⁶⁶ In der Praxis sind jedoch zumindest letztere beiden Modelle unüblich. Neuere Vorschriften über die Zusammenarbeit von Notar und Eigentumsregister bzgl. Registerinsicht, Meldung des beurkundeten Vertrags innerhalb bestimmter Fristen beim Register und Eintragung einer vormerkmungsähnlichen, jedoch befristeten Sperre sowie Meldepflichten des Registeramts über zwischenzeitliche Eingänge⁶⁷ haben die Absicherung des Käufers aber schon erheblich verbessert. Die *escritura* hat nur noch die Funktion, die Eintragung des Erwerbs im Eigentumsregister herbeizuführen. Als „Mantel“⁶⁸ um den privatschriftlichen Kaufvertrag mit dem gesamten vertraglichen Inhalt enthält sie oft nur noch die Personalien, die Beschreibung des Objekts und den Kaufpreis. Letzterer ist aus Kosten- und Steuergründen häufig niedriger angegeben als der wirklich vereinbarte und gezahlte, diese Unterverbriefung führt nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrages.⁶⁹

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Auch der Kauf von noch zu errichtenden Gebäuden vom Bauträger wird grundsätzlich nach den vorstehenden Vorschriften abgewickelt. Daneben gelten aber einige Sondervorschriften zum Schutz des Käufers. Diese finden sich in verschiedenen

Gesetzen bzw. Verordnungen verstreut, ein einheitliches Gesetz über den Erwerb vom Bauträger oder über den Erwerb noch zu errichtender Gebäude gibt es nicht. Einschlägig sind vor allem

- das Gesetz vom 27.7.1968 Nr. 57/68,
- die Verordnung vom 21.4.1989 Nr. 515/89 sowie
- das Gesetz vom 5.11.1999 Nr. 38/99.

Es gilt außerdem das spanische AGB-Gesetz vom 13.4.1998.⁷⁰ Missbräuchliche Klauseln, die den Bestimmungen des Gesetzes widersprechen, können danach nichtig sein.

2. Schutzcharakter der gesetzlichen Vorschriften

Allen nachstehend im einzelnen dargestellten gesetzlichen Regelungen ist gemeinsam, dass es sich jeweils um verbindliche Sondervorschriften, sei es im Zusammenhang im Bereich des speziellen Verbraucherschutzes hinsichtlich Wohnraums, sei es im Bereich des Baurechts, handelt.⁷¹

3. Verhältnis der Vorschriften zum Werkvertragsrecht

Die Bestimmungen des Werkvertrages in Art. 1588 ff. CC,⁷² finden auf den allgemeinen Bauvertrag Anwendung (*contrato de construcción*). Für den Erwerb noch zu errichtenden Wohnraums sind jedoch die nachfolgenden Sonderregelungen vorrangig und verbindlich. Insbesondere kann der Verkäufer noch zu errichtenden Wohnraums keine Abschlagszahlungen alleine auf der Grundlage des Art. 1592 CC⁷³ verlangen. Für diese greift das Schutzgesetz vom 27.7.1968 Nr. 57/68.

4. Modalitäten der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers

a) Schutz des Käufers bei Vorauszahlungen:

Das Gesetz vom 27.7.1968 Nr. 57/68 und seine Modifizierungen

Bereits im Jahre 1968 hat der spanische Gesetzgeber durch das Verbraucherschutzgesetz über die „Vorauszahlungen beim Bau und Verkauf von Wohnraum“⁷⁴ Schutzvorschriften für den Käufer noch zu errichtender Wohnungen oder Einzelhäusern erlassen, damit dieser bei Insolvenz des Verkäufers nicht völlig schutzlos ist. Das Gesetz ist in allen Fällen anwendbar, in denen

- Wohngebäude gebaut
- und/oder im Stadium der Errichtung verkauft werden sowie
- der Käufer vorausleistet.

Eine Beschränkung auf gewerbliche Bauträger gibt es nicht.

⁶³ Näher Löber, ZfIR 2000, 993 (994); Gantzer, a.a.O., S. 13.

⁶⁴ Gantzer, a.a.O., S. 44 ff.; Eberl, MittBayNot 2000, 515 (518).

⁶⁵ Wichtig ist hierbei die genaue Beschreibung des Vertragsobjekts. Es genügt nicht die Angabe von Flurnummer und Grundbuchstelle, sondern notwendig sind weitere Angaben über die Art, Gemarkung und Grenzbeschreibungen, Gantzer, a.a.O., S. 19 f. m.w.N.

⁶⁶ Einzelheiten bei Eberl, MittBayNot 2000, 515 (517) und Gantzer, a.a.O., S. 26 und 29, Löber, ZfIR 2000, 993 (995).

⁶⁷ Löber, ZfIR 2000, 993 (995 f.).

⁶⁸ So Gantzer, a.a.O., S. 15.

⁶⁹ Zu den Konsequenzen s. Eberl, MittBayNot 2000, 515 (516).

⁷⁰ Ley 7/98 v. 13.4.1998 *Ley sobre condiciones generales de la contratación*, BOE Nr. 89 v. 14.4.1998. Es ist Umsetzungsvorschrift der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, s. Fn. 13, dazu s. *Magro Servet*, La Ley (Madrid) Nr. 4474 v. 6.2.1998, 1 ff.

⁷¹ Die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung werden jeweils bei der entsprechenden Vorschrift dargestellt.

⁷² Kapitel III (vom Dienst- und Werkvertrag), Abschnitt 2.

⁷³ Art. 1592 CC: Wer sich verpflichtet, ein Werk in Teilen oder nach Maßen zu errichten, kann vom Geschäftsherrn verlangen, dass er es in Teilen annimmt und im Verhältnis bezahlt. Es wird vermutet, dass der bezahlte Teil gebilligt und angenommen ist.

⁷⁴ Ley 57/1968 vom 27.7.1968 *Ley que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, BOE Nr. 181 v. 29.7.1968, sog. „Avalgesetz“.

Verkauft der Bauträger (*promotor*) bzw. sonstige Verkäufer ein erst noch zu errichtendes Gebäude, will er die Errichtung in vielen Fällen mit den Mitteln des Käufers finanzieren und verlangt entsprechende Vorauszahlungen nach Baufortschritt. Wird der Verkäufer zahlungsunfähig, hat der Käufer das Nachsehen.

Das Gesetz Nr. 57/68 legt keine bestimmte Zahl von Raten, Abschlagszahlungen oder Höchstbeträge fest, die der Verkäufer vom Käufer verlangen kann. In dieser Hinsicht ist er frei. Zu sichern ist jedoch der Anspruch des Käufers auf Rückzahlung der geleisteten Beträge. Daher muss gemäß Art. 2 des Gesetzes der Verkäufer, der beim Verkauf von noch zu erstellendem Wohnraum bereits Zahlungen des Käufers während der Bauzeit oder gar vor Baubeginn in Empfang nehmen will, diesem die Rückzahlung der angeforderten Beträge zuzüglich 6 % Zins jährlich für den Fall, dass der Bau nicht innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist ausgeführt wird, gewährleisten. Nach den Bestimmungen des Gesetzes kann dies entweder durch einen Versicherungsvertrag mit einer Versicherungsgesellschaft, die im Register der Unterabteilung für Versicherungen eingetragen ist, oder durch eine gesamtschuldnerische Bürgschaft einer registrierten Bank oder Sparkasse erfolgen. Der Verkäufer muss sich zudem im Vertrag mit dem Käufer ausdrücklich verpflichten, die erhaltenen, vorausgezählten Beträge zuzüglich 6 % Zinsen jährlich im Falle des Nichtbeginns oder -beendens des Baus innerhalb der vertraglich festgelegten Zeiten an den Käufer zurückzuzahlen. Aus diesem Grund sind gemäß Art. 1 des Gesetzes Nr. 57/68 sämtliche erhaltenen Zahlungen nur auf ein Sonderkonto des Verkäufers zu entrichten. Dieses ist im Vertrag ausdrücklich zu benennen, ebenso wie der Versicherungsvertrag bzw. die Bürgschaft explizit aufzuführen sind (Art. 2 c). Mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Frist für die Herstellung des Baus kann sich der Käufer nach seiner Wahl gegen Rückzahlung der vorausgeleisteten Beträge zuzüglich 6 % Zins vom Vertrag lösen oder dem Verkäufer eine Fristverlängerung zustehen (Art. 3). Auf sämtliche vorstehenden Bestimmungen hat der Bauträger/Verkäufer gemäß Art. 5 bei Werbung für seine Objekte hinzuweisen.⁷⁵

Das jüngst in Kraft getretene Gesetz zur Ordnung des Bauwesens vom 5.11.1999, Nr. 38/99,⁷⁶ bestätigt die Weitergeltung des Gesetzes Nr. 57/68. Die Pflicht des Verkäufers von zu errichtendem Wohnraum, für Abschlagszahlungen Versicherungsverträge abzuschließen oder Bankbürgschaften zu bieten, bleibt aufrechterhalten. Insbesondere bleibt auch die Wahl zwischen diesen beiden Sicherungsmitteln nach wohl h.M. bestehen.⁷⁷ Der bisherige Zins von 6 % im Falle der Rückzahlung geleisteter Zahlungen wird durch den zum Zeitpunkt der Rückzahlung gerade geltenden gesetzlichen Zinssatz ersetzt.⁷⁸

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch beim Timesharingvertrag, bezieht sich dieser auf noch nicht fertiggestellte Objekte, der Verkäufer verpflichtet ist,

⁷⁵ Gantzer, a.a.O., S. 27 f.; Stöcker, a.a.O., S. 180; Löber, ZfIR 2000, 993 (1001).

⁷⁶ Dazu sogleich.

⁷⁷ So die wohl h.M., Streitstand bei Meyer/Kirchheim, RIW 2000, 910 (917). Die 1. Zusatzbestimmung (disposición adicional primera) des Gesetzes 38/99, die das Gesetz 57/68 modifiziert, ist im Wortlaut etwas missverständlich, da sie nur auf die Versicherung abstellt. Die Weitergeltung des Gesetzes Nr. 57/68 wird aber ausdrücklich bestätigt.

⁷⁸ 1. Zusatzbestimmung LOE Ziff. c).

eine Bankbürgschaft oder Versicherung beizubringen, welche die Rückzahlung angezahlter Beträge für den Fall der Nichtfertigstellung absichern.⁷⁹

b) Schutzcharakter des Gesetzes

Verstöße gegen die Nichtbeachtung der Vorschriften des Gesetzes 57/68 sind gemäß Art. 6 dieses Gesetzes mit Strafen belegt.⁸⁰

Nach Art. 7 des Gesetzes sind die Rechte des Gesetzes zugunsten des Käufer zudem zwingend und nicht abdingbar.⁸¹

5. Form

Besondere Formvorschriften existieren nicht. Wie der allgemeine Kaufvertrag wird auch der Bauträgervertrag zunächst üblicherweise privatschriftlich abgeschlossen, erst später wird die *escritura* errichtet, um die Registereintragung herbeizuführen.

In der Praxis wird die *escritura* – zum Nachteile des damit ungeschützten Käufers – oft erst errichtet, wenn der Kaufpreis voll bezahlt ist. Der Käufer sollte daher darauf bestehen, dass die *escritura* bereits vorher, z.B. mit Bezahlung des gekauften Grundstücks bzw. Grundstücksanteils errichtet wird, da er dann Eigentümer des Grundstücks und auch der darauf vorgenommenen Baumaßnahmen wird. Für den Verkäufer ergeben sich aufgrund der Raten- oder Abschlagszahlungen keine Nachteile. Die *escritura* kann mit dem Vermerk der Ratenzahlung im Eigentumsregister eingetragen werden. Nach Zahlung der letzten Rate ist durch den Verkäufer zu notarieller Urkunde die Quittung zu erklären. Alternativ wird auch vereinbart, dass der Käufer einen Teil der fälligen Beträge als Sicherheit für eventuell auftretende Mängel am Bauwerk einbehält. Die tatsächliche Durchführung variiert in der Praxis, verbindliche Regelungen existieren nicht.⁸²

6. Zwingender Vertragsinhalt: Die Verordnung vom 21.4.1989

Als weitere Verbraucherschutzbestimmung wurde 1989 die Verordnung „über den Schutz der Verbraucher hinsichtlich der zu verschaffenden Information bei Kauf- und Mietverhältnissen“⁸³ erlassen, die den gewerblichen oder berufsmäßigen Anbietern von Wohnraum durch Verkauf oder Vermietung spezielle Pflichten auferlegt.

Im Vertrag sind genaue Angaben über den Anbieter (d.h. auch Verkäufer/Bauträger) zu machen (Name, Firma, Sitz, Eintragung im Register), darüber hinaus ist eine genaue Beschreibung des Objekts, inklusive Lage, Bauzustand, Nutzfläche,

⁷⁹ Art 4.2. des Timesharinggesetzes, Ley 42/1998 v. 15.12.1998 *Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tribuarias*, BOE Nr. 300 v. 16.12.1998; zu diesem Gesetz s. Löber, ZfIR 2000, 993 (999 f.).

⁸⁰ Modifiziert durch die 1. Zusatzbestimmung LOE.

⁸¹ Nach Gantzer, a.a.O., S. 27 f. entspricht die Praxis allerdings oft nicht den gesetzlichen Vorgaben. Viele Bauprojekte werden nach wie vor ohne Sicherstellung des Käufers durchgeführt.

⁸² Zum Ganzen Gantzer, a.a.O., S. 20 und S. 29; Löber, ZfIR, 2000, 993 (998).

⁸³ Real Decreto 515/1989 v. 21.4.1989 *R.D. sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento*, BOE Nr. 117 v. 17.7.1989. Das allgemeine Gesetz zum Schutze der Verbraucher und Benutzer vom 19.7.1984 L26/84 *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* hat keine Besserung der Zustände im Immobilien- und Bausektor gebracht.

Nebenleistungen etc. abzugeben, sowie der exakte Lageplan, der Bauplan mit Beschreibung der beim Bau verwendeten Materialien (ähnlich der deutschen Baubeschreibung), die Installationspläne, usw. vorzulegen. Ist der Bau noch nicht fertiggestellt und soll der Käufer Zahlungen vor Baufertigstellung leisten, muss der Verkäufer die im vorgenannten Gesetz Nr. 57/68 genannten Garantieurkunden (Versicherungsvertrag oder Bürgschaft) dem Käufer aushändigen. Behördliche Genehmigungen, wie Baugenehmigung und Wohnbarkeitsbescheinigung sind ebenso vorzulegen wie die Teilungserklärung mit Hausordnung bei Wohnungseigentum. Im Vertrag ist dies alles zu vermerken. Der Kaufpreis ist als Gesamtkaufpreis, enthaltend Kosten, Gebühren, Steuern und Honorare, anzugeben.⁸⁴

Der Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung ist strafbar.⁸⁵

7. Gewährleistung:

Verbesserter Käuferschutz durch das neue Gesetz zur Regelung der Bebauung

a) Anwendungsbereich

Im Mai 2000 ist schließlich das Gesetz zur Regelung der Bebauung⁸⁶ (nachfolgend: LOE) in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist es, für größere Klarheit im Baurecht zu sorgen und die bisherige weitgehende Schutzlosigkeit des Empfängers von Bauleistungen bei Baumängeln⁸⁷ durch neue Pflichten und Haftungsregelungen der am Bau Beteiligten aufzuheben.⁸⁸ Das Gesetz findet auf alle Bauwerke Anwendung, für die eine Baugenehmigung nach dem 6.5.2000 beantragt wurde.⁸⁹

b) Die am Bau Beteiligten

Erstmals werden die am Bau Beteiligten und ihre Funktionen gesetzlich definiert (Art. 9-16 LOE); unterschieden wird zwischen dem Bauträger, Projektingenieur, Bauunternehmer, Bauleiter, Leiter der Bauausführung, den Einrichtungen und Laboratorien zur Kontrolle der Bauqualität, dem Zulieferer von Produkten, dem Eigentümer und Benutzer.⁹⁰

Bauträger (*promotor*) ist gemäß Art. 9 Abs. 1 LOE jede natürliche oder juristische, öffentlich-rechtliche oder privatrecht-

liche Person, die als Einzelperson oder als Kollektiv beschließt, Bauvorhaben einzuleiten, zu planen und mit Eigen- oder Fremdkapital zu finanzieren, sei es für den Eigenbedarf oder zur späteren Veräußerung, Übergabe oder Abtretung an Dritte durch Rechtsgeschäfte jedweder Art. Der Bauträger muss nach Abs. 2 Inhaber eines zum Bauen berechtigenden Rechts über das Grundstück sein.

Er hat die für die Erstellung des Bauprojekts notwendigen Unterlagen und Informationen im Vorfeld zur Verfügung zu stellen und dem Bauleiter nachträgliche Änderungen des Projekts zu genehmigen, die vorgeschriebenen Baugenehmigungen und behördlichen Genehmigungen zu beantragen und Käufern sämtliche das Bauwerk betreffende Unterlagen sowie alle anderen, von den zuständigen Behörden geforderten Unterlagen auszuhändigen. Weiter ist er verpflichtet, die Abnahmeerklärung zu unterzeichnen.⁹¹

c) Haftung

Neu ist das in Art. 17 eingeführte Haftungssystem, das Käufern Ansprüche gegen die am Bau Beteiligten zugesteht. Je nach Art der Baumängel wird unterschieden zwischen

- der zehnjährigen Haftung wegen materieller Schäden aufgrund Mängeln an Strukturelementen des Baus, d.h. solchen, die die Substanz und Sicherheit des Gebäudes beeinträchtigen,
- der dreijährigen Haftung für mangelhafte Materialien und Installationen, die die Wohnbarkeit des Objekts beeinträchtigen, und
- der einjährigen Haftung für Ausführungsmängel (Art. 17 Abs. 1 LOE).

Die Haftungsfrist beginnt mit der Abnahme des Werks.⁹² Die Haftung ist gesamtschuldnerisch, wenn sie dem für den Schaden Verantwortlichen nicht individuell zugeordnet werden kann oder wenn es mehrere Verantwortliche gibt, ohne dass die konkrete Verursachung der einzelnen am Bau Beteiligten am entstandenen Schaden festgestellt werden kann (Art. 17 Abs. 3 S. 1 LOE), ansonsten gilt der Grundsatz der persönlichen Individualhaftung (Art. 17 Abs. 2 LOE).

Für den Bauträger wird diese Haftung noch erweitert: er haftet in jedem Fall gegenüber den möglichen Erwerbern gesamtschuldnerisch mit den übrigen mitwirkenden Baubeteiligten für die materiellen Schäden, die aufgrund von Baumängeln oder -fehlern am Bauwerk entstanden sind (Art. 17 Abs. 3 S. 2 LOE). Geschäftsführer von Baugenossenschaften oder Eigentümergemeinschaften oder ähnlich gearteter Ämter, die in der wirtschaftlichen Ausgestaltung des Baugeschehens immer häufiger auftreten, werden der Figur des Bauträgers gleichgestellt (Art. 17 Abs. 4 LOE).

Die vertragliche Haftung sowie die Haftung nach Kaufvertragsrecht (Art. 1484ff.CC) bleibt daneben bestehen (Art. 17 Abs. 1 und 9 LOE), strittig ist dagegen die Weitergeltung der bisherigen Haftungsnorm des Art. 1591 CC.⁹³

⁸⁴ W.N. bei Löber, ZfIR 2000, 993 (1001); Gantzer, a.a.O., S. 39 f.

⁸⁵ Näher Löber, ZfIR 2000, 993 (1001).

⁸⁶ Ley 38/99 v. 5.11.1999 *Ley de ordenación de la edificación*, BOE Nr. 266 v. 6.11.1999, das Gesetz ist am 6.5.2000 in Kraft getreten (vierte Schlussbestimmung).

⁸⁷ Zur alten Rechtslage s. *Immerschmitt*, Die Haftung des Bauunternehmers für Mängel – Eine rechtsvergleichende Studie zum spanischen und deutschen Recht, Frankfurt 1999.

⁸⁸ Art. 1 LOE mit Erläuterungen in der Präambel; Darstellung des neuen Gesetzes bei *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 ff.; *Pieske*, *informaciones* 2000, 119 ff.; *Löber*, ZfIR 2000, 993 ff., Kurzdarstellung auch bei *Ramallo Pallast*, FAZ v. 14.4.2000, 56 und *Gantzer*, SZ v. 6.4.2001, V2/1; Das spanische Bodengesetz (*Ley del suelo*) vom 13.4.1998 L 6/98 *sobre régimen del suelo y valoraciones*, BOE Nr. 89 v. 14.4.1998 ist als öffentlich-rechtliches Gesetz mit dem deutschen Baugesetzbuch vergleichbar; es hat keine verbraucher-schützenden Zielsetzungen oder Inhalte.

⁸⁹ Erste Übergangsbestimmung (*disposición transitoria primera*) zum LOE. Das Gesetz gilt also unabhängig von der Zweckbestimmung des Bauwerks als Wohn- oder Industriegebäude. Es betrifft die Neuerrichtung, die Änderung, Erweiterung und Sanierung eines Bauwerks, Art. 2 LOE.

⁹⁰ Einzelheiten bei *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (911 ff.).

⁹¹ Die Abnahme ist nun in Art. 6 LOE detailliert geregelt; zur Neuregelung s. *Pieske*, *informaciones* 2000, 119 (120) und *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (916 f.).

⁹² Art 6 Abs. 5 LOE; *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (913 ff.) und *Pieske*, *informaciones* 2000, 119 (120 f.).

⁹³ Zum Streitstand *Meyer/Kirchheim*, RIW 910 (913) und *Pieske*, *informaciones* 2000, 119 (120); zur Haftung nach Art. 1591 CC *Immerschmitt*, a.a.O., S. 5 ff.

d) Die Pflichtversicherung des Bauträgers und ihre praktische Durchsetzbarkeit

Der Bauträger (sowie der Bauunternehmer) sind gemäß Art. 19 LOE nunmehr verpflichtet, Pflichtversicherungen abzuschließen, die die eventuellen Schadensersatzpflichten aufgrund von Baumängeln absichern sollen. Möglich sind der Abschluss einer Schadensversicherung oder einer Kautionsversicherung.⁹⁴ Der Umfang der Versicherungspflicht orientiert sich an den in Art. 17 genannten Haftungen, wobei bislang zunächst nur die (wichtigste) Versicherungspflicht für materielle Schäden wegen Mängeln an Strukturelementen des Bauwerks mit der zehnjährigen Dauer in Kraft getreten ist.⁹⁵ Zum Schutz des Käufers bei Insolvenz des Bauträgers muss die erste Versicherungsrate vor Abnahme des Werks bezahlt sein, dann besteht auch bei Nichtzahlung der weiteren Raten der Versicherungsschutz weiter (Art. 19 Abs. 2 b). Notwendiger Inhalt und Umfang der Versicherungen sind in Art. 19 LOE detailliert geregelt.

Ganz entscheidend ist vor allem Art. 20 LOE, der die Einhaltung der Versicherungspflicht in praktischer Weise gewährleistet:

Notare dürfen erst dann eine Neubauerklärung (*declaración de obra nueva*) beurkunden, wenn ihnen die entsprechenden Versicherungspolizen für das Bauwerk vorgelegt werden (Art. 20 Abs. 1). Vorher darf die Erklärung auch nicht im Eigentumsregister eingetragen werden.

Die Neubauerklärung ist eine notariell zu beurkundende Erklärung über die Bebauung des Grundstücks, die zur Eintragung im Eigentumsregister abgegeben wird. Sie ist Voraussetzung dafür, dass der Erwerber umfassendes Eigentum auch am Bauwerk erhält und dieses auch im Eigentumsregister eingetragen wird, und bezweckt, dass nur Neubauten ins Register eingetragen werden, die in Übereinstimmung mit dem Baurecht errichtet wurden. Wichtig ist die Neubauerklärung für den Schutz des guten Glaubens hinsichtlich des Eigentums an den Aufbauten sowie für die Höhe der Belastbarkeit des Objekts.⁹⁶ Vorzulegen sind daher die Baugenehmigung und eine Fertigstellungsbescheinigung des zuständigen Architekten.⁹⁷

Die Verknüpfung der Neubauerklärung mit dem Nachweis der Versicherungen soll sicherstellen, dass der Bauträger seiner Versicherungspflicht tatsächlich nachkommt. Ansonsten kann die Beurkundung nicht erfolgen, die Eintragung im Eigentumsregister scheidet aus.⁹⁸

Als weitere Sicherung sieht Art. 20 Abs. 2 LOE vor, dass ein Bauträger solange nicht im Handelsregister gelöscht werden kann, als der Abschluss aller Versicherungen für das Bauvorhaben nachgewiesen wird und die Verjährungsfristen für die neu etablierten Haftungen nicht abgelaufen sind. Die Bestimmung greift natürlich nur dann, wenn der Bauträger – sei als natürliche oder juristische Person – im Handelsregister eingetragen ist.

⁹⁴ Zu den Unterschieden *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (915).

⁹⁵ *Löber*, ZfIR 2000, 993 (997); allg. zu den Versicherungen auch *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (915 f.) und *Pieske*, *informaciones* 2000, 119 (122).

⁹⁶ Allgemein zur Neubauerklärung s. *Gantzer*, a.a.O., S. 64 f.; *Löber*, ZfIR 2000, 993 (998 f.).

⁹⁷ Zur Problematik, wenn die Neubauerklärung schon während der Bauphase beurkundet werden soll *Meyer/Kirchheim*, RIW 2000, 910 (916), *Löber*, ZfIR 2000, 993 (999), *Gantzer*, a.a.O., S. 65.

⁹⁸ Zu privatschriftlicher Urkunde können Kaufverträge allerdings trotzdem abgeschlossen werden.

8. Globalbelastung

Oft beleihet der Bauträger zu eigenen Finanzierungszwecken das zu bebauende Objekt mit einer auf diesem abgesicherten Hypothek. Der Käufer kann, sofern dies vertraglich vereinbart wird, einen seinem Kaufpreis entsprechenden Darlehensanteil des Bauträgers übernehmen, so dass die Hypothek dann auf dem Objekt bestehen bleibt und er Schuldner des Kredits wird. Die Globalgläubigerin des Bauträgers verpflichtet sich i.d.R. bereits im Finanzierungsvertrag des Bauträgers, solche Schuldübernahmen zu genehmigen. Umgekehrt ist auch der Bauträger oft seitens der Bank gehalten, den Käufer zur Übernahme des Kredits zu bewegen.⁹⁹

In den meisten Fällen wird die Bebauung dergestalt erfolgen, dass der Bauträger auf einem Grundstück eine gesamte Wohnanlage baut, die später real oder in Wohnungseigentum geteilt wird. Die Finanzierungshypothek des Bauträgers entsteht dann zunächst an dem einen existierenden Grundstück, der entstehende Neubau wird durch ausdrückliche Vereinbarung in der Hypothekenbestellungsurkunde mit einbezogen.¹⁰⁰ Wenn das Grundstück später geteilt wird, ist die Hypothek auf die neuen eigenständigen Objekte aufzuteilen. Diese Aufteilung hat in öffentlicher Urkunde zu erfolgen und wird regelmäßig zusammen mit der Teilungserklärung (hinsichtlich des Grundstücks) vorgenommen.¹⁰¹

C) Belgien

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Der belgische Code Civil (im Folgenden: CC), welcher grundlegend ist für den Immobilienerwerb, basiert auf dem französischen Code Napoléon von 1804. Seitdem hat der belgische Code seine eigene Entwicklung erlebt, einige Bestimmungen, insbesondere über Eigentum und Obligationen sind aber noch immer identisch. Die Vorschriften über den Kauf (Art. 1582 ff. CC) entsprechen den französischen Normen.

Was den allgemeinen Grundstückserwerb anbelangt, kann daher im Wesentlichen auf die Darstellung zu Frankreich verwiesen werden. Insbesondere gilt: Der Eigentumserwerb vollzieht sich aufgrund des Konsensprinzips mit den übereinstimmenden Erklärungen der Vertragsparteien über die verkaufte Sache und den Kaufpreis, unabhängig von der Zahlung des Preises oder der Übergabe der Sache (Art. 1583 CC). Der Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit keiner Form, aus Beweisgründen wird er aber normalerweise schriftlich abgeschlossen. Für die Registrierung im Eigentumsregister ist die Abfassung durch öffentliche Urkunde erforderlich (Art. 2 HypothekenG). Wie in Frankreich ist die Eintragung eigentlich deklaratorisch, doch kann der Eigentumswechsel Dritten nur dann entgegengehalten werden, wenn die Kaufvertragsurkunde registriert worden ist (Art. 1 HypothekenG).¹⁰²

⁹⁹ *Stöcker*, a.a.O., S. 180 f.; allg. zur Immobilienfinanzierung *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (665); zur Hypothek *Gantzer*, a.a.O., S. 51 ff.; *Campos Nave*, RIW 1996, 550 ff.

¹⁰⁰ *Meyer*, ZfIR 2000, 431 (433).

¹⁰¹ Von Gesetzes wegen entsteht ansonsten eine Gesamthypothek, bei der jedes Grundstück für die Kreditforderung der Bank gegenüber dem Bauträger in voller Höhe haftet! *Meyer*, ZfIR 2000, 431 (434 f.).

¹⁰² Einzelheiten bei *Daniels/Schöfer*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Belgien, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 Q, Stand: 1992, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 13 ff. und 25.

Der Kaufvertrag hat inhaltlich die wesentlichen Vertragspunkte zu enthalten. Nicht zwingend, aber üblich ist der Abschluss eines Vorvertrages. Bei dessen Abschluss wird oft die Zahlung ein Vorschusses, i.d.R. ca. 10 % des Kaufpreises, vereinbart. Zur Sicherung des Käufers vor dem Verlust dieses Geldes im Falle des Scheiterns des Vertrags wird die Anzahlung, sofern der Vorvertrag notariell abgeschlossen wird, zu treuen Händen des Notars gezahlt, der sie bis zum endgültigen Vertragsschluss verwahrt. Der Kaufpreis selbst wird regelmäßig bei Abschluss des Hauptvertrags direkt an den Verkäufer gezahlt. Beim Erwerb von Baugrundstücken wird außerdem die notwendige Bescheinigung der Baubehörde (*certificat d'urbanisme*) eingeholt und vertraglich festgehalten.¹⁰³

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Auch in Belgien hat der Wohnungsmarkt bereits in den Nachkriegsjahren Aufschwung genommen, so dass viele neue Wohnungen gebaut und im Bauzustand weiterverkauft wurden. Aufgrund von Konkursen einiger Baufirmen vor Bauvoldung hatten viele Käufer das Nachsehen, mit der Folge, dass der belgische Gesetzgeber im Jahre 1971 unter der maßgeblichen Federführung des Ministers *Gust Breyne* schließlich das „Gesetz zur Regelung des Baus und des Verkaufs von noch zu errichtenden oder im Stadium der Errichtung befindlichen Wohnungen“ vom 9.7.1971¹⁰⁴ verkündete. Das Gesetz ist heute unter dem Namen *Loi Breyne* bekannt. Noch im gleichen Jahr wurde eine Durchführungsverordnung hierzu erlassen.¹⁰⁵ Gesetz und Verordnung wurden 1993 modifiziert und wesentlich ergänzt.¹⁰⁶

Belgien hat außerdem die Richtlinie 93/13/EWG des Rates zum Schutz der Verbraucher vor Missbräuchlichen Klauseln¹⁰⁷ umgesetzt.¹⁰⁸

2. Anwendungsbereich der *Loi Breyne*

a) Allgemeines

Das Gesetz *Breyne* gilt gemäß seinem Art. 1 Abs. 1 für alle Verträge,

- die
 - die Eigentumsübertragung eines noch zu errichtenden oder im Stadium der Errichtung befindlichen Hauses oder einer solchen Wohnung (Kauf nach Plan *vente sur plan*),

¹⁰³Ein sehr ausführliche Darstellung zum allgemeinen Grundstückskaufvertrag sowie auch zum nachfolgend dargestellten Vertrag über den Kauf noch zu errichtender Gebäude findet sich auf der Internethomepage der belgischen Notarkammer unter: <http://www.notaire.be/info/acheter>.

¹⁰⁴Loi v. 9.7.1971 *réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction*, M.B. v. 11.9.1971; abgedruckt in der geltenden Fassung in: Les Codes belges, tome 1 (Stand: 1.1.1999), Loseblattsammlung in 5 Bänden., hrsgg. v. *Servais/Mechelynck*, Bruxelles, S. 577 f.

¹⁰⁵Arrêté Royal v. 21.10.1971 *portant execution de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction*, M.B. v. 4.11.1971; abgedruckt in der geltenden Fassung in: Les Codes belges, tome 1 (Stand: 1.1.1999), a.a.O., S. 578 f.

¹⁰⁶Loi v. 3.5.1995, M.B. v. 19.6.1993, und Arr. Roy. v. 21.9.1993, M.B. v. 1.10.1993; *Jeghers*, Revue de la faculté de droit de Liège (im Folgenden: Rev. Liège) 1994, 603 (605 ff.) zur Gesetzesentstehung.

¹⁰⁷Fn. 13.

¹⁰⁸Loi v. 7.12.1998 *sur les pratiques et sur l'information et la protection du consommateur*; s. dazu *Flamée/Troch*, Rev.Dr.com.belge 1996, 28 ff.

- die Verpflichtung zum Bau (*construction*) oder
- zur Verschaffung eines solchen Gebäudes (*promotion*) zum Gegenstand haben,
- sofern es sich bei dem zu errichtenden Gebäude um ein Wohn- oder ein gewerbliches und Wohngebäude handelt und
- der Erwerber verpflichtet ist, Zahlungen vor Beendigung des Baus zu leisten.

Darüber hinaus ist gemäß Art. 1 Abs. 2 das Gesetz auf alle vorstehenden Verträge anwendbar, wenn das zu verkaufende Wohngebäude umgestaltet oder vergrößert wird, sofern der Gesamtpreis der Umgestaltungs- oder Vergrößerungsarbeiten höher ist als eine bestimmte durch Verordnung festzulegende Mindesthöhe. Auch in diesem Fall ist Voraussetzung, dass der Käufer vor Fertigstellung Zahlungen leistet. Die Durchführungsverordnung vom 21.9.1993 legt in Art. 1 als untere Schwelle sowohl eine Mindesthöhe der Kosten der Umgestaltungs- bzw. Vergrößerungsarbeiten im Verhältnis zum Gesamtkaufpreis fest, nämlich derzeit 80%, als auch eine totale Mindestsumme. Die beträgt 750.00 belgische Francs, die die durchzuführenden Arbeiten überschreiten müssen, damit das Gesetz anwendbar ist. Vor allem letztere Schwelle zielt darauf ab, kleinere Renovierungsarbeiten vom Anwendungsbereich des Gesetzes auszuschließen.¹⁰⁹

Das Gesetz gilt damit nicht nur für Verträge mit dem gewerblichen Bauträger, sondern für den Bau und für alle Verkäufe von zu errichtenden oder im vorgenannten Sinne umzugestaltenden Gebäuden, sofern es sich um Wohngebäude handelt und Vorauszahlungen geleistet werden sollen. Vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind gemäß Art. 2 u.a. Verträge mit Gemeinden und kommunalen Verbänden sowie mit gewerblichen Erwerbern.

b) Eigentumsübergang/Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung

Die Vertragsform des Vertrags über den Kauf noch zu errichtender Gebäude ist zwingend so gestaltet, dass das Eigentum an Grund und Boden sowie an den bereits existierenden Gebäuden bzw. Gebäudeteilen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf den Käufer übergehen. An den noch zu erstellenden Bauten geht das Eigentum automatisch im Zeitpunkt des Einbaus des Materials in den Grund und Boden oder den Bau über.¹¹⁰ Der – als einziger – erlaubte Vertragstypus entspricht damit der *VEFA* des französischen Rechts.¹¹¹

Die Risiken des Verlustes, namentlich der Zerstörung und auch Verschlechterung des Kaufobjekts gehen unabhängig vom sofortigen Übergang des Eigentums erst mit (vorläufiger)¹¹² Abnahme des Werkes auf den Käufer über, so dass es bei der Verantwortung des Bauunternehmers bis zu diesem Zeitpunkt verbleibt. Beim „normalen“ Kaufvertrag über das bereits errichtete Gebäude erfolgen Eigentums- und Risikoübergang hingegen zeitgleich.¹¹³

¹⁰⁹Beispiel: Vertrag über den Kauf eines Appartements zum Preis von 3.000.000 F mit Verpflichtung zur Umgestaltung im Wert von 2.500.000 F: das Gesetz ist anwendbar. Beträgt der Gesamtkaufpreis 900.000 F und die Umgestaltungsarbeiten 740.000 F, ist es nicht anwendbar; weitere Beispiele bei *Jeghers*, Rev. Liège 1994, 603 (610 f.).

¹¹⁰Art. 4 und 5 *Loi Breyne*.

¹¹¹S. oben Abschnitt II. A. II. 2.c).

¹¹²Hierzu sogleich unter Ziff. 9.

¹¹³Art. 5 Abs. 2 *Loi Breyne*; *Daniels/Schäfer*, a.a.O., S. 48.

3. Verhältnis der Vorschriften zum Werkvertragsrecht

Sofern das Gesetz *Breyne* keine Regelungen trifft oder Bestimmungen enthält, unterliegt der Vertrag über noch zu errichtenden Wohnraum bei Abschlagszahlungen gemäß Art. 3 *Loi Breyne* den Bestimmungen des allgemeinen Kaufrechts, Art. 1582 ff. CC und Werkvertragsrechts, Art. 1708 ff. CC. Einschlägig sind danach vor allem die werkvertraglichen Gewährleistungsfristen. Ansonsten trifft die *Loi Breyne* in ihrem Anwendungsbereich abschließende Regelungen, die dem allgemeinen Werkvertragsrecht vorgehen.

4. Schutzcharakter der Vorschriften

Die Vorschriften der *Loi Breyne* sind zugunsten des Käufers zwingend. Vertragsklauseln, die gegen die Bestimmungen der Art. 3-6 und 8-11 des Gesetzes sowie gegen die Durchführungsverordnung verstoßen, gelten als nicht existent. Verletzungen der Art. 7 und 12 des Gesetzes sind relativ nichtig, d.h. sie können (nur) vom Käufer angefochten werden (Art. 13). Dies muss im Vertrag ausdrücklich aufgenommen werden (Art. 7 Abs. 3). Verstöße gegen die in Art. 10 des Gesetzes vorgesehene Kaufpreisratenzahlung werden darüber hinaus mit Gefängnis- und Geldstrafe geahndet (Art. 14).

5. Vorvertrag

Im Falle des Abschlusses eines Vorvertrages bzw. eines Vertragsversprechens sind die Vertragsparteien normalerweise frei, dessen Inhalt festzulegen, namentlich auch hinsichtlich des „Obs“ und der Höhe etwaiger Anzahlungen.

Fällt der Vertrag in den Anwendungsbereich der *Loi Breyne*, dürfen etwaige im Zusammenhang mit einem Vorvertrag zu entrichtende Anzahlungen nicht mehr als 5 % des gesamten Kaufpreises betragen.¹¹⁴ Wird für den Fall des Scheiterns des Vertrages zulasten des Käufers eine Schadensersatzpauschale vertraglich festgelegt, darf diese ebenfalls 5% der Kaufsumme nicht übersteigen, wobei hier jedoch der Beweis des niedrigeren oder höheren Schadens erbracht werden kann.¹¹⁵ Der Vorvertrag muss außerdem die zwingenden Vertragsbestimmungen des Hauptvertrages selbst enthalten.¹¹⁶

6. Form

Anders als z.B. der französische Gesetzgeber hat der belgische Gesetzgeber den Kauf von künftig zu errichtenden Gebäuden keiner besonderen Form unterworfen und der notariellen Beurkundungspflicht unterstellt. Der Vertrag ist damit wie der allgemeine Grundstückskaufvertrag auch formfrei wirksam, er wird aber aus Gründen der Registerpublizität beurkundet, um die Wirkung gegenüber Dritten herbeizuführen. Von dieser Prämisse geht auch die *Loi Breyne* aus, die verschiedentlich den notariellen Vertrag ausdrücklich erwähnt,¹¹⁷ ohne aber die Beurkundung als Formpflicht mit der Folge der Nichtigkeit bei Nichtbeachtung festzuschreiben. Art. 13 Abs. 4 sieht gar vor, dass in der notariellen Urkunde aufzunehmen ist, dass die Verpflichtungen der Art. 7 (zwingende Vertragsangaben) und 12 (Bürgschaft und Fertigstellungs-/Rückzahlungsgarantie) des Gesetzes beachtet worden sind.

Dem Notar kommt daher eine besondere Funktion zu. Gerade mit Einfügung von Art. 13 Abs. 4 im Zuge der Novellierung

¹¹⁴Art. 10 Abs. 2 *Loi Breyne*.

¹¹⁵Art. 10 Abs. 6 *Loi Breyne*.

¹¹⁶Art. 7 Abs. 1 *Loi Breyne*.

¹¹⁷Art. 7, 10, 13.

im Jahre 1993 wollte der Gesetzgeber die Rolle des Notars stärken und ihm vermehrt Verantwortung im sensiblen Bauträgerbereich übergeben. Bevor ein entsprechender Vertrag beurkundet wird, muss der Notar insbesondere tatsächlich prüfen, ob der Verkäufer die erforderlichen Sicherheitsleistungen für den Käufer erbracht hat und alle gesetzlichen Vorgaben eingehalten sind. Anderenfalls hat er die Beurkundung abzulehnen. Erfolgt die Beurkundung trotzdem – unter Verstoß gegen das Gesetz – ist der Vertrag zwar nicht nichtig, doch kann der Käufer ein Amtspflichtverletzungsverfahren gegen den Notar anstrengen und einen ggf. entstandenen Schaden im Wege des Regresses gegen ihn geltend machen.¹¹⁸

7. Zwingender Vertragsinhalt

Der Vertrag bzw. Vorvertrag muss gemäß Art. 7 des Gesetzes zwingend Angaben über die Identität des Eigentümers des Grundstücks und der bestehenden Gebäude sowie über Datum und Bedingungen der Baugenehmigung enthalten. Sofern Letztere noch nicht erteilt ist, sind Vereinbarungen darüber, dass der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Erteilung abgeschlossen wird, aufzunehmen. Weiter ist das verkaufte Sonder- sowie Gemeinschaftseigentum genau zu beschreiben; die durch einen Architekten abgezeichneten Baupläne und Bau- und Leistungsbeschreibungen sind als Anlage beizufügen, bei Wohnungen außerdem die Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung. Anzugeben sind ferner der Preis, die Zahlungsbedingungen sowie etwaige Preisänderungsklauseln, Aufwendungsdarlehen oder andere öffentliche Zuschüsse, Beginn der Arbeiten, Fertigstellungstermine, Abnahme und Lieferungsfristen sowie Schadensersatzregelungen für den Falle der Zuspätlieferung. Etwaiger Schadensersatz muss mindestens eine normalen Monatsmiete in einem entsprechenden Objekt betragen. Schließlich sind Angaben über die Kaufpreisfinanzierung des Käufers erforderlich.¹¹⁹

Der Käufer muss den Vertrag und die vorgenannten Unterlagen fünfzehn Tage vor Vertragsschluss erhalten haben. Auch das ist im Vertrag zu vermerken (Art. 7 Abs. 1 lit. g).

Rückkaufklauseln sind verboten (Art. 11).

8. Modalitäten der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers

Der Kaufpreis ist im Vertrag zu bestimmen. Preisänderungen sind nur unter engen, in der Durchführungsverordnung festgelegten Voraussetzungen zulässig, z.B. Indexanpassung zum Kaufkraftausgleich.¹²⁰

Der Kaufpreis ist in Tranchen zu entrichten. Mit Abschluss des notariellen Vertrags kann der Bauträger oder Bauunternehmer als erste Rate einen Kaufpreisteil in Höhe des Wertes des verkauften Grund und Bodens sowie der bereits fertiggestellten Arbeiten am Kaufobjekt verlangen. Die bereits mit dem Vorvertrag geleistete Anzahlung von (max.) 5 % ist hiervon in Abzug zu bringen. Die weiteren Tranchen werden baufortschrittsweise, nach entsprechender Bestätigung durch den bauleitenden Architekten gezahlt; die Zahlungen dürfen die Kosten der ausgeführten Arbeiten nicht übersteigen.¹²¹

¹¹⁸*Jeghers*, Rev. Liège 1994, 603 (629 ff.).

¹¹⁹Art. 7 *Loi Breyne*; Darstellung bei *Jeghers*, Rev. Liège 1994, 603 (614 ff.); s. auch *Daniels/Schöfer*, a.a.O., 48 f.

¹²⁰Art. 8 *Loi Breyne*, Art. 1 Durchführungsverordnung.

¹²¹Art. 10 Abs. 4 und 5 *Loi Breyne*; eine zahlenmäßige Festlegung oder Begrenzung der Raten gibt es ausweislich des Gesetzes nicht.

Der belgische Gesetzgeber geht zum Schutze des Käufers vor dem finanziellen Verlust seiner Mittel im Falle des Konkurses des Bauträgers vor Fertigstellung aber noch weiter. Je nach der rechtlichen Qualität des verkaufenden Unternehmens ist dieses verpflichtet, dem Käufer eine Bürgschaft oder eine Fertigstellungsgarantie zu stellen. Gehört der Verkäufer zu den Unternehmen, die nach den gesetzlichen Bestimmungen des Gesetzes vom 20.3.1991 über eine besondere Zulassung verfügen (*entreprise agréée*), hat er dem Käufer eine Bürgschaft der Hinterlegungs- und Konsignationszentrale (*Caisse des Dépôts et Consignations*) über 5 % des Gebäudepreises zu übergeben (Art. 12 Abs. 1). Wie diese Bürgschaft im Einzelnen aussehen muss, regelt Art. 3 der Durchführungsverordnung. Sie ist bis zur endgültigen Abnahme aufrechtzuerhalten, darf jedoch bei Übergabe und vorläufiger Abnahme¹²² auf den hälftigen Betrag reduziert werden. Im Verzugsfall sowie bei vollständiger oder teilweiser Nichtdurchführung können der Bauunternehmer und der Käufer den dadurch erlittenen Schaden aufgrund der Bürgschaft ersetzt verlangen.

Hat der Verkäufer die erwähnte besondere Zulassung nicht, ist er gemäß Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes verpflichtet, eine Fertigstellungs- (*garantie d'achèvement*) oder Rückzahlungsgarantie (*garantie de remboursement*) durch eine belgische Bank zu stellen. Diese verpflichtet sich, dem Käufer oder Bauunternehmer die zur Fertigstellung des Objekts notwendigen Zahlungsmittel zur Verfügung zu stellen, wenn der Bau steckenbleibt. Einzelheiten legt Art. 4 der Durchführungsverordnung fest.

Wann und ob der Verkäufer ein Unternehmen mit besonderer Zulassung ist, überprüft der Notar bei Vorbereitung der Urkunde, desgleichen die Konformität der übergebenen Bürgschaft oder Garantien mit den gesetzlichen Vorgaben. Im Vertrag wird die Art der geleisteten Garantie festgeschrieben.

9. Gewährleistung

Besondere Regelungen sind bereits für die Abnahme des errichteten Gebäudes bzw. Gebäudeteils vorgesehen. Die Abnahme ist in zwei Phasen aufgeteilt: Mit der vorläufigen Abnahme (*réception provisoire*) wird die Fertigstellung der Arbeiten dokumentiert, der Käufer ist gehalten, offene, sichtbare Mängel zu beanstanden.¹²³ Aus Beweisgründen wird ein schriftliches Abnahmeprotokoll erstellt, bei (eigenmächtiger) Nutzung des Kaufobjekts wird die Abnahme allerdings stillschweigend vermutet.¹²⁴ Frühestens ein Jahr später erfolgt die endgültige Abnahme (*réception définitive*), die die kontradiktorische Feststellung ist, dass die Arbeiten beendet und mangelfrei sind (Art. 9). Bringt der Käufer keine Vorbehalte an, kann er nach diesem Zeitpunkt versteckte Mängel nicht mehr rügen oder geltend machen. Beim Kauf einer Wohnung muss der endgültigen Abnahme des Sondereigentums die endgültige Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorausgehen.

Mit der endgültigen Abnahme beginnt die zehnjährige Gewährleistungsfrist des Werkvertragsrechts (Art. 1792 und 2270 CC), die Art. 6 Loi Breyne ausdrücklich auf Bauträger und Verkäufer noch zu errichtender Gebäude erstreckt. Haftungsbefreiende Klauseln sind unzulässig und gelten als nicht

¹²²Dazu gleich.

¹²³Str. ist, ob für offensichtliche Mängel ab diesem Zeitpunkt keine Geltendmachung mehr möglich ist, Nachweise der Rechtsprechung bei Schwarz, a.a.O., Ziff. II. Belgien.

¹²⁴Art. 2 Durchführungsverordnung.

vereinbart. Aufgrund der bereits erfolgten doppelten Abnahme wird grundsätzlich nur noch für nicht offensichtliche Mängel, welche die Standfestigkeit des Gebäudes oder seiner tragenden Teile beeinträchtigen, gehaftet, nicht mehr für sichtbare und andere versteckte Mängel. Bei Renovierungs- und Sanierungsobjekten gilt die Gewährleistung nur für den renovierten bzw. sanierten Teil, nicht für die Altbausubstanz.

D) Luxemburg

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Neben Frankreich und Belgien gehört (u.a.) Luxemburg zu den Ländern, in denen der französische Code Napoléon seit seiner Einführung im Jahre 1804 gilt. Als „Code Civil des Großherzogtums Luxemburgs“ (im folgenden: CC)¹²⁵ ist er noch heute Basis des gesamten luxemburgischen Zivilrechts.

Für den allgemeinen Grundstückskauf kann daher auf die Ausführungen zum französischen Recht verwiesen werden. Die Art. 1582 ff. CC (Luxemburg) über den Kauf entsprechen den Art. 1582 ff. CC (Frankreich) bis auf wenige Ausnahmen wörtlich.

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Anwendungsbereich, Verhältnis zum Werkvertragsrecht, Schutzcharakter

Auch die Vorschriften über den Kauf noch zu errichtender Gebäude entsprechen in weiten Teilen denen des französischen Rechts. In den Jahren 1976 und 1985 wurden die Art. 1601-1 bis Art. 1601-14, 1642-1 und 1648-1 CC¹²⁶ als Kapitel III-I. (über den Kauf zu errichtender Gebäude) in den Code Civil integriert; auch hier finden sich viele wörtliche Übernahmen der französischen Bestimmungen. Die Vorschriften sind wie dort nicht auf den Bauträgervertrag beschränkt, sondern finden auf alle Verträge über den Verkauf noch zu errichtender Gebäude Anwendung. Der reine Bauvertrag, bei dem der Bauträger die Errichtung eines Hauses auf dem Grundstück des Käufers schuldet, unterliegt ebenfalls diesen Vorschriften.¹²⁷ Im Verhältnis zum allgemeinen Werkvertragsrecht handelt es sich um vorrangige Sonderregelungen.

Die Vorschriften sind – wie in Frankreich – beim Verkauf zu errichtenden Wohnraums zwingend (Art. 1601-4 Abs. 1 CC). Missachtung führt zur Nichtigkeit des Vertrages.¹²⁸

Die Verbraucherschutz-Richtlinie 93/13/EWG des Rates¹²⁹ wurde im Jahre 1997 in nationales Recht umgesetzt.¹³⁰

2. Vorvertrag, Form, zwingender Vertragsinhalt

Im Wesentlichen gilt das zu Frankreich Gesagte. Zusammenfassend ist festzuhalten:

Dem endgültigen Kaufvertrag kann ein Vorvertrag (*contrat préliminaire*) vorausgehen (Art. 1601-13 CC).

¹²⁵Code Civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg, hrsgg. v. Justizministerium Luxemburg seit 1972, Loseblattsammlung mit Anmerkungen der Rechtsprechung v. Luxemburg.

¹²⁶L. 28.12.1976 und L. 8.8.1985.

¹²⁷Cour, 15.10.1987, Nachweise bei Art. 1601-1 CC.

¹²⁸S. Art. 1601-4 Abs. 4, 1601-5 Abs. 5 und 6, 1601-14 CC.

¹²⁹Fn. 13.

¹³⁰L. v. 26.3.1997, Mémorial, A, n. 30 v. 29.4.1997.

Der Kaufvertrag selbst bedarf der notariellen Beurkundung¹³¹ und muss – entsprechend dem französischen Recht – bestimmte Mindestangaben enthalten (Art. 1601-5 CC).

3. Modalitäten der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers

Unterschieden wird ebenfalls zwischen der *vente à terme* und der *vente en l'état futur d'achèvement*.¹³²

Bei Letzterer wird der Kaufpreis baufortschrittweise gezahlt. Die erste Zahlung für den Bodenanteil des gekauften Objekts darf 10% des Gesamtpreises nicht übersteigen, es sei denn, der Verkäufer kann den höheren Selbstkostenpreis oder den höheren Wert nachweisen. Vor Baubeginn dürfen keine weiteren Zahlungen gefordert werden. Die anderen Tranchen müssen dem jeweiligen Baufortschritt entsprechen, dabei dürfen die nachfolgenden Höchstsätze nicht überschritten werden: 15 % des Gesamtkaufpreises bei Fertigstellung der Grundmauern (mit Ausnahme von Garagen u.ä.), ein proportionaler Anteil am Gesamtkaufpreis für das Mauerwerk zwischen Grundmauern und Bedachung, max. 50% bei Vollendung des Gesamtmauerwerks und 95 % bei Fertigstellung des Gebäudes. Der Rest ist bei Übergabe zu entrichten.¹³³ Daneben muss der Verkäufer eine Fertigstellungs- oder Rückzahlungsgarantie zum Schutz des Käufers erbringen, deren Einzelheiten durch Verordnung festgelegt werden (Art. 1601-5 lit. f CC).

Beim Kauf nach Frist wird der Kaufpreis nach notarieller Feststellung der Fertigstellung oder aber vorher nach Baufortschritt auf ein Sperrkonto, über welches der Verkäufer vor Fertigstellung nicht verfügen kann, gezahlt (Art. 1601-10 CC).

4. Gewährleistung

Für die Mängelhaftung des Bauträgers existieren mit den Art. 1642-1 und 1646-1 CC zum französischen Recht identische Sondervorschriften. In erster Linie schuldet der Verkäufer Mängelbeseitigung. Er ist ansonsten im wesentlichen dem Bauunternehmer mit der zwei- bis zehnjährigen Haftung gleichgestellt.¹³⁴

E) Österreich

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Rechtsgrundlage für den Grundstückserwerb in Österreich ist neben dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 1.6.1811 (im Folgenden: ABGB)¹³⁵ insbesondere das allgemeine Grundbuchgesetz von 1955 (GBG).¹³⁶

Der Eigentumserwerb nach österreichischem Recht erfolgt gemäß § 380 ABGB durch *Titel* (Rechts- oder Erwerbgrund) und *Modus* (Erwerbungsart). *Titel* sind regelmäßig Verträge, daneben auch Verfügungen auf den Todesfall, richterliche oder gesetzliche Anordnungen (§ 424 ABGB), Erwerbungsart ist allgemein die Übergabe der verkauften Sache (Art. 426 ff. ABGB). Zur Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen wird die Übergabe durch die Eintragung (*Einverleibung* = *Intabulation*) im Grundbuch ersetzt (§ 431 ABGB). Die Eintragung hat damit konstitutive Wirkung. Anders als in Deutschland erfolgt der Eigentumserwerb jedoch nicht abstrakt; Titel ist daher nicht eine dingliche Einigung, sondern der schuldrechtliche Kaufvertrag selbst. § 433 ABGB und § 26 Abs. 2 GBG verlangen daher, dass die zur Umschreibung eines dinglichen Rechts vorzulegenden Urkunden eine gültigen Rechtsgrund enthalten. Das Grundbuchamt muss diesen auch überprüfen, ansonsten darf der Erwerb nicht eingetragen werden.¹³⁷

Einer besonderen Form, namentlich der notariellen Beurkundung, bedarf der Kaufvertrag über Immobilien nicht, auch der mündlich geschlossene Vertrag ist wirksam (§ 883 ABGB). Allerdings ist zum Vollzug der Einverleibung, d.h. der Eintragung im Grundbuch eine öffentliche Urkunde, unter welche auch Urkunden der öffentlichen Notare fallen, oder eine Privaturkunde mit öffentlich beglaubigten Unterschriften erforderlich (§ 432 ABGB, § 31 Abs. 1 GBG). Daneben stellt das Gesetz noch weitere formelle Erfordernisse auf, ohne deren Vorliegen die Einverleibung nicht erfolgen kann: Insbesondere muss der Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen zwingend auch das Geburtsdatum enthalten (§ 31 Abs. 1 GBG), in der Praxis wird i.d.R. zusätzlich dessen handschriftliche Abgabe durch die Käufer gefordert. Bei privatschriftlichen Urkunden müssen gemäß § 32 Abs. 1 GBG außerdem noch genaue Angaben zu der Liegenschaft oder dem Recht, deren Einverleibung erfolgen soll, sowie die ausdrückliche Erklärung desjenigen, über dessen Recht verfügt wird, dass er in die Einverleibung einwillige (sog. *Einverleibungsbewilligung/Aufsandungserklärung*), gemacht werden.¹³⁸ Alle erforderlichen privaten wie behördlichen Genehmigungen sind vorzulegen und werden vom Grundbuchamt überprüft. Solange diese fehlen, kann die Einverleibung nicht erfolgen. Zum Schutz des Käufers in diesem Fall kennt das österreichische Recht das Institut der *Anmerkung*, welche im Grundbuch eingetragen werden kann. Sie bewirkt, dass für die Dauer von einem Jahr Zwischeneintragungen zu Lasten des Erwerbers unberücksichtigt bleiben.¹³⁹ Beim Kauf von Wohnungseigentum wird sie durch die unbefristete *Anmerkung über die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts* gemäß § 24a WEG 1975¹⁴⁰ ersetzt.¹⁴¹

Inhaltlich sind im Kaufvertrag die gesamten Vereinbarungen der Parteien geregelt, namentlich auch die Zahlung des Kauf-

¹³¹Zum Notar im Luxemburg allgemein s. *Schwachtgen*, MittBayNot. 1990, 5 ff.

¹³²Art. 1601-1 Abs. 2, 1601-2 und 1601-3 CC.

¹³³Art. 1601-9 CC.

¹³⁴Art. 1646-1, 1792, 2270 CC; *Schwarz*, a.a.O., Ziff. III. Luxemburg.

¹³⁵Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v. 1.6.1811, JGS Nr. 946/1811, zuletzt geändert 2000, BGBl. I Nr. 135/2000.

¹³⁶Bundesgesetz vom 2.2.1955 über die Grundbücher (Allgemeines Grundbuchgesetz 1955 GBG), BGBl. Nr. 39/1955, letztmals geändert 1997, BGBl. Nr. 140/1991; weitere Gesetze bei *Bittner*, Der Immobilienerwerb im Ausland – Österreich, in: 9. Symposium zum Internationalen Privatrecht des DAI: „Der Immobilienerwerb im Ausland“, 19./20.05.2000, hrsgg. v. *DAI*, S. 361 und *Grötsch*, MittBayNot 2001, S. 175.

¹³⁷*Bittner*, a.a.O., S. 368, allgemein zum Grundbuch S. 381 ff.

¹³⁸*Bittner*, a.a.O., S. 368 f; Gutachten im DNotI-Report 2001, 2 ff. (3); *Meyer*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Österreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 B, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 43; *Grötsch*, MittBayNot 2001, S. 175.

¹³⁹Wird allerdings innerhalb eines Jahres kein Einverleibungsantrag gestellt, sind die Zwischeneintragungen nicht mehr löschar, näher zur Anmerkung *Bittner*, a.a.O., S. 375 f; *Meyer*, a.a.O., S. 49 f.

¹⁴⁰Bundesgesetz vom 1.7.1975 über das Eigentum an Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten (Wohnungseigentumsgesetz 1975 – WEG), BGBl. Nr. 417/1975, letztmals geändert im Jahre 2000, BGBl. Nr. 142/2000.

¹⁴¹*Bittner*, a.a.O., S. 376.

preises, die Übernahme und Ablösung von Belastungen etc.¹⁴² In diesem Zusammenhang kommt den österreichischen Notaren (und Rechtsanwältinnen) die besondere Aufgabe der Treuhandtschaft zu. Zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Eintragung verwahrt der Notar aufgrund einer schriftlichen – vom dem Grundgeschäft (Kaufvertrag) gesonderten (s. § 33 Notariatsordnung¹⁴³) – Urkunde, der Treuhandvereinbarung, die Urkunden, nimmt den Kaufpreis entgegen, besorgt ggf. auch die Lastenfreistellung bzw. Finanzierung für den Käufer und sichert so den Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung bis zur endgültigen Eintragung.¹⁴⁴ Der Treuhandauftrag ist dem österreichischen Treuhandregister aus versicherungstechnischen Gründen zu melden. Zur Zahlungsabwicklung hat die österreichische Notariatskammer die Notartreuhandbank AG gegründet. Des Weiteren hat sie Richtlinien erlassen, die den Notaren besondere Pflichten bei der Durchführung der Treuhandschaften auferlegen.¹⁴⁵

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Bis zum In-Kraft-Treten des Bauträgergesetzes im Jahre 1997 war der Schutz des Erwerbers nur partiell geregelt.¹⁴⁶

Ein erster Schutz des Käufers von Wohnungseigentum erfolgte durch Einführung der bereits genannten Anmerkung der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts gemäß § 24a WEG.¹⁴⁷ Der im Jahre 1993¹⁴⁸ eingefügte § 23 Abs. 1a WEG untersagt es dem Wohnungseigentumsorganisator, vom Erwerber von Wohnungseigentum Leistungen entgegen zu nehmen, bevor die Anmerkung eingetragen ist. Partielle Regelungen erfolgten teilweise auch über landesrechtliche Regelungen.¹⁴⁹

Das allgemeine Konsumentenschutzgesetz vom 08.03.1979 (KSchG)¹⁵⁰ wurde 1997¹⁵¹ an die Vorgaben der Verbraucherschutz-Richtlinie 93/13/EWG des Rates¹⁵² angepasst.

¹⁴²Art. 433 ABGB, Muster eines Kaufvertrages bei *Bittner*, a.a.O., S. 410 ff.; Ausführungen zum Inhalt des Kaufvertrages bei *Grötsch*, *MittBayNot* 2001, S. 175.

¹⁴³Gesetz vom 25.7.1871 betreffend die Einführung einer neuen Notariatsordnung, RGBl. Nr. 75/1871, letzte Änderung 1999, BGBl. Nr. 72/1999.

¹⁴⁴*Bittner*, a.a.O., S. 377.

¹⁴⁵Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer über die Vorgangsweise bei notariellen Treuhandschaften (THR 1999) v. 8.6.1999, abgedruckt in *ÖNZ* 1999, 182ff., desgl. bei *Bittner*, a.a.O., S. 423 ff., allg. zur Treuhandschaft S. 377 ff.

¹⁴⁶Zur Entstehungsgeschichte des österreichischen Bauträgerrechts *Prack*, *ÖNZ* 1994, 154 ff. sowie Erläuterungen Ziff. 2 und 3 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP vom 3.9.1996 zum Entwurf des BTVG, unter: http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/003/100312_.html.

¹⁴⁷Eingefügt in das WEG 1975 durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 1.7.1982, BGBl. Nr. 370/1982.

¹⁴⁸Änderung des WEG 1975 durch das 3. Wohnungsrechtsänderungsgesetz 1993, BGBl. Nr. 800/1993.

¹⁴⁹Z.B. Salzburger Wohnungsbauförderungsgesetz 1990, LGBl. Nr. 1/1991, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 43/1998. Gemäß § 19 sind an die Förderung des Erwerbs von neu errichteten Wohnungen bestimmte Voraussetzungen geknüpft, u.a. gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 7, dass der Bauträger den Erwerber gegen den Verlust der geleisteten Zahlungen sicherstellt.

¹⁵⁰Bundesgesetz vom 8.3.1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden – KSchG, BGBl. Nr. 140/1979, letztmals geändert 1999, BGBl. Nr. 185/1999.

¹⁵¹BGBl. I, Nr. 6/1997, Bundesgesetz, mit dem das KSchG geändert wird.

¹⁵²Fn. 13.

Aufgrund der unbefriedigenden Gesetzeslage hat der österreichische Nationalrat schließlich das Bauträgervertragsgesetz (im folgenden: BTVG)¹⁵³ beschlossen. Das Gesetz ist am 1.1.1997 in Kraft getreten (§ 18 Abs. 1 BTVG). Es zielt insbesondere darauf ab, im Sinne eines effektiven Konsumentenschutzes den Erwerber von noch zu errichtenden Bauwerken vor dem Verlust seiner Vorleistungen zu schützen, dabei andererseits aber auch den Interessen der Bauträger Rechnung zu tragen, indem die Vorfinanzierung durch den Erwerber weiter grundsätzlich zugelassen wird.¹⁵⁴

2. Anwendungsbereich des Bauträgervertragsgesetzes 1997

§ 2 sieht eine Legaldefinition des Bauträgervertrages und des Bauträgers vor.

Ein Bauträgervertrag ist danach der Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandsrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasings an den zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen. Darunter fällt auch der Erwerb der Liegenschaft von einem Dritten, sofern dieser Vertrag mit dem Vertrag über die Errichtung des Bauwerks eine Einheit bildet. Bauträger ist derjenige, der sich verpflichtet, einem Erwerber die vorgenannte Rechte einzuräumen.

3. Verhältnis der Vorschriften zum Werkvertragsrecht

Das Gesetz ist als zivilrechtliches Sondergesetz erlassen. Die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zum Werkvertrag (§§ 1151 ff. ABGB) sind im Anwendungsbereich des BTVG nicht einschlägig, sofern dieses selbst Regelungen trifft. Insbesondere ist § 1170 ABGB über die Entrichtung des Entgelts nach Vollendung des Werkes oder „bereits vorher im Verhältnis nach der Verrichtung des Werkes in gewissen Abteilungen“ nicht anwendbar.

4. Schutzcharakter

Das Gesetz hat zwingenden Charakter. Gemäß § 1 Abs. 2 BTVG können die gesetzlichen Bestimmungen nicht zum Nachteil des Erwerbers abbedungen werden, wenn dieser Verbraucher iSd § 1 Abs. 1 Ziff. 2 KSchG ist. Schließt der Erwerber den Vertrag nicht als Verbraucher, besteht größere Vertragsfreiheit, dann sind aber auch die allgemeinen Vorschriften zu beachten.¹⁵⁵

5. Form

In Abweichung vom Prinzip der Formfreiheit ist der Bauträgervertrag zwingend schriftlich abzuschließen (§ 3 Abs. 1 BTVG). Wird diese Form Missachtet, kann sich der Käufer auf diesen Mangel bis zum Ende der Sicherungspflicht gemäß § 7 Abs. 5 BTVG berufen (§ 3 Abs. 2). Diese tritt ein, d.h. der Vertrag ist geheilt, wenn das fertiggestellte Bauobjekt tatsächlich übergeben ist und die Anmerkung im Grundbuch ein-

¹⁵³Art. 1 des Bundesgesetzes, mit dem Regelungen über den Erwerb von Rechten an Gebäuden und Wohnungen von Bauträgern getroffen werden (Bauträgervertragsgesetz – BTVG) und das Wohnungseigentumsgesetz 1975 geändert wird, BGBl. Nr. 7/1997, geändert 1999, BGBl. Nr. 72/1999.

¹⁵⁴S. Erläuterungen Ziff. 4 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP vom 3.9.1996, a.a.O.; Kommentar zum BTVG von *Engin-Deniz*, *Bauträgervertragsgesetz* – Kurzkomentar, Wien, 2. Aufl. 1999.

¹⁵⁵Erläuterungen zu den §§ 1 und 2 in: Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP vom 3.9.1996, a.a.O.

getragen ist.¹⁵⁶ Von der Beurkundungspflicht wurde bewusst abgesehen, der österreichische Gesetzgeber hat stattdessen andere Sicherungsmöglichkeiten zum Schutz des Käufers gewählt.¹⁵⁷

- Als wichtiges Element der Präventivkontrolle wird dem Käufer gemäß § 5 BTVG ein Rücktrittsrecht vom Vertrag eingeräumt, wenn der Bauträger nicht innerhalb einer Woche vor Abgabe der Vertragserklärung des Erwerbers diesem alle wesentlichen Informationen über den Vertragsinhalt sowie die vom Bauträger zu erfüllenden Sicherungspflichten mitgeteilt hat. Sinn dieser Regelung ist es, den Erwerber vor Überrumpelung zu schützen. § 4 BTVG regelt detailliert den Inhalt dieser Informationspflicht sowie die Modalitäten des Rücktritts.¹⁵⁸
- Zweites Element ist die zwingende Einschaltung eines Treuhänders spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus dem Kreis der Notare und Rechtsanwälte, der die ausreichende Belehrung und Beratung des Erwerbers sicherstellen sowie die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung gewährleisten soll. Auf die Bestellung des Treuhänders kann nur verzichtet werden, wenn für die Rückforderungsansprüche des Erwerbers eine schuldrechtliche Sicherung¹⁵⁹ bestellt wird (§ 12 BTVG).¹⁶⁰ Die einzelnen Pflichten des Treuhänders regelt § 12 Abs. 3 Nr. 1-3, Abs. 4 und 5 BTVG.¹⁶¹ Praktisch erfolgt die Einschaltung des Notars als Treuhänder dergestalt, dass der Bauträger mit einem Notar eine Vereinbarung über die Treuhänderbestellung abschließt. Bei der beabsichtigten Einräumung von Wohnungseigentum wird für den Treuhänder eine unbefristete Rangordnung für die beabsichtigte Eintragung von Wohnungseigentum eingetragen, sobald für zumindest einen Erwerber eine Anmerkung gemäß § 24 a WEG eingetragen ist (§ 24c WEG 1975). Nach Errichtung der öffentlich zu beglaubigenden Aufsandungserklärung des Bauträgers kann der Notar sogleich nach Vertragsschluss die Eintragung der Anmerkung in die Wege leiten. Der Bauträgervertrag selbst enthält einen genauen Treuhandauftrag an den Notar. Die Treuhandschaft ist iSd vorgenannten Richtlinien¹⁶² auszuführen.

6. Zwingender Vertragsinhalt

Der Mindestinhalt des Bauträgervertrages ist in § 4 Abs. 1 BTVG niedergelegt. Aufzunehmen sind der bestimmt bezeichnete Vertragsgegenstand inklusive genauer Pläne, Baubeschreibung und Ausstattung des Objekts, der zu zahlende Kaufpreis und dessen Fälligkeit, der späteste Übergabetermin, die Art der Sicherung des Käufers sowie Angaben zum Treuhänder. Sondervereinbarungen sind möglich, sofern noch keine Baubewilligung vorliegt (§ 4 Abs. 2 BTVG).¹⁶³

¹⁵⁶Schippel, FS Hagen, 338 (340 f.).

¹⁵⁷Zu § 3, Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP vom 3.9.1996, a.a.O.; kritisch Schippel, FS Hagen, 338 (353).

¹⁵⁸Schippel, FS Hagen, 338 (350 f.).

¹⁵⁹Dazu sogleich.

¹⁶⁰Zu § 12, Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP vom 3.9.1996, a.a.O.

¹⁶¹S. auch Schippel, FS Hagen, 338 (352).

¹⁶²Abschnitt II.E.I.

¹⁶³Zu den einzelnen Punkten Schippel, FS Hagen, 338 (341 ff.).

7. Modalitäten der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers

Kernstück des BTVG sind jedoch die Sicherungsmodelle, die zum Schutze des Käufers gegen den Verlust seiner geleisteten Zahlungen zu Auswahl gestellt werden. Nach § 7 BTVG muss der Bauträger den Erwerber hiergegen durch schuldrechtliche, grundbücherliche oder pfandrechtliche Sicherungen oder Zahlung auf Treuhandkonto absichern. Zahlungsansprüche werden erst fällig, wenn eine der genannten Sicherungen vorliegt. Die Sicherungspflicht endet erst mit Übergabe des fertiggestellten Vertragsobjekts und Eintragung der Anmerkung (§ 7 Abs. 4 und 5 BTVG).

- Die schuldrechtliche Sicherung erfolgt durch Absicherung der Rückzahlungsansprüche des Erwerbers durch Bürgschaft, Garantien oder Versicherungen, wobei diese nur durch Kreditinstitute, Versicherungen oder Gebietskörperschaften erfolgen können. Alternativ kommt auch eine Fertigstellungsgarantie in Betracht, die jedenfalls die Rückforderungsansprüche einschließt (§ 8 BTVG).
- Die grundbücherliche Sicherstellung gemäß §§ 9 und 10 BTVG ist mit dem Zahlungsplan des § 3 MaBV vergleichbar. Der Erwerber zahlt nach Baufortschritt entsprechend der gesetzlich festgelegten Raten, zusätzlich muss der Erwerb im Grundbuch ausreichend sichergestellt sein, m.a.W. es muss die Anmerkung eingetragen sowie – durch Vereinbarung mit dem Gläubiger des Bauträgers – die Lastenfreistellung gesichert sein.

Der Ratenplan des § 10 BTVG sieht die Zahlung nach Abschluss bestimmter Bauabschnitte wie folgt vor:

- 30 % des Entgelts bei Baubeginn aufgrund rechtskräftiger Baubewilligung (20 %, wenn kein Eigentum, sondern das Baurecht eingeräumt wird),
- vom Restbetrag:
 - 40 % nach Fertigstellung des Rohbaus und des Daches,
 - 25 % nach Fertigstellung der Rohinstallationen,
 - 15 % nach Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung,
 - 17 % nach Bezugsfertigstellung und
 - 3 % nach Fertigstellung der gesamten Anlage oder bei vereinbarter vorzeitiger Übernahme des Gebäudes oder der Wohnung.

- Die pfandrechtliche Sicherung (§ 11 BTVG) bietet sich an, wenn der Bauträger weiteren Immobilienbesitz hat. Die Sicherung des Erwerbers erfolgt hierbei durch Bestellung eines Pfandrechts¹⁶⁴ zu seinen Gunsten auf einem anderen als dem gekauften Grundstück des Bauträgers. Bei mehreren Erwerber kann ein (Höchstbetrags)-Grundpfandrecht für den Treuhänder bestellt werden, der im Innenverhältnis für deren Verwertung und Aufteilung des Erlöses unter den Erwerbern zu sorgen hat.

- Schließlich erlaubt das Gesetz die Zahlung auf Treuhandkonto. Hier bedarf es einer Vereinbarung mit dem Kreditinstitut, an welches die Zahlungen geleistet werden, dass der Bauträger über die gezahlten Beträge erst nach Vorliegen der eben genannten Voraussetzungen verfügen kann (§ 7 Abs. 4 BTVG).¹⁶⁵

Der schuldrechtlichen und pfandrechtlichen Sicherung sowie der Zahlung auf Treuhandkonto ist gemeinsam, dass hier –

¹⁶⁴Das österreichische Grundstücksrecht kennt nur das der Hypothek entsprechende Grundpfandrecht, §§ 447 ff. ABGB.

¹⁶⁵Schippel, FS Hagen, 338 (345 ff.).

anders als bei der grundbücherlichen Sicherung – keine etappenweise Zahlung nach Baufortschritt vorgesehen ist. D.h. der Bauträger ist frei, in welcher Höhe und in wie vielen Tranchen er Zahlungen vor Bauvollendung fordert.

8. Gewährleistung

Die Gewährleistung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des ABGB (§§ 922 ff. ABGB)¹⁶⁶ und den besonderen werkvertraglichen Bestimmungen (insb. § 1167 ABGB).¹⁶⁷

Daneben gelten die Standardbedingungen der ÖNormen, dem Pendant zur deutschen VOB.¹⁶⁸ Seit 1.7.1999 existiert die neue ÖNorm B 2120, die allgemeine Empfehlungen über die Mindestanforderungen eines Bauträgervertrages sowie Beispiele über die möglichen im BTVG genannten Garantien enthält. Weiter ist dort auch ein Muster einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung integriert.

9. Lastenfreistellung von der Globalbelastung des Verkäufers

Der Notar übernimmt im Zuge seiner Treuhandschaft auch die Aufgabe, die Lastenfreistellung bei Globalfinanzierungen seitens des Bauträgers abzuwickeln, ggf. ist er auch mit der Finanzierungsabwicklung des Käufers betraut. Der Käufer kann auch Teile des Darlehens des Verkäufers übernehmen.

F) Niederlande

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Grundlegend für den Erwerb von Immobilien ist das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch (*Burgerlijk Wetboek*, nachfolgend: BW) von 1992.

Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb erfolgt durch Einigung und Übergabe. Die Einigung erfolgt durch Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages, z.B. des Kaufvertrages, bei dem sich der Verkäufer verpflichtet, die verkaufte Sache zu liefern und zu übertragen, der Käufer, die Sache anzunehmen und zu bezahlen (§ 7:1 BW). Bei der Übergabe ist zu differenzieren: Bewegliche Sachen werden tatsächlich übergeben. Bei Grundbesitz wird die Übergabe dadurch ersetzt, dass es (zusätzlich zum Kaufvertrag) einer notariellen Übertragungsurkunde (Auflassungsakte/Lieferungsurkunde *acte van levering*) bedarf, die im Grundbuch eingetragen werden muss. Die Eintragung ist damit, anders als in den meisten europäischen Ländern, wie in Deutschland für den Eigentumsübergang konstitutiv. Allerdings sind der schuldrechtliche Vertrag und die Auflassungsakte kausal miteinander verknüpft, so dass Mängel des Grundgeschäfts auch den Übertragungsakt erfassen.¹⁶⁹

¹⁶⁶Schippel, FS Hagen, 338 (340).

¹⁶⁷Hierzu s. Schwarz, a.a.O., Ziff. XIV. Österreich.

¹⁶⁸Herausgegeben vom Österreichischen Normungsinstitut, Wien.

¹⁶⁹Tomlow, in: Deutsch-Niederländischer Rechtsverkehr in der Notariatspraxis, hrsgg. v. *Deutsches Notarinstitut*, Würzburg 1997, 40 (41ff.); ebenso *Tomlow/van Mourik*, Der Erwerb einer Immobilie in den Niederlanden, in: 9. Symposium zum Internationalen Privatrecht des DAI: „Der Immobilienerwerb im Ausland“, 19./20.5.2000 (im Folgenden: DAI 2000), hrsgg. v. *DAI*, S. 41 ff., *van Velten/Weidinger/Kappers*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in den Niederlanden, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 N, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 13 und S. 24.

In formeller Hinsicht sind grundsätzlich keine Vorschriften zu beachten, auch der Kaufvertrag über Grundstücke kann mündlich abgeschlossen werden (s. § 7:1 BW). Jedoch bedarf die Lieferungsakte zwingend der notariellen Beurkundung, § 3:31 BW erfordert zudem ausschließlich die Beurkundung durch einen niederländischen Notar. Diese Beurkundung erfolgt oft zu einem späteren Zeitpunkt als der eigentliche Kaufvertragsabschluss. Der Kaufvertrag wird in der Praxis meist schriftlich unter Verwendung eines Formularvertrages des niederländischen Notarverbands oder der niederländischen Maklervereinigung abgeschlossen. Diese Standardverträge enthalten u.a. Regelungen über Kaufobjekt, Kaufpreis, Lieferbedingungen, Garantieerklärungen und Auflösung des Vertrages bei Nichtzustandekommen der Finanzierung.¹⁷⁰

Ein Teil der Kaufpreissumme – nach dem Amsterdamer Modellstandardvertrag 10 % – wird als Anzahlung und Kautions mit Abschluss des schriftlichen Kaufvertrages entrichtet und notariell hinterlegt. Der restliche Kaufpreis wird dann i.d.R. bei Unterzeichnung der Lieferungsurkunde auf Notaranderkonto gezahlt. Der Notar wird diese Summe nach Ablösung ggf. bestehender Belastungen und Registrierung der Urkunde im Grundbuch an den Verkäufer auskehren. Da die Registrierung mittlerweile elektronisch erfolgt, kann dies oft schon innerhalb weniger Tage nach Beurkundung erfolgen.¹⁷¹

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Zwingende gesetzliche Vorschriften zum Erwerb noch zu errichtender Gebäude oder Sondervorschriften zum Erwerb vom Bauträger existieren nicht. Neben den allgemeinen Vertragsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und über den Kauf gelten vor allem die Bestimmungen über den Werkvertrag.¹⁷²

Missbräuchliche Vertragsklauseln sind an §§ 6:231-248 BW, die die Verbraucherschutz-Richtlinie 93/13/EWG des Rates umgesetzt haben, zu messen.

Seit 1989 gibt es außerdem Allgemeine Verwaltungsbedingungen (*Uniforme Administratieve Voorwaarden = UAV*), die in Zusammenarbeit der zuständigen Ministerien und Baunternehmerverbände aufgestellt wurden. Die UAV enthalten weitgehende nicht-bautechnische Regelungen, sie werden den meisten Bauverträgen vertraglich zugrunde gelegt.¹⁷³

2. Der Modellvertrag beim Kauf vom Bauträger

Die Niederlande kennen zwar keine gesetzlichen Regelungen für den Kauf vom Bauträger oder sonst für den Erwerb noch zu errichtender Gebäude, doch wie schon für den allgemeinen Kaufvertrag wurde auch für Kaufverträge über noch zu errichtende Immobilien in Zusammenarbeit der Vereinigung

¹⁷⁰*van Velten/Weidinger/Kappers*, a.a.O., S. 24; ein Muster eines Kaufvertrages und einer Lieferungsakte findet sich bei *Tomlow/van Mourik*, DAI 2000, S. 57 ff.

¹⁷¹*Tomlow*, a.a.O., 40 (42 und 46 f.) mit Hinweisen zum Register; *van Velten/Weidinger/Kappers*, a.a.O., S. 41.

¹⁷²§ 7A: 1637b, 1640 ff. BW; zum Werkvertragsrecht s. Schwarz, Das Bauvertragsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, a.a.O., Ziff. VII. Niederlande; *van Velten/Weidinger/Kappers*, a.a.O., S. 64 ff.; allg. Überblick über das niederländische Bau- und Immobilienrecht bei *Das*, MittBl. Arge Baurecht 1995/1, 4 ff. und 1995/2, 33 ff.

¹⁷³Einzelheiten bei *Das*, MittBl. Arge Baurecht 1995/2, 33 (34 f.).

niederländischer Notare (*Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie = KNB*), der niederländischen Konsumentenorganisation sowie der Organisationen niederländischer Bauträgerunternehmen und Makler ein Modellvertrag mit dazugehörigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt, der in der Praxis – je nach Art des verkauften Objekts in verschiedenen Varianten – Verwendung findet. Nicht alle Bauträger bedienen sich allerdings dieser Modellverträge. Es werden auch eigene Vertragsmuster, die UAV sowie die gesetzlichen Regelungen zugrunde gelegt.¹⁷⁴

Der Modellvertrag (*koop/aannemingsovereenkomst*) regelt die aufeinander abgestimmten Rechte und Pflichten von Verkäufer und Käufer noch zu errichtender Gebäude. Der Mitwirkung eines Notars bedarf es nach allgemeinem Grundstücksrecht an sich nur für die Lieferungsakte, seine Mitwirkung schon beim schuldrechtlichen Vertragsabschluss wird jedoch empfohlen.¹⁷⁵

Der Modellvertrag enthält – neben dem Inhalt des allgemeinen Kaufvertrags – u.a. weitere Angaben zum Kaufobjekt, den Zeitpunkt der Lieferung von Grund und Haus (Art. 1 Modellvertrag), die Höhe einer zu zahlenden Kautionssumme (Art. 3) sowie Art und Weise der Kaufpreiszahlung (Art. 4). Letztere erfolgt in Raten entsprechend Baufortschritt (Art. 4 Modellvertrag). Die Bauzeit wird meist datumsmäßig festgelegt (Art. 5). Die Baubeschreibung und ggf. Teilungserklärung können dem Vertrag beigelegt werden.

Die dem Modellvertrag beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (*Algemene Voorwaarden*) enthalten gesonderte Regelungen für Neubauten, beispielweise Vorschriften über die Folgen von Abweichungen von der Baubeschreibung, über Auftragsänderungen, über die Kontrolle der Bauausführung sowie auch Vorschriften über die Haftung des Bauunternehmers.¹⁷⁶

G) Italien

I. Grundlagen des rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerbs

Grundlegend für den Immobilienerwerb ist insbesondere der Codice Civile (CC).¹⁷⁷

Die Übertragung und der Erwerb von Eigentum in Italien erfolgen aufgrund des Konsensprinzips (*principio consensualistico*) allein durch die Einigung der Vertragsparteien, ohne dass es etwa der Übergabe der Sache oder einer Eintragung ins Grundstücksregisters bedarf (Art. 1376 CC). Eine Ausnahme gilt nur für die Provinzen Triest, Görz, Trient, Bozen sowie die Bezirke Cervignano und Pontebba (Provinz Udine), Colle S. Lucia (Provinz Belluno) und Valvestino (Provinz Bercia), in denen das österreichische Grundbuchssystem beibehalten wurde. Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Grundbuchverord-

nung der neuen Provinzen von 1929¹⁷⁸ wird das Eigentum erst mit Eintragung im Grundbuch (*libro fondiario*) erworben. Im übrigen Italien erfolgt die (deklaratorische) Eintragung im Immobilienregister (*Conservatoria dei Registri Immobiliari*).

Formell ist der Grundstückskaufvertrag wirksam, wenn er privatschriftlich oder durch öffentliche Urkunde abgeschlossen wurde.¹⁷⁹ Der Beurkundung bedarf es grundsätzlich nicht. Allerdings kann, wie z.B. auch in Frankreich und Belgien, die Eintragung im Grundstücksregister bzw. im Grundbuch nur aufgrund öffentlicher Urkunde, d.h. beurkundet oder privatschriftlich mit beglaubigten Unterschriften, erfolgen. Für die neuen Provinzen ist die öffentliche Urkunde damit zum Eigentumserwerb unumgänglich. Auch für Rest-Italien besteht für den Käufer das Bedürfnis der Eintragung, da nur diese die Drittwirkung des Eigentumserwerbs herbeiführt und den Käufer gegen weitere Eintragungen schützt (Art. 2644 CC).¹⁸⁰

Der Immobilienerwerb erfolgt praktisch in zwei Stufen: zunächst wird ein (schriftlicher) Vorvertrag (*contratto preliminare/compromesso*) abgeschlossen, der die Verpflichtung zum Abschluss des Kaufs enthält und bereits sämtliche Vereinbarungen der Parteien enthält. Üblich ist dabei die Vereinbarung einer Draufgabe (*caparra confirmatoria*) gemäß Art. 1385 CC, wonach der Käufer bereits einen Betrag von ca. 10–30 % des Kaufpreises anzahlt. Bei Nichterfüllung durch eine Partei und Rücktritt vom Vertrag kann – je nach Verschulden – der Verkäufer die Summe behalten oder aber der Käufer das Doppelte zurückverlangen. Problematisch ist indes, wie diese Erstattung für den Käufer im Ernstfall durchzusetzen ist. Möglich erscheint dies durch Bankbürgschaft oder Abschluss einer Versicherung seitens des Verkäufers. Verbindliche Regelungen gibt es aber nicht, die Praxis ist entsprechend unsicher.¹⁸¹ Zur Sicherheit des Käufers besteht seit 1997 die Möglichkeit, den Vorvertrag mit vormerkungsähnlicher Wirkung für die Dauer von einem Jahr im Immobilienregister bzw. Grundbuch eintragen zu lassen. In der Praxis wird davon – aus kosten- und steuerlichen Gründen – kein Gebrauch gemacht.¹⁸²

Im zweiten Schritt wird der notarielle Kaufvertrag (*atto di compravendita*), beurkundet oder im Form der Unterschriftsbeglaubigung, abgeschlossen. Er enthält im Wesentlichen die Bestimmungen des Vorvertrages.¹⁸³ Beim Erwerb von unbauten Grundstücken muss bei Vertragsschluss die Bescheinigung der städtebaulichen Zweckbestimmung (*certificato di destinazione urbanistica*) vorgelegt werden, beim Kauf von Gebäuden oder Teilen davon müssen sich aus dem Vertrag selbst die Angaben über die Baugenehmigung oder deren

¹⁷⁴So lt. Auskunft der KNB.

¹⁷⁵Homepage der niederländischen Notare, unter: www.notaris.nl „Koopakte/bouwprojecten“.

¹⁷⁶van Velten/Weidinger/Kappers, a.a.O., S. 65 ff.; Homepage der niederländischen Notare, unter: www.notaris.nl „koopakte/bouwprojecten“.

¹⁷⁷Il Codice Civile Italiano, R.D. 16.03.1942, n. 262 *Approvazione del testo del Codice Civile*, Gazz.Uff. n. 79 v. 4.4.1942, Italienisch-deutsche Gesetzesausgabe „Italienisches Zivilgesetzbuch – Codice Civile“ bei Athesia-Verlag, Bozen, 2. Aufl. 1992, hrsgg. v. Bauer/Eccher/König/Kreuzer/Zanon.

¹⁷⁸R.D. n. 499 v. 28.3.1929 *Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province*.

¹⁷⁹Art. 1350 Nr. 1, Art 2699 ff. und Art. 2702 ff. CC; s. auch Kindler, MittBayNot 2000, 265 (270).

¹⁸⁰Kindler, MittBayNot 2000, 265 (270); Nicoldi/Kleewein, in: Skript zum DAI-Symposium „Notarieller Rechtsverkehr mit Italien“ am 30.3.1996, hrsgg. v. DAI, S. 3 ff., insb. auch zum norditalienischen Grundbuchsystem S. 8 ff.

¹⁸¹Hierzu sowie zum Vorvertrag allgemein Reichel, Ferienimmobilien in Italien, S. 40 ff., insb. S. 50; Dolce/Gelardi, ZfIR 2000, 914 (915); Kindler, MittBayNot 2000, 265 (267 ff.).

¹⁸²Näher Kindler, MittBayNot 2000, 265 (270) und Dolce/Gelardi, ZfIR 2000, 914 (915): Auch in Italien ist die Praxis der Unterverbriefung üblich. Würde bereits der Vorvertrag, der i.d.R. den wahren Preis angibt, eingetragen, müsste der Preis offen gelegt werden.

¹⁸³Im Einzelnen Kindler, MittBayNot 2000, 265 (271).

nachträglichen Genehmigung (*concessione in sanatoria*) bzw. des darauf gerichteten Antrags (*condono*) ergeben. Wird dies nicht eingehalten, ist der Vertrag nichtig.¹⁸⁴

Da mit Vertragsabschluss das Eigentum übergeht, wird der Kaufpreis regelmäßig bei Beurkundung gezahlt, in der Praxis oft bar,¹⁸⁵ oder durch Übergabe eines Bankschecks (*assegno circolare*) an den Verkäufer. Für den Käufer ist dies unsicher, solange er nicht im Register eingetragen und damit vor Zwischeneintragungen geschützt ist. Die Hinterlegung des Kaufpreises durch Überweisung auf Anderkonto ist zwar denkbar, aber unüblich.¹⁸⁶ Möglich erscheint die Hinterlegung eines Bankschecks beim Notar, mit der Weisung, diesen erst nach Eintragung ohne Beeinträchtigungen an den Verkäufer weiterzuleiten. Wird der Kaufpreis nicht sofort (vollständig) gezahlt, wird eine Legahypothek zugunsten des Verkäufers im Register eingetragen, sofern dieser nicht ausdrücklich darauf verzichtet.¹⁸⁷

II. Besonderheiten beim Erwerb vom Bauträger

1. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz des Käufers

Verbindliche Bauträgerregelungen entsprechend der MaBV oder spezielle Gesetze zum Schutz des Käufers von noch zu errichtenden Gebäuden existieren nicht. Auch gibt es keine Modellverträge oder offizielle Empfehlungen.¹⁸⁸

Sonderregeln finden sich lediglich gemäß Art. 2645^{bis} Abs. 4-6 CC bei der Eintragung des Vorvertrags im Immobilienregister: Betrifft der Vorvertrag ein noch zu errichtendes oder sich im Bau befindendes Wohnungseigentum, sind die genaue Fläche des erworbenen Gebäudeanteils sowie der genaue erworbene Miteigentumsbruchteil am gesamten Bauwerk, ausgedrückt in Tausendstel, anzugeben.

Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen (*condizioni generali di contratto*) finden sich in Art. 1341, 1342 und 1370 CC. Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates wurde in Art. 1469^{bis} bis 1469^{sexies} in nationales Recht umgesetzt.¹⁸⁹ Missbräuchliche Klauseln in Verträgen sind hieran zu messen.¹⁹⁰

2. Praktische Durchführung des Kaufs vom Bauträger

In der Praxis erfolgt der Kauf vom Bauträger vielfach wie folgt:

Käufer und Bauträger schließen zunächst einen Vorvertrag, der die wesentlichen Vertragspunkte, darunter auch die Modalitäten der Bauerrichtung, die Baubeschreibung und Baupläne, festlegt. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Errichtung des Gebäudes unterliegt als werkvertragliche Vereinbarung den Art. 1655 ff. CC. Der Preis für die Bauleistung kann danach gemäß Art. 1659 Abs. 3 CC pauschal oder aber nach

Maß, d.h. in Abschlägen je nach dem Zustand der Fertigstellung festgelegt werden (Art. 1666 CC). Bei Ratenzahlung wird allerdings die Abnahme vermutet (Art. 1666 CC). Der Bauträger muss also nicht unbedingt den Bau vorfinanzieren, sondern kann, was regelmäßig auch geschieht, eine Zahlung nach Baufortschritt vom Käufer verlangen.¹⁹¹ Vereinbart wird diese sowie auch Anzahl und Zeitpunkt der anzufordernden Tranchen individuell im Vorvertrag. Erst nach vollständiger Fertigstellung kommt es dann zum tatsächlichen Vertragsabschluss und – damit verbunden – zur Eigentumsübertragung auf den Käufer.

Der Käufer ist damit im Falle des Konkurses des Bauträgers auf die Konkursquote angewiesen und damit letztlich schutzlos. Eine Voreintragung des Vorvertrages findet i.d.R. nicht statt, auch ist in den wenigsten Fällen eine Bürgschaft für die Rückzahlung der geleisteten Beträge zu erlangen.¹⁹² Oft kommt es daher erst zum Abschluss des Vorvertrages, wenn der Bau zumindest bereits begonnen wurde. Ansonsten wird empfohlen, sich vorab über die finanzielle Lage des Bauträgers genau zu erkundigen und das Vorliegen der Baugenehmigung zu überprüfen¹⁹³ – ein Verfahren, das dem unerfahrenen Käufer wenig hilft.

Alternativ wäre es auch denkbar, den endgültigen Kaufvertrag in notarieller Form sofort abzuschließen und nicht erst die Fertigstellung der Bauvorhabens abzuwarten. Rechtlich handelte es hierbei um einen „Verkauf künftiger Sachen“ (*vendita di cose future*) gemäß Art. 1427 Abs. 1 iVm Art. 1348 CC. Der Kauf ist zunächst mit schuldrechtlicher Wirkung wirksam. Das Eigentum geht auf den Käufer erst in dem Zeitpunkt über, in dem das Gebäude in seinen wesentlichen Bestandteilen errichtet wird.¹⁹⁴ Rechtlich möglich ist der vorbeschriebene sofortige Vertragsabschluss nur beim Verkauf von Einzelhäusern, nicht aber, wenn eine Aufteilung in Wohnungseigentum (*condominio*) erforderlich ist. Eine Aufteilung in Wohnungseigentum kann erst erfolgen, wenn das Bauvorhaben fertig errichtet und im Kataster für bebauten Land (*urbani*) eingetragen ist. Aus steuerlichen Gründen wird diese Variante jedoch auch sonst nicht gewählt.¹⁹⁵

3. Gewährleistung

Für die Gewährleistung des Verkäufers gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des CC zum Kauf- bzw. Werkvertrag.¹⁹⁶

Eine besondere Bestimmung ergibt sich aus dem Gesetz n. 765/1967: ist der Verkäufer gleichzeitig der das Gebäude errichtende Bauunternehmer, wie beim Bauträger der Fall, muss der Verkäufer das eventuelle Fehlen der Baugenehmigung im

¹⁸⁴ Kindler, MittBayNot 2000, 265 (266).

¹⁸⁵ Zu der damit verbundenen Problematik des Geldwäschegesetzes s. Reichel, a.a.O., S. 61 und Kindler, MittBayNot 2000, 265 (271).

¹⁸⁶ Nicoldi/Kleewein, a.a.O., S. 14; Dolce/Gelardi, ZfIR 2000, 914 (915).

¹⁸⁷ Nicoldi/Kleewein, a.a.O., S. 13; Reichel, a.a.O., S. 60 f. und Kindler, MittBayNot 2000, 265 (271).

¹⁸⁸ Lauer/Houis, ZfIR 2000, 661 (664).

¹⁸⁹ Art. 25 Legge n. 52 v. 6.2.1996, Gaz.Uff. n. 34 v. 10.2.1996.

¹⁹⁰ Hierzu z.B. Lener, Foro it. 1996, V, 145 ff.; Pardolesi, Foro it. 1994, V, 137 ff.; zur Missbrauchskontrolle nach den Art. 1341, 1342 und 1370 CC vor der richtlinienkonformen Änderung s. Kindler, Einführung in das italienische Recht, München 1993, S. 190 ff.

¹⁹¹ Möglich ist natürlich auch die vollständige Bezahlung erst mit Beurkundung und Fertigstellung, das wird i.d.R. aber vom Bauträger nicht gewünscht.

¹⁹² Reichel, a.a.O., 114 f.; Lauer/Houis, ZfIR 2000, 661 (664); zur Bürgschaft allgemein Trabucchi, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Italien, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 C, Stand: 1994, hrsgg. v. Schönhofer/Böhner, Freiburg, S. 66.

¹⁹³ Trabucchi, a.a.O., S. 81.

¹⁹⁴ Trabucchi, a.a.O., S. 53 und 76; Kindler, MittBayNot 2000, 265 (273).

¹⁹⁵ Die Verkehrssteuern sind bei unbebautem Land höher als bei bebautem; solange das Grundstück nicht tatsächlich bebaut ist, ist steuerlich von unbebautem Land auszugehen.

¹⁹⁶ Dazu Schwarz, a.a.O., Ziff. IV. Italien; Kindler, MittBayNot 2000, 265 (271).

Kaufvertrag ausdrücklich festhalten. Unterlässt er dies, haftet er dem Käufer dafür, dass diesem wegen der Rechtswidrigkeit des Bauvorhabens steuerliche oder andere staatliche Vergünstigungen gestrichen werden.¹⁹⁷

4. Globalbelastung

Finanziert der Bauträger den Kauf des Grundstücks sowie den Bau selbst mit einem hypothekarisch gesicherten Kredit, kann dieser mit Übertragung der verkauften Einheit auf den Käufer übertragen werden. Der Immobiliarkredit (*credito fondario*) selbst ist in Art. 38 ff. des Bankgesetzes L 285/93¹⁹⁸ geregelt.¹⁹⁹

Bei Fertigstellung des Objekts überträgt der Bauträger durch notariell beurkundeten Vertrag (*assegnazione*) gleichzeitig mit dem Eigentum an der Immobilie die mit dem Bauvorhaben verbundene Finanzierung auf den Käufer, wobei dieser den Kreditvertrag zu den zwischen Bauträger und Bank ausgemachten Konditionen übernimmt. Es reicht aus, dass die Bank den Käufer über die Darlehensübertragung und die zu leistenden Beträge informiert. Ein eigener Kreditvertrag ist nicht mehr abzuschließen. Die Hypothek bleibt bestehen.²⁰⁰

Ist bzw. wird das Objekt in Wohnungseigentumseinheiten (*condominio*) aufgeteilt (*frazionato*), kann der Käufer gemäß Art 39 Abs. 6 des Bankgesetzes 285/93 die Aufteilung der Finanzierung und der Hypothek nach der Miteigentumsquote verlangen. Ansonsten bleibt die Hypothek auf dem gesamten Grundstück, d.h. auch auf der gekauften Wohnungseigentums-einheit, bestehen und diese haftet im Konkurs des Bauträgers u.U. mit.²⁰¹

Soll das Objekt von der bestehenden Belastung freigestellt werden, wird dies regelmäßig dadurch gewährleistet, dass ein Vertreter des finanzierenden Gläubigers an der Beurkundung teilnimmt und entsprechende Erklärungen abgibt. Er erhält dann anstelle des Verkäufers den zur Lastenfreistellung geforderten Betrag. Teilweise übernimmt der Verkäufer im Rahmen der Beurkundung aber auch lediglich die Verpflichtung, für die Lastenfreistellung zu sorgen, ohne dass ein Bankvertreter teilnimmt und Kaufpreiszahlungen an diesen entrichtet werden.

H) Weitere Länder

Mit den Niederlanden und Italien wurden zwei Länder dargestellt, die keine verbindlichen Bestimmungen über den Erwerb vom Bauträger oder allgemein über den Kauf noch zu errichtender Gebäude kennen. Die Erläuterung der praktischen Gestaltung und Durchführung der untersuchten Verträge in diesen Ländern soll beispielhaft für die anderen Staaten Europas sein, die ebenfalls keine verbindlichen Vorschriften zum Schutz des Käufers in diesem Rechtsbereich haben.

1. Schweiz

Ähnlich wie in Österreich erfolgt auch in der Schweiz der Erwerb von Grundeigentum durch ein formgültiges kausales

¹⁹⁷Dazu sowie allgemein zur Gewährleistung *Reichel*, a.a.O., S. 112 f.

¹⁹⁸D.L. n. 385 v. 1.8.1993 *teso unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Gaz.Uff. N. 230 v. 30.9.1993 S.O.

¹⁹⁹Einzelheiten bei *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (664).

²⁰⁰*Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (664); s. auch *Dolce/Gelardi*, ZfIR 2000, 914 (915).

²⁰¹*Reichel*, a.a.O., S.101; Einzelheiten zur Geltendmachung der Sondervorschriften der Art. 39 ff. D.L.385/93 bei *Lauer/Houis*, ZfIR 2000, 661 (664).

Rechtsgeschäft (Rechtsgrund) und konstitutive Eintragung des Erwerbers im Grundbuch. Die Mängel des Erwerbsgeschäfts führen zur Unwirksamkeit des Eintragung und damit des Eigentumsübergangs. Der Grundstückskaufvertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung. Wer hierzu berechtigt ist, ist kantonal unterschiedlich geregelt. Für den Kaufvertrag selbst gelten die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts.²⁰²

Ein Spezialgesetz über den Erwerb vom Bauträger existiert in der Schweiz ebenso wenig wie sonstige verbindliche Regelungen zum Schutze des Käufers beim Kauf noch zu errichtender Gebäude. Eine Abschlagszahlung nach Baufortschritt oder eine sonstige Ratenzahlung ist gesetzlich nicht vorgesehen, sie wird in der Praxis aber regelmäßig vereinbart. Generalunternehmer und Käufer schließen den Kaufvertrag i.d.R. bereits vor Errichtung des Gebäudes ab, die Eigentumsübertragung erfolgt erst nach Fertigstellung. Die den Käufer finanzierende Bank zahlt den Kaufpreis, wenn das Grundstück erworben wird, ggf. gegen Pfandentlassung der Verkäuferbank aus der Globalhaftung.²⁰³

2. Portugal, Griechenland, Türkei

Gleich ist allen drei Ländern, dass der Erwerb von Grundbesitz zwingend der öffentlichen Beurkundung bedarf, anderenfalls ist der Vertrag unwirksam.²⁰⁴

In Portugal kann der formunwirksame Vertrag jedoch u.U. in einen für die Parteien bindenden Vorvertrag umgedeutet werden, der grundsätzlich schriftlich wirksam ist.²⁰⁵ Eine Ausnahme gilt für Vorverträge mit dem Inhalt, dingliche Rechte an einem Gebäude zu begründen oder zu übertragen, insbesondere auch bezüglich von Gebäuden im Errichtungsstadium oder in der Bauplanung. Diese Vorverträge sind bei persönlicher Anwesenheit vor einem Notar zu unterschreiben, die Nichtbeachtung zieht die Nichtigkeit nach sich. Zweck der Vorschrift ist der Schutz der Käufer von Häusern bzw. Gebäuden, egal welchen Bauzustands, vor skrupellosen Bauunternehmern, die vor allem in Zeiten der Wohnungsknappheit mit schriftlichen Vorverträgen Käufer vorschnell vertraglich gebunden haben.²⁰⁶ Weitere verbindliche Vorschriften sind nicht vorhanden. Der Erwerb vom Bauträger unterliegt mangels an-

²⁰²Grundlegend zum Grunderwerb in der Schweiz *Wachter*, RNotZ (ehem. MittRhNotK) 2001, 65 ff.; *Schmid*, Der Immobilienerwerb in der Schweiz, in: 9. Symposium zum Internationalen Privatrecht des DAI: „Der Immobilienerwerb im Ausland“, 19./20.5.2000, hrsgg. v. *DAI*, S. 323 ff.; *Steuber*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in der Schweiz, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 A, Stand: 1994, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg.

²⁰³*Stöcker*, a.a.O., S. 262; *Wachter*, RNotZ 2001, 65 (74).

²⁰⁴Für Portugal: *Schwarz*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Portugal, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 K, Stand: 1991, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 11 und *Santos*, Immobilienerwerb in Portugal durch Ausländer, hrsgg. v. *DSS e.V.*, Waldshut 1996, S. 13; für Griechenland: *Papacharalambous*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Griechenland, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 H, Stand: 1988, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 28f und *Papacharalambous/Lintz*, MittBayNot 1986, 151 (152); für die Türkei: *Dural/Nomer/Kaneti*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in der Türkei, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 I, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 20 und 48.

²⁰⁵*Schwarz*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Portugal, a.a.O., S. 12.

²⁰⁶*Santos*, a.a.O., S. 20.

derweiterer Vereinbarungen normalem Kauf- und Werkvertragsrecht. Vor Bauträgerverträgen wird gewarnt: oft erwirbt der Bauträger das Objekt oder beginnt mit dem Bau erst, wenn bereits ein großer Teil der zu erstellenden Einheiten verkauft ist. Die Vereinbarung der Kaufpreiszahlung nach Baufortschritt wird dringend angeraten, ebenso die Absicherung der gekauften Einheit durch die vorläufige Registereintragung.²⁰⁷

Keine Hinweise auf verbindliche Käuferschutzregelungen finden sich in Griechenland. Es gilt Kauf- und Werkrecht, ohne dass dieses aber verbindliche Regelungen zum Schutz des Käufers, insbesondere hinsichtlich der Kaufpreiszahlung und Absicherung des Käufers beinhaltet. Üblich ist die Kaufpreiszahlung sofort bei Vertragsschluss, Abschlagszahlung nach Baufortschritt kann aber vereinbart werden und wird empfohlen.²⁰⁸

Auch in der Türkei gibt es dem Vernehmen nach kein verbindliches Bauträgerrecht. Dort hat sich in der Praxis im Zusammenhang mit dem Verkauf von Grundstücken und deren Bebauung mit Wohnungen ein „Stockwerksbauvertrag mit der Übertragung des Bodenanteils als Gegenleistung“²⁰⁹ durchgesetzt. Der Eigentümer des Grundstücks verpflichtet sich hierbei gegenüber dem Bauunternehmer, Bodenanteile an diesen zu übertragen, im Gegenzug baut der Bauunternehmer als Gegenleistung auf dem Grundstück ein Gebäude in Form von Stockwerkeigentum. Er verpflichtet sich, dem Grundstückseigentümer eine bestimmte Zahl von Stockwerken (Wohnungen) zu übertragen, und zwar entsprechend des einbehaltenen Bodenanteils. Konstruktiv überträgt der Grundstückseigentümer mit Abschluss des Bauvertrag entweder sofort entsprechende Bodenanteile oder aber das gesamte Grundstück auf den Bauunternehmer. Der Grundstückseigentümer wird in diesem Fall durch eine Verkäuferhypothek zur Sicherung seiner Rechte abgesichert; daneben kann eine Stockwerkdienstbarkeit begründet werden, die den Bauunternehmer verpflichtet, das Gebäude fertigzustellen und daran Stockwerkeigentum zu begründen. Alternativ können die Vertragsparteien Grundstücksverkaufsversprechen abgeben, die den Grundstückseigentümer nur verpflichten, mit dem Bauunternehmer einen Kaufvertrag über die Übertragung von Bodenanteilen abzuschließen, während der Bauunternehmer sich verpflichtet, das Gebäude in Form von Stockwerkeigentum herzustellen.²¹⁰

Portugal hat wie Griechenland außerdem die Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG des Rates²¹¹ in nationales Recht umgesetzt.²¹²

3. Skandinavien, Großbritannien, Irland

Ähnlich den Common Law-Staaten Großbritannien und Irland hat auch in den nordischen Ländern die notarielle Tätigkeit nur eine untergeordnete Bedeutung. Die vorsorgende

Rechtspflege ist diesbezüglich eher schwach entwickelt. Grundstückskaufverträge bedürfen nicht der notariellen Beurkundung.²¹³

In Dänemark werden für Bauverträge üblicherweise die vom Bauministerium herausgegebenen Standardvertragsmuster AB 92 vom 10.12.1992 verwendet. Der Bauträger ist dort dem Bauunternehmer gleichgestellt.²¹⁴ Auch Schweden kennt der VOB ähnliche Standardvertragsbedingungen und allgemeine Geschäftsbedingungen, die häufig Anwendung finden. Bezahlt wird in einer Summe oder durch laufende Rechnung, Sicherstellungen des Käufers können vereinbart werden.²¹⁵ Dänemark, Finnland und Schweden haben die Richtlinie 93/13/EWG des Rates zum Schutze des Verbrauchers umgesetzt, so dass missbräuchliche Vertragsklauseln an den umgesetzten Vorschriften zu messen sind.²¹⁶

Die Grundstückskaufverträge in Großbritannien und Irland werden unter Zuhilfenahme von Rechtsanwälten (*solicitors*) abgeschlossen, die die Überprüfung und Überwachung des Rechtsgeschäfts übernehmen. Anzahlungen werden beim Anwalt bis zum endgültigen Vollzug hinterlegt. Für den Kauf noch zu errichtender Gebäude gibt es – neben dem grundlegenden common-law – besondere Bestimmungen im Baubereich.²¹⁷ Im Rahmen von Standardbedingungen sind vor allem die des *National House Building Council* (NHBC) interessant, die für den Bau und Verkauf insbesondere neuer und noch zu errichtender Häuser Standards zum Käuferschutz vorsehen. Bau- und Siedlungsunternehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, können sich registrieren lassen. Sie sind dann verpflichtet, ihre Baupläne vor Baubeginn von dem NHBC-Komitee prüfen zu lassen, die Bauausführung nach deren Standards zu richten und deren Standardvertrag zu nutzen. Dieser sieht u.a. Garantien des Verkäufers vor, das Gebäude fachmännisch zu errichten sowie Haftungsgarantien des Verkäufers. Weiter bestehen Mängelversicherungen seitens des NHBC. NHBC-Modelle existieren in Nordirland, Irland und Großbritannien.²¹⁸ Dort wurde auch die europäische Verbraucherschutzrichtlinie umgesetzt.²¹⁹

²¹³Für Dänemark: *Cornelius*, DNotZ 1996, 352 (355, 360), für Schweden und Finnland: *Krage*, DNotZ 1998, 787 (788); für alle skandinavischen Länder auch *Casa Europa*, hrsgg. v.d. *Bundesgeschäftsstelle Landesbausparkassen*, Bonn 1999, S. 54, 56, 78 und 86.

²¹⁴*Schwarz*, a.a.O., Ziff. XI. Dänemark.

²¹⁵*Donner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Schweden, in: *Haus- und Grundbesitz im Ausland*, Loseblattsammlung, Gruppe 4 M, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, insb. S. 65 ff., s. auch *Schwarz*, a.a.O., Ziff. XII. Schweden; keine Hinweise auf verbindliche Regelungen finden sich für Finnland in *Schwarz*, a.a.O., Ziff. XIII. Finnland und *Thomas/Bernhardt/u.a.*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Finnland, in: *Haus- und Grundbesitz im Ausland*, Loseblattsammlung, Gruppe 4 T, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg.

²¹⁶Dänemark: Lov. N. 1098 af 21.12.1994 und Lov. N. 428 af 1.6.1994; Finnland: Gesetze n. 1259 v. 16.12.1994 und 416 v. 18.12.1998; Schweden: Lag n. 1512/1513 v. 15.12.1994.

²¹⁷*Schwarz*, a.a.O., Ziff. IX Großbritannien, Ziff. X. Irland.

²¹⁸Für Nordirland und Irland eingehend bei *Coester-Waltjen*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Irland, in: *Haus- und Grundbesitz im Ausland*, Loseblattsammlung, Gruppe 4 E, Stand: 1995, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 58 ff.; für Großbritannien: www.nhbc.co.uk; allg. auch *Kessel*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in England und Wales, in: *Haus- und Grundbesitz im Ausland*, Loseblattsammlung, Gruppe 4 L, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg.

²¹⁹Irland: *Statutory Instrument n. 95 of 1.2.1995*; Großbritannien: *Statutory Instrument n. 2083 of 22.7.1999*.

²⁰⁷*Santos*, a.a.O., S. 23 ff., insb. S. 25; *Schwarz*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Portugal, a.a.O., S. 61; s. auch *ders.*, a.a.O., Ziffer VI. Portugal zum Werkvertragsrecht.

²⁰⁸Allg. s. *Papacharalambous/Lintz*, MittBayNot 1986, 151 (158). *Papacharalambous*, a.a.O., 60 f. und 64 f.

²⁰⁹Übersetzung bei *Dural/Nomer/Kaneti*, a.a.O., S. 58.

²¹⁰Im Detail *Dural/Nomer/Kaneti*, a.a.O., S. 58 ff.

²¹¹Fn. 13.

²¹²Portugal: D.L. n. 220/95 v. 31.8.1995, P. n. 1093/95 v. 6.9.1995 und D.L. n. 249/99 v. 7.7.1999 (Änderung des Gesetzes n. 446/85 v. 25.1.1985); Griechenland: Gesetz Nr. 2741 v. 28.9.1999.

4. Osteuropa

Keine Hinweise auf besondere Käuferschutzregelungen finden sich auch im Hinblick auf die osteuropäischen Länder. In Polen und Bulgarien ist der Immobilienkaufvertrag zwingend zu beurkunden, so dass sich hier zumindest die Frage der Nichtigkeit des Vertrags wegen Formunwirksamkeit stellt, wenn die Bauverpflichtung nicht mitbeurkundet wird. Hinweise auf verbindliche Regelungen im Bauträgerbereich, insbesondere hinsichtlich der Absicherung des Käufers wegen Zahlung des Kaufpreises finden sich aber ebenso wenig wie in Tschechien oder auch Lettland, wo der Grundstückskaufvertrag schriftlich wirksam ist. Soweit ersichtlich, unterliegt der Kauf der noch zu errichtenden Immobilie in diesen Ländern mangels anderer Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien den allgemeinen Regeln des Kauf- und Werkrechts.²²⁰

Abschnitt III. Vergleichende Zusammenfassung und Ausblick

Die Darstellung der einzelnen Staaten Europas hat gezeigt, dass ein einheitlicher Schutz des Käufers beim Kauf noch zu errichtender Gebäude nicht existiert.

Eine Vielzahl von Ländern kennt keine verbindlichen Sonderregelungen. Man behilft sich teilweise mit Modell- oder Standardverträgen, wie z.B. in den Niederlanden, die den Schutz des Käufers vor finanziellen Verlusten mehr oder weniger ausführlich zu regeln versuchen, ohne aber verbindlich verwendet werden zu müssen.

Auch in den Staaten, die Gesetze kennen, ist der Käuferschutz sehr unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise gelten Sonderregeln speziell für den Erwerb vom gewerblichen Bauträger, der die zu errichtende Immobilie verkauft, in den meisten Staaten betreffen die speziellen Bestimmungen den Erwerb (und/oder auch den Bau) von noch zu errichtenden Wohnbauten, unabhängig von der Qualität des Bauunternehmers oder Verkäufers. Das erscheint im Hinblick darauf, dass am schutzbedürftigsten und unerfahrensten i.d.R. derjenige Käufer sein wird, der Wohnraum und nicht Gewerbeflächen kauft, nicht erstaunlich.

Eine gewisse Vergleichbarkeit sowie ein bestimmter Mindeststandard ist aber in all diesen Ländern gegeben:

- Zahlungen vor Bauvollendung, sei es als echte Ratenzahlungen oder als Abschlusszahlungen nach Baufortschritt

²²⁰Für Polen: *Hohloch*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Polen, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 P, Stand: 1996, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 22ff. (zum Umfang der notariellen Beurkundung), S. 70 (zur Kaufpreiszahlung) und S. 77 ff. (zur Durchführung von Bauvorhaben), *Franek*, RIW 2000, 121 (124 f.), *Lakomy*, NotBZ 2000, 402 ff.; für Bulgarien: *Boochs*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Bulgarien, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblattsammlung, Gruppe 4 S, Stand: 1997, hrsgg. v. *Schönhofer/Böhner*, Freiburg, S. 10 f. (zum Umfang der notariellen Beurkundung), S. 21 (zur Kaufpreiszahlung) und S. 23 ff. (zur Durchführung von Bauvorhaben), zu Tschechien: *Rombach*, MittBayNot 2000, 400 (402); ohne Hinweise auch *Seisler/Pesut*, DNotZ 1996, 941 ff. (Kroatien); zu Lettland: *Krause*, NotBZ 2000, 16 (20f): vereinbart wird auch bei dem normalen Grundstückskaufvertrag Ratenzahlung, wenn der Käufer finanziell nicht in der Lage ist, den gesamten Kaufpreis auf einmal aufzubringen. Die Eigentumsumschreibung erfolgt dann unabhängig von der Zahlung. Der Grundstücksverkehr ist von großem Vertrauen der Vertragsparteien geprägt.

sind unabhängig davon, wie der speziell gesetzliche Schutz erfolgt, überall zulässig. Das Interesse des Verkäufers an der Leistung des Käufers vor vollständiger Fertigstellung des Objekts kommt diesem durch die (niedrigere) Bemessung des Kaufpreises zugute.

- Der Käufer wird durch vorgeschriebene Garantien des Verkäufers/Bauträgers vor dem finanziellen Verlust seiner geleisteten Zahlungen geschützt. Neben Rückzahlungs-garantien gewährleisten oftmals darüber hinausgehende Fertigstellungsgarantien nicht nur die Rückzahlung der geleisteten Kaufpreises sondern die Fertigstellung des Objekts.
- Die Verträge unterliegen regelmäßig einer bestimmten Form. Zwingend vorgeschriebene detaillierte Angaben im Vertrag sollen auch in Ländern, die keine § 313 BGB entsprechende Vorschrift und somit keinem Beurkundungs-zwang des ganzen Vertrages kennen, die umfassende Kenntnis des Käufers vom Vorgang gewährleisten.
- Verbindliche Vorschriften finden sich auch meist im Bereich der Gewährleistung des Verkäufers für Mängel am Bau. Haftungsabbedingungen sind hier oft nicht möglich. Teilweise muss der Verkäufer noch besondere Versicherungen abschließen oder Gewährleistungsgarantien erbringen.
- Die wesentlichen Bestimmungen zum Schutz des Käufer sind in Gesetzen niedergelegt, von denen zuungunsten des Käufers nicht abgewichen werden darf. Verstöße führen entweder zur Nichtigkeit des Vertrages oder gelten als nicht existent. Teilweise bestehen Durchführungsverordnungen.
- Verbindliche Regelungen zum Erwerb noch zu errichtender Gebäude finden sich in Sondergesetzen und -bestimmungen. Auf allgemeines Werkvertragsrecht wird nur zurückgegriffen, sofern die speziellen Vorschriften keine Regelungen treffen. Die Modalitäten der Kaufpreiszahlung und der Absicherung des Käufers bei Leistungen vor Fertigstellung des Bauvorhabens sind in allen Ländern, die verbindliche Regelungen kennen, in den Sondervorschriften enthalten, die den Bestimmungen zur Leistung des Entgelts und der Bezahlung nach allgemeinem Werkvertragsrecht vorgehen.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Der Schutz des Verbrauchers entspricht in diesen Staaten zumindest dem Schutz und geht oftmals sogar über den Schutz hinaus, den der Käufer eines noch zu errichtenden Objekts beim deutschen Bauträgervertrag erfährt, ohne dass dies das Ende der Zahlung nach Baufortschritt bedeutete. Im Gegenteil, im Interesse des Käufers in Bezug auf die Bemessung des Kaufpreises wird sie z.T. explizit gewünscht, sofern den finanziellen Risiken des Käufers vor Verlust der geleisteten Beträge durch bestimmte Sicherungsmodi Rechnung getragen wird.

Auch der Blick über die europäischen Grenzen hinaus macht deutlich, dass verbindliche Regelungen zum Schutze des Käufers noch zu errichtender Immobilien bestehen. So gibt es z.B. in den USA mit dem *Interstate Land Sales Full Disclosure Act* bereits seit 1968 einen bundesrechtlich geregelten Kontrollmechanismus mit Rücktrittsrecht des Käufers, sofern der Vertrag bestimmte Anforderungen nicht erfüllt.²²¹ Süd-

²²¹15 USC chap. 42, sec. 1701s., s. insbesondere sec. 1703.

afrika hat mit dem *Housing Consumers Protection Measures Act 95* im Jahre 1998 der Schutzbedürftigkeit des Käufers Rechnung getragen und den Kauf vom Bauträger besonderen Regelungen unterworfen. Der Kaufpreis wird auch hier regelmäßig ratenweise gezahlt.²²²

²²²Government Gazette v. 2.11.1998, Nr. 19418; Einzelheiten bei *Pertersenn*, Das Recht des Grundstückskaufs in Südafrika, Frankfurt a.M. 2000, S. 134 ff.

Das Steuersenkungsgesetz – einzelne Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit

Von Notar *Martin Wachter*, Günzburg

Das Steuersenkungsgesetz hat neben vielfältigen Änderungen in einzelnen Steuernormen vor allem einen Systemwechsel bei der Besteuerung von Körperschaften und der Erträge aus Beteiligung an solchen gebracht. Zwar ergeben sich daraus keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Gestaltung notarieller Urkunden. Dennoch erscheint es zweckdienlich, den Urkundsgestalter soweit mit steuerrelevanten Informationen auszustatten, dass er in der Lage ist, steuerlich bedingte Gestaltungswünsche der Beteiligten zu verstehen und in dem ihm gebotenen eingeschränkten Rahmen werten zu können. Der folgende Beitrag stellt daher nur die wesentlichen Grundlagen der neuen Besteuerung von Körperschaften und Körperschaftserträgen dar und erläutert einzelne Gestaltungsüberlegungen, die sich aus dem Systemwechsel ergeben und mit notariellen Beurkundungen verbunden sein können.

I. Einleitung

Mit dem am 26.10.2000 beschlossenen „Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung“¹ (kurz: Steuersenkungsgesetz = StSenkG) ist ein wesentlicher Teil² der von der gegenwärtigen Bundesregierung ursprünglich geplanten Unternehmenssteuerreform³ am 1.1.2001 in Kraft getreten. Durch dieses Gesetz wurde vor allem das deutsche Körperschaftsteuerrecht grundlegend geändert sowie auch zahlreiche Änderungen im Einkommensteuerrecht und anderen Gesetzen vorgenommen⁴.

Das StSenkG hat das 1977 eingeführte körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren abgeschafft. Das Verfahren sei mit seiner Gliederungsrechnung und dem Bescheinigungsverfahren äußerst kompliziert, sehr missbrauchs anfällig und zudem europarechtlich bedenklich⁵. An seine Stelle müssten Steuerregelungen treten, die einfach und transparent sind, für mehr Gerechtigkeit sorgen, die Steuerbelastung für Unternehmen

Es bleibt abzuwarten, inwieweit die erwartete Verordnung über die Abschlagszahlungen beim Hausbau über den Regelungsbereich der Makler- und Bauträgerverordnung hinausgeht und umfassende Vorschriften zum Erwerb noch zu errichtender Gebäude erlässt oder ob der parlamentarische Gesetzgeber selbst zivilrechtliche Sondervorschriften im Gesetzeswege verkündet. Vielleicht kann der eine oder andere Gedanken aus einer der anderen Rechtsordnung dabei Berücksichtigung finden.

zurückführen, europatauglich sind und die den im Unternehmen belassenen Gewinn begünstigen, um damit die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft zu stärken. Vom körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren konnte nur der Steuerinländer voll profitieren.

Die Systemumstellung der Besteuerung von Körperschaften stellt die steuerlichen Berater vor große Herausforderungen. Das Gesetz war nicht in allen Details ausreichend ausgefeilt, so dass bereits eine Reihe von Änderungen und Bereinigungen erforderlich wurden⁶.

II. Unterschiede zwischen altem und neuem System

1. Bisherige Besteuerung

Das bisherige Körperschaftsteuersystem war dadurch geprägt, dass bei den sog. anrechnungsberechtigten Anteilseignern die ausgeschütteten Gewinne der Kapitalgesellschaft, die bei dieser schon der Besteuerung unterlegt waren, im Ergebnis nur mit dem Individualsteuersatz des Anteilseigners belastet wurden. Die auf der Ebene der Gesellschaft bereits erhobene Körperschaftsteuer konnte ein im Inland ansässiger und zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigter Anteilseigner auf seine individuelle Einkommensteuer anrechnen (§ 36 II Nr. 3 S.1 EStG). Dadurch wurde eine wirtschaftliche Doppelbelastung des ausgeschütteten Gewinnes mit Körperschaftsteuer auf der Ebene der Gesellschaft einerseits und Einkommensteuer beim empfangenden Gesellschafter andererseits im Prinzip vermieden, wovon jedoch nur der Steuerinländer profitieren konnte.

Um dies zu erreichen, wurde im Rahmen des Vollarrechnungsverfahrens beim Anteilseigner die Einkommensteuer auf die ausgeschüttete Dividende in der Weise berechnet, dass zum Ausschüttungsbetrag die einbehaltene Kapitalertragsteuer und der Körperschaftsteueranrechnungsbetrag (nach § 20 I Nr. 3 i.V.m. § 36 II Nr. 3 EStG) als zusätzliche Einnahme hinzugerechnet wurde (= Bruttodividende) und davon

¹ BGBl. 2000 I, S. 1433.

² Zum im Bundesrat gescheiterten Optionsmodell für Personengesellschaften u. a. *Seibt*, DSStR 2000,825; *Scheipers/Bergemann*, DSStR 2000,709; *Mentel/Schulz*, DSStR 2000,489.

³ Entwurf des Steuersenkungsgesetzes, BT-Drucks. 14/2683 vom 15.2.2000; hierzu *Rödter/Schumacher*, DSStR 2000, 353; *Dötsch/Pung*, DB Beil. Nr. 4/2000 zu Heft Nr. 11; *Schiffers*, GmbHR 2000, 205

⁴ Die Änderungen des Einkommensteuerrechtes und des Umwandlungsteuergesetzes sollen in einem gesonderten Beitrag dargestellt werden.

⁵ Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 14/2683 S. 93.

⁶ Steuersenkungsergänzungsgesetz vom 12.12.2000, BGBl. I 2000, 1812; Wiedereinführung des halben durchschnittlichen Steuersatzes in § 34 EStG und Absenkung des Einkommensteuerhöchstsatzes in 2005 auf 42 %; Eigenhandelssteuerfolgensgesetz im Rahmen der Änderung des Investitionszulagengesetzes vom 20.12.2000, BGBl. I 2000, 1850; Streichung der Behaltefrist in § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG; hierzu *Heurung/Heinsen/Springer*, BB 2001, 181; Steuer-Euroglättungsgesetz BGBl. I 2000, 1795; Änderung zur erstmaligen Anwendung der Neufassung des § 17 EStG auf Auslandsdividenden. Insgesamt hierzu: *Stuhrmann*, NJW 2001,705.

die individuelle Steuerbelastung berechnet wurde. Von dieser konnte die einbehaltene Kapitalertragsteuer (§ 36 II Nr. 2 EStG⁷) und der Körperschaftsteueranrechnungsbetrag wiederum abgezogen werden, so dass es je nach individueller Steuerbelastung des Gesellschafters zu einer Steuererstattung⁸ oder -nachzahlung kommen konnte. Auf der Ebene der Gesellschaft wurde der steuerpflichtige Gewinn, gemindert um die Gewerbesteuer, zuletzt mit 40 % Körperschaftsteuer sowie 5,5 % Solidaritätszuschlag belastet. Im Falle der Ausschüttung dieses Gewinnes kam es zu einer Herabschleusung auf einen Körperschaftsteuersatz von 30 %, was zu einer Körperschaftsteuerminderung um 10 %-Punkte und damit zu einem entsprechenden Körperschaftsteuerguthaben auf Ebene der Gesellschaft führte.

2. Die neue Besteuerung

Die Merkmale des Systemwechsels sind vor allem

- die Einführung eines einheitlichen Steuersatzes von 25 % sowohl für ausgeschüttete als auch für thesaurierte Gewinne;
- die Besteuerung der Dividenden bei einer natürlichen Person als Anteilseigner nur zur Hälfte ohne Anrechnung von bezahlter Körperschaftsteuer;
- die Steuerfreiheit der Dividenden bei Körperschaften als Anteilseigner zur Vermeidung von Mehrfachbelastungen innerhalb einer Beteiligungskette.

2.1. Besteuerung des Gewinnes der Kapitalgesellschaft

Das neue Recht kehrt zum klassischen System der Doppelbelastung zurück, indem das Anrechnungsverfahren aufgehoben wird. Der nach Bezahlung der Gewerbeertragsteuer⁹ verbleibende Gewinn der Körperschaft wird unabhängig davon, ob dieser thesauriert oder ausgeschüttet wird, einheitlich und endgültig mit 25 % Körperschaftsteuer belastet¹⁰ (§ 23 KStG n. F.). Dies fördert die Bildung von Eigenkapital durch Theasaurierung von Gewinnen¹¹, was folgendes Berechnungsbeispiel verdeutlicht¹²:

	bisher	neu
Gewinn vor Steuer	120,0	120,0
abzgl. GewerbeSt (400 % HS)	20,0	20,0
= Gewinn nach GewSt	100,0	100,0
abzgl. KSt	40,0	25,0
= Gewinn nach GewSt u. KSt	60,0	75,0
Steuerbelastungsquote	50,0 %	37,5 %

⁷ Die Kapitalertragssteuer wird weiterhin, jetzt jedoch nur noch in Höhe von 20 % (§ 43 a I Nr. 1 EStG) von den Dividenden nach § 43 I 1 Nr. 1 EStG erhoben.

⁸ Insbesondere bei hohen Werbungskosten; i.e. *Reich* ZNotP 2001, 54.

⁹ Nur noch Gewerbeertragsteuer, §§ 7 ff. GewStG, deren Höhe abhängig vom Hebesatz der Gemeinde ist § 16 GewStG. Die Freistellung von Einkünften von Kapitalgesellschaften als Anteilseigner nach § 8 b KStG führt auch über § 7 GewStG zur Freistellung dieser Einkünfte von der Gewerbesteuer; BT-Drs. 14/2683 S. 124. Personengesellschaften und Einzelunternehmen werden jedoch durch die pauschale Anrechnung des 1,8-fachen des Gewerbesteuermessbetrages auf die Einkommensteuer entlastet; hierzu u.a. *Herzig/Lochmann*, DB 2000, 1728; dies. in DB 2000, 1192; *Stuhrmann*, FR 2000, 550.

¹⁰ Daneben fällt noch 5,5 % Solidaritätszuschlag an.

¹¹ Was Absicht des Gesetzgebers war: BT-Drs. 14/2683, S.132 f.: Dadurch soll die Eigenkapitalstruktur der Unternehmen verbessert werden und die Reinvestition im Unternehmen belassener Gewinne gefördert werden, wodurch aber die Rechtsformneutralität der Besteuerung vollständig aufgegeben ist; zur Kritik hierzu: *Reiß* DStR 99, 2011; *Voß*, ZRP 2000, 253.

¹² Nach *Rödler/Schumacher* DStR 2000, 353/354; hierzu auch *Reich*, ZNotP 2001, 52 f. Zur Vereinfachung ohne Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags.

Begünstigt werden im neuen System diejenigen Gesellschaften, die nicht allen Ertrag an die Gesellschafter ausschütten müssen, da einbehaltene Gewinne von der Gesamtsteuerbelastung her gesehen geringer besteuert werden als ausgeschüttete¹³.

Erstmalige Anwendung:

Die neue Besteuerung ist bei Gesellschaften, deren Wirtschaftsjahr gleich dem Kalenderjahr ist, erstmals auf den erwirtschafteten Jahresgewinn des Veranlagungszeitraum 2001 anzuwenden (§ 34 I KStG). Hat die Körperschaft ein abweichendes Wirtschaftsjahr, ist das neue Recht erstmals für das Wirtschaftsjahr anzuwenden, das im Veranlagungszeitraum 2002 endet (§ 34 Ia KStG)¹⁴.

2.2. Besteuerung von Dividenden

Um das Problem der steuerlichen Doppelbelastung bei der Dividendenbesteuerung zu vermeiden, unterscheidet das neue System hinsichtlich der Besteuerung der Einkünften von Gesellschafter an Kapitalgesellschaften zukünftig, ob der Gesellschafter eine natürliche Person oder eine dem KStG unterfallende Körperschaft ist. Es unterscheidet jedoch nicht, ob es sich um inländische oder ausländische Gewinneinkünfte handelt.

2.2.1. Natürliche Personen als Anteilseigner

Halbeinkünfteverfahren

Bei natürlichen Personen als Anteilseigner¹⁵ wird die bereits bestehende Steuerbelastung der ausgeschütteten Dividende durch das Halbeinkünfteverfahren in pauschaler Form berücksichtigt, wobei Unschärfen im steuerlichen Ergebnis bewusst in Kauf genommen werden zugunsten der Vereinfachung des gesamten Verfahrens. Nach § 3 Nr. 40 S. 1 lit. d EStG werden die Gewinnausschüttungen, ohne Unterscheidung ob inländische oder ausländische Dividenden¹⁶, nur noch in Höhe der Hälfte ihres Betrages in die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer einbezogen (sog. Halbeinkünfteverfahren).

Die Gesamtsteuerbelastung im Halbeinkünfteverfahren entspricht aber nur dann der persönlichen Steuerbelastung des Anteilseigners im bisherigen Anrechnungsverfahren, wenn dieser die erhaltene Dividende einem Durchschnittssteuersatz von 40 % unterwerfen muss. Der Anteilseigner mit einem höheren Steuersatz wird damit durch das neue System bevorzugt, der mit einem niedrigen Steuersatz benachteiligt¹⁷. Bei niedrigbesteuerten Geschäftsführer-Gesellschaftern wird daher zukünftig statt einer Gewinnausschüttung eine Höhersetzung der Geschäftsführergehälter interessant werden. Dies wird jedoch die Diskussion um die Umqualifizierung einer Leistungsvergütung an den Geschäftsführer-Gesellschafter in eine verdeckte Gewinnausschüttung verstärken¹⁸. Dagegen ist eine

¹³ *Rödler/Schumacher* a.a.O.; *Crezelius* DB 2001, 221/224. Ausschüttete Gewinne werden auf Gesellschafterebene nochmals besteuert. Der Gesetzgeber (BT-Drs. 14/2683, S. 132) ist der Ansicht, dass thesaurierte Gewinne reinvestiert werden und die bessere Form der Gewinnverwendung darstellen.

¹⁴ Zu den sich hieraus ergebenden Gestaltungsüberlegungen siehe unten beim 2.4.

¹⁵ Gleichgültig ist, ob der Anteil im Privat- oder Betriebsvermögen ist.

¹⁶ *Bergemann*, DStR 2000, 1412 zu den ursprünglichen, differenzierenden Gesetzesplänen.

¹⁷ *Bergemann*, DStR 2000, 1410/1412; *Kulemann/Harle*, St&St 2000, 531; *Rödler/Schumacher* DStR 2000, 353/355; *Reich* ZNotP 2001, 54 f.; jeweils auch mit Berechnungsbeispielen.

¹⁸ *Rödler/Schumacher* a.a.O. S. 361.

hohe Leistungsvergütung künftig dann steuerlich ungünstiger, wenn der Gesellschafter sich im Spitzensteuersatz bewegt¹⁹.

Halbierung der Werbungskosten/Betriebsausgaben

Gemäß dem Grundgedanken des § 3 c EStG, wonach Aufwendungen nur dann steuerlich geltend gemacht werden können, wenn diesen auch steuerpflichtige Einnahmen gegenüber stehen, wird nunmehr durch § 3 c Abs. 2 EStG gleichsam als „Negativseite“ des § 3 Nr. 40 EStG geregelt, dass Aufwendungen und Verluste im Zusammenhang mit Sachverhalten des Halbeinkünfteverfahrens nur zur Hälfte abzugsfähig sind²⁰. Dabei setzt § 3 c Abs. 2 EStG keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Ausgaben und Einnahmen, sondern nur einen wirtschaftlichen Zusammenhang voraus. Letzteres ist auch dann gegeben, wenn die Einnahmen nicht im selben Zeitraum wie die Ausgaben/Werbungskosten anfallen²¹.

Diese Regelung beinhaltet erhebliche Unsicherheiten, die Rechtsstreitigkeiten geradezu vorprogrammiert²². Außerdem unterscheidet sie sich grundlegend von der Regelung in § 3 c Abs. 1 EStG, die für die Berücksichtigung von Aufwendungen von Körperschaften als Anteilseigner gilt. Danach besteht das Abzugsverbot nur bei unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen.

2.2.2. Körperschaften als Anteilseigner

Nach der früheren Rechtslage unterfielen auch die Ausschüttungen an Körperschaften als Anteilseigner der Besteuerung im Anrechnungsverfahren. Um eine Mehrfachbesteuerung bei mehrstufigen Ausschüttungen in Beteiligungsketten zu vermeiden, stellt § 8 b KStG n.F. sämtliche Erträge, die eine Körperschaft aus einer Beteiligung an einer anderen inländischen oder ausländischen Körperschaft bezieht, von der Körperschaftsteuer generell steuerfrei. Diese Freistellung ist unabhängig von der Beteiligungshöhe und der Beteiligungsdauer. In Beteiligungsketten wird damit der Gewinn erst besteuert, wenn er die Ebene der Körperschaften verlässt und an eine natürliche Person ausgeschüttet wird, bei der dann die Halbeinkünftebesteuerung erfolgt.

Aus der Steuerfreistellung von inländischen Beteiligungserträgen (nach § 8 b I KStG) folgt durch § 3 I EStG ein Abzugsverbot für Betriebsausgaben, soweit diese mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen²³. Fehlt dieser Zusammenhang, etwa weil im Veranlagungsjahr der Aufwendung kein Dividendenbezug erfolgt, besteht im Gegensatz zu den natürlichen Personen als Anteilseigner, volle steuerliche Absetzbarkeit²⁴.

Bei ausländischer Beteiligung bestimmt § 8 b V KStG n.F. abweichend vom Abzugsverbot des § 3 c I EStG einen pauschal-

len Abzug²⁵, der dazu führt, dass die im Zusammenhang mit Auslandsbeteiligung stehenden Ausgaben in unbegrenzter Höhe mit steuerlicher Wirkung abgezogen werden können und nur in solchen Veranlagungszeiträumen, in denen ein ausländischer Dividendenbezug stattfindet, eine 5%ige Hinzurechnung der Dividende zum steuerpflichtigen Einkommen erfolgt²⁶.

2.2.3. Personengesellschaft als Gesellschafter:

Soweit eine Personengesellschaft eine Beteiligung an einer inländischen oder ausländischen Kapitalgesellschaft hält, ist der Gewinn aus der Kapitalgesellschaft, der in der Gewinnausschüttung aus der Mitunternehmerschaft enthalten ist, soweit er einer Körperschaft als beteiligter Gesellschafterin (Mitunternehmer) zuzurechnen ist, steuerbefreit (§ 8 b I i. V. m. VI KStG n.F.) und unterliegt bei natürlichen, unbeschränkt einkommenssteuerpflichtigen Personen als Mitunternehmer dem Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 S. 2 EStG n.F.²⁷.

2.3. Zeitliche Anwendung:

Die neuen Besteuerungsregeln auf Gesellschafterebene gelten für alle Gewinnausschüttungen, die auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss für ein abgelaufenes Wirtschaftsjahr beruhen und für die nicht mehr die Ausschüttungsbelastung nach §§ 27 ff. KStG a.F. herzustellen ist (§ 52 Abs. 4a Nr. 1 EStG i. V. m. § 34 Abs. 10a KStG). Für Gewinnausschüttungen bei Gesellschaften, deren Wirtschaftsjahr gleich dem Kalenderjahr ist, ist das Anrechnungsverfahren nach § 27 ff. KStG a.F. letztmals für ordentliche Gewinnausschüttungen für das Jahr 2000 und früher anzuwenden, die im Jahr 2001 beschlossen werden und erfolgen, d. h. dass die Mittel bis 31.12.2001 abgeflossen sein müssen (§ 34 Abs. 10a S.1 Nr. 1 KStG n.F.). Bei abweichendem Wirtschaftsjahr gilt das Anrechnungsverfahren noch für Ausschüttungen, die bis zum Ende des im Jahre 2002 endenden Wirtschaftsjahres erfolgt sind. Die erstmalige Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG (Halbeinkünfteverfahren) bzw. des § 8 b I KStG (Steuerbefreiung) erfolgt damit auf Ausschüttungen in dem jeweils folgenden Wirtschaftsjahr, also auf ordentlichen Gewinnausschüttungen für das mit dem Kalenderjahr 2001 übereinstimmenden Wirtschaftsjahr sowie auf sonstige ordentlichen Ausschüttungen nach dem 31.12.2001, auch wenn es sich um mit Körperschaftsteuer vorbelastete Alrücklagen handelt; bei abweichendem Wirtschaftsjahr findet das neue Recht Anwendung auf Ausschüttungen für das im Jahr 2002 endende Wirtschaftsjahr und alle danach erfolgenden Ausschüttungen (§ 52 Abs. 4a EStG bzw. § 34 Abs. 6 d S.1 Nr. 1 KStG n.F.)²⁸.

¹⁹ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zukünftig der Spitzensteuersatz bis zu 2005 auf 42 % in mehreren Stufen gesenkt wird.

²⁰ Bei hohen Aufwendungen, z. B. Finanzierungskosten ergibt sich dadurch ein erheblicher Nachteil gegenüber dem früheren Anrechnungsverfahren, bei dem der Steuerpflichtige von dem Körperschaftsteueranrechnungsbetrag profitieren konnte. Hierzu *Reich ZNotP* 2001, 55.

²¹ *Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbH* 2000, 1173/1176. Zu den steuersystematischen Bedenken gegen das Konzept des § 3 c II EStG: *Crezelius DB* 2001, 221/227.

²² *Bergemann, DStR* 2000, 1410.

²³ *Bergemann, DStR* 2000, 1410/1413.

²⁴ *Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbH* 2000, 1173/1177; *Braas u. a. NJW-Beilage* zu Heft 51, S. 28 ff.: Dort auch zu Gestaltungsüberlegungen wie Verlagerung der Refinanzierung auf Tochtergesellschaft, Organshaft, Auslandsholding, Balloning; *Crezelius DB* 2001, 221/227 f.; *Reich ZNotP* 2001, 55 f.

²⁵ Nach dem Gesetzesentwurf (BT-Drs. 14/2683 S. 124) bleibt es bei mit ausländischen Dividenden im Zusammenhang stehenden Aufwendungen bei der bisherigen Regelung in § 8 b VII KStG, sodass das BMF-Schr. v. 10.1.2000 BStBl. I 2000, 71 herangezogen werden kann.

²⁶ *Bergemann DStR* 2000, 1410/1413; zu den aus der milderer Regelung des § 8 b V KStG für die Auslandserträge sich ergebenden Gestaltungsüberlegungen: *Braas u. a., a.a.O., S. 29; Reich ZNotP* 2001, 52/56 mit Beispiel; zu Zweifeln an Berechtigung für die Differenzierung: *Crezelius DB* 2001, 221/228.

²⁷ Strittig ist, ob dies auch bei vermögensverwaltenden, nicht gewerblich geprägten Personengesellschaften gilt: so *Rödler/Schumacher DStR* 2000, 1453/1454; dagegen *Bergemann DStR* 2000, 1410/1413.

²⁸ Hierzu allgemein: *Dötsch/Pung, DB* 2000, Beilage 10/2000 zu Heft 34, S. 23 ff.; *Crezelius DB* 2001, 221 f.; *Rödler/Schumacher DStR* 2000, 1453 f.

Für andere Ausschüttungen, insbesondere verdeckte Gewinnausschüttungen, gilt jedoch die neue Besteuerung schon ab Beginn des Wirtschaftsjahres 2001, bzw. bei vom Kalenderjahr abweichendem Wirtschaftsjahr ab dem Beginn des in 2001 ersten neuen Wirtschaftsjahres.

Diese kompliziert erscheinende Regelung lässt sich als stimmig erkennen, wenn man sich verdeutlicht, dass das im Jahre 2001 verdiente Ergebnis der Gesellschaft, auf welches schon das neue Recht Anwendung findet, erst im folgenden Jahr 2002 beim Anteilseigner im Rahmen einer offenen Gewinnausschüttung zufließt²⁹ und dann nach dem neuen Recht besteuert werden muss³⁰.

Soweit Gewinne früherer Geschäftsjahre thesauriert wurden, ist darauf schon die frühere Körperschaftsteuer bezahlt worden. Dieses Körperschaftsteuerguthaben³¹ wird in einem Übergangszeitraum von 15 Jahren auf durchgeführte Gewinnausschüttungen gutgeschrieben (§ 37 KStG n.F.), verfällt jedoch danach³². Es ist Aufgabe des steuerlichen Beraters der Gesellschaft für eine entsprechende Gestaltung zu sorgen, dass die Altbestände an Körperschaftsteuerguthaben nicht verloren gehen³³. Besondere, im Gesetz nicht geregelte Probleme können sich dabei bei einer Liquidation innerhalb dieses Übergangszeitraumes ergeben³⁴.

2.4. Gestaltungsüberlegungen zur Dividendenbesteuerung

Mit folgenden Gestaltungsüberlegungen kann der Notar aufgrund der damit verbundenen notarieller Beurkundung in Berührung kommen:

a) Verkürzung eines abweichenden Wirtschaftsjahres

Das neue Recht für die Gewinnbesteuerung findet bei einer Kapitalgesellschaft mit abweichendem Wirtschaftsjahr erst auf ein Wirtschaftsjahr Anwendung, das nach dem 1.1.2001 begonnen hat (§ 34 I a Nr. 1 KStG n.F.). Für das noch in das Kalenderjahr 2001 hineinragende Wirtschaftsjahr gilt die alte, wesentlich höhere Besteuerung mit 40 % für thesaurierte Gewinne und 30 % für ausgeschüttete Gewinne.

Endet ein abweichendes Wirtschaftsjahr etwa erst zum 30.10.2001, so gilt erst für das ab 1.11.2001 beginnende neue Wirtschaftsjahr die neue niedrigere Gewinnbesteuerung.

Um Gewinne, die noch vor dem Ende des abweichenden Wirtschaftsjahres (im Beispiel: 31.10.2001) entstehen, schon der neuen Besteuerung zu unterlegen, wäre es denkbar, das laufende Wirtschaftsjahr abzukürzen und etwa auf ein Wirtschaftsjahr, beginnend ab z. B. 1.7.2001 umzustellen. Hierzu bedarf es jedoch nach § 4a I Nr. 2 EStG des Einvernehmens des Finanzamts, das dieses nur erteilen muss, wenn die Orga-

nisation des Betriebes berührende Gründe für die Umstellung gegeben sind³⁵. Gesellschaftsrechtlich bedarf es dazu eines satzungsändernden Beschlusses und dessen Anmeldung noch vor Ablauf des entstehenden Rumpfgeschäftsjahres³⁶. Strittig ist, ob auch die Eintragung vor Ablauf des Rumpfgeschäftsjahres erfolgt sein muss³⁷.

b) Vorabausschüttung vor 31.12.2001

Denkbar wäre, für das Wirtschaftsjahr 2001 vor dessen Ablauf eine Vorabausschüttung zu beschließen und durchzuführen³⁸. Die Vorabausschüttung erfolgt jedoch bereits für das Geschäftsjahr 2001, auf dessen Gewinne bereits das neue Recht Anwendung findet. Die Vorabausschüttung fällt beim Gesellschafter nicht mehr unter das Anrechnungsverfahren, sondern unter das neue Halbeinkünfteverfahren³⁹, denn das Anrechnungsverfahren findet letztmals Anwendung auf Ausschüttungen in 2001, die auf einem Gewinnverteilungsbeschluss für ein abgelaufenes Wirtschaftsjahr beruhen (§ 34 Abs. 10 a Nr. 2 KStG n. F.). Anderes gilt für die ordnungsgemäßen Gewinnverwendungsbeschlüsse vor dem 31.12.2001 (bei Wirtschaftsjahr gleich Kalenderjahr) hinsichtlich Geschäftsjahre, die vor dem 1.1.2001 abgelaufen sind. Auf diese Gewinne ist bereits die frühere Körperschaftsteuer bezahlt worden. Die Ausschüttungen müssen jedoch noch vor dem 31.12.2001 abgefließen sein⁴⁰.

3. Änderung der Besteuerung bei Anteilsveräußerung

Das Steuersenkungsgesetz hat durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bzw. der Besteuerungsfreistellung auch für Veräußerungsgewinne und durch die Herabsetzung der Wesentlichkeitsschwelle des § 17 EStG grundlegende Auswirkungen auch auf die Besteuerung der Veräußerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften.

3.1. Grundlagen der Besteuerung von Anteilsveräußerungen

Bei der Prüfung, ob die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften der Steuer unterliegt, ist folgende Reihenfolge zu beachten:

1. Werden die veräußerten Anteile in Betriebsvermögen eines Gewerbebetriebes gehalten, erfolgt die Besteuerung im Rahmen der Gewinnermittlung des Gewerbebetriebes, wobei die Veräußerung einer 100%igen Beteiligung nach § 16 I Nr. 1 S. 2 EStG als Veräußerung eines Teilbetriebes gilt, und der Veräußerungsgewinn nach § 16 IV EStG unter den dort genannten Voraussetzungen durch den gesetzlichen Freibetrag begünstigt ist⁴¹.

²⁹ Bei verdeckten Gewinnausschüttungen werden die Erträge des laufenden Veranlagungszeitraumes schon mit deren Zufluss ausgeschüttet.

³⁰ Crezelius DB 2001, 221/222.

³¹ Das Körperschaftsteuerguthaben ist nach § 37 KStG auf das Ende des letzten Wirtschaftsjahres festzustellen, für das das Anrechnungsverfahren letztmals anzuwenden ist. Die EK-Gliederung des alten § 30 KStG, die die Höhe der Körperschaftsteuerbelastung des Kapitals festhielt, entfällt für die Zukunft. Zur neuen Gliederung des EK: Eisgruber, DStR 2000, 1493; M. Wachter in Kersten/Bühling 21. Aufl. § 155 Rdnr. 21.

³² Ausführlich hierzu: Reich ZNotP 2001, 53.

³³ Etwa durch das Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren: Hierzu Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbHR 2000, 1173/1174 f. sowie kritisch zum „Leg-ein-Hol-zurück-Verfahren: Uhl/Geißelmaier DStR 2001, 385. Hierzu auch: Reich ZNotP 2001, 53.

³⁴ Hierzu Jünger, BB 2001, 69; allgemein zur Besteuerung bei Liquidation: M. Wachter in Kersten/Bühling 21. Aufl., § 155 Rdnr. 77 f.

³⁵ BFH DStBl II 74, 238, Reich ZNotP 2001, 52.

³⁶ Rückwirkende Beendigung ist nicht zulässig: Scholz/Priester GmbH-Komm. § 53 Rdnr. 191; OLG Frankfurt/M, MittRhNotK 1999, 206; Reich ZNotP 2001, 52/53.

³⁷ Siehe OLG Frankfurt/M; a.a.O. m.w.N.

³⁸ Zu den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen: Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Komm., 17. Aufl., § 29 Rdnr. 60 f.; zur Zulässigkeit einer inkongruenten Gewinnausschüttung: BFH v. 19.8.99, DStR 99, 1849; Nichtanwendungserlass d. BMF v. 7.12.2000, BStBl. I 2001, 47; hierzu Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbHR 2000, 1173/1174 f.

³⁹ Schwedhelm/Olbing/Binnewies GmbHR 2000, 1173/1174 f.

⁴⁰ Zur Finanzierung bzw. zur Vermeidung eines Liquiditätsabflusses wird das Leg-ein-Hol-zurück-Verfahren bzw. das Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren empfohlen; hierzu Schwedhelm/Olbing/Binnewies, Fn. 39; sowie kritisch Uhl/Geißelmaier DStR 2001, 385.

⁴¹ § 34 EStG ist nach dessen Abs. 2 Nr. 1 nur noch für den i. R. des Halbeinkünfteverfahrens steuerpflichtigen Teil anwendbar.

2. Gehört der veräußerte Anteil zum Privatvermögen, kommt es nur dann zu einer Besteuerung, wenn dies aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften bestimmt ist. Die Veräußerung von privaten Vermögensgegenständen unterliegt ansonsten grundsätzlich der Steuerfreiheit als private Vermögensverwaltung⁴².

Ausnahmen von der Steuerfreiheit bei der Veräußerung von Kapitalanteilen im Privatvermögen ergeben sich nach dem Gesetz:

a) bei sog. Spekulationsgeschäften⁴³ i. S. § 23 I 1 Nr. 2 EStG, wenn zwischen Anschaffung und Veräußerung⁴⁴ nicht mehr als ein Jahr liegt oder

b) ansonsten⁴⁵, wenn die Voraussetzungen des § 17 EStG erfüllt sind⁴⁶.

3.2. Änderung des § 17 durch das Steuersenkungsgesetz

Durch das Steuersenkungsgesetz wird die Wesentlichkeitsgrenze i. S. des bisherigen § 17 Abs. 1 S. 4 EStG auf 1 % abgesenkt (§ 17 I 1 EStG n. F.). Zukünftig spricht das Gesetz auch nicht mehr von wesentlicher Beteiligung, sondern nimmt lediglich die Minimalbeteiligung von unmittelbar und mittelbar weniger als 1 %⁴⁷ von der Besteuerung aus. Ansonsten sind die Bestimmungen des § 17 EStG unverändert geblieben. Der Gesetzgeber begründet diese Herabsetzung damit, dass andernfalls die niedrige Besteuerung des nicht ausgeschütteten Gewinnes Anreize schaffe, Gewinne zu thesaurieren und steuerfrei durch Veräußerung des Anteiles zu realisieren⁴⁸. Der Gesetzgeber will also sicherstellen, dass thesaurierte und ausgeschüttete Gewinne beim Anteilseigner in gleicher Höhe einmal besteuert werden.

Eine Übergangsregelung für bisher nicht steuerverhaftete Beteiligungen gibt es nicht, so dass alle in einem bisher steuerlich nicht erfassten Anteil von weniger als 10 % enthaltenen stillen Reserven, die seit dessen Anschaffung gebildet wurden, automatisch steuerverhaftet werden. Damit werden bei den Kapitalgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH zukünftig nahezu alle bisher außerhalb von § 23 EStG liegende Veräußerungsgewinne aus Anteilsveräußerungen der Besteuerung unterworfen und dadurch eine Annäherung an die steuerliche Erfassung von Wertzuwächsen bei Mitunternehmern, also Gesellschafter an gewerblichen Personengesellschaften, herbeigeführt.

Dies ist bereits auf vielfache Kritik gestoßen⁴⁹. Problematisch ist vor allem, dass rückwirkend auch für einen Zeitraum vor

In-Kraft-Treten des Gesetzes daran angeknüpft wird, dass der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Die frühere gesetzliche Regelung hat dagegen an die wesentliche Beteiligung angeknüpft, was zur verfassungsgemäßen Auslegung dahingehend geführt hat, dass für das Merkmal der wesentlichen Beteiligung innerhalb der letzten fünf Jahre, für jeden abgeschlossenen Veranlagungszeitraum, auf die in diesem jeweils geltende Beteiligungsgrenze abzustellen ist⁵⁰. Nach dem Steuersenkungsgesetz gilt nunmehr: Immer dann, wenn der Steuerpflichtige zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb von fünf Jahren vor dem Verkauf seiner Anteile mindestens mit 1 % beteiligt war, ist ein Anteilsverkauf steuerpflichtig.

3.3. Erstmalige Anwendung des neuen § 17 EStG

Der neugefasste § 17 EStG ist erstmalig anzuwenden, wenn es sich um einen Veräußerungsvorgang handelt, der sich in einer Periode abspielt, in welcher im Jahre 2001 verdiente Dividenden, die der neuen Besteuerung unterlagen, ausgeschüttet werden können. Das ist im Ergebnis das Jahr 2002, so dass § 52 Abs. 34 a EStG bestimmt, dass die Neuregelung jeweils mit Beginn des 2. Wirtschaftsjahres der Gesellschaft greift, für welches das neue Körperschaftsteuerrecht anzuwenden ist. Entspricht also das Wirtschaftsjahr der Gesellschaft dem Kalenderjahr, gilt für Veräußerungen bis einschließlich 31.12.2001 noch die alte Beteiligungsgrenze des § 17 Abs. 1 S. 4 EStG a.F. Für Veräußerungen ab dem 1.1.2002 gilt die neue Beteiligungsgrenze von eins von Hundert.

Bei abweichendem Wirtschaftsjahr ist die Neuregelung erst entsprechend später anzuwenden (z. B. bei Wirtschaftsjahr 1.5. bis 30.4. ab dem 1.5.2002). Für ausländische Beteiligungen stellt die Neuregelung des § 52 Abs. 34 a EStG durch das Steuer-Euroglättungsgesetz nunmehr klar, dass die neue Wesentlichkeitsgrenze bereits für Veräußerungen ab 1.1.2001 gilt⁵¹.

3.4. Begünstigte Besteuerung des Veräußerungsgewinnes

Nach Ansicht des Steuergesetzgebers stellt sich ein Veräußerungsgewinn als antezipierte Gewinnausschüttung dar, weil Veräußerungsgewinne betriebswirtschaftlich betrachtet zukünftige Dividendenzahlungen repräsentieren, entweder in Gestalt von bei der Gesellschaft vorhandenen Gewinnrücklagen, die mitveräußert werden oder eines noch zukünftig zu realisierenden Dividendenpotenzials, welches in Form des Geschäftswertes mitbezahlt wird⁵². Es war daher für den Gesetzgeber ein Gebot der Gleichbehandlung, Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen wie die Dividendeneinkünfte zu besteuern⁵³.

Zeitliche Anwendung

Anzuwenden ist daher das neue Recht auf die Besteuerung von Anteilsveräußerungen nach Ablauf des Wirtschaftsjahres, in dem die Erträge erstmals der neuen Besteuerung unterlagen (§ 52 Abs. 4 a Nr. 2 EStG bzw. § 34 Abs. 6 d S. 1 Nr. 2 KStG), da in dem dann erzielten Veräußerungsgewinn die im letzten Wirtschaftsjahr erwirtschafteten Erträge enthalten sind, die

⁴² Zum Dualismus der Einkünftearten und der sich daraus ergebenden unterschiedlichen Besteuerung von Gewinneinkünften und Überschusseinkünften siehe *Schulte*, DB 2000, 1043 m.w.N.

⁴³ Jetzt Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte in § 23 EStG genannt.

⁴⁴ Jeweils der schuldrechtliche Vertragsabschlusszeitpunkt ist maßgeblich: *Schmidt/Heinicke*, EStG-Komm., 19. Aufl. § 23 Rdnr.17 f.

⁴⁵ Die Besteuerung nach § 17 EStG ist durch § 23 II 2 EStG verdrängt.

⁴⁶ Zu den historischen Gründen für die Besteuerung nach § 17 EStG siehe *Schulte* Fn. 42: Der Gesetzgeber wollte die wesentliche Beteiligung an Kapitalgesellschaften wegen ihrer wirtschaftlichen Ähnlichkeit zum gewerblich tätigen Mitunternehmer im Veräußerungsfalle diesen gleichstellen sowie die Besteuerung von stillen Reserven bei der Veräußerung sichern.

⁴⁷ Abzustellen ist auf den Geschäftsanteil; nicht entscheidend ist die von der Anteilsquote abweichende Verteilung von Stimmrecht oder Liquidationserlös (BFH BStBl II 98, 257).

⁴⁸ BT-Drucks. 14/2683, S. 113.

⁴⁹ *Schulte* Fn. 42; *Bornheim* DB, 2001, 162; *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 405.

⁵⁰ So die erste finanzgerichtliche Entscheidung hier zu vom FG Baden-Württemberg, DStR 2001, 119 m.w.N. auf die vielfältige Literatur. Diese Rechtsprechung lässt sich aufgrund der nunmehrigen Formulierung in § 17 nicht auf die neue Gesetzeslage übertragen.

⁵¹ *Heurung/Heinsen/Springer* BB 2001, 181/183.

⁵² *Crezelius* DB 2001, 221/225.

⁵³ BT-Drs. 14/2683 S. 96.

schon der neuen Besteuerung unterlagen; bei einem mit dem Kalenderjahr übereinstimmenden Wirtschaftsjahr damit ab 1.1.2002; bei abweichendem Wirtschaftsjahr nach Ablauf des Wirtschaftsjahres 2001/2002⁵⁴.

a) Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens

Das Halbeinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 EStG ist auf alle Veräußerungsgewinne anzuwenden, die natürliche Personen bei der Veräußerung ihrer Kapitalgesellschaftsanteile erzielen, nicht mehr jedoch die Tarifbegünstigung des § 34 EStG⁵⁵. Im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens ist jedoch auch zu beachten, dass die Veräußerungs- und Anschaffungskosten bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinnes ebenfalls nur zur Hälfte abzugsfähig sind (§ 3 c II EStG). Auch ein Veräußerungsverlust kann damit nur hälftig steuerlich berücksichtigt werden⁵⁶.

b) Steuerfreistellung von Veräußerungen zwischen Körperschaften

Der bei Anteilsveräußerungen zwischen Körperschaften entstehende Veräußerungsgewinn ist durch § 8 b II KStG von der Besteuerung freigestellt. Die Steuerfreistellung gilt auch bei verdeckten Einlagen⁵⁷ (§ 8 b II 3 KStG). Folge der Steuerfreistellung ist jedoch auch, dass Veräußerungsverluste und mit der Veräußerung zusammenhängende Betriebsausgaben steuerlich nicht abgezogen werden können (§ 3 c I EStG).

Die Zwischenschaltung einer Mitunternehmerschaft ist gemäß § 8 b VI KStG unschädlich.

Beispiel:

Die MW-GmbH & Co. KG, deren Gesellschafter die X-GmbH und deren Kommanditist Max Walter ist, ist an der K.-GmbH mit einem Geschäftsanteil zu 50 % beteiligt. Veräußert die MW-GmbH & Co. KG ihren Geschäftsanteil an der K.-GmbH, gilt für den in der Gewinnausschüttung der KG enthaltenen Veräußerungsgewinn für den auf die X-GmbH entfallenden Anteil die Steuerfreistellung nach § 8 b II KStG sowie für den auf den Kommanditisten M. W. entfallenden Anteil das Halbeinkünfteverfahren.

⁵⁴ Damit läuft der Beginn der neuen Gewinnbesteuerung von Anteilsveräußerungen mit der Herabsetzung der Wesentlichkeitsschwelle parallel.

⁵⁵ Die Neufassung des § 52 Abs. 47 S. 3 EStG durch das Steuergesetz hat klargestellt, dass bei einer im Jahre 2001 durchgeführten Veräußerung i. S. § 17 EStG die Tarifhalbierung des § 34 III EStG nicht in Anspruch genommen werden kann. Dagegen gilt die Fünftelregelung nach § 34 I EStG für Gewinne aus Anteilsveräußerungen noch solange, wie noch nicht das Halbeinkünfteverfahren Anwendung findet. (*Heurung/Heinsen/Springer*, BB 2001, 181/183).

⁵⁶ Zur Kritik u. a. *Crezelius* DB, 2001, 221/227.

⁵⁷ Zum Begriff: *M. Wachter* in *Kersten/Bühling*, 21. Aufl., § 155 Rdnr. 46. Die verdeckte Einlage von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist, gleich ob aus dem Privatvermögen des Gesellschafters (§ 17 I 2 EStG; siehe hierzu BMF-Schreiben v. 12.10.1998, DStR 98, 1754) oder aus dem Vermögen einer Körperschaft (§ 8 b II 3 KStG n.F.) ein Veräußerungsvorgang, wobei der Veräußerungsgewinn zukünftig dem Halbeinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 lit. c) EStG bzw. der Freistellung nach § 8 b II KStG unterliegt. Zugleich wird in Höhe des gemeinen Wertes, soweit der einlegende Gesellschafter eine wesentliche Beteiligung im Privatvermögen hält, nachträgliche Anschaffungskosten geschaffen; jedoch begrenzt bei Einlage von Kapitalgesellschaftsanteilen auf die Hälfte (§ 3 c II EStG n.F.).

Das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. die Freistellung von der Besteuerung nach § 8 b II KStG gilt grundsätzlich bei allen Arten von Anteilsverkäufen⁵⁸, gleich ob

- sich die Anteile im Betriebsvermögen befinden;
- eine Beteiligung nach § 17 EStG vorliegt;
- es sich um ein privates Spekulationsgeschäft nach § 23 I 1 Nr. 2 EStG handelt.

c) Ausnahme: Einbringungsgeborene Anteile

Nach den Missbrauchsvorschriften in § 3 Nr. 40 S. 3 und 4 EStG bzw. § 8 b IV KStG fallen jedoch die Veräußerung von einbringungsgeborene Anteile i. S. des § 21 UmwStG innerhalb einer Frist von sieben Jahren nicht unter das Halbeinkünfteverfahren bzw. die Steuerbefreiung⁵⁹. Veräußerungsgewinne werden dann voll besteuert, während Veräußerungsverluste nicht abzugsfähig sind. Einbringungsgeborene Anteile sind solche, die bei Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen zu einem Wert unter dem Teilwert, also unter Verzicht auf die Aufdeckung aller stillen Reserven, gewährt werden⁶⁰.

Beispiel⁶¹:

Der Einzelunternehmer A will seinen Betrieb veräußern. Dabei würden stille Reserven in Höhe von 800.000,00 DM aufgedeckt, die in voller Höhe zu versteuert wären. Um die hälftige Steuerfreiheit zu erlangen, bringt A seinen Betrieb zu Buchwerten gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die A-GmbH ein und veräußert später diesen Anteil unter Anwendung des § 3 Nr. 40 S. 1 lit. b EStG.

Variante 1: A bringt den Betrieb im Jahr 2001 in die GmbH ein und veräußert die Anteile im Jahr 2002.

Lösung: Das Halbeinkünfteverfahren ist nach § 3 Nr. 40 S. 3 EStG nicht anwendbar.

Würde die Veräußerung im Jahre 2008 erfolgen, wäre das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 S. 4 EStG frühestens anwendbar.

Variante 2: A bringt im Jahr 2001 den Betrieb in die A-GmbH ein. Der Anteil an der A-GmbH wird im Jahre 2003 in die B-GmbH gemäß § 20 I 2 UmwStG steuerneutral eingebracht. Die Veräußerung der Anteile an der B-GmbH erfolgt im Jahr 2004.

Lösung: Der Anteil an der B-GmbH gilt ebenfalls als einbringungsgeborener Anteil i. S. § 21 I 1 UmwStG, mit der Folge, dass das Halbeinkünfteverfahren nicht anwendbar ist (§ 3 Nr. 40 S. 4 lit. b EStG). Würde die Veräußerung erst im Jahre 2009 erfolgen, käme das Halbeinkünfteverfahren zur Anwendung, da maßgebende Einbringung die Einbringung in die A-GmbH ist, nicht diejenige, in die B-GmbH.

⁵⁸ Die Begünstigungen gelten nicht bei auf den Teilwert abgeschriebenen Anteilen § 3 Nr. 40 S. 1 lit. a EStG bzw. § 8 b II 2 KStG. Bei einbringungsgeborenen Anteilen ist ihre Geltung von einer 7-jährigen Haltefrist abhängig § 3 Nr. 40 S. 3 EStG bzw. § 8 b IV KStG (hierzu nachfolgend).

⁵⁹ Sie fallen jedoch darunter, wenn es sich um die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft handelt, sofern die übernehmende Kapitalgesellschaft die Mehrheit an der übertragenen Gesellschaft besitzt: § 20 I 2 UmwStG; hier gilt die 7-Jahres-Frist nicht.

⁶⁰ Zu den Entstehensvoraussetzungen siehe auch *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbH 2000, 1172/1181; *M. Wachter* in *Kersten/Bühling* 21. Aufl. § 155 Rdnr. 56.

⁶¹ Nach *Kulemann/Harle*, St & St 2000, 531/535; weitere Beispiele bei *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbH 2000, 1172/1182 f.

3.5. Gestaltungsmöglichkeiten:

Da die neue Gesetzeslage erst die Besteuerung von Veräußerungen inländischer Anteile ab dem 1.1.2002 erfasst, ergeben sich daraus verschiedene Gestaltungsüberlegungen.

Anknüpfungspunkt für die Besteuerung nach § 17 I EStG ist die entgeltliche Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf einen anderen Rechtsträger⁶². Wirtschaftliches Eigentum i.S.d. § 39 II Nr. 1 S. 1 AO ist gegeben, wenn der Erwerber aufgrund eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftes bereits

- eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb der Anteile gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann und
- die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrechte und Stimmrechte) sowie
- das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind⁶³.

Ein Verkaufsangebot (Putoption) des Veräußerers, welches erstmals in 2002 angenommen werden kann, führt beim Erwerber noch nicht zu wirtschaftlichem Eigentum, solange er das Angebot nicht angenommen hat⁶⁴. Dementsprechend führt auch ein Kaufangebot (Calloption) des Erwerbers nicht zu wirtschaftlichem Eigentum, es sei denn, dass nach dem typischen und für die wirtschaftliche Betrachtung maßgeblichen Geschehensablauf tatsächlich mit einer Ausübung des Optionsrechtes gerechnet werden kann⁶⁵. Unter diesem Gesichtspunkt können wechselseitige Optionen zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen. Auf jeden Fall wird wirtschaftliches Eigentum bereits begründet, wenn zwischen den Vertragsbeteiligten eine bedingte oder befristete Veräußerung vereinbart wird⁶⁶.

a) Verlustrealisierung

Liegt der Wert der Beteiligung unter den Anschaffungskosten und soll eine Veräußerung demnächst erfolgen, ergeben sich folgende Gestaltungsüberlegungen:

Liegt bei einer natürlichen Person als Anteilsinhaber bereits eine wesentliche Beteiligung von 10 % und mehr im Privatvermögen (§ 17 I EStG a.F.) oder eine beliebig hohe Beteiligung im Betriebsvermögen vor, müsste die Veräußerung noch vor dem 1.1.2002⁶⁷ erfolgen, um den vollen Verlust geltend machen zu können, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 17 II 4 EStG erfüllt sind⁶⁸. Gleiches gilt bei einer Körperschaft als Gesellschafter, da diese ab Geltung der neuen Besteuerung keine Verluste mehr geltend machen kann. Statt eines Verkaufs kann der Verlust auch durch Einlage in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten oder offene oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft realisiert werden⁶⁹.

⁶² BFH v. 21.10.99, BStBl. II 2000, 425/427.

⁶³ BFH BStBl. II 1988, 832/834; *Rödler/Schumacher*, DStR 2000, 1453/1457; *Braas* u. a. Beilage zu NJW 2000, Heft 51, S. 13 f.; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910/920.

⁶⁴ FG München DStRE 2000, 18.

⁶⁵ BFH DStR 2000, 462.

⁶⁶ BFH BStBl. II 1988, 832/834; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910/921.

⁶⁷ Bezogen auf Wirtschaftsjahr = Kalenderjahr; bei abweichendem Wirtschaftsjahr liegt der Stichtag auf dessen Ablauf in 2002.

⁶⁸ Der Veräußerung gleichgestellt ist die Einlage der Beteiligung in ein Betriebsvermögen oder eine Kapitalgesellschaft: *Bornheim*, DB 2001, 162/167; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910/916.

⁶⁹ *Reich* ZNotP 2001, 56; siehe nachfolgend auch bei b) 2).

Bei einer Beteiligung im Privatvermögen von weniger als 10 % jedoch mindestens 1 % sollte mit der Veräußerung bis nach dem 31.12.2001 gewartet werden, weil dann durch das Halbeinkünfteverfahren die Hälfte des Verlustes berücksichtigt werden kann⁷⁰.

b) Vermeidung der Besteuerung

Liegt der Veräußerungswert über den Anschaffungskosten sind folgende Überlegungen anzustellen:

1) Liegt bereits eine wesentliche Beteiligung (Anteil 10 % und höher) im Privatvermögen oder Beteiligung im Betriebsvermögen vor, lohnt sich das Abwarten auf die Anwendbarkeit der neuen Besteuerungsregelungen, sodass der wirtschaftliche Eigentumsübergang erst frühestens ab dem 1.1.2002 eintreten darf⁷¹. Dies gilt erst recht wegen der Steuerfreistellung des § 8 b II KStG für eine Körperschaft als Anteilseigner.

2) Ist nach bisherigem Recht noch keine wesentliche Beteiligung (weniger als 10 %) im Privatvermögen gegeben, werden folgende Gestaltungen vorgeschlagen um die Anwendung des neuen Rechts zu umgehen und die im Gesellschaftsanteil enthaltenen stillen Reserven steuerfrei aufzudecken:

(1) Verkauf⁷² an einen Dritten⁷³.

(2) Anteilstausch: Der Tausch von Anteilen stellt eine Veräußerung dar⁷⁴, wobei sich die Anschaffungskosten nach dem gemeinen Wert des hingegebenen Wirtschaftsgutes richten (§ 6 VI 1 EStG). Dadurch werden die bis zum Tauschzeitpunkt entstandenen stillen Reserven in Höhe der durch den Tausch entstandenen Anschaffungskosten einer zukünftigen Besteuerung entzogen⁷⁵.

(3) Einbringung in eine Kapitalgesellschaft: Eine Unterart des Tausches ist die Einbringung von Anteilen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine Kapitalgesellschaft. Da dabei als Anschaffungskosten der gemeine Wert anzusetzen ist, werden die bisherigen stillen Reserven steuerfrei gestellt. Der eigentliche Vorteil ist jedoch, dass die übernehmende GmbH die Anteile aufgrund § 8 b II KStG zukünftig steuerfrei veräußern kann⁷⁶. Gleich zu behandeln ist auch der Verkauf an eine Kapitalgesellschaft oder die verdeckte Einlage⁷⁷.

(4) Einlage in Personengesellschaft: Erforderlich ist die Übertragung in das Gesamthandsvermögen einer steuerlichen Mitunternehmerschaft (z. B. gewerblich geprägte GmbH & Co. KG) gegen Entgelt in Höhe des Verkehrswertes oder gegen Gewährung von entsprechenden Gesellschaftsrechten⁷⁸.

⁷⁰ *Bornheim* Fn. 68.

⁷¹ Der Freibetrag nach § 17 III EStG und die zukünftig wegfallende Tarifbegünstigung nach § 34 EStG wiegen die Halbeinkünftebesteuerung nicht auf; i. E. *Jakobs/Wittmann* GmbHR 2000, 910/916.

⁷² Veräußerung ohne Gegenleistung führt nicht zu einer Realisierung von Gewinn oder Verlust und hat daher keine Steuerfolgen nach EStG, sondern nur nach ErbStG.

⁷³ *Bornheim*, DB 2001, 162/168; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910, 915.

⁷⁴ BFH BStBl. II 1975, 58.

⁷⁵ *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 405/408; *Bornheim* DStR 2001, 162/168: Hier insbesondere auch zur Frage der Missbrauchsgestaltung i. S. § 42 AO; zur Zulässigkeit der Anteilsrotation: BFH DStR 97, 284.

⁷⁶ *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910/916; *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 405/408 auch zur Frage des Gestaltungsmissbrauchs i. S. § 42 AO.

⁷⁷ *Bornheim* a.a.O. S. 169; *Eilers/Wienands* a.a.O.

⁷⁸ *Bornheim* a.a.O.

Alle diese Gestaltungen müssten aber noch vor Geltung der neuen Besteuerung, bei einen mit dem Kalenderjahr übereinstimmenden Wirtschaftsjahr also vor dem 1.1.2002, unter Übergang des wirtschaftlichen Eigentums vollzogen sein.

III. Satzungsklausel zur verdeckten Gewinnausschüttung

Auch nach dem Systemwechsel der Körperschaftsbesteuerung behalten die Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung und die an diese anknüpfende satzungsrechtliche Rückgewährsklausel ihre Bedeutung. Zwar ist das Zurückbehalten der Gewinne in der Kapitalgesellschaft durch die niedrige 25%ige Körperschaftsteuerbelastung künftig steuerlich günstiger als die Ausschüttung an die Gesellschafter. Dagegen können Leistungsvergütungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer auch im Halbeinkünfteverfahren gegenüber Gewinnausschüttungen zu einer Verringerung der Gesamtsteuerbelastung führen, wenn der individuelle Steuersatz des Anteilseigners unter 40 % liegt. Daneben führen diese als Betriebsausgaben zu einer Minderung des Gewerbeertrages und damit der Gewerbesteuerbelastung⁷⁹.

1. Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung

Erbringt jedoch die Gesellschaft eine unangemessen hohe Leistungsvergütung, die sie einem Nichtgesellschafter unter gleichen Umständen nicht zugewendet hätte⁸⁰, oder verlangt sie für eine von ihr dem Gesellschafter oder einer ihm nahestehende Person⁸¹ gegenüber erbrachte Leistung eine unangemessen niedrige Gegenleistung⁸², oder bezahlt sie dem Gesellschafter für von ihm erbrachte Dienstleistungen einen unangemessen hohen Preis, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor⁸³. Unterstellt wird damit bei der Zuwendung eines unüblichen Vermögensvorteiles an den Gesellschafter, dass diese Vermögensveränderung nicht ihre Grundlage im Leistungsverhältnis, sondern in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hat⁸⁴.

⁷⁹ Hey, GmbHR 2001, 1.

⁸⁰ Z. B. sie zahlt einem Gesellschafter für seine Geschäftsführung ein unangemessen hohes Gehalt (zu verdeckten Gewinnausschüttungen bei Gewinnantienten: BMF-Schr. BStBl I 1998, 90) oder gewährt fremdunübliche Pensionszusagen (BMF-Schr. BStBl I 1999, 512).

⁸¹ Nahestehend ist neben Angehöriger i. S. § 15 AO jede Person, zu der der Gesellschafter eine Beziehung familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder rein tatsächlicher Art hat, die den Schluss zulässt, sie habe die Vorteilszuwendung der Gesellschaft an diese beeinflusst. Ein Vorteil für den Gesellschafter selbst ist nicht erforderlich. BFH BStBl II 1997, 301; BMF-Schr. v. 8.3.1999 BStBl I 1999, 514.

⁸² Z. B. Verkauf, Vermietung oder Verpachtung von Gegenständen der Gesellschaft zu einem unangemessen günstigen Preis oder Zins; unangemessen niedriger Zins für an Gesellschafter gewährtes Darlehen oder unangemessen niedriges Entgelt für Dienstleistungen an den Gesellschafter.

⁸³ Nach der ständigen Definition der Rechtsprechung ist eine verdeckte Gewinnausschüttung bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer dem gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden offenen Ausschüttung steht (BFH BStBl 1997, 301). Siehe hierzu auch M. Wachter in Kersten/Bühling, 21. Aufl., § 143 Rdnr. 122 ff.

⁸⁴ Bei einem beherrschenden Gesellschafter liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung auch vor, wenn die Gesellschaft eine Leistung erbringt, für die es an einer klaren und im voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (BFH BStBl II 1989, 631). Insgesamt zur aktuellen Entwicklung bei der verdeckten Gewinnausschüttung: Lange, GmbHR 99, 327.

2. Steuerliche Auswirkungen der verdeckten Gewinnausschüttung

Im bisherigen Anrechnungsverfahren werden beim anrechnungsberechtigten Gesellschafter offene und verdeckte Gewinnausschüttung grundsätzlich gleich behandelt. Der empfangene Vorteil zuzüglich der darauf herzustellenden Ausschüttungsbelastung stellen bei diesem steuerpflichtige Einnahmen dar (§ 20 I Nr. 2 u. 3 EStG a. F.). Die Körperschaftsteuer wurde jedoch gemäß § 36 II Nr. 3 EStG auf die Einkommensteuerschuld angerechnet, so dass der Gesellschafter zu Lasten der anderen Gesellschafter den doppelten Vorteil einer ungekürzten Auszahlung und Anrechnung einer höheren Körperschaftsteuer hatte. Bei der Kapitalgesellschaft kam es zu einer vollen Nachbesteuerung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer⁸⁵.

Der Grundgedanke des Steuersenkungsgesetzes, dass immer dann, wenn es zu einer Doppelbelastung einer natürlichen Person als Anteilseigner kommen kann, das Halbeinkünfteverfahren eingreift, wird konsequent auch auf die Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen übertragen; § 3 Nr. 40 S. 1 lit. d EStG verweist auf § 20 I Nr. 1 EStG, der jetzt in Satz 2 die verdeckte Gewinnausschüttung ausdrücklich als zu steuernde Bezüge erwähnt. Dem entsprechend stellt § 8b I KStG durch Bezugnahme auf § 20 I Nr. 1 EStG die verdeckte Gewinnausschüttung bei der als Anteilseigner beteiligte Körperschaft von der Besteuerung frei⁸⁶. Auf verdeckte Gewinnausschüttungen ist das Halbeinkünfteverfahren bereits ab 1.1.2001 anwendbar, wenn das Wirtschaftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, bei abweichendem Wirtschaftsjahr ab dem Wirtschaftsjahr 2001/2002.

Der Gesellschafter erlangt durch die Umqualifizierung der Leistungsvergütung in eine Gewinneinnahme insoweit einen Vorteil, als er nur die Hälfte der Bezüge der Einkommensteuer unterwerfen muss⁸⁷.

Auf der Ebene der Kapitalgesellschaft führt die Aufdeckung einer verdeckten Gewinnausschüttung gemäß § 8 III 2 KStG zu einer Hinzurechnung zum Einkommen der Körperschaft in Höhe des nicht angemessenen Teiles der Vergütung, woraus sich eine Erhöhung der Gewerbe- und Körperschaftsteuer ergibt⁸⁸.

Wäre eine offene Gewinnausschüttung erfolgt, so hätte der Gesellschafter eine um die Gewerbe- und Körperschaftsteuer verringerte Dividendenauszahlung erhalten. Durch die verdeckte Gewinnausschüttung hat er dagegen den nicht verringerten Vorteil und die Begünstigung durch das Halbeinkünfteverfahren erlangt. Die Gesellschaftsebene wird dagegen doppelt belastet: einmal durch den Vermögensabfluss bzw. gehinderten Vermögenszufluss und durch die erforderliche Nachversteuerung aus den laufenden Erträgen. Die Mitgesellschafter haben den Nachteil, dass sie keinen gleichwertigen Zufluss erzielt haben und ihr Anspruch auf den später erwirtschafteten Gewinn durch die Nachversteuerung geschmälert ist.

⁸⁵ Zu den steuerlichen Folgen im Einzelnen: Wrede in Münch.Hdb. GesR. Bd. 3 GmbH § 61 Rdnr. 37 ff.

⁸⁶ Bei der ausschüttenden Gesellschaft kommt es jedoch zur Hinzurechnung nach § 8 III 2 KStG und damit zur Besteuerung nach § 23 KStG.

⁸⁷ Hey, GmbHR 2001, 1/3.

⁸⁸ Hey, a.a.O. S. 2; Schiffers, GmbHR 2000, 205/211 m. Berechnungsmodellen.

3. Rückabwicklung verdeckter Gewinnausschüttungen

Ein grundsätzlicher Anspruch auf Ausgleich des auf Ebene einer GmbH⁸⁹ eingetretenen Nachteil wurde bisher von der Rechtsprechung nicht anerkannt⁹⁰. Daher wird zur Klarstellung häufig durch Satzungsklauseln der Gesellschaft ein Rückgewähranspruch gewährt. Dieser kann jedoch nach Ansicht des BFH die eingetretenen Steuerfolgen nicht rückwirkend wieder aufheben⁹¹.

War hinsichtlich des Umfangs der Rückgewähr unter dem früheren Anrechnungsverfahren auch erwogen worden, dass der Körperschaftsteueranrechnungsanspruch herausgegeben werden müsse⁹², gibt es hierfür im neuen Recht keine Grundlage mehr. Es fehlt zukünftig an der unmittelbaren Verknüpfung des Steuervorteiles (= Anrechnungsbetrag) mit der Steuerbelastung auf Seiten der Gesellschaft, da der Steuervorteil im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens von der individuellen Steuerbelastung des einzelnen Gesellschafters abhängig ist⁹³.

Bei Ein-Mann-Gesellschaften bedarf es dagegen nicht der Rückgewährklausel, da durch die verdeckte Gewinnausschüttung kein Nachteil zu Lasten anderer Gesellschafter eingetreten sein kann.

Eine derartige Steuerklausel könnte etwa lauten:

Die Geschäftsführung ist nicht befugt, außerhalb eines von der Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß gefassten Gewinnverteilungsbeschlusses den Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen oder Gesellschaften Vorteile irgendwelcher Art vertragsgemäß oder durch einseitige Handlungen zuzuwenden. Die Gesellschafter, die solche Zuwendungen erhalten haben, oder denen die Zuwendungsempfänger nahe stehen, sind zur Rückgewähr bzw. zum Wertersatz verpflichtet.

Die Klausel kann ggf. noch wie folgt ergänzt werden:

Der Anspruch besteht jedoch nur in dem Umfang, als der gewährte Vorteil nach den anzuwendenden steuerlichen Grundsätzen über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung unangemessen ist. Die Höhe des unangemessenen Vorteiles bestimmt sich nach der unanfechtbaren Entscheidung der Finanzbehörden bzw. Finanzgerichte. Der zurückzugewährende Betrag ist von der Gewährung des unangemessenen Vorteiles bis zu seiner Erfüllung in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.

Die Rückgewähr aufgrund einer solchen Satzungsklausel ist beim Gesellschafter als Einlage und damit als nachträgliche Anschaffungskosten auf seine Beteiligung zu qualifizieren⁹⁴.

⁸⁹ Dagegen fallen vGA bei Aktiengesellschaften unter das Verbot der Leistungsrückgewähr (§ 57 AktG) und sind nach § 62 AktG zurückzugewähren (Hüffer AktG-Komm 4. Aufl., § 57 Rdnr. 8 ff.).

⁹⁰ Ausgenommen, es liegt ein Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz nach § 30 GmbHG vor. Nach der Literatur (siehe Nachweise bei Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG-Komm 17. Aufl., § 29 Rdnr. 76) besteht bei Unwirksamkeit der vGA wegen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, die Treuepflicht oder die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung ein bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsanspruch.

⁹¹ BFH BStBl. II 1989, 1029.

⁹² Hey, a.a.O. S. 5 m.w.N. in Fn. 32.

⁹³ Hey, a.a.O.

⁹⁴ BFH NJW 99, 2990.

Die zu zahlenden Schuldzinsen sind Werbungskosten im Zusammenhang mit den erzielten Einkünften aus der Beteiligung⁹⁵.

IV. Zusammenfassung

1. Durch das Steuersenkungsgesetz werden die Erträge der Körperschaft ab 1.1.2001 mit einem Definitivsteuersatz von 25 % besteuert ohne Unterscheidung, ob der Gewinn ausgeschüttet oder thesauriert wird und ohne dass der Gesellschafter die bereits bezahlte Körperschaftsteuer bei seiner Steuerlast absetzen kann.

2. Das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren wird abgeschafft und durch das Halbeinkünfteverfahren ersetzt, wenn der Anteilseigner als Steuersubjekt eine natürliche Person ist.

3. Ist eine Körperschaft an einer anderen Körperschaft beteiligt, sind die Beteiligungserträge grundsätzlich steuerfrei gestellt.

4. Diese Regeln erfassen alle Einnahmen aus dividendenvermittelnden Anteilen, gleich ob an inländischen oder ausländischen Körperschaften und gleich ob es sich um Dividendenerträge oder irgend eine Art von Veräußerungserträge handelt.

5. Im Anwendungsbereich des Halbeinkünfteverfahrens kommt es generell zu einem hälftigen Abzugsverbot von Aufwendungen bzw. zu einer Beschränkung der steuerlichen Verlustberücksichtigung auf die Hälfte. Die Steuerfreistellung für Beteiligungserträge von an einer anderen Körperschaft beteiligten Körperschaft führt zwar zur Nichtberücksichtigung von Veräußerungsverlusten aber nicht generell zu einem Abzugsverbot von Aufwendungen.

6. Das neue Recht zur Dividendenbesteuerung ist erst auf die im Jahre 2001 verdienten Ergebnisse anzuwenden, auf welche schon bei der Gesellschaft die neue Körperschaftbesteuerung Anwendung findet, sodass damit erst die im folgenden Jahr 2002 beim Anteilseigner im Rahmen einer offenen Gewinnausschüttung zufließenden Erträge bzw. die im Jahre 2001 durchgeführten Vorabausschüttungen oder verdeckten Gewinnausschüttungen nach dem neuen Recht besteuert werden.

7. Die Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen werden erst nach Ablauf des ersten Wirtschaftsjahres, auf welches bei der Gesellschaft die neue Körperschaftbesteuerung anzuwenden ist, nach dem neuen Recht besteuert, frühestens also ab dem 1.1.2002.

8. Zugleich wird die Besteuerung der Veräußerung von im Privatvermögen gehaltenen Anteil erweitert, weil die Wesentlichkeitsschwelle von bisher 10 % aufgehoben wird und lediglich Kleinstbeteiligungen von unter 1 % von der Besteuerung nach § 17 EStG ausgenommen werden.

9. Für alle Veräußerungen von Kapitalgesellschaftsanteilen im Jahre 2001 gelten noch die bisherigen Besteuerungsgrundsätze. Dies macht Überlegungen notwendig, ob geplante Anteilsveräußerungen noch vorgezogen oder in die neue Besteuerung verschoben werden sollen. Maßgeblich für den Besteuerungszeitpunkt ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.

10. Die Satzungsklauseln zur Rückgewähr verdeckter Gewinnausschüttungen behalten auch unter den Änderungen des Steuersenkungsgesetzes bei einer Mehrpersonen-GmbH ihre Bedeutung.

⁹⁵ BFH a.a.O.

Bauträgervertrag und Abschlagszahlungen

Von Notar *Dr. Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wurde im Werkvertragsrecht § 632 a BGB eingeführt, der dem Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen gewährt. Im Anwendungsbereich des Bauträgervertrages werden Abschlagszahlungen seit jeher nach Maßgabe der §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV vereinbart. Das Urteil des BGH vom 22.12.2000¹ sowie eine im Zusammenhang mit diesem Urteil stehende Diskussion in Fachkreisen² haben Unsicherheit darüber aufkommen lassen, ob Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen weiterhin zulässig sind oder ob die seit 1.5.2000 geltende Rechtslage eine uneingeschränkte Vorleistungspflicht des Bauträgers, zumindest jedoch eine neben die MaBV-Sicherheiten tretende Sicherheitsleistung des Bauträgers gemäß §§ 232 ff. BGB verlangt. Unter der Frage „MaBV am Ende?“^{2a} stellt *Wagner* in den Raum, dass, jedenfalls solange die Hausbauverordnung nach § 27 a AGBG noch nicht erlassen ist, gemäß § 632 a S. 3 BGB zusätzliche Sicherheit zu leisten sei, da beim Bauträgervertrag in der Regel das Eigentum erst nach Fertigstellung auf den Käufer übergehe. Eine solche zusätzliche Sicherheit werde jedoch von der Praxis nicht angenommen werden, so dass „der Bauträgervertrag praktisch an Bedeutung verlieren wird“³. Unterstellt man die Prämisse von *Wagner* als zutreffend, ist die von ihm gezogene Schlussfolgerung richtig, da die zusätzliche Sicherheitsleistung entweder an fehlenden Vermögenswerten des Bauträgers oder an den zusätzlichen Kosten einer Bankbürgschaft scheitern dürfte. Auf jeden Fall wäre eine Verteuerung der Bauträgerobjekte sicher⁴.

Die Bundesnotarkammer und die Landesnotarkammer Bayern⁵ haben den Gesetzgeber aufgefordert, für Rechtssicherheit zu sorgen. Das geltende Recht erlaubt jedoch weiterhin den Abschluss von Bauträgerverträgen unter Beachtung der Sicherheiten der MaBV. Der Gesetzgeber ist deshalb erst beim Erlass der „Hausbauverordnung“ zu § 27 a AGBG gefordert.^{5a}

1. Vorleistungspflicht des Unternehmers

Der Bauträgervertrag enthält, gleichgültig ob er als eigener Vertragstypus⁶ oder als gemischter Vertrag eingestuft wird, kaufvertragliche Elemente, was die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks anbelangt und werkvertragliche Elemente, soweit es um die Herstellung des Bauwerkes geht. Vom gesetzlichen Leitbild her ist dabei der auf das Grundstück entfallende Kaufpreis gemäß §§ 433 Abs. 2, 271 Abs. 1 BGB mit Wirksamwerden des Kaufvertrages in einer Summe zur Zahlung fällig⁷. Die Praxis weicht bekanntermaßen zu Lasten des Verkäufers von diesem Leitbild ab und stellt den Kaufpreis fällig bei Vorliegen entsprechender Sicherheiten, die dem Käufer den lastenfreien Eigentumserwerb rechtlich gewährleisten. Bezüglich der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages sieht dagegen, was die Fälligkeit anbelangt, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB eine Vorleistungspflicht des Unternehmers (das ist beim Bauträgervertrag der Verkäufer) vor. Danach ist die Vergütung erst bei Abnahme des Werkes zu entrichten. Die Abnahme ihrerseits erfolgt, wenn das Werk vertragsgemäß hergestellt ist (§ 640 Abs. 1 BGB). Vertragsgemäße Herstellung bedeutet dabei beim Bauträgervertrag die Erbringung aller Leistungen durch den Bauträger, die gemäß genehmigten Bauplänen und der zum Vertragsbestandteil gewordenen Baubeschreibung geschuldet sind. Der Bauträgervertrag unterscheidet sich dabei vom Bau eines Hauses mit verschiedenen Unternehmern, die verschiedene Gewerke durchführen, dadurch, dass nur ein Werk, nämlich das bezugsfertige Haus, Vertragsgegenstand ist. Es gibt deshalb, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch nur eine Abnahme nach der vertragsmäßigen Herstellung. Ist Gegenstand eines Bauträgervertrages ein Einzelobjekt, findet vereinbarungsgemäß in der Praxis die Abnahme in zwei Teilen statt: Nach Bezugsfertigkeit des Gebäudes wird dieses abgenommen, die übrigen Leistungen werden nach ihrer Erbringung abgenommen. Dem entsprechen die Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 96,5 % zum erstgenannten Zeitpunkt und von 3,5 % zum zweitgenannten (§ 3 Abs. 2 MaBV). Abschlagszahlungen entfalten keine Abnahmewirkungen⁸. Bei Wohnungs- und Teileigentum erfolgt regelmäßig eine getrennte Abnahme des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums.⁹

Voraussetzungen verlangt werden.“ Gemäß § 2 soll die Verordnung auch auf vor dem Zeitpunkt ihres In-Kraft-Tretens geschlossene Verträge Anwendung finden, sofern nicht zwischen den Vertragsparteien bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder ein verbindlich gewordener Vergleich abgeschlossen worden ist.“

¹ MittBayNot 2001, 62.

² *Siegburg*, RWS-Forum: Immobilienrecht 2000 mit wiedergegebenen Ausführungen von *Thode*, ZfIR 2000, 1002, 1009; *Wagner* ZNotP 2000, 461; *Herel* ZNotP 2001, 5; *Blank* ZfIR 2001, 90.

^{2a} WM 2001, 718.

³ *Wagner* ZNotP 2000, 462.

⁴ *Grziwotz* ZfIR 2000, 930.

⁵ Vgl. das Rundschreiben an die Standesangehörigen Nr. 1/01 vom 31.1.2001.

^{5a} Anmerkung der Schriftleitung: Mittlerweile liegt der Entwurf einer auf § 27a AGB-Gesetz gestützten Verordnung vor, wonach vorerst nur der bislang bestehende Rechtszustand gesichert werden soll. Nach § 1 des Verordnungsentwurfs „können in Bauträgerverträgen abweichend von § 632a des Bürgerlichen Gesetzbuchs die in den §§ 2 bis 8 der Makler- und Bauträgerverordnung bestimmten Abschlagszahlungen unter den dort genannten Bedingungen und

⁶ BGH DNotZ 1986, 280; *Basty*, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 2; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 38 ff.; *Reithmann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Rdnr. 11.

⁷ *Palandt/Putzo*, BGB, 60. Aufl., § 433 Rdnr. 31.

⁸ *Palandt/Sprau* § 640 Rdnr. 3.

⁹ *Basty*, Bauträgervertrag, 3. Aufl., Rdnr. 467 ff.; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf, 2. Aufl., Rdnr. 432 ff.; *Reithmann*, Bauträgervertrag, 7. Aufl., B Rz 29 ff.; Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 3. Aufl., A II Rdnr. 125.

2. Gesetzliche Risikoverteilung beim Werkvertrag (Fassung bis 1.5.2000) und hiervon abweichende Vereinbarungen

Wie jeder gesetzlich geregelte Vertragstypus enthält auch das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB eine Risikoverteilung zwischen den Vertragsbeteiligten, die vom Gesetz als gerecht und ausgewogen betrachtet wird. Individualvertraglich kann von dieser Risikoverteilung bis zur Grenze des gesetzlichen Verbotes (§ 134 BGB) und der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) abgewichen werden, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch nur eingeschränkt unter Beachtung der §§ 9 ff. AGBG, in Verbraucherverträgen darüber hinaus unter Beachtung von § 24 a AGBG. Bauträgerverträge unterfallen regelmäßig dem AGBG¹⁰; ganz überwiegend sind sie auch Verbraucherverträge gemäß § 24 a AGBG¹¹.

a) Die Vorleistungsverpflichtungen beider Vertragsteile

Die gesetzliche Risikoverteilung beim Werkvertrag sieht zunächst vor, dass der Unternehmer uneingeschränkt vorleistungspflichtig ist. Erst mit Abnahme, d. h. vertragsmäßiger Erfüllung seiner Verpflichtungen, wird die Vergütung fällig. Der Unternehmer trägt damit insbesondere die Vorfinanzierungslast des herzustellenden Werkes und das Insolvenzrisiko des Bestellers. Im Extremfall kann er, wenn Abnahme des Werkes und Insolvenzeröffnung bei dem Besteller zeitlich zusammenfallen, mit seiner Werklohnforderung weitgehend oder sogar insgesamt ausfallen. Das Insolvenzrisiko des Unternehmers ist umso größer, je länger die Zeit ist, das vertragsgemäße Werk herzustellen. Die Bonitätsentwicklung des Bestellers ist für den Unternehmer, gerade wenn keine Abschlagszahlungen vereinbart sind, nur schwer bis gar nicht, jedenfalls nicht risikolos, abzuschätzen. § 321 BGB bietet dem Werkunternehmer gegen dieses Risiko nur einen unzureichenden Schutz. Bei einem Bauvertrag kumuliert die Vorfinanzierungslast mit dem Insolvenzrisiko. Aus der Sicht des Bestellers führt jedoch die beschriebene Risikozuweisung an den Werkunternehmer zur optimalen Absicherung des Herstellungsrisikos. Da die Werklohnvergütung gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst mit vertragsmäßiger Herstellung des Werkes fällig wird, trägt, bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Vertragstyps, der Besteller insoweit kein Risiko.

Mit Abnahme des Werkes und damit einhergehender Bezahlung des Werklohnes kehrt sich jedoch die gesetzliche Risikoverteilung zu Lasten des Bestellers um. Mit Abnahme geht die Gefahr auf den Besteller über. Wegen etwaiger Mängel des Werkes stehen dem Besteller die gesetzlichen (Gewährleistungs-)Ansprüche der §§ 633 ff. BGB zu, die jedoch primär auf Beseitigung des Mangels (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB) und damit auf Herstellung eines vertragsgemäßen Zustandes gerichtet sind. Der Mangelbeseitigungsanspruch gehört noch zum Erfüllungsanspruch¹². Diese Ansprüche sind jedoch ungesichert. Der Besteller hat hinsichtlich etwaiger Mängel, die bei Abnahme nicht festgestellt wurden, kein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Werklohnes oder auch nur eines Teiles desselben und auch keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Mängelgewährleistungsansprüche gemäß §§ 232 ff. BGB. Dies bedeutet, dass das Insolvenzrisiko des Bestellers in Ansehung seiner Gewährleistungsansprüche auf ihn übergeht. Da die Gewährleistungsansprüche zweifelsohne

noch zu den gesetzlichen Verpflichtungen des Werkunternehmers gehören, tritt mit der Abnahme und Bezahlung der Besteller in eine ungesicherte Vorleistung.

Die gesetzliche Regelung zeigt also, dass jeder Vertragsteil, jedenfalls zeitweise, gesetzlich zu einer ungesicherten Vorleistung verpflichtet ist: Der Unternehmer bis zur Abnahme, danach der Besteller. Das im gegenseitigen Vertrag meist bestehende funktionelle Synallagma mit der Konsequenz der Zug-um-Zug-Leistung ist daher für den Werkvertrag aufgehoben.¹³

b) Risikominderung für Unternehmer

Von dieser gesetzlichen Risikoverteilung kann in Verträgen, die dem AGB-Gesetz unterliegen, nur unter Beachtung der hier einschlägigen Vorschriften der §§ 9, 11 Nr. 2 a AGBG, abgewichen werden. Fälligkeitsklauseln sind dabei kontrollfähig im Sinne des § 8 AGBG.¹⁴ Entscheidend ist danach, ob der Vertragspartner des Verwenders – das ist beim Bauträgervertrag regelmäßig der Käufer – entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird, was im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Dabei ist nicht nur eine objektive Äquivalenz anzustreben, sondern darüber hinaus auch eine gerechte Verteilung der mit einem Vertrag verbundenen Lasten und Risiken.¹⁵ Die wesentlichen Grundgedanken gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ergeben sich aus dem Zweck der Regelung und den darin getroffenen Wertentscheidungen, die bestimmte Interessen des Vertragspartners im Kernbereich schützen wollen und die nicht durch einseitige Vertragsgestaltungen des Verwenders außer Kraft gesetzt werden dürfen.¹⁶ Es kommt danach auf die Ausgewogenheit der Regelung an, die die von jedem Vertragsteil zu übernehmenden Risiken soweit als möglich minimieren soll.

Auf den Hausbauvertrag bezogen bedeutet dies, dass im Hinblick auf die Vorfinanzierungslast und das Insolvenzrisiko des Bestellers seit Jahrzehnten die Vereinbarung von Abschlagszahlungen der Verkehrssitte entspricht. Abschlagszahlungen gehören gemäß § 16 VOB/B zum Vertragsstandard. Die Rechtsprechung¹⁷ bezeichnet sie als „ohnehin üblich“, weshalb sie keinen Ausgleich für einen fünfjährigen Gewährleistungseinbehalt darstellen. Begrifflich liegen Zahlungen auf bereits erbrachte Teilleistungen vor; sie stellen sich als Anzahlungen auf die Vergütung für das Gesamtwerk dar.¹⁸ Kennzeichen der Abschlagszahlung ist, dass sie erst nach Erbringung einer Teilleistung fällig ist¹⁹, also die Gesamtleistungspflicht des Bestellers in mehrere Beträge aufteilt. Sie ändert grundsätzlich an der Vorleistungspflicht des Unternehmers nichts, sondern mindert diese lediglich.²⁰

¹³ Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 320 Rdnr. 14; § 320 Rdnr. 16.

¹⁴ BGHZ 81, 242; Palandt/Heinrichs § 8 Rdnr. 5; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., § 43 Rdnr. 58.

¹⁵ Larenz/Wolf aaO § 2 Rdnr. 22.

¹⁶ Larenz/Wolf § 43 Rdnr. 96.

¹⁷ BGHZ 136, 32.

¹⁸ BGH NJW 1999, 2113.

¹⁹ Staudinger/Peters, 2000, § 641 Rdnr. 18; in der Terminologie unklar Blank ZfIR 2001, 88 Fn. 19, der Abschlagszahlungen mit Vorauszahlungen gleichsetzt.

²⁰ BGH DNotZ 1985, 291; BGH NJW 1986, 3199.

¹⁰ BGH NJW 1995, 2035; Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 3; Brych/Pause, Bauträgervertrag, Rdnr. 179 ff.

¹¹ Basty aaO.

¹² Palandt/Putzo, vor § 633 Rdnr. 4; vgl. BGH NJW 1999, 1106.

Abschlagszahlungen können nicht nur im Wege des Individualvertrages sondern auch mit Hilfe Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden.²¹ Sie stellen keine ungesicherte Vorleistung des Bestellers dar, weshalb sie nicht dazu führen, dass der Bauträger-Käufer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird (§ 9 Abs. 1 AGBG). Die Zahlung in Baufortschrittsraten beim Bauträgervertrag findet somit ihre zivilrechtliche Rechtfertigung in der auch mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichen Abweichung von § 641 Abs. 1 BGB. Die Raten gemäß § 3 Abs. 2 MaBV stellen zwar ein öffentlich-rechtliches Verbot an den Gewerbetreibenden dar, darüber hinausgehende Zahlungen entgegennehmen, sie konnten jedoch – jedenfalls bis zum 1. Mai 2000 – AGB-rechtlich unbedenklich zivilrechtlich vereinbart werden, jedoch mit dem Vorbehalt, dass den einzelnen Zahlungen werthaltige Gegenleistungen gegenüberstehen. AGBG-rechtlich darf die Abschlagszahlung niemals in eine Vorauszahlung umschlagen, weshalb bei fehlender Werthaltigkeit (z.B. bei sehr niedrigen Grundstückspreisen) eine Unterschreitung der von § 3 Abs. 2 MaBV zugelassenen Höchstsätze erforderlich ist.²² Es ist darauf hinzuweisen, dass das AGBG seit 1. April 1977 in Kraft ist, die MaBV seit 1974. Vor dem Hintergrund der Dispositivität des § 641 Abs. 1 BGB ist seit In-Kraft-Treten dieser Normen von der Zulässigkeit der Vereinbarung von Abschlagszahlungen im Bauträgervertrag ausgegangen worden, ohne dass dies nach der bisherigen Rechtslage bezweifelt wurde.²³ Die kautelarjuristische Herausforderung des Bauträgervertrages besteht gerade darin, die Abschlagszahlungen des Käufers abzusichern.²⁴ Hervorzuheben ist jedoch, dass es einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß § 641 Abs. 1 BGB nicht gibt²⁵, sondern ein solcher stets vereinbart werden muss. Die Abschlagszahlung stellt danach eine Abweichung vom Leitbild des Werkvertrages i.S.d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG dar, die jedoch von § 3 Abs. 2 MaBV, § 16 VOB/B (auch formularmäßig) als zulässig angesehen wird.²⁶

c) Risikoerhöhung für Besteller und Kompensation

Da die Abschlagszahlung die Vorfinanzierungslast des Bauträgers mindert, wirkt sie sich für den Käufer preisdämpfend aus. Dieser wirtschaftliche Vorteil des Käufers geht jedoch einher mit einer Erhöhung des Fertigstellungsrisikos gegenüber einer Gesamtzahlung nach Abnahme gemäß § 641 Abs. 1 BGB: Wird das Bauvorhaben nicht fertiggestellt und tritt der Käufer deshalb gemäß §§ 325 Abs. 1 S. 1, 326 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurück, so ist der dadurch kraft Gesetzes entstehende Rückgewähranspruch bezüglich der geleisteten Abschlagszahlungen (§ 327 S. 1, 346 S. 1 BGB) ungesichert. Dasselbe gilt für den fakultativ bestehenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wobei der Schaden typischerweise in etwaigen Mehrkosten für die Beauftragung anderer Unternehmer zur Fertigstellung besteht. Es ist deshalb zu fragen, ob der dem Käufer durch die Abschlagszahlungen

entstehende wirtschaftliche Vorteil den rechtlichen Nachteil ausgleicht oder ob im Blickpunkt des AGBG weitere Ausgleichsmaßnahmen für den Käufer geboten sind. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass Abweichungen vom Leitbild eines Vertragstypes gemäß § 9 Abs. 1 AGBG von der Rechtsprechung nur dann akzeptiert werden, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einer Abweichung zu seinen Gunsten berechnete Interessen seines Vertragspartners hinreichend berücksichtigt und ihm einen angemessenen Ausgleich zugesteht.²⁷ Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen beim Bauträgervertrag ohne weitere Vereinbarungen zu Gunsten des Käufers führt dazu, dass die Risikoverteilung sich zu Lasten des Käufers verändert. Während der Bauträger seine Vorfinanzierungslast und sein Insolvenzrisiko bezüglich des Käufers mindert, bleibt für diesen das Insolvenzrisiko des Bauträgers in Ansehung der Gewährleistungsansprüche bestehen. Man muss deshalb annehmen, dass die Vereinbarung von Abschlagszahlungen zu Gunsten des Bauträgers im Bauträgervertrag einer Kompensation bezüglich der Sicherstellung der Gewährleistungsansprüche des Käufers bedarf. Das Interesse des Käufers an einer angemessenen Sicherheit für etwaige Gewährleistungsansprüche nach Abnahme des Werkes ist schutzwürdig; ohne eine Sicherheit müsste der Käufer während dieser Zeit uneingeschränkt das Bonitätsrisiko des Bauträgers tragen.²⁸ Bei der 5-Jahresfrist des § 638 BGB ist dieses noch schwieriger abzuschätzen als das Bonitätsrisiko des Käufers während der – deutlich – kürzeren Bauzeit. Im Anwendungsbereich der VOB ist wegen der dort nur 2-jährigen Gewährleistungsfrist (§ 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B) dieses Risiko zwar etwas geringer, gleichwohl entspricht es dem dortigen Vertragsstandard und auch der Praxis²⁹, dass für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers Sicherheit geleistet wird (§ 17 VOB/B, § 14 VOB/A). Die übliche Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber Baubeteiligten reicht dabei nicht aus, erst recht dann nicht, wenn der Bauträger selbst (z.B. als Bauunternehmer) Leistungen am Bauwerk erbringt. Der Hinweis, der Zahlungsplan der MaBV sehe einen Sicherheitseinbehalt dieserhalb nicht vor, verfängt dabei nicht. Die Kompensation ist AGB-rechtlich, nicht öffentlich-rechtlich gefordert.

Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen ist danach auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei entsprechendem Ausgleich zulässig. Die Sicherstellung der Gewährleistungsansprüche des Bauträger-Käufers – etwa durch Einräumung eines Sicherheitseinbehaltes, der durch Bankbürgschaft des Bauträgers abgelöst werden könnte³⁰ – wurde bisher vernachlässigt.³¹ Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB, das ein Erwerber gegenüber jedem Anspruch auf Abschlagszahlung und insbesondere auch gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Restbetrages zusteht, setzt voraus, dass ein Mangel bereits sichtbar ist. Die Neuregelung dieser Thematik in § 641 Abs. 3 BGB, die insoweit Rechtssicherheit bringt, greift sonach nicht gegenüber Mängeln, die oft erst jahrelang nach der Abnahme sichtbar werden und die deshalb auch für die

²¹ *Staudinger/Peters*, 2000, § 641 Rdnr. 18; ebenso bereits – zum Rechtszustand vor Inkrafttreten des § 632 a BGB – die 12. Aufl., § 641 Rdnr. 60.

²² *Basty MittBayNot* 2001, 65; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 140, Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter A II* Rdnr. 77 b.

²³ *Hertel ZNotP* 2001, 6.

²⁴ *Reithmann*, Kauf vom Bauträger, A Rdnr. 18 ff.

²⁵ Wenn man von Ansprüchen, die auf § 242 BGB gestützt werden, absieht, s. *Basty DNotZ* 2000, 265 Fn. 18.

²⁶ *Basty*, Bauträgerkauf, Rdnr. 242.

²⁷ BGHZ 136, 31; 120, 118; 90, 284; BGH NJW 1993, 2738.

²⁸ BGHZ 136, 31.

²⁹ Vgl. BGHZ 136, 31.

³⁰ Nach den Maßstäben der VOB würde 2,5 % des Kaufpreises genügen, da der Rest auf das Grundstück entfällt, vgl. § 14 Nr. 2 S. 3 VOB/A.

³¹ *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 499 gibt dem Erwerber einen Garantieeinbehalt nur dann, wenn auch der Bauträger bei den von ihm beauftragten Unternehmern einen Garantiebetrag einbehalten darf; dies entspricht jedoch der VOB-Praxis.

Rechtsprechung Veranlassung gaben, die 5-jährige Werkvertragsgewährleistung auf den Bauträgervertrag anzuwenden.³²

Von dieser Rechtslage geht auch das Urteil des BGH vom 22.12.2000 aus. Der Zahlungsanspruch des Bauträgers wurde abgewiesen, weil die hierfür notwendige, von § 641 Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarung, wegen Verstoßes gegen die MaBV nichtig war. Die Konsequenz ist die uneingeschränkte Gültigkeit des § 641 Abs. 1 BGB. Zutreffend ist auch, dass die MaBV als öffentlich-rechtliche Verbotsnorm, adressiert an den Bauträger, kein zivilrechtliches Leitbild für den Bauträgervertrag gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB aufstellt.³³ Keinesfalls kann jedoch aus dem Urteil entnommen werden, dass die Zahlungsraten gemäß §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV nicht zulässigerweise vereinbart werden könnten. Allerdings ist das Urteil des BGH zu einem Fall ergangen, auf den das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.5.2000 (BGBl I, 330) und damit auch der neu eingefügte § 632 a BGB noch nicht anwendbar war.

3. Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlungen

Mit Wirkung vom 1.5.2000 wurde § 632 a BGB in Kraft gesetzt. Die Vorschrift gibt dem Unternehmer unter den in ihr näher dargelegten Voraussetzungen einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlung. Sie trägt damit der Absicht des Gesetzgebers Rechnung, Verzögerungen von Zahlungen, insbesondere im Baubereich, wirtschaftlich unattraktiv zu machen und die Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung fälliger Ansprüche zu verbessern.³⁴ Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung gehört nunmehr zum gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages mit der Folge, dass dieser Anspruch nicht zu Lasten des Unternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bestellers abbedungen werden kann.³⁵ Allerdings ist auch § 632 a BGB nicht zwingendes Recht mit der Konsequenz, dass abweichende Vereinbarungen zulässig sind und zwar sowohl zu Gunsten des Unternehmers als auch zu Gunsten des Bestellers.³⁶ Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 632 a BGB besteht danach nur für den Fall, dass über die Fälligkeit der Vergütung keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde.

Geht man von der Leitbildfunktion des Anspruchs auf Abschlagszahlung aus, so stellt sich AGB-rechtlich die Frage, ob zum Leitbild i.S.d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nur der Anspruch als solcher oder auch die in § 632 a BGB normierten Voraussetzungen desselben gehören. Geht man von der ersten Annahme aus, so stellt eine Abschlagszahlung entsprechend der MaBV überhaupt keine Abweichung vom Leitbild dar. Folgte man der zweiten Interpretation, und würde man darüber hinaus die Voraussetzungen des § 632 a BGB (in sich abgeschlossene Leistungen, Sicherheitsleistung des Unternehmers) als nicht gegeben betrachten, muss sich AGBG-rechtlich die Prüfung anschließen, ob der unter Beachtung der MaBV abgeschlossene Bauträgervertrag den Erwerber „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt“ (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Dies muss jedoch verneint werden, da das Vertragsziel – Verschaffung von

unbelastetem Grundstückseigentum und Bauerstellung – unter Minimierung der beiderseitigen Risiken der Vertrags-teile erreicht wird. In Bezug auf den Bauträgervertrag bedeutet dies, dass Abschlagszahlungen weiterhin im Rahmen des § 641 Abs. 1 BGB und des AGBG vereinbart werden können.

§ 632 a BGB ist vorrangig eine Vorschrift zu Gunsten des Unternehmers, in dem seine Vorleistungspflicht abgemildert wird.³⁷ Eine Benachteiligung des Bauträger-Käufers ist über das AGB-rechtliche Verbot der ungesicherten Vorleistung abzuwehren. Zu widersprechen ist auch der Aussage, der BGH habe die Vereinbarung von Abschlagszahlungen im Bauträgervertrag bisher – unausgesprochen – im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anerkannt.³⁸

Da der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung nunmehr zum Leitbild des Werkvertrages im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG gehört³⁹, hat der Gesetzgeber auch eine Veränderung der Risikozuweisung beim Werkvertrag vorgenommen. Während man ohne gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlung bei einer AGBG-mäßig vereinbarten Abschlagszahlung einen Ausgleich zu Gunsten des Bestellers (Käufer) bei der Sicherstellung der Mängelgewährleistung fordern konnte, entfällt nun diese Kompensation gemäß der vom Gesetzgeber selbst getroffenen Wertentscheidung. Bei dem Leitbild des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung stellt eine dementsprechende Vereinbarung im Rahmen des § 641 Abs. 1 BGB keine Abweichung vom Leitbild gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG dar.⁴⁰ § 632 a BGB verschlechtert sonach die Rechtsposition des Bestellers (Käufers). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Käufer Abschlagszahlungen nur auf mangelfreie Teilleistungen erbringen muss und ihm diesbezüglich bei festgestellten Mängeln Zurückbehaltungsrechte zustehen.⁴¹

4. § 632 a BGB und Bauträgervertrag

Der neu eingefügte § 632 a BGB ist, wie das gesamte Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, auf die besonderen Bedürfnisse der Bauwirtschaft abgestellt. Leitbild des Gesetzgebers für die Regelung war dabei der typische Bauvertrag: Der Bauunternehmer erbringt Bauleistungen, auch unter Verwendung von ihm selbst gestelltem Material, auf dem Grundstück des Bestellers. Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung besteht u. a. dann, wenn dem Besteller Eigentum an den Teilen des Werkes, an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird (§ 632 a S. 3 BGB). Die Voraussetzung des Eigentumsverlustes des Bestellers ist dabei regelmäßig bei dem Einbau von Material im Grundstück des Bestellers nach §§ 946 ff. BGB gegeben. Allerdings tritt der Eigentumsverlust kraft Gesetzes ein, eine „Übertragung“, wie sie in § 632 a S. 3 BGB erwähnt wird, findet nicht statt und ist auch nicht erforderlich. Soll die Vorschrift beim Bauvertrag überhaupt eine nennenswerte Anwendung finden, muss auch ein gesetzlicher Eigentumsverlust von ihr erfasst

³² BGH DNotZ 1976, 414; *Reithmann*, Bauträgerkauf, A Rdnr. 30.

³³ *Basty*, MittBayNot 2001, 65.

³⁴ BT-Drucks. 14/1246 S. 1.

³⁵ *Staudinger/Peters*, 2000, § 632 a Rdnr. 13; *Palandt/Sprau* § 632 a Rdnr. 3; *Kniffka*, ZfIR-Report 2000, 1008, so referiert von *Siegburg* a.a.O.; Blank, ZfIR 2001, 90.

³⁶ *Palandt/Sprau* § 632 a Rdnr. 3.

³⁷ BT-Drucks. 14/1246 S. 4; 14/2752 S. 9.

³⁸ *Thode*, ZfIR-Report 2000, 1009, so berichtet von *Siegburg* a.a.O.

³⁹ Siehe Nachweise bei Fn. 35.

⁴⁰ Aus den Gesetzesmaterialien – BT-Drucks. 14/2752 S. 10 ergibt sich hierzu folgende bemerkenswerte Äußerung: „Die Fraktion der CDU/CSU erhob gegenüber dem Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen rechtstechnische und rechtsdogmatische Bedenken. Die Rechtssystematik des BGB werde durch wesentliche Teile des Entwurfs, etwa durch die Regelung zu den Abschlagszahlungen ..., durchbrochen.“

⁴¹ BGH DNotZ 1985, 291; BGH NJW 1993, 3265; *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 297 ff.; *Staudinger/Peters*, 2000, § 632 a Rdnr. 11; *Palandt/Sprau*, § 632 a Rdnr. 5.

werden. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass der Unternehmer die Baumaterialien zuerst dem Besteller rechtsgeschäftlich gemäß § 929 BGB übereignet und sie alsdann mit der Arbeitsleistung des Unternehmers im Grundstück eingebaut werden. Ein Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. BGB im Rahmen der Werkerstellung durch Einbau genügt deshalb der Vorschrift.⁴² Der gesetzliche Eigentumsverlust wird durch einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlung ausgeglichen. Damit soll das einseitige Vorleistungsrisiko des Unternehmers gemildert werden, der, anders als ein Verkäufer, keine Möglichkeit hat, einen Rechtsverlust durch Eigentumsvorbehalt zu vermeiden.⁴³ Diese beschriebene Ausgangslage stand Pate bei der Schaffung des § 632 a BGB. Sie passt jedoch nicht auf die Situation des Bauträgervertrages: Hier erleidet der Unternehmer keinen Eigentumsverlust, da das Bauwerk auf dem (noch) ihm gehörenden Grundstück errichtet wird und, gemäß der ausgesetzten Auffassung, das Eigentum unter Ausschluss einseitiger Vorleistungen auf den Erwerber erst übergeht, wenn dieser seine Zahlungsverpflichtungen erfüllt hat. *Thode* hat danach Recht, wenn er den Bauträgervertrag als vom Leitbild (wenn man hierzu auch die Sicherheitsleistung oder Eigentumsverschaffung rechnet) des § 632 a BGB erheblich abweichend charakterisiert. Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 632 a BGB besteht jedoch nicht nur bei einem Eigentumsverlust des Unternehmers sondern auch, wenn dieser für die Zahlung „Sicherheit“ leistet. Dabei ist zunächst an eine Sicherheitsleistung gemäß §§ 232 ff. BGB zu denken, vor allem an eine Bankbürgschaft.⁴⁴ Eine Bankbürgschaft ist jedoch nicht nur mit Kosten verbunden, sie erfordert ihrerseits Vermögenswerte des Unternehmers, mit denen er die für ihn bürgende Bank absichern muss. Mit der erklärten Absicht des Gesetzgebers, die Liquidität des (Bau-) Unternehmers zu stärken⁴⁵, wäre dieser Weg nicht zu vereinbaren. Die Sicherheitsleistung gemäß § 632 a BGB kann deshalb auch in der Weise erfolgen, dass der Erwerber einen rechtlich gesicherten Anspruch auf Übertragung von unbelastetem Eigentum erhält. Hierfür ist die Auflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB in Verbindung mit einer Sicherung der Lastenfreistellung das geeignete Instrument. Die Vormerkung ist bei einer dinglichen Anwartschaft⁴⁶ auf den Erwerb von Grundstückseigentum das maßgebliche Moment; sie ist außerdem gemäß § 106 Abs. 1. InsO insolvenzfest und sichert auch bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung durch den Bauträger den Eigentumserwerb (§ 106 Abs. 1 S. 2 InsO).⁴⁷ Die Vormerkung sichert im übrigen den Primäranspruch des Erwerbers auf Verschaffung von Grundstückseigentum samt dessen wesentlichem Bestandteil, dem Gebäude. Diesen Anspruch sichert dagegen eine MaBV-taugliche Bürgschaft nicht: Sie sichert lediglich den Anspruch auf Rückzahlung von geleisteten Abschlagszahlungen, nicht aber darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Käufers, vor allem nicht bereits angefallene Finanzierungskosten.⁴⁸ Die Vormerkung ist danach zur Erreichung des Ver-

tragsziels das wesentlich bessere Sicherungsmittel als die Bürgschaft und erst recht als die sonstigen Sicherungsinstrumente der §§ 232 ff. BGB. Der Anspruch des Bauträgerkäufers auf Lastenfreistellung, vor allem bezüglich der zur Baufinanzierung des Bauträgers eingetragenen Globalgrundschulden, wird durch eine Lastenfreistellungsverpflichtungserklärung des finanzierenden Kreditinstitutes gesichert. Diese Erklärung, aus der mit Abschluss des Bauträgervertrages der Käufer eigene Ansprüche ableiten kann, wirkt zwar nicht dinglich wie die Auflassungsvormerkung sondern lediglich schuldrechtlich. Kreditinstitute haben jedoch, was ihre Leistungsfähigkeit anbelangt, im Vergleich zu anderen Schuldnern einen Sonderstatus. Die für sie geltenden gesetzlichen Gewerbeausübungsregelungen, deren Einhaltung durch eine strenge Bankenaufsicht gewährleistet wird, machen sie zu einem tauglichen Bürgen i.S.v. §§ 232 Abs. 2, 239 Abs. 1 BGB, der für Sicherheitsleistungen jeder Art geeignet ist. Sie werden deshalb von der MaBV auch für geeignet gehalten, eigene Lastenfreistellungsverpflichtungserklärungen einzuhalten, so dass ihren Erklärungen bei wirtschaftlicher Betrachtung dingliche Wirkung beizumessen ist. Dies spricht dafür, auch dem Bauträger bezüglich der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlung einzuräumen, sofern die MaBV-Sicherheiten beachtet sind. Seine Interessenlage ist identisch mit derjenigen des (Bau-)Unternehmers, der auf dem Grundstück des Bestellers baut. Andererseits sind die Sicherheiten des Bestellers und des Käufers gleichwertig. Auch die weitere Voraussetzung des § 632 a S. 3 BGB, nämlich die in sich abgeschlossenen Leistungen, sind beim Bauträgervertrag gegeben. Die Auslegung hat sich danach zu orientieren, dass der Unternehmer von seiner Vorleistungspflicht entlastet wird, zumal der Besteller zu Abschlagszahlungen nur bei entsprechender Sicherheit verpflichtet ist. Man darf deshalb an die Abgeschlossenheit der Leistung keine hohen Anforderungen stellen sondern wird sich, wie die Gesetzesbegründung zum Ausdruck bringt, mit der Werthaltigkeit der Leistung begnügen müssen.⁴⁹

Bei der Auslegung des § 632 a BGB hat im Übrigen die historische Auslegungsmethode einen besonderen Stellenwert. Ist, wie bei dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, die „Unternehmerschutztenenz“ des Gesetzgebers offenkundig und aus den Materialien zu belegen, so ist der Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung vorrangig zu beachten. In einer demokratischen, durch Gewaltenteilung geprägten Rechtsordnung steht es deshalb der Rechtsprechung nicht zu, eine Auslegung zu wählen, die die vom Gesetzgeber gewollte Problemlösung ausschließt⁵⁰.

Im Übrigen geht auch das Gesetz selbst von der Anwendbarkeit des § 632 a BGB auf den Bauträgervertrag aus. Nach § 27 a AGBG (eingefügt durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000) besteht eine Verordnungsermächtigung, auch unter „Abweichung von § 632 a des Bürgerlichen Gesetzbuches zu regeln“ welche Abschlagszahlungen bei Werkverträgen verlangt werden können, die die Errichtung eines Hauses zum Gegenstand haben und welcher Abschlag für eine in dem Vertrag enthaltene Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums angesetzt werden kann und welche Sicherheit dem Besteller hierfür zu leisten ist. Eine

⁴² *Palandt/Sprau* § 632 a Rdnr. 5; *Kniffka ZfBR* 2000, 229; *Staudinger/Peters* § 632 a Rdnr. 2, der ohne weitere Thematisierung von der Anwendbarkeit bei gesetzlichem Eigentumsübergang ausgeht; a. A. *Kiesel*, *NJW* 2000, 1675.

⁴³ *Staudinger/Peters*, 2000, § 632 a Rdnr. 1.

⁴⁴ *Basty MittBayNot* 2001, 65.

⁴⁵ *Staudinger/Peters*, 2000, § 632 a Rdnr. 8.

⁴⁶ *Blank ZfIR* 2001, 90.

⁴⁷ Dieser Rechtslage trägt *Blank ZfIR* 2001, 92 nicht hinreichend Rechnung.

⁴⁸ *Basty*, *Bauträgervertrag*, Rdnr. 337.

⁴⁹ *BT-Drucks.* 14/1246 S. 6: „eigenständiger nachprüfbarer Wert“; *Basty MittBayNot* 2001, 65; *Kniffka ZfBR* 2000, 229.

⁵⁰ *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, 3. Aufl., 1995, S. 149 ff.

Abweichung von § 632 a BGB ist jedoch nur denkbar, wenn die Vorschrift auf einen gegebenen Sachverhalt überhaupt anwendbar ist.⁵¹ In § 27 a AGBG wird der typische Bauträgervertrag in gleicher Weise angesprochen wie der Hausbauvertrag, bei dem also der Besteller bereits Eigentümer des Grundstücks ist. Bei der in § 27 a AGBG erwähnten „Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums“ kann auch nur – selbst wenn es so nicht genannt wird – Grundstückseigentum gemeint sein, da bei einem Hausbau auf dem Grundstück des Bestellers ein gesetzlicher Eigentumsübergang gemäß § 946 BGB stattfindet und eine Eigentumsverschaffungspflicht nicht besteht. Dies spricht dafür, den Begriff der Sicherheit im Sinne des § 632 a BGB erweiternd dahingehend auszulegen, dass damit auch die dingliche Sicherung des lastenfremden Eigentumsübergangs gemeint ist. Dies lässt sich auch dann zwanglos mit dem Wortlaut des § 27 a AGBG vereinbaren, weil sich die Worte „welche Sicherheit dem Erwerber hierfür zu leisten ist“ auch auf die davor erwähnte „Ver-

⁵¹ Vgl. *Blank ZfIR* 2001, 91.

Notarielle und gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Immobilienkäufers

– Zugleich Besprechung der Beschlüsse des BayObLG vom 27.9.2000 3 Z BR 186/00¹ und des OLG Köln vom 28.8.2000 11W 23/00² –

Von Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden

Beim Verkauf beweglicher Sachen schützt der Eigentumsvorbehalt den Verkäufer davor, das Eigentum zu verlieren, ohne den Kaufpreis zu erhalten. Beim Verkauf von Immobilien lässt sich wegen § 925 Abs. 2 BGB solcher Schutz nur erreichen entweder durch Aufschub der Auflassung oder durch Sperre ihres Vollzugs, d.h. der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch. Welche dieser beiden Methoden den Vorzug verdient, ist außerordentlich umstritten. Der folgende Beitrag fasst den Stand der Diskussion zusammen. Darüber hinaus geht er auf einen bisher wenig beachteten Gesichtspunkt ein: Wie und vor allem mit welchem Kostenrisiko für beide Vertragsteile kann der Käufer seinen Eigentumsverschaffungsanspruch jeweils gerichtlich durchsetzen, wenn der Verkäufer jede Mitwirkung verweigert oder untätig oder unerreichbar bleibt?

I. Aufgeschobene Auflassung, gesperrte Auflassung

Um den Verkäufer einer Immobilie gegen Eigentumsverlust vor Zahlung des Kaufpreises zu schützen, bedient sich die notarielle Praxis vor allem zweier Verfahren³:

¹ MittBayNot 2000, 575 mit Anm. *Tiedtke*.

² In diesem Heft S. 228.

³ Vgl. im Einzelnen *Brambring*, Festschrift für Hagen 1999, S. 251 ff. Als unsicher muss die Methode gelten, im Anschluss an das OLG Hamm (DNotZ 1975, 686) die Auflassung in den Kaufvertrag aufzunehmen und den Käufer lediglich auf sein eigenes Recht verzichten zu lassen, die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt zu beantragen (vgl. *Ertl* DNotZ 1975, 644 f.; OLG Frankfurt DNotZ 1992, 389; *Brambring* a.a.O. S. 269; *Kanzleiter* DNotZ 1996, 250 jeweils m.w.N.).

pflichtung zur Verschaffung von Eigentum“ beziehen. Solange die Rechtsverordnung gemäß § 27 a AGBG noch nicht erlassen ist, spricht alles dafür und nichts dagegen, die Baufortschrittsraten beim Bauträgervertrag an § 3 Abs. 2 MaBV zu orientieren, da hierbei ungesicherte Vorleistungen des Erwerbers ausgeschlossen sind. Die weitere Voraussetzung des § 632 a BGB, dass die Abschlagszahlung „für in sich abgeschlossene Teile des Werkes“ verlangt werden kann, ist beim Bauträgervertrag durch die Baufortschrittsraten des § 3 Abs. 2 MaBV gegeben.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Abschlagszahlungen nach wie vor im Rahmen des § 641 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem AGBG vereinbart werden können. Dieses Ergebnis wird auch durch eine zweckorientierte Auslegung des § 632 a BGB gestützt. Bis zur Ausschöpfung der Verordnungsermächtigung des § 27 a AGBG können die Baufortschrittsraten der MaBV grundsätzlich als Maßstab für die Abschlagszahlungen verwendet werden.

1. Getrennte Beurkundung der Auflassung nach Bezahlung des Kaufpreises. Dieses Verfahren nenne ich nachfolgend kurz „aufgeschobene Auflassung“.

2. Mitbeurkundung der Auflassung im Kaufvertrag, wobei die Eigentumsumschreibung gesperrt wird, bis der Kaufpreis bezahlt ist. Dieses Verfahren bezeichne ich nachfolgend kurz als „gesperrte Auflassung“. Bewerkselligt wird die Sperre

a) entweder dadurch, dass dem Grundbuchamt keine Ausfertigung und keine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrags erteilt wird, welche die Auflassung enthält, so dass das Grundbuchamt durch die §§ 20, 29 GBO an der Eigentumsumschreibung gehindert ist⁴,

b) oder dadurch, dass § 19 GBO neben § 20 GBO angewandt und die Eintragung des Eigentumswechsels erst nach Bezahlung des Kaufpreises vom Notar kraft Vollmacht bewilligt wird⁵.

Welches Verfahren den Interessen der Beteiligten am besten gerecht wird, ist heftig umstritten⁶.

II. Notarkosten und abzuwägende Interessen

Mehrere Oberlandesgerichte haben die Diskussion darüber, welche Methode den Vorzug verdient, auf die Frage reduziert,

⁴ Vgl. z.B. *Brambring*, Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 180.

⁵ *Ertl* MittBayNot 1992, 102/105; *Weser* MittBayNot 1993, 253 ff.

⁶ Vgl. *Kanzleiter* DNotZ 1996, 242 sowie *Wolfsteiner* RPflegler 1990, 505 einerseits, *Brambring* a.a.O. sowie *Weser* a.a.O. andererseits.

bei welchem Verfahren geringere Notarkosten entstehen⁷. Wer so verfährt, verstellt sich selbst den Blick darauf, dass jedes dieser Verfahren spezifische Vorteile und Nachteile hat, die abzuwägen sind, die aber jedenfalls viel größere Aufmerksamkeit verdienen als der Unterschied der Notarkosten. Dieser hätte z.B. in dem vom BayObLG entschiedenen Fall⁸ bei einem Kaufpreis zwischen 450.000,- DM und 500.000,- DM ungefähr 250,- DM betragen⁹.

Der Beschluss des BayObLG verdient Beifall. Er beendet nicht die Diskussion darüber, welches Verfahren den Vertragsparteien am besten dient. Er verhindert aber, dass die Fixierung auf geringe Unterschiede bei den Notarkosten den Zugang zu den eigentlichen Sachfragen beider Verfahren verstellt und damit eine Abwägung der Vor- und Nachteile beider Verfahren verhindert. Diese Vor- und Nachteile sollen hier kurz angesprochen werden, um zu verdeutlichen, welche Interessen es abzuwägen gilt.

1. Die Befürworter der aufgeschobenen Auflassung weisen zu Recht darauf hin, dass die gesperrte Auflassung dem Verkäufer keinen gleichwertigen Schutz gegen ein Büroversehen des Notars bieten kann, aufgrund dessen die Auflassung verfrüht zum Vollzug gelangt. Ebensovwenig schützt die nur gesperrte Auflassung gegen einen Fehler des Grundbuchamts, der darin besteht, dass dieses den Eigentumswechsel einträgt, obwohl der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen (§§ 20, 29, 19 GBO und/oder § 22 GrEStG) nicht geführt ist. Weil die Auflassung erklärt und nur gesperrt ist, führen solche Versehen allemal zu einem materiell wirksamen Eigentumserwerb des Käufers unabhängig davon, ob er den Kaufpreis bezahlt hat. Amtshaftungsansprüche gegen den Notar oder gegen den Staat können den Schaden des Verkäufers zwar ausgleichen. Dem Verkäufer bleibt aber die Beschwer, solche Ansprüche zu realisieren¹⁰.

2. Jedes der beiden Verfahren muss sich mit der Gefahr auseinandersetzen, dass der Verkäufer nach Bezahlung des Kaufpreises unerreichbar oder verstorben oder nicht mehr kooperativ ist.

Wird der Kaufpreis wegen eines berechtigten Sicherungsinteresses (§ 54 a BeurkG) über ein Anderkonto des Notars

bezahlt, so lässt sich dieses Risiko leicht beherrschen, wenn die Auflassung erklärt, aber gesperrt ist. Sobald der Notar den Kaufpreis vom Notaranderkonto überwiesen hat, kann er die bis dahin gesperrte Eigentumsumschreibung beantragen.

Ist die Auflassung gesperrt, aber keine Bezahlung des Kaufpreises über Notaranderkonto vorgesehen, so erübrigt sich eine nochmalige Mitwirkung des Verkäufers dann, wenn die Bankverbindung(en), auf die der Kaufpreis befreiend geleistet werden kann, sich aus dem Kaufvertrag bzw. aus den Schreiben der abzulösenden Grundpfandrechtsgläubiger ergeben sowie dem Käufer der Nachweis eröffnet und möglich ist, dass die Überweisung des gesamten Kaufpreises auf diese Konten nicht nur veranlasst, sondern auch durchgeführt wurde¹¹.

Die Befürworter der aufgeschobenen Auflassung versuchen, dem Problem des unerreichbaren, verstorbenen oder nicht mehr kooperativen Verkäufers dadurch beizukommen, dass der Verkäufer im Kaufvertrag Mitarbeitern des Notars oder dem Käufer eine Auflassungsvollmacht erteilt.

a) Bisher nicht hinreichend geklärt ist, ob sich eine solche Vollmacht an *Mitarbeiter* des Notars mit § 17 Abs. 2 a) BeurkG in Einklang bringen lässt^{11a}. Der Gesetzgeber betont die Bedeutung der Auflassung, indem er von den Beteiligten gleichzeitige Anwesenheit fordert und die Mitwirkung eines deutschen Notars zwingend vorschreibt (§ 925 BGB). Laut BGH führt die erklärte Auflassung zu einem Anwartschaftsrecht, sobald ihr eine Eigentumsvormerkung des Käufers oder ein Antrag auf Umschreibung des Eigentums zur Seite tritt¹². Gesetzgeber und Rechtsprechung umgeben die Auflassung also mit hohen Weihen. Solchen Wertungen und der darin begründeten Stellung des deutschen Notars widerspricht es, die Auflassung zum reinen Vollzugsgeschäft zu degradieren, nur um sie aus dem Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 a) BeurkG auszugliedern. Hinzu kommt, dass die Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Notars standesrechtlichen und haftungsrechtlichen Bedenken begegnet¹³. Leicht wird auch übersehen, dass § 464 BGB den Käufer mit einem Verlust von Gewährleistungsansprüchen bedroht, wenn bevollmächtigte Mitarbeiter des Notars bei Beurkundung der Auflassung auch namens des Käufers handeln¹⁴. Außerdem besteht keine Rechtspflicht der Mitarbeiter des Notars, von der Vollmacht Gebrauch zu machen und ebensowenig eine entsprechende Weisungsbefugnis des Notars an seine Mitarbeiter¹⁵.

b) Bevollmächtigt der Verkäufer angesichts dessen nicht Mitarbeiter des Notars zur Auflassung, sondern den *Käufer*, so gilt es zu verhindern, dass der Käufer von der Vollmacht Gebrauch macht, bevor er den Kaufpreis bezahlt hat. Die Vollmacht darf also nur bei einer bestimmten Notarstelle ausübbar sein und erst dann, wenn die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist. Die Gefahr, dass der Notar das Fehlen dieses Nachweises übersieht, mag geringer sein, als ein entsprechendes Versehen bei erklärter und nur noch gesperrter Auflassung. Als völlig ausgeschlossen kann sie aber nicht gelten.

⁷ OLG Oldenburg JurBüro 1997, 376 mit zust. Anm. *Mümmeler*; SchlHOLG JurBüro 1997, 435; OLG Frankfurt/M. DNotZ 1990, 672; OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 674, DNotZ 1996, 324; OLG Köln MittRhNotK 1997, 328; anders OLG Hamm MittBayNot 1998, 275; KG DNotZ 1976, 434.

⁸ BayObLG MittBayNot 2000, 575.

⁹ Der genaue Kaufpreis ergibt sich aus dem Beschluss des BayObLG nicht, muss aber angesichts der Kosten der Auflassung in diesem Rahmen gelegen haben. Bei gesperrter Auflassung fällt dafür, dass der Notar die Sperre und ihre Aufhebung zu überwachen hat, eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Ein Unterschied zu der für die getrennte Auflassung gleichfalls anfallenden halben Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO besteht nur insofern, als die h.M. die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht aus dem vollen Kaufpreis errechnet, sondern nur aus einem Teilwert von 20–50 % des Kaufpreises (BayObLG MittBayNot 1979, 247, 248; LG Berlin ZNotP 1997, 39; KG DNotZ 1991, 204). Allein daraus resultiert die geringfügige Verminderung der Notargebühren, wenn die Auflassung in den Kaufvertrag aufgenommen, aber gesperrt wird (vgl. hierzu auch *Kanzleiter* DNotZ 1996, 244 Fn. 10).

¹⁰ KG DNotZ 1976, 434/437; *Kanzleiter* DNotZ 1996, 252; *Schmitz-Valckenberg* DNotZ 1990, 676).

¹¹ Dazu im Einzelnen *Eckhardt* DNotZ 1983, 96; DNotI-Report 1997, 109 mit Anm. *Wolfsteiner*; *Volmer* in diesem Heft S. 171.

^{11a} Vgl. *Kanzleiter* DNotZ 1998, 957.

¹² BGH DNotZ 1990, 289.

¹³ Vgl. *Brambring*, Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 179.

¹⁴ Vgl. BGH DNotZ 1969, 282.

¹⁵ OLG Frankfurt MittBayNot 2000, 466 mit Anm. *Reithmann* sowie Anm. *Volmer* und *Reithmann* in diesem Heft S. 226.

c) Vollmachtswiderrufen leiden ferner an der Unsicherheit, ob ein Vollmachtswiderruf zuverlässig ausgeschlossen werden kann¹⁶.

d) Unvorhergesehene praktische Schwierigkeiten können auch entstehen, wenn bei Abschluss des Kaufvertrags Bevollmächtigte den Verkäufer und/oder den Käufer vertreten. Erteilen diese im Kaufvertrag eine Auflassungsvollmacht, so handelt es sich dabei der Sache nach um eine Untervollmacht, welche ohne besondere Gestattung möglicherweise unwirksam ist.

e) Die unterschiedlichen Kosten, welche entstehen, wenn der Käufer die aufgeschobene Auflassung oder die Entsperrung der erklärten Auflassung gerichtlich erzwingen muss, sollen in Abschnitt III. thematisiert werden.

3. Erhebliche Abweichungen in den Wirkungen beider Verfahren bestehen ferner, wenn die erklärte Auflassung zusammen mit der praktisch stets eingetragenen Eigentumsvormerkung ein *Anwartschaftsrecht* des Käufers zu begründen vermag, und ein solches Anwartschaftsrecht jedenfalls im Rahmen des § 313 BGB und des § 823 BGB so wirkt, als wäre das Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen. Der BGH bejaht dies¹⁷. Ob die hieran geübte m.E. berechtigte Kritik¹⁸ ihn umzustimmen vermag, erscheint ungewiss. Auch in einem Fall gesperrter Auflassung hat der BGH ein Anwartschaftsrecht des Käufers bejaht¹⁹. Als selbstverständlich kann dies nicht gelten. Die vom BGH anerkannte Figur des Anwartschaftsrechts stützt sich darauf, dass der Tatbestand des Eigentumserwerbs schon weitgehend verwirklicht ist, dass insbesondere der Verkäufer den Eigentumserwerb des Käufers nicht mehr unterbinden kann. Unter diesem Blickwinkel könnte es einen Unterschied machen, ob zur Entsperrung noch eine Erklärung des Verkäufers nötig ist oder ob der Käufer bzw. der Notar die Entsperrung selbst bewirken kann wie z.B. bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto oder bei Zulassung des Zahlungsnachweises durch Bankbestätigung. Letzterenfalls gleicht die Situation dem Anwartschaftsrecht beim Kauf einer beweglichen Sache unter Eigentumsvorbehalt eher als ersterenfalls.

Wenn wir einmal von solchen Feinheiten absehen und der Einfachheit halber mit dem BGH in der erklärten Auflassung kombiniert mit der Eigentumsvormerkung des Käufers ein Anwartschaftsrecht erblicken, gleichgültig ob und wie die Auflassung noch gesperrt ist, ergeben sich nach der (zwar heftig umstrittenen) Rechtsprechung des BGH folgende Wirkungsunterschiede beider Verfahren:

a) Die erklärte, aber gesperrte Auflassung beseitigt das Beurkundungserfordernis für *Änderungen* des Kaufvertrags²⁰. Dadurch kann vor allem der ungewandte Vertragsteil in die Gefahr geraten, nachträglich vom anderen Vertragsteil überverteilt zu werden. Beim Kauf vom Bauträger kann sich die

Formfreiheit späterer Vertragsänderungen allerdings in einem Punkt auch als Vorteil erweisen, nämlich darin, dass Sonderwünsche zwischen Bauträger und Käufer außerhalb der notariellen Urkunde vereinbart werden können, wie es praktisch fast immer geschieht. Infolgedessen erübrigt es sich bei gesperrter Auflassung, solche Vereinbarungen auf die Ebene zwischen Käufer und Handwerkern abzudrängen, was weitere Unsicherheiten heraufbeschwört²¹.

b) So wie die gesperrte Auflassung zur Formfreiheit von Vertragsänderungen führt, bewirkt die aufgeschobene Auflassung die formfreie *Aufhebbarkeit* des Kaufvertrags. Wenn die Beteiligten den Vertrag formfrei aufheben können, gerät nicht selten die juristisch anspruchsvolle Rückabwicklung in die Hände Unkundiger. Der Notar wird zwar mit der Löschung der Eigentumsvormerkung und eingetragener Finanzierungsgrundpfandrechte betraut, aber oft zu spät, nämlich in einem Zeitpunkt, in welchem ein Vertragsteil im Rahmen der Rückabwicklung bereits unbedacht ungesicherte Vorleistungen erbracht hat²².

c) Die Befürworter der gesperrten Auflassung verweisen darauf, dass das damit begründete Anwartschaftsrecht dem Käufer Schutz gegen Dritte gemäß § 823 BGB verschaffe²³. Die Anhänger der aufgeschobenen Auflassung könnten dem entgegen, dass der Käufer bereits kraft seines Rechts zum Besitz den Schutz des § 823 BGB genieße²⁴.

d) Anhänger der aufgeschobenen Auflassung befürchten, über ein Anwartschaftsrecht des Käufers aus nur gesperrter Auflassung könnte der Käufer eine vereinbarte Unabtretbarkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs aushebeln²⁵. Befürworter der gesperrten Auflassung halten dem entgegen, dass das Anwartschaftsrecht des Käufers nicht stärker sein kann als die Eigentumsvormerkung, mit der es steht und fällt, und damit nicht stärker als der Eigentumsverschaffungsanspruch, dessen Abtretung ausgeschlossen ist²⁶.

Worin immer man in diesem Für und Wider den richtigen Weg erblicken mag: Gemessen an den vorstehend dargelegten Auswirkungen beider Verfahren ist der Kostenunterschied, den sie aufweisen, kleine Münze. Der Knüppel des § 16 KostO, mit dem die Rechtsprechung bisher überwiegend hantiert hat, um der gesperrten Auflassung zum Durchbruch zu verhelfen, erweist sich als Barbareninstrument zur Vergewaltigung des materiellen Rechts und zur Vergewaltigung der in § 1 BNotO garantierten Unabhängigkeit des Notars²⁷.

Das BayObLG hat diesen Knüppel verdienstvollerweise in den Sack verwiesen, und dem Notar den nötigen Freiraum zugebilligt, um Vor- und Nachteile der beiden Verfahren für den konkreten Fall abzuwägen. Zu Recht hat das BayObLG darauf hingewiesen, dass bei dieser Abwägung auch die

¹⁶ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 168 BGB Rdnr. 6; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, S. 876 ff.

¹⁷ Fn. 12.

¹⁸ Z.B. *Medicus* DNotZ 1990, 275; *Weser*, MittBayNot 1993, 256; *Wilhelm*, Sachenrecht, 1993, Rdnr. 1226 ff; *Staudinger/Wufka*, 13. Bearb. 1994, § 313 BGB, Rdnr. 185 ff.

¹⁹ BGH DNotZ 1985, 284.

²⁰ Fn. 12; BGH DNotZ 1988, 548; differenzierend OLG Düsseldorf, DNotZ 1998, 949 mit Anm. *Kanzleiter*; a.M. z.B. *Kanzleiter* DNotZ 1985, 285; *Lehmann* DNotZ 1987, 142; *Staudinger/Wufka*, a.a.O. (Fn. 18).

²¹ *Weigl* MittBayNot 1996, 10, 12 ff. m.w.N.; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 406.

²² Vgl. *Brambring*, Festschrift für Hagen, 1999, S. 260 ff.; zum Bauträgervertrag *Basty*, MittBayNot 2000, 507.

²³ Vgl. *Brambring* a.a.O. S. 265; *Weser* MittBayNot 1993, 258.

²⁴ Vgl. *Palandt/Thomas*, § 823 BGB Rdnr. 13.

²⁵ *Schmitz-Valckenberg* DNotZ 1990, 676, 677.

²⁶ *Weser* MittBayNot 1993, 256, 257; *Brambring* a.a.O. S. 264; *Kanzleiter* DNotZ 1998, 956/957. Ganz unberechtigt ist die gelegentlich geäußerte Befürchtung, der Käufer könnte vor seiner Eintragung als Eigentümer Kraft eines bloßen Anwartschaftsrechts eine Vormerkung zugunsten eines Zweitkäufers bewilligen (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 885 BGB Rdnr. 10, § 925 Rdnr. 23).

²⁷ Vgl. *Kanzleiter* DNotZ 1996, 242; *Wolfsteiner* Rpfleger 1990, 505.

Gepflogenheiten eines Vertragsteils berücksichtigt werden dürfen. Wo eindeutige Vorgaben der Vertragsteile fehlen, darf der Notar m.E. das Verfahren wählen, welches er für interessengerecht hält. Die bisherige Diskussion hat nämlich gezeigt, dass nicht so sehr die Zahl der Argumente für oder gegen eines der beiden Verfahren den Ausschlag geben kann, als vielmehr deren Gewichtung. Auch in einem rationalen Diskurs wird es nicht gelingen, das Gewicht der Argumente vollständig zu objektivieren und daraus eine allgemeine Richtschnur abzuleiten²⁸.

III. Die Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers bei aufgeschobener Auflassung und bei gesperrter Auflassung

Im Bemühen um die jeweils sachgerechte Methode darf der Lehrstoff nicht unbeachtet bleiben, den der auf Seite 228 abgedruckte Beschluss des OLG Köln liefert. Es geht um die Frage, wie und zu welchen Kosten der Käufer seinen Anspruch auf Eigentumsumschreibung durchsetzen kann, wenn der Verkäufer die hierzu notwendige Mitwirkung verweigert oder schlicht untätig oder unerreichbar bleibt. Der Beschluss des OLG Köln und die nachfolgend zitierten Entscheidungen zu Fragen des Gebührenstreitwerts²⁹ zeigen, dass dies nicht so selten vorkommt und dass es häufig um relativ geringfügige Kaufpreisrestansprüche geht, die einerseits der Verkäufer dem Anspruch auf Eigentumsumschreibung entgegenhält und andererseits der Käufer bestreitet.

1. Ist die Auflassung aufgeschoben, so kann der Käufer den Eigentumsübergang durch eine Klage auf Auflassung erreichen. Die herrschende Rechtsprechung³⁰ bemisst den Streitwert einer solchen Klage gemäß § 6 ZPO nach dem vollen Grundstückswert, und zwar auch dann, wenn der Wert der vom Verkäufer einredeweise geltend gemachten Kaufpreisrestforderung geringfügig ist. Die Argumente der Gegenansicht, die den Gebührenstreitwert der Auflassungsklage entsprechend § 3 ZPO am Wert der streitigen Kaufpreisrestforderung orientieren will, sind zwar beachtlich³¹. Sie haben bisher aber nichts daran zu ändern vermocht, dass die Mehrheit der Oberlandesgerichte an der h.M. festhält. Selbst die dezidiert begründete Ablehnung der h.M. durch einen Senat des OLG Frankfurt³² ist offensichtlich nicht mit einem anderen Senat desselben Gerichts abgestimmt, der fast zeitgleich der h.M. gefolgt ist³³.

Solange die Mehrzahl der Oberlandesgerichte und die h.M.³⁴ als Gebührenstreitwert einer Klage auf Auflassung den vollen

Grundstückswert, also in der Regel den ganzen Kaufpreis, zugrunde legen, müssen die Beteiligten mit Gerichts- und Rechtsanwaltskosten rechnen, deren Höhe die folgenden Beispiele verdeutlichen³⁵.

a) Gerichts- und Rechtsanwaltskosten einer Auflassungsklage bei Abschluss des Rechtstreits durch Endurteil in erster Instanz nach Beweisaufnahme bei anwaltschaftlicher Vertretung beider Parteien:

- Kaufpreis 250.000,- DM: ca. 26.000,- DM,
- Kaufpreis 400.000,- DM: ca. 35.000,- DM,
- Kaufpreis 700.000,- DM: ca. 48.000,- DM.

b) Erübrigt sich eine Beweisaufnahme, so verringern sich diese Kosten durch Wegfall der Beweisgebühren der Rechtsanwälte bei einem Kaufpreis von

- 250.000,- DM: auf ca. 19.500,- DM,
- 400.000,- DM: auf ca. 26.000,- DM,
- 700.000,- DM: auf ca. 36.500,- DM.

c) Geringer, aber immer noch beachtlich sind die Kosten, wenn der Käufer bereits durch Versäumnisurteil einen Auflassungstitel ohne Einschaltung eines gegnerischen Anwalts erlangt³⁶, nämlich bei einem Kaufpreis von

- 250.000,- DM: ca. 11.000,- DM,
- 400.000,- DM: ca. 15.500,- DM,
- 700.000,- DM: ca. 22.000,- DM.

Falls Mitarbeitern des Notars oder dem Käufer selbst eine Auflassungsvollmacht erteilt ist, wird der Käufer versuchen, ohne Gerichtsverfahren mittels dieser Vollmacht die Auflassung zu erreichen. Wie wir gesehen haben, sind indessen weder die Mitarbeiter des Notars verpflichtet, von einer solchen Vollmacht Gebrauch zu machen, noch der Notar berechtigt, diese hierzu anzuweisen³⁷. Auch einem Beurkundungswunsch des bevollmächtigten Käufers darf der Notar nicht ohne weiteres nachkommen, wenn der Verkäufer seine Pflicht zur Auflassung bestreitet oder jedenfalls die zur Vollmächtausübung erforderlichen Erklärungen nicht abgibt. Sonst würden nämlich die Mitarbeiter des Notars oder der Notar selbst als Schiedsrichter tätig³⁸. Sie würden im Ergebnis Vollstreckungswirkungen erzeugen wie § 894 ZPO sie einem rechtskräftigen Urteil vorbehält. In den geschilderten Fällen ersparen derartige Vollmachten dem Käufer also nicht ohne weiteres die Klage auf Auflassung. Vielleicht kommt er um eine Auflassungsklage herum, indem er ein gerichtliches Urteil erwirkt, wonach der Verkäufer den Notar und/oder dessen Mitarbeiter anzuweisen hat, die Auflassung zu beurkunden^{38a}.

²⁸ Ähnlich *Schmitz-Valckenberg* DNotZ 1990, 677.

²⁹ Fn. 30. Der Gebührenstreitwert ist nach § 12 Abs. 1 GKG grundsätzlich abzuleiten aus dem Zuständigkeitsstreitwert bzw. dem Zulässigkeitsstreitwert (vgl. dazu OLG München OLG-Report 1994, 264).

³⁰ OLG München MDR 1981, 501; OLG München OLG-Report 1994, 264; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1471; OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 62; OLG Frankfurt Rpfleger 1970, 354 mit abl. Anm. *Vollkommer*; OLG Koblenz JurBüro 1983, 916; OLG Nürnberg ZAP EN Nr. 651/95; OLG Bamberg JurBüro 1989, 1598; OLG Celle MDR 1977, 672.

³¹ OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 636 m.w.N.; OLG Düsseldorf OLG-Report 1993, 348; OLG Celle JurBüro 1983, 1391.

³² OLG Frankfurt Fn. 31.

³³ OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1471.

³⁴ Z.B. *Thomas/Putzo*, ZPO, 22. Aufl. 1999, § 6 ZPO Rdnr. 4, 2; *Stein/Jonas/Roth*, 21. Aufl. 1993, § 6 ZPO, Rdnr. 15; *Mümmler* JurBüro 1979, 1885; a.M. z.B. *Waltinger* Rpfleger 1972, 85; *Vollkommer* Rpfleger 1970, 354; *Schneider* NJW 1974, 1691.

³⁵ § 11 GKG i.V.m. Anlage 1 Teil 1 II. Position 1201, §§ 31 Abs. 1, 11, 26, 25 BRAGO. Für mehrfache Hilfe bei der Ermittlung der Gerichts- und Rechtsanwaltskosten danke ich der Rechtsanwaltskanzlei Ritter & Schwarzer in Berchtesgaden. Das Zahlenmaterial in der Übersicht von *Steinert* NJW 1995, 642 f. enthält zwar bei den Rechtsanwaltskosten die Prozessgebühr, Verhandlungsgebühr und Beweisgebühr, aber nur die Anwaltskosten der klagenden Partei.

³⁶ Bei einem Versäumnisurteil ohne anwaltschaftliche Vertretung des Beklagten fallen dieselben Gerichtsgebühren an, während sich die Anwaltsgebühren für die Vertretung des Klägers durch den Wegfall der Beweisgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO) und durch die Halbierung der Verhandlungsgebühr (§ 33 Abs. 1 Satz 1 BRAGO) bei unveränderter Prozessgebühr (§§ 11, 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) insgesamt auf die Hälfte vermindern.

³⁷ Fn. 15.

³⁸ Vgl. *Reithmann* a.a.O. (Fn. 15); *Wolfsteiner* DNotI-Report 1997, 112.

^{38a} Hierzu nachfolgend in Abs. 2 a).

Der Notar und seine Mitarbeiter werden in der Regel einer solchen (evtl. nach § 894 ZPO fingierten) Weisung folgen, sie müssen es aber nicht.

2. Ist die Auflassung bereits erklärt und lediglich der Notar gehindert, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen, solange ihm die Zahlung des Kaufpreises nicht nachgewiesen ist, so wird der Käufer das Ziel, Eigentümer zu werden, nicht durch eine Auflassungsklage anstreben, denn die Auflassung ist ja bereits beurkundet.

a) Naheliegend ist eine Leistungsklage, die sich auf die Bestätigung des Verkäufers an den Notar richtet, dass der Kaufpreis bezahlt ist. Würde es sich bei dieser Bestätigung um eine reine Wissenserklärung handeln, so fände § 894 ZPO keine Anwendung³⁹. Nach Rechtskraft eines stattgegebenen Urteils müsste der Verkäufer gemäß § 888 ZPO durch Zwangsgelder zur Abgabe der Bestätigung angehalten werden⁴⁰. Bei einem zahlungsunfähigen, im Ausland oder an unbekanntem Ort befindlichen Verkäufer wäre dem Käufer damit nicht geholfen. Nach richtiger Ansicht ist die Bestätigung des Verkäufers, der Kaufpreis sei bezahlt, aber keine reine Wissenserklärung. Es geht hierbei auch um rechtliche Wertungen, insbesondere um Zurückbehaltungsrechte des Käufers oder auch des Verkäufers. Deshalb ist anerkannt, dass z.B. die Klage auf Abgabe einer Quittung sich nicht auf eine reine Wissenserklärung, sondern auf eine Willenserklärung richtet, also unter § 894 ZPO fällt⁴¹. Demgemäß ergeben sich keine vollstreckungsrechtlichen Unterschiede danach, ob der Käufer auf eine Bestätigung des Verkäufers klagt, der Kaufpreis sei bezahlt, oder auf eine Anweisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen. Mit der Rechtskraft eines stattgebenden Urteils gilt jeweils die eingeklagte Erklärung des Verkäufers als abgegeben. Der Notar darf und muss die Eigentumsumschreibung veranlassen⁴².

b) In Betracht kommt ferner eine negative Feststellungsklage des Käufers gemäß § 256 ZPO dahingehend, dass dem Verkäufer keine Kaufpreisrestforderung mehr zustehe. Eine solche Feststellungsklage dürfte statt der gerade erwähnten Leistungsklage zulässig sein. Hiervon geht im konkreten Fall auch das OLG Köln aus⁴³. Ein rechtskräftiges Feststellungsurteil, wonach dem Verkäufer keine Restforderung mehr zusteht, wird dem Notar in der Regel ausreichen, um die bis dahin gesperrte Auflassung dem Grundbuchamt zur Umschreibung des Eigentums auf den Käufer vorzulegen.

c) Ob Leistungsklage gemäß a) oder Feststellungsklage gemäß b): Den Gebührenstreitwert bemisst das OLG Köln wie z.B. auch das OLG Düsseldorf⁴⁴ nur nach der Restforderung, die zwischen Verkäufer und Käufer streitig ist. Dies gilt selbst dann, wenn die bereits erfolgten Teilzahlungen dem Notar noch nicht nachgewiesen sind, sondern erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden müssen.

Gerichts- und Anwaltskosten der ersten Instanz betragen bei einer solchen Leistungsklage oder Feststellungsklage zur Ent-

sperrung der Auflassung, falls beide Parteien anwaltschaftlich vertreten sind und Beweis aufgenommen wird, bei einer streitigen Kaufpreisrestforderung von z.B.⁴⁵

- 10.000,- DM: ca. 5.000,- DM,
- 3.000,- DM: ca. 2.000,- DM.

Wenn der Käufer bereits durch Versäumnisurteil ohne Einschaltung eines gegnerischen Anwalts einen Titel zur Entsperrung der erklärten Auflassung erlangt, verringern sich diese Kosten bei einer streitigen Kaufpreisrestforderung von z.B.

- 10.000,- DM: auf ca. 1.800,- DM,
- 3.000,- DM: auf ca. 800,- DM.

Solange sich die herrschende Meinung zum Gebührenstreitwert einer Klage auf Auflassung nicht ändert, ist also das Kostenrisiko der Vertragsteile um ein Mehrfaches geringer, wenn die Auflassung nicht aufgeschoben, sondern erklärt und nur gesperrt wird. Mittels Vollmachten zur Beurkundung einer aufgeschobenen Auflassung kann zwar unter den am Ende des vorstehenden Abschnitts 1. erörterten Voraussetzungen eine ähnliche Kostenersparnis erreicht werden. Verlass darauf besteht aber nicht.

3. Das Kostenrisiko eines Rechtsstreits und eine vielleicht verfehlt h.M. zum Gebührenstreitwert einer Auflassungsklage können freilich nicht allgemeine Richtschnur notarieller Urkundengestaltung sein. Dennoch gibt es Sachverhalte, in denen es nahe liegt, dass der Käufer die Kosten einer erfolgreichen Klage auf Auflassung vom Verkäufer nicht zu erlangen vermag und/oder in denen die Notwendigkeit einer Klage auf Auflassung nicht völlig fern liegt.

a) Dazu zählt weniger der Fall, dass über das Vermögen des Verkäufers nach Kaufvertragsabschluss ein Insolvenzverfahren *eröffnet* wird. Wenn es dazu kommt, wird der Insolvenzverwalter normalerweise keinen fragwürdigen Prozess um die aufgeschobene Auflassung riskieren, sondern Einigungsbereitschaft zeigen, um die Insolvenzmasse nicht mit unnötigen Verfahrenskosten zu belasten. Kritisch sind vielmehr die Fälle, in denen es mangels Masse erst gar nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt oder in denen der Verkäufer sich ins Ausland oder an einen unbekanntem Ort absetzt. Dem gleicht der Fall, dass bei einer aufgelösten Verkäufer-GmbH eine Liquidationsmasse nicht mehr vorhanden oder jedenfalls nicht ermittelbar ist.

Der Notar verfügt zwar über keine prophetischen Gaben, um solche Abläufe verlässlich vorauszusehen. Realistisch erscheint diese Gefahr aber z.B. beim Verkauf eines bereits im Zwangsversteigerungsverfahren befindlichen Grundstücks. In aller Regel wird dann der gesamte Kaufpreis von eingetragenen Gläubigern beansprucht. Bei lediglich gesperrter Auflassung kann dem Notar meiner Ansicht nach die Bestätigung dieser Gläubiger genügen, wonach der ganze Kaufpreis bezahlt ist, um die Umschreibung des Eigentums zu veranlassen. Bei der in solchen Fällen häufigen Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto ergeben sich die Voraussetzungen hierfür bereits aus den vom Notar vorgenommenen Überweisungen.

Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn der Verkäufer keinen Wohnsitz oder Sitz im Inland hat oder erkennbar im Begriff ist, seine gesamten künftigen Aktivitäten ins Ausland zu verlagern und zu diesem Zweck seinen inländischen Grundbesitz

³⁹ Vgl. z.B. *Wieczorek/Schütze/Storz*, 3. Aufl. 1999, § 894 ZPO Rdnr. 26 ff.

⁴⁰ So *Weser MittBayNot* 1993, 256.

⁴¹ *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 894 ZPO Rdnr. 9; *Staudinger/Olzen*, BGB, Bearb. 2000, § 368 BGB Rdnr. 23; *Eckhardt DNotZ* 1983, 99.

⁴² Vgl. *Brambring*, Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 181.

⁴³ Fn. 2; zweifelnd OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 637.

⁴⁴ OLG Düsseldorf JurBüro 1987, 1380.

⁴⁵ Vgl. Fn. 35 und 36.

verwertet. Wo derlei offenkundig ist, scheint mir die gesperrte Auflassung den Interessen der Beteiligten besser zu entsprechen als die aufgeschobene Auflassung.

b) Beim Kauf vom Bauträger entspricht es weit verbreiteter Übung, die Auflassung aufzuschieben, bis der Kaufpreis bezahlt ist. Vielleicht beruht dies auf früheren Zweifeln, ob bei unvollzogener Teilungserklärung und/oder noch nicht errichteten Bauwerken die Auflassung bereits wirksam erklärt werden kann. Solche Zweifel sind indessen unberechtigt⁴⁶. Dennoch besteht hier eine Scheu, von der aufgeschobenen zur gesperrten Auflassung überzugehen. Beim Kauf einer unfertigen Immobilie vom Bauträger dauert nämlich die Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und vollständiger Zahlung des Kaufpreises nach Fertigstellung der Baumaßnahmen erheblich länger als beim Kauf einer fertigen Immobilie. Entsprechend länger droht bei nur gesperrter Auflassung die in Abschnitt II.1 aufgezeigte Gefahr eines vom Notar und vom Grundbuchamt versehentlich bewirkten Eigentumsübergangs. Beim Verkauf einer noch herzustellenden Eigentumswohnung kommt hinzu, dass zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und der Fertigstellung der gesamten Eigentumswohnanlage häufig die Teilungserklärung bzw. die Gemeinschaftsordnung geändert werden muss, z. B. in der Weise, dass außerhalb des Bereichs der verkauften Eigentumswohnung Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum überführt wird. Dies könnte zu Bedenken Anlass geben, ob die bereits zuvor erklärte Auflassung angesichts solcher Veränderungen noch einen Eigentumsübergang bewirken kann. Derartige Bedenken hat indessen das BayObLG beiseite geräumt⁴⁷, solange der verkaufte Miteigentumsanteil sowie das verkaufte Sondereigentum unverändert bleiben. Wer hierüber keine verlässliche Voraussage wagt, wird zu einem Aufschub der Auflassung bis zur vollständigen Fertigstellung der verkauften Eigentumswohnung neigen.

Zur Erklärung der aufgeschobenen Auflassung erteilt herkömmlicherweise nur der Käufer dem Bauträger Vollmacht, dagegen nicht der Bauträger dem Käufer oder Mitarbeitern des Notars.

Ein Streit darüber, ob der Käufer vom Bauträger die Eigentumsumschreibung verlangen kann, bewegt sich der Sache nach meistens im Rahmen der letzten Kaufpreisklausel. Wenn dem Bauträger – wie der BGH⁴⁸ wohl meint – keine vollstreckbare Ausfertigung über eine Kaufpreis(rest)forderung erteilt werden darf, wird er sich zu helfen zu suchen, indem er die Eigentumsumschreibung verweigert. Die Verjährung seiner etwaigen Kaufpreisrestforderung hindert ihn daran nicht⁴⁹. Erhebt der Käufer angesichts dessen Klage, um Eigentümer

zu werden, so tragen die Parteien ein ganz verschieden hohes Prozesskostenrisiko je nachdem, ob die Auflassung aufgeschoben oder nur gesperrt ist. Bei aufgeschobener Auflassung wird das Prozesskostenrisiko oftmals spürbar höher sein als die streitige Kaufpreisrestforderung⁵⁰. Die Folgen daraus können je nachdem, wie das Gericht die Rechtslage bzw. wie der eingeschaltete Sachverständige die Bauleistung des Verkäufers beurteilt, den einen oder den anderen Vertragsteil treffen. Angesichts des häufig unsicheren Prozessausgangs sollten spätestens hier neben den Kosten des gegnerischen Rechtsanwalts auch die Kosten eines Sachverständigen in die Kalkulation des Prozesskostenrisikos miteinbezogen werden. Entsprechend erhöhen sich die in Abschnitt I. a) angegebenen Beträge.

Berücksichtigt man dies, so ist der Bauträger eher schlecht beraten, wenn er die aufgeschobene Auflassung verweigert, statt den Restkaufpreis vor Eintritt der Verjährung einzuklagen. Mit dieser Taktik nötigt er nämlich den Käufer zu einer Auflassungsklage. Erkennt das Gericht kein Zurückbehaltungsrecht des Bauträgers an, so fallen diesem Kosten zur Last, die in der Regel erheblich höher sind als der von ihm beanspruchte Kaufpreisrest. Selbst wenn der Käufer nur mit einem Hilfsantrag Erfolg hat, den Bauträger zur Auflassung Zug um Zug gegen eine Restzahlung zu verurteilen, wird der Bauträger gemäß § 92 ZPO einen Teil der beträchtlichen Gesamtkosten des Verfahrens tragen müssen, jedenfalls dann, wenn er zunächst eine höhere Kaufpreisrestforderung geltend gemacht hat als das Gericht sie anerkennt.

Am meisten leidet allerdings der Käufer unter dem Kostenrisiko einer Auflassungsklage, falls der Bauträger nicht mehr zahlungsfähig ist und die Eigentumsumschreibung nicht mit Hilfe eines Insolvenzverwalters oder Liquidators erreicht werden kann. Dann bewahrt auch ein gewonnener Auflassungsprozess den Käufer nicht vor den in Abs. 1. a), b) oder c) aufgeführten Kosten.

IV. Zusammenfassung

Mit dem Beschluss des BayObLG hat die notarielle Unabhängigkeit einen gerechten und überfälligen Punktsieg errungen. Die Wahl zwischen aufgeschobener und gesperrter Auflassung steht nicht mehr unter dem Joch des § 16 KostO. Gestärkt ist die Verantwortung des Notars, das Für und Wider beider Verfahren im konkreten Fall abzuwägen. Aufmerksamkeit verdient hierbei neben den in Abschnitt II. aufgezählten Gesichtspunkten auch die gerichtliche Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und die in Abschnitt III. dargestellte Rechtsprechung zu deren Gebührenstreitwert. Diese Erkenntnis darf aber nicht dazu führen, dass die Gerichte den Notaren bei aufgeschobener Auflassung eine Amtspflichtverletzung vorwerfen und umgekehrt die Notare den Gerichten ein uneinsichtiges Festhalten an der h. M. zum Gebührenstreitwert einer Auflassungsklage.

⁴⁶ BayObLG Rpfleger 1985, 486; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3334 (Fn. 65); *Wenzel* DNotZ 1993, 297/299; *Basty* a.a.O. (Fn. 21) Rdnr. 403.

⁴⁷ BayObLG MittBayNot 1984, 183; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3329.

⁴⁸ BGH DNotZ 1999, 53; vgl. *Grziwotz* ZfIR 2000, 929.

⁴⁹ *Palandt/Heinrichs*, § 194 BGB Rdnr. 6.

⁵⁰ Eindrucksvolle Beispiele bei OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 636/637.

Die Novelle des Aktiengesetzes durch das NaStraG

Von Notarassessor Dr. Adolf Reul, DNotI Würzburg

Am 25.1.2001 ist das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG) in Kraft getreten.¹ Der Gesetzgeber hat mit diesem Gesetz auf die Renaissance der Namensaktien im Zuge der „investor relation“² reagiert³ und hierzu die einschlägigen Regelungen reformiert. Darüber hinaus hat er dieses Gesetzgebungsverfahren zum Anlass genommen, die Formvorschriften rund um die Hauptversammlung, insbesondere aber auch die Vorschriften zur Stimmrechtsvertretung zu überprüfen und – soweit als möglich – den neuen Medien anzupassen. Ergänzend wurden die Nachgründungsvorschriften rückwirkend zum 1.1.2000 wesentlich entschärft.⁴ Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die durch das NaStraG hervorgerufenen Änderungen im Aktiengesetz gegeben werden. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den für die notarielle Praxis relevanten Vorschriften.⁵

I. Überblick

Die Gesetzesänderungen des NaStraG betreffen folgende Teilbereiche:

- Die Regelungen zur Namensaktie sowie damit zusammenhängend die Vorschriften zum Aktienbuch wurden neugefasst, §§ 67, 68 AktG.
- Der Zweite Regelungskomplex betrifft die Formvorschriften im Umfeld der Hauptversammlung. Geändert wurden die Bestimmungen über die Mitteilungspflichten gegenüber den Aktionären, § 125 AktG, die Fristen zur Anmeldung und Hinterlegung für die Teilnahme an der Hauptversammlung, § 123 AktG, sowie die Vorschriften über das Teilnehmerverzeichnis, §§ 129, 130 AktG, und die Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung, §§ 134, 135 AktG.
- Weiterer Schwerpunkt des NaStraG sind Regelungen zur Öffnung des Aktienrechts für neue Medien. Genutzt werden können die neuen Medien zukünftig in den Beratungen des Aufsichtsrates, § 108 Abs. 4 AktG, bei den Mitteilungen an die Aktionäre, § 125 AktG, und bei den Bekanntmachungen der Gesellschaft, § 25 AktG.

¹ BGBl. I 2001, Nr. 4, S. 123 ff. Vgl. zum Gesetzentwurf nebst Begründung BT-Drucks. 14/4051 = ZIP 2000, 937. Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 308/00; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/4618 v. 15.11.2000; s. dazu *Seibert*, ZIP 2001, 53; *Goedecke/Heuser*, BB 2001, 369 ff.

² *Noack*, DB 1999, 1306; *Huep*, WM 2000, 1623; *Siems*, NZG 2000, 626, 628 f.; *Kölling*, NZG 2000, 631, 634 f.

³ *Noack*, BB 1999, 1306; *Diekmann*, BB 1999, 185; *Huep*, WM 2000, 1623; *Kölling*, NZM 2000, 631; *Leuering*, ZIP 1999, 1745; *Noack*, in: FS Bezenberger, 2000, 291 ff.; *Bachmann*, WM 1999, 2100.

⁴ Art. 7 NaStraG.

⁵ S. zum Referententwurf des NaStraG *Seibert*, ZIP 2000, 937; *Spindler*, ZRG 2000, 421; *Noack*, ZIP 1999, 1993; *Pentz*, NZG 2000, 225; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393; *Kölling*, NZG 2000, 631; *Happ*, WM 2000, 1795; *Siems*, NZG 2000, 626; Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Anwaltsvereins zum NaStraG, NZG 2000, 443.

- Die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG wurden – mit rückwirkender Wirkung zum 1.1.2000 – wesentlich erleichtert.
- Die Vorschriften zur Bekanntmachung von Eintragungen im Handelsregister des Gerichts der Zweigniederlassung der AG wurden geändert, §§ 13 Abs. 6, 13 a, 13 b, 13 c, 15 Abs. 4 AktG.
- Geändert wurden ebenso die Bekanntmachungsvorschriften bzgl. der Kommanditisten nach §§ 162 Abs. 2, 175 Abs. 2 HGB.

II. Die Änderungen des AktG

1. Bekanntmachungen der Gesellschaft, § 25 S. 2 AktG

Nach § 25 Abs. 2 AktG kann die Gesellschaft künftig bei entsprechender Satzungsregelung ihre Bekanntmachungen außerhalb des Bundesanzeigers nicht nur in anderen „Blättern“ veröffentlichen. Zulässig ist eine Bekanntmachung insbesondere auch in „elektronischen Informationsmedien.“ Diese werden als zusätzliche Gesellschaftsblätter anerkannt. Gedacht ist dabei in erster Linie an eine Veröffentlichung im Internet auf der Homepage der Gesellschaft, um dadurch insbesondere auch ausländischen Aktionären die Informationen der Gesellschaft zugänglich zu machen.⁶ Diese Informationen können auch oder ausschließlich in fremder Sprache erfolgen.⁷

2. Nachgründung, § 52 AktG⁸

a) Einschränkung des Anwendungsbereichs

Erwerbsgeschäfte, die die Gesellschaft in den ersten zwei Jahren nach ihrer Gründung tätigt und bei denen die Vergütung 10 % des Grundkapitals übersteigt, werden durch § 52 AktG künftig nur noch dann einer besonderen Prüfung und der Beachtung weiterer Förmlichkeiten unterzogen, wenn diese Geschäfte mit den Gründern oder mit mehr als 10 % des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligten Aktionären abgeschlossen werden. Im Ergebnis werden damit sämtliche Geschäfte mit außenstehenden Dritten von der besonderen Nachgründungsprüfung ausgenommen. Die Vorschrift entspricht damit einem Wunsch der aktienrechtlichen Praxis.⁹

Erstaunlich ist indessen die Begründung des Gesetzgebers. Dieser rechtfertigt die Novellierung dieser Bestimmung damit, dass die Vorschrift des § 52 AktG den Beteiligten „nicht immer bekannt und deshalb für die junge AG gefährlich und

⁶ *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 397; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 428 ff.

⁷ *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 397.

⁸ S. zu § 52 AktG allgemein: *Holzapfel/Roschmann*, in: FS Bezenberger, 2000, 163; *Krieger*, in: FS Claussen, 1997, 223; *Martens*, ZGR 1999, 548; *Lutter/Ziemons*, ZGR 1999, 479; *Schmidt/Seipp*, ZIP 2000, 2089; *Werner*, NZG 2000, 231; *Bröcker*, ZIP 1999, 1029; *Diekmann*, ZIP 1999, 2149; *Zimmer*, DB 2000, 1265; *Witte*, BB 2000, 2213; *Ries*, GmbHR 2000, R 105; *Heidinger*, ZNotP 2000, 182; *Wastl*, NZG 2000, 505; *Jäger*, NZG 1998, 370; *Kind*, in: FS Nordemann, 1999, 109; *Knott*, BB 1999, 806; *Kubis*, Die AG 1993, 118.

⁹ *Bröcker*, ZIP 1999, 1029; *Lutter/Ziemons*, ZGR 1999, 479, jeweils m.w.N.

hinderlich sei.¹⁰ In der Literatur ist diese Änderung des § 52 AktG überwiegend positiv bewertet worden.¹¹ Auf schwerwiegende Bedenken hat jedoch *Pentz* hingewiesen.¹²

§ 52 AktG n. F. enthält einen Systembruch zu § 27 AktG. Nach dieser Vorschrift sind Sachübernahmen einer Gesellschaft nur wirksam, wenn sie in der Satzung verlaubar und einer entsprechenden Prüfung unterzogen wurden, §§ 27 Abs. 3, 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Sachübernahmevereinbarungen mit den Gründern oder mit außenstehenden Dritten getroffen werden.¹³ Die Vorschrift dient damit im Wesentlichen der Sicherung der Kapitalaufbringung.¹⁴

§ 52 AktG steht mit diesem Normzweck im Zusammenhang. Um zu verhindern, dass die Vorschriften über die Sachübernahme mittels einer Bargründung umgangen werden, bei der die tatsächlich bereits bei der Gründung abgesprochenen Sachübernahmen erst nach Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister durchgeführt werden, ordnete § 52 AktG a. F. für derartige Verträge, die binnen zwei Jahren nach Eintragung der Gesellschaft geschlossen wurden, ebenso die Verlaubarkeit dieser Verträge im Handelsregister sowie eine besondere Prüfung an. Einigkeit bestand darüber, dass es bei § 52 AktG a. F. ebenso wie bei § 27 AktG nicht darauf ankommt, ob diese Geschäfte mit den Gründern, mit Aktionären oder mit Dritten abgeschlossen werden.¹⁵

Dieses geschlossene und umgehungsfeste System zur Sicherung der realen Kapitalaufbringung wird durchbrochen, indem Drittgeschäfte und Geschäfte mit gering beteiligten Aktionären künftig aus dem Anwendungsbereich des § 52 AktG n. F. herausgenommen sind.¹⁶ Damit öffnet der Gesetzgeber zugleich Umgehungen der Sachübernahmevorschriften „Tür und Tor.“¹⁷ Im Hinblick auf den Anwendungsbereich des § 27 Abs. 1 AktG auf Sachübernahmevereinbarungen mit Dritten ist daher für die Zukunft zu befürchten, dass solche Sachübernahmen in der Satzung nicht mehr offengelegt werden. Stattdessen werden die Beteiligten die Vereinbarung auf die Zeit nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister verschieben, um dadurch einer Veröffentlichung und Prüfung zu entgehen.

Anstelle dieses Systembruchs zu § 27 AktG hätte es vielmehr nahe gelegen, diese Drittgeschäfte insgesamt aus dem Anwendungsbereich der Sachübernahmevorschriften nach § 27 AktG herauszunehmen,¹⁸ oder – wie im GmbH-Recht – Sach-

übernahmen nur noch dann zu bejahen, wenn die Vergütung aus Sachübernahmen auf die Einlagepflicht angerechnet werden.¹⁹

b) Keine Heilung von unwirksamen Sachübernahmen mit Dritten

Einschneidende Auswirkungen haben die Änderungen des § 52 AktG aber auch auf die Heilungsvorschrift des § 52 Abs. 10 AktG. Bislang konnten wegen § 27 Abs. 3 AktG unwirksame Sachübernahmen zwar nicht durch Satzungsänderung, § 27 Abs. 4 AktG, wohl aber nach § 52 Abs. 10 AktG durch Neuvernahme des Sachübernahmegegeschäfts geheilt werden. Erfolgte die Neuvernahme innerhalb der Zwei-Jahres-Frist des § 52 AktG, so forderte die Heilung zusätzlich die Beachtung der Nachgründungsvorschriften.²⁰ Diese Heilungsmöglichkeit fällt nach der Neufassung des § 52 AktG nunmehr jedenfalls bei wörtlicher Anwendung des § 52 Abs. 10 AktG für solche unwirksamen Sachübernahmevereinbarungen weg, die mit Dritten getroffen wurden. Ob hier eine analoge Anwendung des § 52 Abs. 10 AktG Platz greift, bleibt abzuwarten.²¹ Eine bloße Heilung durch Neuvernahme ohne Einhaltung der Kautelen des § 52 AktG²² erscheint jedenfalls innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraums zweifelhaft.²³

c) Keine Nachgründung beim Erwerb im Rahmen der „laufenden Geschäfte“

Von Bedeutung ist im Rahmen der Novellierung des § 52 AktG weiter die Ausnahmenvorschrift des Abs. 9. Waren bislang von einer Nachgründungsprüfung solche Rechtsgeschäfte nicht erfasst, die den Gegenstand des Unternehmens bildeten, so fallen künftig all diejenigen Geschäfte nicht mehr unter die Nachgründungsvorschrift, die den Erwerb von Vermögensgegenständen im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, in der Zwangsvollstreckung oder an der Börse zum Inhalt haben. Die Gesetzesänderung folgt damit der Vorgabe durch Art. 11 der 2. Gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie vom 13.12.1976.²⁴

Ob damit der Ausnahmebereich der § 52 Abs. 9 AktG im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage erweitert wird, erscheint dagegen fraglich.²⁵ Gemeint dürften mit dieser Novellierung vor allem sog. „Hilfsgeschäfte“ sein, ohne die der Unternehmensgegenstand nicht sinnvoll verfolgt werden könnte. Ebenso dazu gezählt werden können wohl alle Geschäfte des Umlaufvermögens, aber beispielsweise auch Geschäfte mit

¹⁰ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 939.

¹¹ *Siems* NZG 2000, 626, 631; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 422.; Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2000, 443; *Priester*, DB 2001, 467.

¹² *Pentz*, NZG 2000, 225 ff.; ähnlich auch die Stellungnahme der BNotK zum Referentenentwurf des NaStraG vom 16.12.1999, S. 3.

¹³ *Hüffer*, § 27 Rdnr. 5a; *MünchKomm-AktG/Pentz*, 2000, § 27 Rdnr. 61; *GroßKomm-AktG/Röhricht*, 4. Auflage 1997, § 27 Rdnr. 118; *KölnKomm-AktG/Kraft*, 2. Auflage 1988, § 27 Rdnr. 39.

¹⁴ *Hüffer*, § 27 Rdnr. 1; *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 27 Rdnr. 4 f.

¹⁵ *Hüffer*, § 52 Rdnr. 2a; *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 52 Rdnr. 14; *KölnKomm-AktG/Kraft*, § 52 Rdnr. 6; *Krieger*, in: FS Claussen, 1997, 223, 225 f.

¹⁶ *Pentz*, NZG 2000, 225, 227, 229 f.

¹⁷ *Pentz*, NZG 2000, 225, 227, 229 f.; Stellungnahme der BNotK zum Referentenentwurf des NaStraG vom 16.12.1999, S. 3; Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts vom 15.12.1999, S. 6.

¹⁸ *Pentz*, NZG 2000, 225, 228.

¹⁹ *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Auflage 2000, § 5 Rdnr. 70 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Auflage 2000, § 5 Rdnr. 33.

²⁰ *Hüffer*, § 52 Rdnr. 16; *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 52 Rdnr. 69; *KölnKomm-AktG/Kraft*, § 52 Rdnr. 58.

²¹ *Pentz*, NZG 2000, 225, 229.

²² So aber *Priester*, DB 2001, 467, 471.

²³ Str. ist, ob bei einer Neuvernahme nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist die Sicherungen des § 52 AktG zu beachten sind. Gegen eine Beachtung des § 52: *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 52 Rdnr. 71; *KölnKomm-AktG/Kraft*, § 52 Rdnr. 60; *Gebler/Hefermehl/Eckardt*, § 52 Rdnr. 27. Für eine Anwendung des § 52: *Lutter/Gehling*, WM 1989, 1445, 1555 f.; *Godin/Wilhelmi*, AktG, 3. Auflage 1967, § 52 Anm. 13.

²⁴ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 939; vgl. ABl. EG Nr. L 26 vom 31.1.1977, S. 1 ff., abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 1996, 114 ff.; s. dazu auch *Lutter/Ziemons*, ZGR 1999, 479 ff.

²⁵ So aber wohl *Lutter/Ziemons*, ZGR 1999, 479, 491 ff. im Vorgriff auf das NaStraG.

Transportunternehmern, Mitarbeitern, dem Abschlussprüfer sowie beratenden Rechtsanwälten.²⁶ Diese Geschäfte waren auch bisher bereits von der Ausnahmegesetzgebung des § 52 Abs. 9 AktG a. F. erfasst.²⁷ Nicht erfasst werden von der Ausnahmebestimmung dagegen solche Geschäfte, die erst der Verwirklichung des statutarischen Unternehmensgegenstandes dienen, wie beispielsweise die Anschaffung von Maschinen, etc.²⁸

d) Rückwirkung zum 1. Januar 2000

Schließlich gilt im Rahmen der Novellierung der Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG zu beachten, dass die Neufassung des § 52 AktG anders als das NaStraG im Übrigen rückwirkend zum 1.1.2000 gilt. Ergänzt wird diese Rückwirkung durch § 11 EGAktG. Diese Bestimmung enthält eine Heilungsvorschrift für Nachgründungsgeschäfte nach § 52 AktG aus der Zeit vor dem 1.1.2000. Danach kann die Unwirksamkeit eines Nachgründungsgeschäfts nach § 52 AktG a. F., das vor dem 1.1.2000 geschlossen wurde und das nach der Neufassung des § 52 AktG wirksam wäre, nur noch bis zum 1.1.2002 geltend gemacht werden. Mit dieser Heilungsvorschrift soll nach einer kurzen Übergangszeit auch für die Vergangenheit weithin Rechtssicherheit erzeugt werden.

3. Namensaktien und Aktienregister, §§ 67, 68 AktG

a) Eintragung im Aktienregister

Weitgehende Änderungen enthält das NaStraG zum Aktienbuch.²⁹ Künftig erhält dies die Bezeichnung „Aktienregister“. Der Gesetzgeber folgt damit der Praxis. Namentlich bei großen Publikumsgesellschaften wird das Aktienbuch bereits elektronisch geführt. Dies war auch nach dem bislang geltenden Recht zulässig, da Handelsbücher als auch sonst erforderliche Aufzeichnungen des Kaufmannes mittels elektronischer Hilfsmittel geführt werden durften, § 239 Abs. 4 HGB.³⁰

Auch bezüglich der in das Aktienregister einzutragenden Daten sind Änderungen erfolgt. An Stelle des Berufes des Aktionärs ist nunmehr das Geburtsdatum als „geeigneteres Identifizierungsmerkmal“ in das Aktienregister einzutragen.³¹ Ebenso genügt künftig die Angabe einer Adresse des Aktionärs. Dies muss nicht unbedingt der Wohnort mit der politischen Gemeinde nebst Straße und Hausnummer sein. Vielmehr genügt künftig jedwede Adresse, insbesondere auch eine E-Mail-Adresse.³²

Entsprechend dieser Regelung kann auch die „Adresse“ bei einer Kapitalerhöhung zur Individualisierung der Person des Zeichners in den Zeichnungsschein, aber auch in das Verzeichnis der Zeichner, § 188 Abs. 3 Nr. 1 AktG, mit aufgenommen werden. Das Gesetz enthält hierzu keine Vorgaben.³³

²⁶ MünchKomm-AktG/Pentz, § 52 Rdnr. 56.

²⁷ MünchKomm-AktG/Pentz, § 52 Rdnr. 56; Hüffer, § 52 Rdnr. 14; Krieger, in: FS Claussen, 223, 230 ff.; Holzapfel/Roschmann, in: FS Bezenberger, 163, 171; Lutter/Ziemons, ZGR 1999, 479, 486.

²⁸ So Lutter/Ziemons, ZGR 1999, 479, 496 f.; Priester, DB 2001, 467, 470.

²⁹ Vgl. dazu Happ, in: FS Bezenberger, 2000, 111, ff.

³⁰ Zitzsch/Gröning, NZG 2000, 393, 397; Leuring, ZIP 1999, 1745; Diekmann, BB 1999, 1985; Noack, ZIP 1999, 1993, 1995.

³¹ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940; Noack, ZIP 1999, 1993, 1995.

³² Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940; Noack, ZIP 1999, 1993, 1996; Zitzsch/Gröning, NZG 2000, 393, 398;

³³ Hüffer, § 185 Rdnr. 10; MünchHdb.-AG/Krieger, 2. Auflage 1999, § 56 Rdnr. 99; KölnKomm-AktG/Lutter, § 185 Rdnr. 38; s. dazu auch die Muster bei Happ, Aktienrecht, 1995, 11.01, f), g).

Keine Neuerungen enthält das NaStraG dagegen zu der Frage der Führung des Aktienregisters. Wie bisher kann das Aktienregister daher durch externe Dienstleister geführt werden, wenn die gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit beim Vorstand verbleibt.³⁴

b) Auskunftsrechte der Aktionäre³⁵

Von Bedeutung ist § 67 Abs. 6 AktG n. F. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage kann der Aktionär nur noch Auskunft über die zu seiner Person in das Aktienregister eingetragenen Daten verlangen. Nur bei nicht börsennotierten Gesellschaften kann die Satzung davon abweichen, § 67 Abs. 6 S. 2 AktG n. F.

So sinnvoll diese Einschränkung des Auskunftsrechts über die Eintragungen anderer Aktionäre im Hinblick auf den Datenschutz auf den ersten Blick erscheinen mag,³⁶ so zweifelhaft ist dies doch in Bezug auf die effektive Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte durch den Aktionär selbst. Bislang konnte der einzelne Aktionär zum Zwecke der Ausübung der Rechte in der Hauptversammlung nach § 118 AktG bzw. wegen der Ausübung von Minderheitsrechten durch Einsicht in das Aktienbuch Kontakt zu anderen Aktionären aufnehmen. Er hatte damit die Möglichkeit, sich zu organisieren.³⁷ Dies wird ihm nunmehr jedenfalls bei börsennotierten Gesellschaften genommen.³⁸ Kenntnisse über andere Aktionäre erhält er in diesen Fällen künftig nur noch aufgrund der Veröffentlichungen nach den §§ 21 ff. WpHG, sofern die dortigen Schwellenwerte überschritten werden. Fraglich erscheint insoweit, ob dieses Informationsdefizit allein von der durch das WpHG angeordneten Transparenz über die Struktur der Anteilseigner ausgeglichen werden kann.³⁹ Bedenklich ist diese Situation umso mehr, weil dieser Schwächung der Aktionärsrechte eine Stärkung der Verwaltung durch die Einführung des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG⁴⁰ gegenübersteht. Der damit steigenden Machtfülle der Verwaltung steht eine jedenfalls auf Seiten der Kleinaktionäre nicht konkurrenzfähige Opposition gegenüber.⁴¹ Nicht gerechtfertigt ist deshalb, das Einsichtsrecht in das Aktienregister nur bei nicht börsennotierten Gesellschaften satzungsdispositiv zu stellen. Vielmehr ist die Interessenlage namentlich der Kleinaktionäre in beiden Fällen gleich und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine börsennotierte oder nicht börsennotierte Gesellschaft handelt.⁴²

c) Verwendung der Daten durch die Gesellschaft

Neu ist die Bestimmung des § 67 Abs. 6 S. 3 AktG. Danach darf die Gesellschaft die Daten des Aktienregisters „für ihre

³⁴ Hüffer, § 67 Rdnr. 3; KölnKomm-AktG/Lutter, § 67 Rdnr. 6; Spindler, ZGR 2000, 420, 425; Diekmann, BB 1999, 1985; Huep, WM 2000, 1623, 1626.

³⁵ Zum Auskunftsrecht der Finanzbehörden aufgrund von Erbschaftssteuerfällen: Delp, BB 2000, 1765.

³⁶ Spindler, ZGR 2000, 420, 424 ff.; Leuring, ZIP 1999, 1745, 1750; Diekmann, BB 1999, 1985, 1988; Noack, DB 1999, 1306, 1307 f.; Büllsbach/Klawitter/Miedbrodt, CR 2000, 565.

³⁷ Hüther, Die AG 2001, 68, 75.

³⁸ Kritisch hierzu auch Huep, WM 2000, 1623, 1627 f. sowie Hüther, Die AG 2001, 68, 75 ff.

³⁹ Hüther, Die AG 2001, 68, 76 f.; Huep, WM 2000, 1623, 1627; a. A. Noack, DB 1999, 1306, 1307 f.; Diekmann, BB 1999, 1985, 1988; Spindler, ZGR 2000, 420 425.

⁴⁰ S. dazu unten Ziff. 7. d).

⁴¹ Hüther, Die AG 2001, 68, 72 ff.

⁴² Kölling, NZG 2000, 631, 636.

Aufgaben im Verhältnis zu den Aktionären verwenden.“ Werbemaßnahmen dürfen dabei jedoch nur durchgeführt werden, wenn der Aktionär nicht widerspricht. Auf das Widerrufsrecht ist der Aktionär ausdrücklich – etwa entsprechend § 361a BGB – hinzuweisen. Dem weiteren Ausbau der „Investor Relations“ zwischen Gesellschaft und Aktionär wird damit der Weg bereitet.⁴³

d) Online-Einsicht, Erteilung von Abschriften

Klärung bringt das NaStraG in diesem Zusammenhang auch zu der umstrittenen Frage, ob die Auskunft über das Aktienregister nur durch Einsichtnahme vor Ort erteilt werden kann, oder ob Abschriften verlangt werden können.⁴⁴ Nach Auffassung des Gesetzgebers ist zukünftig auch eine Online-Einsicht via internet zulässig, wenn die Identifikation der die Einsicht Begehrenden durch Kontrollnummern, Aktionärsnummern, Codewörtern, o. ä. sichergestellt ist.⁴⁵ Wenn aber sich ein Aktionär über eine internet-Abfrage einen Ausdruck erstellen kann, muss die Gesellschaft auch gegenüber sonstigen Aktionären verpflichtet sein, auf deren Kosten Abschriften zu erteilen.⁴⁶

e) Pflicht zur Eintragung im Aktienregister

Während die Bestimmung des § 67 Abs. 2 AktG unverändert bleibt und damit weiterhin die unwiderlegliche Vermutung aufstellt, dass gegenüber der Gesellschaft derjenige als Aktionär gilt,⁴⁷ der im Aktienregister eingetragen ist, entspricht § 67 Abs. 3 AktG n. F. seiner Funktion nach der des bisherigen § 68 Abs. 3 AktG, der aufgehoben wurde. Geht die Namensaktie auf einen anderen über, so erfolgen Löschung und Neueintragung im Aktienregister auf Mitteilung und Nachweis. Auf das Erfordernis der Vorlage der Aktien bei der Gesellschaft zum Nachweis des Übergangs, § 68 Abs. 3 S. 2 AktG a. F., wird wegen des elektronisch abgewickelten Massenverkehrs verzichtet.⁴⁸ Viele Gesellschaften sind zudem dazu übergegangen, den Anspruch auf Verbriefung der Beteiligung in Aktien nach § 10 Abs. 5 AktG gänzlich auszuschließen.⁴⁹

Die im Übrigen bestehende Nachweispflicht erfolgt, wenn die Namensaktie bei der Clearstream Banking AG in Frankfurt (früher: Deutsche Börse Clearing AG) in Girosammelverwahrung liegt, durch dortige Umbuchung und Meldung der Depotbank über die DBC an die Gesellschaft.⁵⁰

Nach der bisherigen Ansicht bestand entgegen dem Wortlaut des § 68 Abs. 3 AktG a. F. („ist anzumelden“) keine Pflicht zur Eintragung im Aktienbuch.⁵¹ Vielmehr konnte eine solche Eintragung ganz oder teilweise (Eintragung der Übertragung ohne Nennung des Erwerbers, sog. „freier Meldebestand“) unterbleiben.⁵² § 67 Abs. 3 AktG n. F. sollte Klarheit schaffen. Danach erfolgen Löschung und Neueintragung im Aktienregister künftig (nur noch) auf Mitteilung und Nachweis. Der Gesetzeswortlaut sollte damit der ganz. h. M. in der Literatur angepasst werden.⁵³

Unverständlich ist in diesem Zusammenhang § 67 Abs. 4 AktG n. F. Die Neufassung des § 67 Abs. 4 AktG statuiert nunmehr, dass die Kreditinstitute, die bei der Übertragung oder Verwahrung von Namensaktien mitwirken, „verpflichtet“ sind, der Gesellschaft die für die Führung des Aktienregister erforderlichen Angaben zu übermitteln. Diese in § 67 Abs. 4 AktG enthaltene Verpflichtung der Kreditinstitute wurde erst im Rechtsausschuss in die Gesetzesnovelle eingeführt. Sie führt damit den Gedanken der Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf fort, wonach § 67 Abs. 3 AktG n. F. vom Leitbild des vollständigen Aktienregister ausgehe. Danach seien die beteiligten Kreditinstitute grundsätzlich zur Mitteilung berechtigt und auch im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet, es sei denn, der Erwerber habe widersprochen.⁵⁴

Wenn hiernach aber Kreditinstitute verpflichtet sind, entsprechende Mitteilungen über die Übertragung von Namensaktien an die Gesellschaft zu machen, so erscheint es zweifelhaft, warum eine solche Pflicht für den veräußernden bzw. erwerbenden Aktionär, für die allein § 67 Abs. 3 AktG n. F. gilt, nicht bestehen soll.⁵⁵ Unklar ist weiter, aufgrund welcher Rechtsgrundlage der Aktionär dieser gesetzlich statuierten

⁴³ Ausführlich dazu *Noack*, DB 2001, 27 ff.; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 426 ff.

⁴⁴ S. zur bisherigen Rechtslage dafür: *Leuering*, ZIP 1999, 1745, 1750; KölnKomm-AktG/*Lutter*, § 67 Rdnr. 54; dagegen: *Diekmann*, BB 1999, 1985, 1987; *Gefßler/Hefermehl/Bungeroth*, AktG, § 67 Rdnr. 100.

⁴⁵ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 941; ebenso *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1998 f. sowie *Spindler*, ZGR 2000, 420, 425; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 397; *Huep*, WM 2000, 1623, 1626.

⁴⁶ *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1999.

⁴⁷ Die Eintragung hat keine konstitutive Wirkung. Vgl. *Hüffer*, § 67 7; *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1995; *Huep*, WM 2000, 1623, 1625.

⁴⁸ *Spindler*, ZGR 2000, 420, 423; Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940. S. zur Funktionsweise dieses Meldesystems im elektronischen Massenverkehr *Diekmann*, BB 1999, 1985, 1986 f.; *Leuering*, ZIP 1999, 1745, 1747. Die Meldung ggb. den Gesellschaften ist teilweise Gegenstand der AGB der Banken: *Huep*, WM 2000, 1623, 1629; *Diekmann*, BB 1999, 1985, 1987; *Kümpel*, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 8, 12, 18.

⁴⁹ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 941. Wird der Anspruch auf Verbriefung nach § 10 Abs. 5 AktG ausgeschlossen, besteht immer noch das Recht und die Pflicht, sämtliche Anteile zumindest in einer Globalurkunde zu verbriefen. § 10 Abs. 5 AktG ist durch das KonTraG vom 27.4.1998 (BGBl. I, S. 786) auf Betreiben des Rechtsausschusses geändert worden. In der Begründung heißt es hierzu (BT-Drucks. 13/10038, 25 = ZIP 1998, 487, 488): „Der geänderte § 10 Abs. 5 AktG geht darüber hinaus, indem er die Möglichkeit eröffnet, auch den Anspruch der einzelnen Aktionäre auf Ausstellung einer Mehrfachurkunde über ihren jeweiligen An-

teil auszuschließen. Damit wird nicht der Schritt zum Wertrecht und der Abkehr vom Wertpapier vollzogen, denn der Ausschluss der Verbriefung betrifft lediglich den jeweiligen Anteil der einzelnen Aktionäre. Von einer etwaigen einschränkenden Satzungsbestimmung unberührt bleibt dagegen die Ausstellung und Hinterlegung einer die Gesamtheit der Mitgliedschaftsrechte verkörpernden Globalurkunde.“ Für die Praxis von Bedeutung ist, dass diese Globalurkunde von der Gesellschaft selbst verwahrt werden kann. Ein Verstoß gegen das KWG oder das DepotG liegt nach Auffassung der Bundesjustizministerin Frau Prof. Dr. *Herta Däubler-Gmelin* insoweit nicht vor, ZIP 2000, A 55, Nr. 125.

⁵⁰ *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 398; *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1996.

⁵¹ *Hüffer*, AktG, 4. Aufl. 1999, § 68 Rdnr. 17; MünchHdb.-AG/*Wiesner*, § 14 Rdnr. 41; KölnKomm-AktG/*Lutter*, 2. Auflage 1988, § 68 Rdnr. 55; *Kölling*, NZG 2000, 631, 633.

⁵² *Huep*, WM 2000, 1623, 1629; *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1996.

⁵³ *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 398; *Siems*, NZG 2000, 626, 629.

⁵⁴ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940.

⁵⁵ Nach *Goedecke/Heuser*, BB 2001, 369, 370, besteht eine solche Verpflichtung nur im Verhältnis zur Gesellschaft, soweit und solange keine entgegenstehenden Weisungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Aktionär und dem Kreditinstitut vorliegen. Vgl. zum Referentenentwurf *Kölling*, NZG 2000, 631, 633; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 398; *Siems*, NZG 2000, 626, 629; *Huep*, WM 2000, 1623, 1629; offenlassend hingegen *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1996.

Pflicht der Kreditinstitute widersprechen können soll. Von einem solchen Widerspruchsrecht geht aber die Regierungsbegründung aus.⁵⁶ Aus Sicht der Gesellschaft macht es insoweit keine Unterschied, ob die Namensaktien durch die Aktionäre selbst oder ein Kreditinstitut verwahrt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber entgegen der bislang h. M. nunmehr doch eine Pflicht zur Eintragung in das Aktienregister begründet hat. Eine Anpassung des Gesetzeswortlauts an die Rechtsauffassung zu § 68 Abs. 3 AktG a. F. kann jedenfalls nicht konstatiert werden. Nahe gelegen hätte es vielmehr, dieses Widerspruchsrecht des Aktionärs zur Eintragung in das Aktienregister, von dem der Gesetzgeber in seiner Begründung ausgeht, auch ausdrücklich ins Gesetz zu schreiben.

f) Eintragungsstopp vor der Hauptversammlung

Unmittelbar vor der Hauptversammlung kann die Gesellschaft zur Vermeidung technischer Schwierigkeiten die Umschreibung im Aktienregister stoppen. Eine Frist hierfür enthält das Gesetz wegen der unterschiedlichen technischen Vorgaben in den Gesellschaften nicht. In der Gesetzesbegründung wird eine Frist von maximal sieben Tagen erwähnt.⁵⁷ Nach anderer Ansicht darf die Frist dagegen nicht länger als drei Tage⁵⁸, bzw. sogar nur maximal 24 Stunden betragen.⁵⁹ Zum Zwecke der Rechtssicherheit scheint es geboten, die Frist in der Satzung zu bestimmen.⁶⁰

4. Hinterlegung und Anmeldung als Teilnahmevoraussetzung zur Hauptversammlung, § 123 AktG

Macht die Satzung die Teilnahme an der Hauptversammlung davon abhängig, dass die Aktien hinterlegt werden bzw. dass sich die Aktionäre vor der Versammlung anmelden, so beträgt künftig die Mindestfrist für die Hinterlegung bzw. Anmeldung einheitlich sieben Tage vor der Versammlung, § 123 Abs. 3 und 4 AktG. Bestehende Satzungsregelungen sind daher zu überprüfen und ggf. der Gesetzesänderung anzupassen.

Nicht geklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob und wenn ja mit welcher Frist eine Hinterlegung als Teilnahmevoraussetzung für die Hauptversammlung gilt, wenn die Satzung der Gesellschaft entsprechend der alten Rechtslage nach § 123 Abs. 3 AktG a. F. eine Hinterlegung spätestens am 10. Tage (bzw. am 8. oder 9. Tage) vor der Versammlung vorsieht und diese Hinterlegungsfrist bei der Einberufung der Hauptversammlung als Teilnahmebedingung genannt wurde. Eine Übergangsvorschrift fehlt. Die Literatur hat sich zu diesem Problem soweit ersichtlich noch nicht geäußert.

Wegen der Neufassung des § 123 Abs. 3 AktG liegt zunächst ein an sich zur Nichtigkeit führender Einberufungsmangel im Sinne des § 241 Nr. 1 i. V. m. § 121 Abs. 2 und Abs. 3 AktG vor, weil sich dadurch die Frist zwischen dem Tag der Einberufung und dem Tag der Hauptversammlung verlängert, § 123 Abs. 2 AktG. Gleichwohl geht die h. M. davon aus, dass dieser Gesetzesverstoß allenfalls zur Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse, nicht aber zu ihrer Nichtigkeit

führt.^{60a} Voraussetzung für eine Anfechtung ist dabei, dass die gesetzlich oder satzungsmäßig begründeten Hinterlegungswünsche der Aktionäre zurückgewiesen wurden. Dass dies nicht der Fall ist, ist von der Gesellschaft zu beweisen.^{60b}

Jedenfalls für die diesjährige Hauptversammlungssaison erscheint es nicht gerechtfertigt, dass ein solcher Verstoß gegen die Hinterlegungsfrist des § 123 Abs. 3 AktG n. F. ggf. zur Anfechtung berechtigt. Die Gesellschaft hat gem. den Bestimmungen ihrer Satzung zu der Hauptversammlung einberufen und dementsprechend die Hinterlegungsfrist bestimmt. Da eine Änderung der Hinterlegungsfrist nach § 123 Abs. 3 AktG jedoch einen satzungändernden Hauptversammlungsbeschluss voraussetzt, § 179 Abs. 1 AktG, war es der Gesellschaft schlechterdings nicht möglich, die Einberufung der Hauptversammlung ordnungsgemäß durchzuführen. Ein Verzicht auf eine Hinterlegung bzw. eine Verkürzung der in der Satzung genannten Hinterlegungsfrist auf die nunmehr gültige Höchstfrist von sieben Tagen nach § 123 Abs. 3 AktG n. F. war ebenso nicht ohne Verstoß gegen die Satzung möglich. Eine Anfechtbarkeit wegen Verstoß gegen § 123 Abs. 3 AktG n. F. muss daher ausscheiden, wenn es anderenfalls der Gesellschaft nicht möglich ist, im Wege einer ordnungsgemäß einberufenen Hauptversammlung die entsprechende Satzungsbestimmung über die Hinterlegungsfrist gem. dem geänderten Wortlaut des § 123 Abs. 3 AktG n. F. anzupassen. Für künftige Hauptversammlungen bleibt es dagegen bei der Möglichkeit einer Anfechtung.

5. Mitteilungen an die Aktionäre, § 125 AktG

a) Keine Doppelmitteilungen, elektronische Medien

§ 125 AktG handelt von den Mitteilungen für die Aktionäre. Durch den geänderten Wortlaut des § 125 Abs. 2 und Abs. 4 AktG soll sichergestellt werden, dass solche Mitteilungen nicht nur durch Übersendung einer schriftlichen Mitteilung, sondern auch mittels elektronischer Übertragungsformen möglich sein sollen.⁶¹ Entscheidend ist dabei, dass die Gesellschaft die organisatorischen Vorkehrungen zu treffen hat, damit die Information den Aktionär unter normalen Umständen auch erreicht. Dies ist der Fall, wenn im Aktienregister beispielsweise der Aktionär mit einer E-Mail-Adresse verzeichnet ist und ihm demgemäß die Mitteilungen via E-Mail gemacht werden. Eine satzungsmäßige Begrenzung auf elektronische Medien ist dagegen wohl unzulässig, weil andernfalls Aktionäre ohne Internet-Zugang faktisch keine Informationen von der Gesellschaft erhalten würden.⁶²

Im Anschluss hieran enthalten die §§ 125 Abs. 2 Nr. 3, 128 AktG n. F. Regelungen, um eine Doppelmitteilung an die Namensaktionäre einerseits durch die Gesellschaft sowie andererseits durch Kreditinstitute, bei denen die Aktien verwahrt werden, zu vermeiden.⁶³

b) Mitteilung an im Aktienregister eingetragene Aktionäre

Praktische Probleme sind jedoch im Hinblick auf die in § 125 Abs. 2 Nr. 3 AktG enthaltene Zwei-Wochen-Frist angezeigt.

⁵⁶ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940.

⁵⁷ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 940.

⁵⁸ Noack, ZIP 1999, 1993, 1997. Kritisch zu einem Umschreibestopp: Hüther, MMR 2000, 521, 523.

⁵⁹ Huep, WM 2000, 1623, 1630. Hüther, MMR 2000, 521, 523, ist sogar der Ansicht, Eintragungen in das Aktienregister haben auch unmittelbar vor der Hauptversammlung zu erfolgen.

⁶⁰ Hüther, MMR 2000, 521, 523.

^{60a} OLG Frankfurt WM 1991, 681 = Die AG 1991, 208 = NJW-RR 1991, 805; Großkomm-AktG/Werner, 4. Auflage 1993, § 123 Rdnr. 68 ff. und § 121 Rdnr. 84.

^{60b} Großkomm-AktG/Werner, § 123 Rdnr. 69.

⁶¹ Spindler, ZGR 2000, 420, 429; Zätzsch/Gröning, NZG 2000, 393, 397.

⁶² Zätzsch/Gröning, NZG 2000, 393, 397.

⁶³ Siems, NZG 2000, 626, 630; Kölling, NZG 2000, 631, 637.

Zur Vorbereitung der Hauptversammlung verschickt die Gesellschaft die Einladung nebst Tagesordnung, Gegenanträgen und sonstigen Unterlagen direkt an die Aktionäre. Diese Mitteilung ist nach der Neuregelung durch das NaStraG nur denjenigen Aktionären zu machen, die spätestens zwei Wochen vor der Hauptversammlung als Aktionär im Aktienregister eingetragen sind, § 125 Abs. 2 Nr. 3 AktG. Den später in das Aktienregister eingetragenen Aktionären sind diese Unterlagen nicht mehr zuzusenden.⁶⁴ Macht die Gesellschaft von der Möglichkeit des § 123 Abs. 4 AktG n. F. Gebrauch, die Anmeldefrist auf sieben Tage zu verlängern, bleibt nur eine Woche Zeit für die Versendung der Unterlagen gem. § 125 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 AktG an die seit der ersten Versandaktion neu im Aktienregister eingetragenen Aktionäre. Dies ist bereits für in Deutschland ansässige Aktionäre eine äußerst knapp bemessene Frist und wohl für ausländische Aktionäre nicht zu halten. Zwar bleibt es den neuen Aktionären unbenommen, gleichwohl ihre Rechte in der Hauptversammlung bei rechtzeitiger Anmeldung wahrzunehmen. Ob sie allerdings rechtzeitig über die bevorstehende Hauptversammlung selbst Kenntnis erhalten, bleibt fraglich.⁶⁵

6. Teilnehmerverzeichnis, §§ 129, 130 AktG

a) Verzicht auf Papierform und auf Einreichung zum Handelsregister

In § 129 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 AktG werden Folgeänderungen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Stückaktien in das Gesetz eingearbeitet. Von Bedeutung ist daneben die Änderung des § 129 Abs. 4 AktG. Das Teilnehmerverzeichnis ist künftig den Aktionären nur noch „zugänglich zu machen.“ Auf die Papierform des Teilnehmerverzeichnisses wird verzichtet. Statt dessen ist eine elektronische Darstellung möglich.⁶⁶ Ebenso kann eine Unterzeichnung des Teilnehmerverzeichnisses durch den Vorsitzenden künftig unterbleiben. Bislang musste das Teilnehmerverzeichnis gem. § 130 Abs. 3 AktG zusammen mit den Belegen über die Einberufung als Anlage der Niederschrift zum Handelsregister eingereicht werden. Dies kann künftig nach § 130 Abs. 3 AktG n. F. unterbleiben. Statt dessen genügt es, wenn jedem Aktionär die Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis auf Verlangen bis zu zwei Jahren nach der Hauptversammlung gewährt wird.⁶⁷ Im Übrigen wird aufgrund der sprachlichen Fassung des § 129 Abs. 4 S. 1 AktG sichergestellt, dass das Teilnehmerverzeichnis künftig nicht mehr nur in Papierform zu erstellen ist. Möglich ist auch hier eine elektronische Darstellung.

b) Subtraktionsverfahren und Teilnehmerverzeichnis als Anlage zur Niederschrift

Wird das Ergebnis der Abstimmungen über die Beschlüsse in der Hauptversammlung nach dem sog. Subtraktionsverfahren ermittelt, so ergeben sich dadurch grundsätzlich keine Beson-

derheiten. Während beim Additionsverfahren die zu einem Beschlussantrag abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen jeweils getrennt gezählt werden, Enthaltungen dagegen nicht erfasst werden müssen, weil diese als nicht „abgegeben“ gelten und auch für die Ermittlung des „vertretenen“ Grundkapitals nicht mitgezählt werden,⁶⁸ werden beim Subtraktionsverfahren jeweils nur die Abstimmungsgruppen (Ja- oder Nein-Stimmen und Enthaltungen) gezählt, die voraussichtlich am kleinsten sind und daher den geringsten Zählaufwand erfordern. Durch Subtraktion der Zahl der Stimmenthaltungen von der sich aus dem Teilnehmerverzeichnis zum Abstimmungszeitpunkt ergebenden Gesamtstimmzahl aller Teilnehmer der Hauptversammlung lässt sich die Zahl der abgegebenen Stimmen ermitteln, durch weitere Subtraktion der Nein-Stimmen die Zahl der Ja-Stimmen.⁶⁹

Entscheidend für die Zulässigkeit des Subtraktionsverfahrens ist die exakte Feststellung der Präsenz zum Zeitpunkt der Abstimmung unter Berücksichtigung zwischenzeitlicher Zu- und Abgänge.⁷⁰ Für die Präsenzfeststellung ist beim Subtraktionsverfahren nicht unbedingt erforderlich, dass das Teilnehmerverzeichnis als Anlage zur Niederschrift genommen wird. Maßgeblich ist vielmehr, dass – wie bisher – im Rahmen des § 130 Abs. 2 AktG in der Hauptversammlungs-niederschrift Angaben über die Art und das Ergebnis der Abstimmung gemacht werden.⁷¹ Bei den Angaben über das Ergebnis genügen nach allgemeiner Meinung allein Feststellungen über die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen. Ob zwingend auch Angaben über Stimmenthaltungen zu machen sind, ist dagegen streitig. Nach wohl überwiegender Ansicht ist dies nicht der Fall, auch wenn Angaben aus informatorischen Gründen empfehlenswert sind.⁷² Soweit das Abstimmungsergebnis aber im Subtraktionsverfahren festgestellt wird, ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn im Hauptversammlungsprotokoll neben den Stimmenthaltungen die gezählten Ja- oder Nein-Stimmen⁷³ und – darüber hinaus – die vom Versammlungsleiter zum Zeitpunkt der Abstimmung festgestellte Präsenz⁷⁴ wiedergegeben wird.⁷⁵ Mit Hilfe der Präsenz als „Berechnungsfaktor“ lassen sich nach Subtraktion der Enthaltungen und der gezählten Ja- oder Nein-Stimmen die zunächst nicht erfassten Nein- oder Ja-Stimmen erfassen. Damit aber lässt sich auch beim Subtraktionsverfahren allein aus der

⁶⁴ Preissler, WM 2001, 113, 114; Goedecke/Heuser, BB 2001, 369, 372.

⁶⁵ Preissler, WM 2001, 113, 114; Goedecke/Heuser, BB 2001, 369, 372.

⁶⁶ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 944.

⁶⁷ Büllsbach/Klawitter/Miedbrodt, CR 2000, 565, 568 f., halten dieses umfassende Einsichtsrecht für Aktionäre aus datenschutzrechtlichen Gründen ebenso für bedenklich. Nach ihrer Ansicht sei das Einsichtsrecht beim Teilnehmerverzeichnis während der Hauptversammlung auf die eigenen Daten zu beschränken. Im Übrigen solle eine Einsicht nur bei Nachweis eines berechtigten Interesse gewährt werden.

⁶⁸ MünchHdb-AG/Semler, § 39 Rdnr. 35; Richter, in: Semler/Volhard, HV Hdb., 1999, I D Rdnr. 165; Hüffer, § 133 Rdnr. 23; Köln-Komm-AktG/Zöllner, § 133 Rdnr. 54 ff.

⁶⁹ HV Hdb./Richter, I D Rdnr. 167; MünchHdb-AG/Semler, § 39 Rdnr. 35; Hüffer, § 133 Rdnr. 24; KölnKomm-AktG/Zöllner, § 133 Rdnr. 56 ff.; Martens, Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer AG, 2. Auflage 2000, 88 f.

⁷⁰ Henn, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl. 1998, Rdnr. 828; Schaaf, Die Praxis der Hauptversammlung, 2. Auflage 1999, Rdnr. 513.

⁷¹ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 944. Vgl. dazu Holland/Reul, DNotI-Gutachten zum Aktienrecht, 1997/1998/1999, 144 ff.

⁷² BayObLGZ 1972, 354, 359; Holland/Reul, 144, 147; Hüffer, § 130 Rdnr. 19; Zimmermann, in: Seibert/Kiem, Handbuch der kleinen AG, 4. Auflage 2000, Rdnr. 650; MünchHdb-AG/Semler, § 40 Rdnr. 11; KölnKomm-AktG/Zöllner, § 130 Rdnr. 34; Geßler/Hefermehl/Eckardt, § 130 Rdnr. 24; HV Hdb./Volhard, I H Rdnr. 44; a. A. Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Auflage 1995, § 37 Rdnr. 10.

⁷³ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 944; HV Hdb./Volhard, I H Rdnr. 44; Schaaf, Rdnr. 848; MünchHdb-AG/Semler, § 40 Rdnr. 11; Großkomm. AktG/Werner, 4. Auflage 1993, § 130 Rdnr. 22.

⁷⁴ Zimmermann, in: Seibert/Kiem, Rdnr. 606.

⁷⁵ So auch die Stellungnahme der BNotK zum Referentenentwurf des NaStraG vom 16.12.1999, S. 11.

Niederschrift das exakte Abstimmungsergebnis ermitteln. Nur die Feststellung dieses Abstimmungsergebnisses aber ist in die Niederschrift nach § 130 Abs. 2 AktG aufzunehmen.

7. Stimmrechtsvollmachten, §§ 134, 135 AktG

a) Aufgabe des Schriftformgebots

Ein Schwerpunkt der Aktienrechtsnovelle durch das NaStraG liegt in der Erleichterung der Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung. Die bislang zwingende Schriftform der Vollmacht wird nunmehr dispositiv gestellt, § 134 Abs. 3 S. 2 AktG n. F. Die Satzung kann Erleichterungen, jedoch keine Erschwerungen vorsehen.⁷⁶ Nur wenn die Satzung keine Regelung enthält, verbleibt es bei dem Schriftformgebot für eine Stimmrechtsvollmacht. Gleiches gilt für die organisierte Stimmrechtsvollmacht durch Kreditinstitute oder Aktionärsvereinigungen, § 135 Abs. 1 S. 1 AktG n. F. Möglich sind zukünftig daher auch fernschriftliche Vollmachten per Fax, Computerfax, insbesondere aber Online-Vollmachten via Internet. Ebenso entfallen die §§ 134 Abs. 3 S. 3, 135 Abs. 4 S. 3 AktG a. F. Eine Vorlage der Vollmachtsurkunde gegenüber der Gesellschaft unterbleibt.

Eine entsprechende Satzungsbestimmung könnte etwa lauten:

„Das Stimmrecht kann durch Bevollmächtigte ausgeübt werden. Die Vollmacht ist schriftlich oder auf anderem Wege zu erteilen. Die Einzelheiten bestimmt die Gesellschaft. Sie werden mit der Einberufung der Hauptversammlung bekanntgemacht.“

b) Nachweis der Vollmacht und Legitimation des Vollmachtgebers

Trotz dieser Formerleichterung muss der Vertreter gegenüber der Gesellschaft seine Bevollmächtigung ausreichend nachweisen. Dies gilt aus Gründen der Rechtssicherheit auch bei der Individualvollmacht nach § 134 Abs. 3 AktG.⁷⁷ Soweit das Stimmrecht durch Kreditinstitute bzw. Aktionärsvereinigungen bzw. geschäftsmäßige Stimmrechtsmandatare ausgeübt wird, ergibt sich die Pflicht zum Nachweis der Vollmacht aus § 135 Abs. 2 S. 3 und 4 AktG n. F. Danach muss die Vollmachtserklärung vollständig sein. Sie darf nur mit der Stimmrechtsausübung verbundene Erklärungen enthalten. Darüber hinaus ist sie vom Kreditinstitut nachprüfbar festzuhalten. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine elektronische Vollmacht auf einem Datenträger gespeichert wird oder wenn die telefonische Erteilung einer Depotvollmacht auf Tonband festgehalten wird.⁷⁸

Zur Frage, wie dieser Nachweis zu erbringen ist, enthält das NaStraG keine Regelungen. Dabei geht es einerseits um den Nachweis der Bevollmächtigung selbst, aber auch um die Legitimation des Vollmachtgebers als Aktionär.⁷⁹ Die Legitimation des Vollmachtgebers ergibt sich grundsätzlich aufgrund seiner Eintragung im Aktienregister nach § 67 Abs. 2 AktG.⁸⁰ Für die Bevollmächtigung selbst gilt § 167 BGB. Wird die Vollmacht nach § 167 Abs. 1, 1. Alt. BGB durch Er-

klärung gegenüber dem Bevollmächtigten erteilt, sind nachprüfbare Nachweise an das Bestehen einer Vollmacht zu erbringen. Nichts anderes gilt aber, wenn die Erteilung der Vollmacht nach § 167 Abs. 1, 2. Alt. BGB durch Erklärung gegenüber der Gesellschaft erfolgt. Auch wenn es hier an sich bei der möglichen Formfreiheit der Vollmacht nach §§ 134 Abs. 3 AktG, 167 Abs. 2 BGB verbleiben kann, ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit eine „nachweisbare“ Vollmachtserteilung zu fordern. Eine mündlich erteilte Vollmacht genügt hierfür nicht.⁸¹ Ausreichend sind demgegenüber Vollmachtserteilungen per E-Mail gegenüber der Gesellschaft. Zur Identifizierung des jeweiligen Aktionärs gegenüber der Gesellschaft können Code-Nummern (PIN-Nummern) oder eine sog. Aktionärsnummer verwendet werden.

c) Organisierte und verdeckte Stimmrechtsvertretung

Die zeitliche Beschränkung der Geltungsdauer von Vollmachten an Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen nach § 135 Abs. 2 S. 1 AktG a. F. auf 15 Monate entfällt ersatzlos.⁸² Die Erteilung von Weisungen bei Stimmrechtsvollmachten an Kreditinstitute/Aktionärsvereinigungen ist zu erleichtern, § 128 Abs. 2 S. 5 AktG. Der Gesetzgeber nennt als Beispiel die Verwendung eines Formblatts oder eines Bildschirmformulars.

Auch eine verdeckte Stimmrechtsvertretung bei Namensaktionären durch Kreditinstitute oder Aktionärsvereinigungen ist künftig möglich. Das Erfordernis der Namensnennung in § 135 Abs. 7 S. 1 AktG a. F. fällt weg.⁸³ Namensaktien werden damit Inhaberaktien gleichgestellt. Demgegenüber bleibt es dabei, dass eine solche verdeckte Stimmrechtsvertretung bei einer nicht organisierten Stimmrechtsvertretung außerhalb des § 135 AktG, bei der allein § 134 AktG gilt, weiterhin unzulässig ist.⁸⁴

Die Legitimation des Vertreters, d. h. der Nachweis, dass der Vertretene tatsächlich Aktionär ist, erfolgt dabei zunächst aus der Eintragung im Aktienregister nach § 67 Abs. 2 AktG. Hierbei muss allerdings das Kreditinstitut offenbaren, für wen es als verdeckter Stimmrechtsvertreter auftritt. Möglich ist in dessen, den Nachweis der Stimmberechtigung allein dadurch zu erbringen, dass die in der Satzung vorgesehenen Erfordernisse der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung erfüllt werden, § 135 Abs. 4 S. 3 AktG n. F. Dies erfolgt i. d. R. durch Hinterlegung der Aktien bei einer geeigneten Hinterlegungsstelle, § 135 Abs. 4 S. 3, 2. Halbsatz AktG n. F. Stellt man hierbei im Hinblick auf die Legitimationswirkung allein auf die Hinterlegung ab, so hätte demgegenüber die Wirkung der Eintragung im Aktienregister nach § 67 Abs. 2 AktG nur noch geringe Bedeutung. *Noack* hält es deshalb für gerechtfertigt, dass entweder qua Satzungsregel nach § 135 Abs. 4 S. 3, 1. Halbsatz AktG n. F. bzw. bei Fehlen einer solchen Klausel in Abweichung zu § 135 Abs. 4 S. 3, 2. Halbsatz AktG n. F. allein dem im Register eingetragenen Aktionär eine Eintrittskarte ausgestellt wird, von der er dann nach Belieben selbst oder durch einen Bevollmächtigten Gebrauch machen kann.⁸⁵

⁷⁶ Erschwerungen waren auch schon nach altem Recht unzulässig. Vgl. KölnKomm-AktG/Zöllner, § 130 Rdnr. 83; *Godin/Wilhelmi*, § 130 Anm. 16.

⁷⁷ *Noack*, ZIP 2001, 57 f.; *Hüther*, Die AG 2001, 68 ff.

⁷⁸ *Noack*, ZIP 2001, 57, 58.

⁷⁹ *Noack*, ZIP 2001, 57, 59.

⁸⁰ Vgl. zum Problem der Legitimation des Aktionärs bei verdeckter Stimmrechtsvertretung: *Noack*, ZIP 2001, 57, 59 ff.

⁸¹ *Noack*, ZIP 2001, 57, 58.

⁸² Dies führt zu einer Stärkung der Stellung von Kreditinstituten, wenn ihnen z. B. bei der Depotöffnung Vollmacht erteilt wurde und der Aktionär alsdann untätig bleibt. Die Bank kann dann wegen der fortbestehenden Vollmacht das Stimmrecht nach eigenem Belieben ausüben. Vgl. *Hüther*, MMR 2000, 521, 524.

⁸³ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 945.

⁸⁴ *Noack*, ZIP 2001, 57, 58.

⁸⁵ Ausführlich *Noack*, ZIP 2001, 57, 59 f.

d) Von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter (Proxy-Voting)

Gesetzlich anerkannt sind zukünftig auch von der Gesellschaft eingesetzte Stimmrechtsvertreter,⁸⁶ § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.⁸⁷ Über den Rahmen des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG hinaus ist nunmehr eine Stimmrechtsvertretung durch die Verwaltung selbst möglich. Nach der Begründung des Rechtsausschusses im Bundestag, aufgrund dessen Betreiben diese Regelung erst ins Gesetz aufgenommen wurde, handelt es sich dabei zunächst um eine rudimentäre Bestimmung zur Angleichung an das im angloamerikanischen Rechtskreis bekannte Proxy-Voting-Verfahren.⁸⁸

In § 134 Abs. 3 S. 3 AktG ist bestimmt, dass im Falle eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter die Vollmachtserklärung drei Jahre lang nachprüfbar festzuhalten ist. Im Übrigen wird die entsprechende Anwendung der § 135 Abs. 4 S. 1 bis 3 AktG n. F. angeordnet. Keine Hinweise enthält das Gesetz jedoch zu der Frage, wie der Gesellschaftsvertreter von seiner Stimmrechtsvollmacht Gebrauch machen darf, wenn zwar eine wirksame Bevollmächtigung vorliegt, jedoch keine Weisungen, in welcher Art und Weise zu den einzelnen Tagesordnungspunkten abzustimmen ist. Da auch hier zu besorgen ist, dass aufgrund einer Interessenkollision der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft im Sinne der Verwaltung abstimmen wird, darf dieser analog § 135 Abs. 1 S. 2 AktG von der Vollmacht nur Gebrauch machen, wenn entsprechende Einzelanweisungen vorliegen.⁸⁹ Im Übrigen muss er sich der Stimme enthalten.⁹⁰ Für die Eintragung im Teilnehmerverzeichnis gilt auch hier § 129 Abs. 2 S. 2 AktG. Im Rahmen der Stimmrechtsvertretung brauchen die Namen der Vollmachtgeber nicht im Teilnehmerverzeichnis aufgenommen zu werden. Eine verdeckte Stimmrechtsausübung, wie sie aufgrund der Verweisung in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG auch bei dem von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter denkbar erscheint, scheitert jedoch an der Vorgabe, die Vollmachtserteilung nachprüfbar festzuhalten, § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.⁹¹

e) Prüfung der Vollmachten durch den Notar

Zu beachten ist in all diesen Fällen der Bevollmächtigung, aber auch sonst, dass der Notar die Identität der Beteiligten nicht zu prüfen braucht. Namentlich die Prüfung der Aktionärs-eigenschaft sowie die Prüfung der wirksamen Stimmrechtsvertretung ist Sache der Gesellschaft.⁹²

8. Bekanntmachungen bei der Zweigniederlassung, §§ 13 ff. HGB

In einem neuen § 13 Abs. 6 HGB sind die Bekanntmachungen von Eintragungen im Handelsregister des Gerichts der Zweig-

niederlassung von Unternehmen mit Sitz in Innland geregelt. Der Inhalt dieser Bekanntmachungen wird auf die für die Zweigniederlassung wesentlichen Verhältnisse beschränkt. Diese wesentlichen, bekanntzumachenden Verhältnisse sind in § 13 Abs. 6 HGB n. F. enumerativ aufgezählt.

In Folge dieser Änderungen des § 13 Abs. 6 HGB n. F. entfallen die bisherigen § 13a Abs. 4 und 13b Abs. 4 HGB. Der neugefasste § 13c Abs. 2 S. 3 HGB beschränkt schließlich die Bekanntmachung von Eintragungen in das Handelsregister der Zweigniederlassung auf die in § 13 Abs. 6 HGB aufgeführten wesentlichen Tatsachen.

III. Änderungen außerhalb des AktG

Mit der Neufassung der §§ 162 Abs. 2, 175 S. 2 HGB sind künftig bei der Bekanntmachung der Eintragung einer Kommanditgesellschaft bzw. der Bekanntmachung der Änderung der Einlage keine Angaben zu den Kommanditisten mehr zu machen. Begründet wird dies damit, dass die Angaben zu den Kommanditisten für den Rechtsverkehr von untergeordneter Bedeutung sind, da die Kommanditisten nach dem gesetzlichen Modell von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Nach Eintragung der Kommanditisten ist ihre Haftung auf die Einlage beschränkt, § 172 Abs. 1 HGB. Entscheidend ist allein die Bekanntgabe des Betrages der gesamten Kommanditeinlage. Die Zahl der Kommanditisten muss nicht mehr angegeben werden, weil diese keinen Rückschluss auf die Kommanditeinlage zulässt.⁹³

IV. Resümee/Ausblick

Mit In-Kraft-Treten des NaStraG hat der Gesetzgeber das Aktienrecht den neuen Medien geöffnet.⁹⁴ Der Gesetzgeber hat darüber hinaus die Chance genutzt, durch Erleichterung der Regelungen über die Stimmrechtsvollmachten eine höhere Präsenz auf den Hauptversammlungen, namentlich bei einem internationalen Aktionärskreis zu ermöglichen. Während bisher nur die Erteilung von Weisungen nach vorheriger schriftlicher Bevollmächtigung mittels Internet möglich war, ist nach NaStraG nunmehr auch die Erteilung der Vollmacht selbst per Mausclick zulässig. Auch die Mitteilungen der Gesellschaft können nunmehr auf elektronischem Weg erfolgen. Der wesentliche Inhalt des NaStraG ist deshalb zu begrüßen. Defizite enthält das Gesetz dagegen im Hinblick auf § 52 AktG, bezüglich der Verschlechterung der Kommunikationsmöglichkeiten der Aktionäre untereinander wegen des reduzierten Einsichtsrechts in das Aktienregister, aber auch beim sog. „Proxy-Voting.“

Ob der Gesetzgeber mit dem NaStraG zugleich den Weg vorbereitet hat für eine virtuelle Hauptversammlung im Internet, ist damit noch nicht entschieden.⁹⁵ Diese Frage ist vielmehr eingebunden in die derzeit noch im Fluss befindliche Diskussion um die „Corporate Governance.“

Im Kern geht es dabei um die Lehre von einer optimalen Unternehmensführung und Überwachung dieser Führung. Ausgangspunkt sind die Prinzipien der OECD zur Unternehmens-

⁸⁶ Vgl. zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten: *Preissler*, WM 2001, 113 ff. (dieser auch zur Ausübung der Aktionärsrechte durch in den USA ansässige Aktionäre), *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 399; *Hüther*, Die AG 2001, 68, 73 ff. m.w.N.

⁸⁷ *Noack*, ZIP 2001, 57, 61; *Goedecke/Heuser*, BB 2001, 369, 371, 372 f.

⁸⁸ BT-Drucks. 14/4618, 14.

⁸⁹ *Preissler*, WM 2001, 113, 114; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62; kritisch wegen dieser Interessenkollision zum Proxy-Voting insg. *Hüther*, Die AG 2001, 68, 72 ff.

⁹⁰ *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

⁹¹ *Noack*, ZIP 2001, 57, 62 f.

⁹² HV Hdb./*Volhard*, I H Rdnr. 12; *Zimmermann*, in: *Seibert/Kiem*, Rdnr. 563 und Rdnr. 606.

⁹³ Reg.-Begr., ZIP 2000, 937, 948.

⁹⁴ So *Spindler*, ZGR 2000, 420, 439.

⁹⁵ S. dazu *Noack*, BB 1998, 2533; *Zwissler*, GmbHR 2000, 28; *Rieger/Mutter*, ZIP 1998, 637; *Hasselbach*, ZGR 2000, 258; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 433 ff.; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 394 ff.; HV Hdb./*Zuther*, I B Rdnr. 579 ff.

führung und Kontrolle von 1999.⁹⁶ Fortgeführt werden diese Prinzipien in Deutschland durch die „Corporate Governance-Grundsätze“ der Grundsatzkommission vom Juli 2000⁹⁷ sowie – alternativ/ergänzend – durch den „German Code of Corporate Governance“ des Berliner Initiativkreises.⁹⁸

Wesentliche Punkte dieser Grundsätze sind der Schutz der Aktionärsrechte, die Gleichbehandlung der Aktionäre sowie Offenlegung und Transparenz (Auskunfts- und Offenlegungspflichten über alle Angelegenheiten des Unternehmens). Im Hinblick auf eine virtuelle Hauptversammlung fordern diese Prinzipien den Abbau von vermeidbaren Barrieren und Kosten für die Ausübung der Mitwirkungsrechte durch die Aktionäre. Solche bestehen namentlich dann, wenn dem

⁹⁶ OECD Principles of Corporate Governance, mit Vorbemerkungen von *Seibert*, Die AG 1999, 337 ff.; <http://www.oecd.org/daf/governance/principles.htm>.

⁹⁷ <http://www.corgov.de>; *Schneider/Strenger*, Die AG 2000, 106; *Clausen/Bröcker*, Die AG 2000, 481; *Sünder*, Die AG 2000, 492; Die AG 2000, R 315; vgl. dazu die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins ggb. der Regierungskommission „Corporate Governance“, http://www.rws-verlag.de/volltext/dnotv_01.htm.

⁹⁸ <http://www.gccg.de>; *Peltzer/v. Werden*, Die AG 2001, 1.

Aktionär aufgrund seines Wohnsitzes eine persönliche Teilnahme an der Hauptversammlung nicht möglich ist.⁹⁹

Diesen Grundsätzen kommt das NaStraG durch die Möglichkeit der virtuellen Vollmachten- als auch Weisungserteilung durch den Aktionär entgegen. Weitere Schritte des Gesetzgebers jedoch, etwa in Form eines „NaStraG II“ mit einer Stimmabgabe über Mausklick außerhalb der Präsenz-Hauptversammlung, aber auch die virtuelle Hauptversammlung selbst sind entscheidend davon abhängig, welchen Stellenwert die Hauptversammlung künftig haben soll und was von ihr erwartet wird, ein Forum für die unternehmerische Selbstdarstellung, ein Notartermin zur Protokollierung der via Internet abgegebenen Stimmen, oder eine Plattform, auf der informierte Aktionäre um die beste Strategie des Unternehmens ringen.¹⁰⁰

⁹⁹ *Balz*, Corporate Governance und Internet-Hauptversammlung, 5 ff., Vortrag bei der Tagung: Unternehmensrecht und Internet, 12./13.5.2000, Düsseldorf, <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/hv/tagung/htm>.

¹⁰⁰ *Seibert*, Unternehmensrecht und Internet – Ausblick aus der Sicht der deutschen Rechtspolitik, 11, Vortrag bei der Tagung: Unternehmensrecht und Internet, 12./13.5.2000, Düsseldorf, <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/hv/tagung/htm>.

Staatliche Genehmigungserfordernisse bei GmbH-Gründungen

Von Notar *Dr. Stefan Gottwald*, Pappenheim

Die meisten in der Praxis gängigen Kommentare und Handbücher beschränken sich lediglich auf die Auflistung einzelner Genehmigungsvorbehalte bei GmbH-Gründungen¹. Im Folgenden soll daher ein genauerer Überblick über die wichtigsten Genehmigungserfordernisse gegeben werden². Hierbei werden sowohl die einzelnen genehmigungsbedürftigen Tätigkeiten unter Angabe der einschlägigen Gesetzestexte tabellarisch wiedergegeben als auch diejenigen Gewerbe aufgelistet, die als Handwerk betrieben werden können (§ 1 Abs. 2 HandwO). Abschließend sind noch die handwerksähnlichen Gewerbe (§ 18 Abs. 2 HandwO) dargestellt³.

¹ Vgl. *Heinrich* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, Rdnr. 27; *Riester*: Gestaltung von GmbH-Verträgen, 4. Aufl., S. 16 ff.; *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraktikum, Rdnr. 28; *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 16 f.; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9; *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 3. Aufl., S. 313 ff.

² Der Verfasser orientiert sich hierbei an der Auflistung von *Barthel* in: Heidelberger Kommentar zum GmbHRecht, § 8 Rdnr. 16. Da die meisten Registerrichter sich ebenfalls an dieser Kommentierung orientieren, erscheint sie für die Praxis als ausreichend. Sie wurde jedoch aktualisiert und um zahlreiche weitere praxisrelevante Genehmigungstatbestände ergänzt.

³ Eine umfassende Zusammenstellung der wichtigsten gewerberechtlichen Zulassungsvorschriften findet sich in: Schriften und Arbeitspapiere der IHK Nürnberg für Mittelfranken Nr. 105/90, zu beziehen über die IHK Nürnberg. Diese Zusammenstellung enthält neben einigen wichtigen staatlichen Genehmigungserfordernissen i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG außerdem noch Angaben über personen- und betriebsbezogene Zulassungsbeschränkungen sowie zu überwachungspflichtigen Gewerben. Es sind die entspre-

I. Einleitung

Nach § 3 Nr. 2 GmbHG ist der Unternehmensgegenstand zwingender Satzungsinhalt. Seine Festsetzung dient zunächst der Nachprüfung der Zulässigkeit des Gesellschaftszwecks durch das Registergericht⁴, wobei nach § 1 GmbHG Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden können⁵. Des Weiteren dient die Festsetzung des Gegenstandes in der Satzung dem Schutz der Gesellschafter vor Willkür der Geschäftsführer⁶ sowie der Unterrichtung der Öffentlichkeit⁷.

Die Registergerichte verlangen bekanntlich eine gewisse Konkretisierung und Umgrenzung des Gegenstandes, so dass Vertragsklauseln wie „Handel mit Waren aller Art“ oder „Erledigung sämtlicher Dienstleistungen“ beanstandet werden⁸. Die Beurkundung derart weitgefaster Gegenstände ist auch nicht erforderlich, um den Gesellschaftern ein möglichst weites geschäftliches Betätigungsfeld offen zu halten und spätere Satzungsänderungen zu vermeiden. Nach einem grundlegen-

chenden Gesetzesbestimmungen angegeben, ferner die jeweils zuständige Behörde sowie die wesentlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigungen bzw. Zulassungen.

⁴ Vgl. *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraktikum, Rdnr. 27.

⁵ Es bestehen nur wenige Ausnahmen, z. B. Versicherungen, Hypothekenbanken, Bausparkassen.

⁶ Vgl. BayObLG GmbHR 1976, S. 38. § 37 Abs. 1 GmbHG sieht eine Bindung der Geschäftsführer an den Gesellschaftsvertrag vor, allerdings gem. § 37 Abs. 2 GmbHG ohne Außenwirkung.

⁷ OLG Hamburg GmbHR 1968, S. 118.

⁸ BayObLG GmbHR 1994, S. 705.

den Beschluss des BGH sind die Gesellschafter lediglich verpflichtet, den Gegenstand des Unternehmens so bestimmt anzugeben, dass der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftszweige hinreichend erkennbar ist⁹. Die Kautelarpraxis kann sich deshalb nach h.M. damit begnügen, lediglich den oder die Kernbereiche der Tätigkeit der GmbH konkret zu umschreiben¹⁰, ohne dass dadurch die Gesellschaft vom Betreiben weiterer Unternehmensgegenstände ausgeschlossen wäre.¹¹

Zu beachten ist zudem, dass es auf den Unternehmensgegenstand als solchen ankommt. Genehmigungen für Anlagen, die die Gesellschaft herstellt oder betreibt (vgl. z. B. § 4 ff. BImSchG, §§ 7 ff. AtomG) fallen nicht unter § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, ebensowenig ausländerrechtliche Genehmigungen oder bloße gesetzliche Anzeigerfordernisse (etwa nach § 14 GewO)¹².

II. Verfahrensfragen

Bedarf der Gegenstand des Unternehmens einer staatlichen Genehmigung, ist die Genehmigungsurkunde gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG der Handelsregisteranmeldung beizufügen. Die Genehmigung, die der Gesellschaft als solcher (nicht nur einem Gesellschafter oder dem Geschäftsführer) erteilt werden muss¹³, ist Voraussetzung für die Eintragung in das Handelsregister¹⁴.

⁹ Eine darüber hinausgehende Individualisierung bis in die letzten Einzelheiten der Geschäftstätigkeit ist weder aus Gründen des Verkehrsschutzes noch dazu erforderlich, innergesellschaftlich das Tätigkeitsfeld der Geschäftsführer zu umgrenzen. Vielmehr kann das Unternehmen ein Interesse daran haben, die Geschäftsentwicklung nicht durch eine zu eng gefasste Bestimmung über den beabsichtigten Geschäftsbereich unnötig zu behindern. Auch die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist legitim. Dies rechtfertigt es, die Anforderungen an die Angabe des Unternehmensgegenstandes nicht zu hoch zu schrauben und damit die Bezeichnung des Kernbereichs der Geschäftstätigkeit ausreichen zu lassen; vgl. BGH GmbHR 1981, S. 188; *Weilner*, JZ 1986, S. 721 und BGH GmbHR 1981, S. 188.

¹⁰ Lediglich gegen eine GmbH, deren Gegenstand nicht oder nicht mehr mit einem tatsächlichen Geschäftsbereich übereinstimmt, kann das Registergericht nach § 144 Abs. 1 S. 2 FGG ein Amts-löschungsverfahren betreiben; vgl. *Scholz/Emmerich*, § 3 Rdnr. 16; *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraktikum, Rdnr. 27.

¹¹ Gegenstandsfremde Geschäfte sind gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich wirksam (anders die ultra-vires-Lehre mancher ausländischer Rechtsordnungen, vgl. *Baumbach/Hueck*, § 35 Rdnr. 38). Eine Ausnahme gilt jedoch für Geschäfte, die ein rechtliches Hindernis für die Weiterverfolgung des Gesellschaftszweckes bilden, insbesondere der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen analog § 293 Abs. 2 AktG. Hier ist ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter (³/₄-Mehrheit) Wirksamkeitsvoraussetzung des Unternehmensvertrages auch im Außenverhältnis, vgl. *Baumbach/Hueck* § 35 Rdnr. 46 und Schlussanhang I Rdnr. 41. Nach a. A. sind dagegen alle (auch faktischen) Satzungsänderungen trotz § 37 Abs. 2 GmbHG nicht von der organschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt. Nach dieser Mindermeinung sind daher jedenfalls solche Rechtsgeschäfte, die evident außerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes liegen, unwirksam, vgl. *Wiedemann*: Gesellschaftsrecht, Bd. I 1980 S. 524; ähnlich *Roth/Altmeyden*, § 37 Rdnr. 21 u. Rdnr. 31 ff.

¹² Vgl. *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 17; *Heinrich* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, § 8 Rdnr. 26.

¹³ Vgl. KG, HRR 1932 Nr. 1760; *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 14; *Hachenburg/Ulmer*, § 8 Rdnr. 14; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9.

¹⁴ § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG schränkt insoweit § 7 GmbHG ein; vgl. BayObLGZ 1976, S. 12 f.; OLG Hamm WM 1980, S. 22; *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 14 m.w.N.

Die staatliche Genehmigungserteilung ist zuweilen jedoch davon abhängig, dass die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bereits vor der Erteilung der Genehmigung erfolgt ist und nachgewiesen wurde (vgl. z. B. § 15 Abs. 4 S. 2 GüKG). In diesen Fällen behilft sich die Praxis mit einer sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung¹⁵. In ihr bestätigt die Genehmigungsbehörde, dass die Erteilung der Genehmigung nach Eintragung der GmbH in das Handelsregister gewährleistet ist¹⁶. Der Registerrichter hat demgegenüber auf Verlangen zu bescheinigen, dass die Gesellschaft im Übrigen eintragungsfähig ist¹⁷. Bei begründeten Zweifeln an der Genehmigungsfreiheit kann das Gericht ein sog. Negativattest anfordern¹⁸. Ergibt die Auslegung der Satzung, dass der Gegenstand des Unternehmens sowohl genehmigungspflichtige als auch genehmigungsfreie Tätigkeiten umfassen soll, so kann, wenn die Genehmigung fehlt oder versagt worden ist, ein Teil nicht für sich alleine eingetragen werden¹⁹, selbst wenn der Unternehmensgegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise an sich teilbar wäre²⁰.

Die früher umstrittene Frage, ob die Eintragung einer ein Handwerk betreibenden GmbH in die Handwerksrolle Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ist, hat der BGH dahin entschieden, dass die Eintragung in die Handwerksrolle einer staatlichen Genehmigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG gleichzusetzen ist und dass es ihrer auch dann bedarf, wenn nur ein Teil des Unternehmensgegenstandes der Handwerksordnung unterfällt²¹. Handelsrechtlich ist allerdings nicht die Meistereigenschaft des Geschäftsführers erforderlich. Es genügt vielmehr, dass ein entsprechender Betriebsleiter vorhanden ist, § 7 HandwO. Für die

¹⁵ Vgl. *Heinrich* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band III., § 8 Rdnr. 26; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9.

¹⁶ Die Entscheidung der Genehmigungsbehörde ist für den Registerrichter bindend; vgl. BGHZ 102, S. 214; *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 14; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9; *Luther/Hommelhoff*, § 8 Rdnr. 7; *Heinrich* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, § 8 Rdnr. 25.

¹⁷ Vgl. *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 14, 30; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9; *Luther/Hommelhoff*, § 8 Rdnr. 7.

¹⁸ Vgl. BayObLG, BB 1979, S. 1467.

¹⁹ Vgl. BayObLG, DB 1979, S. 2028.

²⁰ Sofern die Angabe des Unternehmensgegenstands sehr weit gefasst ist, kommt es auf den durch Auslegung der Satzung zu ermittelnden wirklichen Zweck und nicht darauf an, was denkbarer Weise alles darunter zu verstehen sein könnte. Gleichwohl wird vielfach von den Registergerichten ein ausdrücklicher Ausschluss genehmigungspflichtiger Gegenstände (ähnlich etwa: „... ausgenommen sind Geschäfte, die eine besondere behördliche Erlaubnis voraussetzen“) verlangt, falls nicht die entsprechenden Genehmigungen vorgelegt werden. Dies erscheint bedenklich, da die Satzung den Unternehmensgegenstand positiv und nicht negativ umschreiben soll. M.E. kann daher eine Klarstellung, das genehmigungspflichtige Geschäfte nicht betrieben werden, auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgen (ebenso *Riester*: Die Gestaltung von GmbH-Verträgen, 4. Aufl., S. 18). Es kommt also nicht darauf an, was sich denkbarer Weise alles unter den Unternehmensgegenstand subsumieren ließe; es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, das eine selbstständig ausübbare und nach der Verkehrsüblichkeit regelmäßig nicht mit anderen Geschäftszweigen ausgeübte genehmigungspflichtige Tätigkeit, welche vom Wortsinn der Angabe im Statut noch erfasst wird, gewollt ist (vgl. *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 15). Entscheidend ist vielmehr, was die Gesellschaft nach den Gesamtumständen bei objektiver Betrachtung konkret bezweckt (OLG Celle, NJW 1964, S. 1964; *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 15 m.w.N.); vgl. *Scholz/Winter*, § 8 Rdnr. 15; *Baumbach/Hueck*, § 8 Rdnr. 9.

²¹ Vgl. BGH GmbHR 1988, S. 135.

Praxis bietet sich zudem die Möglichkeit, die GmbH zunächst mit dem genehmigungsfreien Unternehmensteil einzutragen²², dann die Eintragung in die Handwerksrolle zu betreiben und anschließend die Erweiterung des Unternehmensgegenstandes im Wege der Satzungsänderung vollziehen zu lassen.

III. Einzelne Genehmigungserfordernisse

1. Genehmigungsbedürftige Tätigkeiten

Stichwort	Erläuterungen
Abfallbeseitigung	siehe Müllbeseitigung
Abschleppunternehmen	keine Genehmigung
Abwasser- und Wasserversorgungsanlagen	Bau von Abwasser- und Wasserversorgungsanlagen, Art. 41 e BayWasserG
Altenheim	§ 6 Heimgesetz
Adressenvermittlung	Sammeln und Aktualisieren von Immobilien- und Wohnungsangeboten und Weitergabe der Informationen an Immobilien- und Wohnungssuchende, § 34 c 1 Nr. 1 a GewO
Altmetall	siehe Metall
Anlagen mit schädlichen Umwelteinwirkungen	§ 4 BundesimmissionsG
Anteilscheinvermittlung	§ 34 c Abs. 1 Ziffer 1 b GewO
Apotheke	Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform der GmbH ist nicht zugelassen, § 8 des Gesetzes über das Apothekenwesen
Arbeitnehmerüberlassung	Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung: § 1 Abs. 1 ArbeitnehmerüberlassungsG
Arbeitsvermittlung	§ 291 SGB III i. V.m. 293 SGB III
Arzneimittel	Herstellung von Arzneimitteln: § 13 ArzneimittelG, Inverkehrbringen § 1 II ApG i. V.m. § 43 I AMG
Atom	Einfuhr und Ausfuhr von Kernbrennstoffen, Betrieb von Kernanlagen: §§ 3, 7 AtomG; Aufbewahrung von Kernbrennstoffen: § 6 AtomG; für jede Maßnahme Einzelgenehmigung
Auktion	siehe Versteigerung
Ausländische Gesellschaften	Generell keine Genehmigung für Gewerbebetrieb einer ausl. jur. Person, soweit nicht KWG oder VAG (Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen, BGBl. I. 1983, S. 1261) gilt. § 12 GewO wurde aufgehoben durch G. v. 25.7.84 – BGBl. I 1984, 1008

²² Genehmigungsfrei ist etwa die Verwaltung eigenen Vermögens; insoweit liegt kein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB vor, da die mit der Eintragung der Gesellschaft verbundene Rechtsfolge der Haftungsbegrenzung gerade eintreten soll.

Auswanderung	§§ 1, AuswandererschutzG, BGBl. I 1975, 774 ff.
Bank	Das Betreiben von Bankgeschäften: §§ 1, 32 KWG.
Baubetreuer	Durchführung von Bauvorhaben im fremden Namen für fremde Rechnung oder deren Vorbereitung: § 34 c I Nr. 2 GewO
Bauherr	Durchführung von Bauvorhaben unter Verwendung von Vermögenswerten Nutzungsberechtigter: § 34 c GewO
Bausparkasse	siehe Bank
Bauträger	Durchführung von Bauvorhaben im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung: § 34 c I Nr. 2 GewO
Beherbergung	siehe Gaststätten
Bergbau	Aufsuchen von Bodenschätzen: § 6 BundesbergG
Betäubungsmittel	Handel mit, Anbau oder Herstellung von Betäubungsmitteln, § 3 BTMG
Bewachungsgewerbe	Bewachung von Personen oder fremdem Eigentum: § 34 a GewO
Börsenmakler	Die Zulassung auch jur. Personen als Börsenmakler durch die zuständige Wertpapierbörse ist keine staatliche Genehmigung
Buchhaltung	siehe Steuerberater
Buchmacher	gewerbsmäßige Vermittlung von Rennwetten: § 2 Rennwett- u. Lotterieg
Chemie	siehe Arzneimittel (keine generelle Genehmigung nach dem ChemG)
Darlehensvermittlung	§ 34 c GewO
Ehemakler/-vermittler	keine Genehmigung
Ehrenzeichen	Vertrieb von Orden und Ehrenzeichen: § 14 OrdenG
Eisenbahn	Betrieb und Bau öffentlicher Eisenbahnen: § 4 II Allgemeines EisenbahnG
Entwicklungsträger	§ 167 Abs. 2 BauGB
Explosionsgefährliche Stoffe	Umgang, Verkehr, Beförderung: § 7 SprengG
Fähren	siehe Gewässer
Fahrgastbeförderung	Kraftomnibus (mehr als acht Fahrgastplätze) § 15 d StVZO Taxi, Mietwagen, Krankenkraftwagen, PKW zu Ausflugsfahrten oder Ferienzeilen: 15 d StVZO i. V.m. § 48 PBefG
Fahrschule	§ 10 FahrlehrerG
Fernmeldewesen	Errichtung oder Betrieb von Fernmeldeeinrichtungen: § 2 FernmeldeanlageG

Fernsehen	Private Fernsehveranstalter: u. U. gemäß Staatsvertrag Zulassungserfordernis, vgl. z. B. Staatsvertrag zw. Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland. GVBl. Hessen 1989, 397, Art. 2	Heilpraktiker	Ausübung der Heilkunde ohne Approbation: § 1 HeilpraktikerG
Fernunterricht	§ 12 FernunterrichtsschutzG vom 24.8.1976, BGBl. I, 2525 ff.	Inkasso	§ 1 Nr. 4 Rechtsberatungsg
Finanzdienstleistungen	§ 32 I KWG	Investment	siehe Kapitalanlagegesellschaft
Finanzierung	Betreiben von Bankgeschäften: § 1 KWG	Imbissstuben	Betrieb von Imbissstuben im Reisegewerbe: § 2 GaststättenG
Finanzierungsvermittlung	§ 34 c GewO (Abgrenzung zu §§ 1, 32 I UWG, vgl. Zerwas, BB 1998, S. 2481)	Immobilienmakler	siehe Grundstücksmakler
Finanzmakler	siehe Darlehensvermittlung Finanzierungsvermittlung Kapitalanlage	Kapitalanlage	Kapitalanlagegesellschaft: § 1 KAGG i.V.m. § 32 KWG Vermittlung von Kapitalanlagen: § 34 GewO
Fluglehrer	siehe Pilotenausbildung: § 5 I LuftVG	Kartell	verschiedene Kartelle, § 11 GWB
Flugzeuge	siehe Luftverkehr	Kernkraftwerke	siehe Atom
Frachtführer	Prüfung von Frachtrechnungen und Verfolgung von Frachterstat- tungsansprüchen: § 1 RBERG	Kernbrennstoffe	Transport: siehe Güterkraftver- kehr Aufbewahrung: siehe Atom
Gaststätten	Betrieb einer konkreten Gast- stätte: a) Schankwirtschaft b) Speisewirtschaft c) Beherbergungsbetrieb §§ 2, 3, 4 GastG	Krankheitserreger	Arbeit und Verkehr mit Krank- heitserregern: § 19 BSeuchG
Gemeindeunternehmen	Genehmigung der Rechtsauf- sichtsbehörde – bei GmbH- Gründung oder Beteiligung einer Gemeinde an einer GmbH, Art. 91 II BayGO	Krankenhaus	Privatkrankenanstalten: § 30 GewO
Gewässer	Benutzung von Gewässern (Entnahme von Wasser, Auf- stauen) § 2 WasserhaushaltsG	Krankenkasse	siehe Versicherungsgeschäfte
Gifthandel, Gifte	Inverkehrbringen giftiger Stoffe und ihre Zubereitung: § 2 ChemikalienverbotsVO	Kreditinstitute	siehe Bank
Glücksspiele	§ 33 h GewO	Kreditvermittlung	siehe Darlehensvermittlung
Grundstücksmakler	§ 34 c GewO	Lotterie	§§ 1, 2 LotterieVO
Güterkraftverkehr	§§ 1 I, 3 I GüKG, 6, 80 GüKG	Luftverkehr	Luftfahrzeuge: § 2 LuftVG Flugplätze: § 6 LuftVG Luftfahrtunternehmen: § 20 LuftVG
Hafen, Landestelle	Betrieb, § 2 WHG i.V.m. Lan- desgesetzen, z. B. § 15 Hess. WG; siehe auch Gewässer	Makler	siehe Börsenmakler, Ehemakler, Finanzmakler, Grundstücks- makler
Handwerk	Die Eintragung in die Hand- werksrolle ist eine staatliche Ge- nehmigung i.S.d. § 8 GmbHG, BGH BB 1988, 426. Der Be- triebsleiter muss gem. § 7 IV HandwO die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllen. Eine tabellarische Auflistung der Gewerbe, die als Handwerk oder handwerksähnlich betrieben werden können, findet sich in Ziffer 2 und 3 dieses Beitrags (vgl. auch <i>Winkler</i> , ZGR 1989, 107)	Medienbetriebsgesell- schaft (für Bayern)	Rundfunkprogramme, Art. 23 Abs. 5 BayMedienG
		Metal	Genehmigungspflicht nach § 1 über den Verkehr mit unedlen Metallen – nur Altmetallhandel (Schrotthandel) aufgehoben durch G vom 25.7.84 BGBl. I 1984, 1008.
		Mietwagen	siehe Personenbeförderung
		Milchhandel	§§ 14, 35 MilchG (Ausnahme Fertigpackungen)
		Müllbeseitigung	Abfallbeseitigungsanlagen: § 31 Abs. 1 KrW/AbfG Einsammeln und Transport von Abfall: § 49 KrW/AbfG bzw. § 2 Abs. 1 KrW/AbfG
		Orden	Vertrieb von Orden und Ehren- zeichen: § 14 OrdenG
		Personenbeförderung	Personenbeförderung (Bus, PKW) im Linien- und Gelegenheitsver- kehr (Taxi): §§ 2, 46, 49 PBefG
		Pilotenausbildung (Fluglehrer)	§ 5 LuftVG
		Pfandleiher	Pfandleiher oder Pfandvermittler: § 34 GewO

Post	Briefbeförderung: § 5 I PostG siehe auch Fernmeldewesen	Treuhandgeschäfte	a) Vermögensverwaltung Dritter im eigenen Namen = Bankge- schäfte (z.B. Depotgeschäft); vgl. <i>BayObLG</i> BB 1989, 727
Privatkrankenanstalt	privates Krankenhaus, Nerven- klinik, Entbindungsanstalt: § 30 GewO		b) Revision von Büchern und Bilanzen: siehe Wirtschafts- prüfer
Privatschule (für Bayern)	Art. 92 BayEUG		c) Wirtschaftsberatung und Beratung in Steuer- und Ver- mögenssachen; siehe Steuer- berater, Wirtschaftsprüfer
Rechtsberatung	§ 1 RBerG. (zur AnwaltsGmbH vgl. §§ 59 c ff. BRAO)	Umzüge	Genehmigung nach § 37 GüKG erforderlich, wenn ein LKW mehr als 3,5 t Nutzlast besitzt
Reisegewerbe	§ 55 Abs. 2 GewO		
Rennwette	siehe Lotterie		
Rentenberatung	siehe Rechtsberatung	Unternehmensberatung	keine Genehmigung nötig, soweit dabei anfallende Steuer- und Rechtsberatung nur ergänzende Nebentätigkeit ist, vgl. BGH NJW 1981, S. 873.
Rundfunk	siehe Medienbetriebsgesellschaft		
Sammlungen (für Bayern)	Straßen- und Haussammlungen: Art. 1 BaySammlungsG	Unternehmensbeteiligung	§ 1 UBGG. Eine Unternehmens- beteiligungsgesellschaft darf nur in der Rechtsform einer Aktien- gesellschaft betrieben werden, § 2 Abs. 1 UBGG
Sanierungsträger	§ 158 Abs. 1 BauGB		
Schausteller	Art. 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO		
Schaustellungen von Personen	§ 33 a GewO	Urheberrechte	Wahrnehmung von Urheberrechten zur gemeinsamen Auswertung: § 1 des Gesetzes über die Wahr- nehmung von Urheberrechten vom 9.9.1965 (BGBl. I S. 1294)
Schrotthandel	siehe Metall (Genehmigungs- pflicht aufgehoben)		
Schule	Privatschulen: Zulassung nach den jeweiligen Landesgesetzen	Vermögensverwaltung	siehe Treuhandgeschäfte
Schusswaffen/Schießstätte	siehe Waffen	Versicherungsberatung	§ 1 Satz 2 RechtsberatungsG (nicht in der Rechtsform der GmbH möglich; Ausnahme: rein wirtschaftliche Beratung)
Seeverkehr	Seefrachtgeschäft, §§ 556 ff. HGB Personenbeförderung zur See, §§ 665 ff. HGB	Versicherungsgeschäfte	Versicherungsunternehmen: § 7 VAG; in der Rechtsform der GmbH nicht möglich
Signaturschlüssel	§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 SignaturG	Versicherungsvermittlung	keine Genehmigung erforderlich, aber firmenrechtliche Grundsätze. Nicht zugelassen sind Firmierun- gen: Versicherungsgesellschaft, Assekuranzgesellschaft, Versiche- rungsberatung, Treuhand
Spar- und Darlehenskasse	siehe Bank	Versteigerung	Versteigerung fremder beweg- licher Sachen und Grundstücke: § 34 b GewO
Sparkasse	siehe Bank	Verwertungsgesellschaften	Die Wahrnehmung von Nutzungs- rechten, Einwilligungsrechten oder Vergütungsansprüchen nach dem UrheberG für Errechnung mehrerer Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte § 1 UrheberrechtswahrnehmG
Spielbank (für Bayern)	Art. 1 BayerSpielbkG	Volksbanken	siehe Bank
Spiele	Geschicklichkeitsspiele: § 33 d GewO	Waffen	Herstellung von Waffen: § 7 WaffG, § 41 WaffG; Schießstätte: § 44 WaffG; Kriegswaffen: §§ 2 ff. KriegswaffenG (Herstellung, Export, Beförde- rung)
Spielhalle/Spielothek	Spiele und Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, §§ 33 c, 33 d GewO; 33 i GewO		
Sprachtelefondienst	Anbieten von Sprachtelefondienst auf Basis selbstbetriebener Tele- kommunikationsnetze: § 6 Abs. 1 Nr. 2 TelekommunikationsG		
Sprengstoffe	Umgang mit Sprengstoffen, §§ 7, 27 SprengG		
Steuerberater/ Steuerbevollmächtigter	§§ 2, 40, 49 ff. SteuerberatungsG		
Tankstelle	§ 9 VO über brennbare Flüssig- keiten (VbF) vom 13.12.1996, BGBl. I S. 1938 ff.		
Taxi	siehe Personenbeförderung		
Telefon	siehe Fernmeldewesen		
Telekommunikation	§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TelekomG		
Tierhandel	§ 11 TierschutzG		
Tierversuche	§ 8 TierschutzG		
Titel	siehe Orden		
Transport	siehe Güterkraftverkehr		

Warenermingsgeschäfte	Das Führen von Sammelkonten ist Depotgeschäft: § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 KWG, sofern in einem „Commodity pool“ zusammengeschlossen
Wertpapierhandel	§ 2 G über den Wertpapierhandel RGBL. I 1934, 1202 für Zusammenkünfte von Banken zum Zwecke des Wertpapierhandels. Vgl. auch § 1 DepotG für Wertpapiersammelbanken, RGBL. I 1937, S. 171 ff.
Wettbüro	siehe Lotterie
Wirtschaftsprüfer	Eine GmbH kann als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft anerkannt werden, §§ 1, 27 WirtschaftsprüferO. Sie muss diese Bezeichnung in der Firma führen
Wohnheim	siehe Gaststätten
Zertifizierungsstelle	§§ 4 I, 2 I SignaturG
Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften	siehe ausländische Gesellschaft

2. Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden können (§ 1 Abs. 2 HandwO)

A. Gruppe der Bau- und Ausbaugewerbe

Nr.

- 1 Maurer und Betonbauer
- 2 Ofen- und Luftheizungsbauer
- 3 Zimmerer
- 4 Dachdecker
- 5 Straßenbauer
- 6 Wärme-, Kälte- und Schallschutzisolierer
- 7 Fliesen-, Platten- und Mosaikleger
- 8 Betonstein- und Terrazzohersteller
- 9 Estrichleger
- 10 Brunnenbauer
- 11 Steinmetzen und Steinbildhauer
- 12 Stukkateure
- 13 Maler und Lackierer
- 14 Gerüstbauer
- 15 Schornsteinfeger

B. Gruppe der Elektro- und Metallgewerbe

- 16 Metallbauer
- 17 Chirurgiemechaniker
- 18 Karosserie- und Fahrzeugbauer
- 19 Feinwerkmechaniker
- 20 Zweiradmechaniker
- 21 Kälteanlagenbauer
- 22 Informationstechniker
- 23 Kraftfahrzeugtechniker
- 24 Landmaschinenmechaniker
- 25 Büchsenmacher
- 26 Klempner
- 27 Installateur- und Heizungsbauer
- 28 Behälter- und Apparatebauer

- 29 Elektrotechniker
- 30 Elektromaschinenbauer
- 31 Uhrmacher
- 32 Graveure
- 33 Metallbildner
- 34 Galvaniseure
- 35 Metall- und Glockengießer
- 36 Schneidwerkzeugmechaniker
- 37 Gold- und Silberschmiede

C. Gruppe der Holzgewerbe

- 38 Tischler
- 39 Parkettleger
- 40 Rolladen- und Jalousiebauer
- 41 Boots- und Schiffbauer
- 42 Modellbauer
- 43 Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher
- 44 Holzbildhauer
- 45 Böttcher
- 46 Korbmacher

D. Gruppe der Bekleidungs-, Textil- und Ledergewerbe

- 47 Damen- und Herrenschnneider
- 48 Sticker
- 49 Modisten
- 50 Weber
- 51 Seiler
- 52 Segelmacher
- 53 Kürschner
- 54 Schuhmacher
- 55 Sattler und Feintäschner
- 56 Raumausstatter

E. Gruppe der Nahrungsmittelgewerbe

- 57 Bäcker
- 58 Konditoren
- 59 Fleischer
- 60 Müller
- 61 Brauer und Mälzer
- 62 Weinküfer

F. Gruppe der Gewerbe für Gesundheits- und Körperpflege sowie der chemischen und Reinigungsgewerbe

- 63 Augenoptiker
- 64 Hörgeräteakustiker
- 65 Orthopädietechniker
- 66 Orthopädienschuhmacher
- 67 Zahntechniker
- 68 Friseure
- 69 Textilreiniger
- 70 Wachszieher
- 71 Gebäudereiniger

G. Gruppe der Glas-, Papier-, keramischen und sonstigen Gewerbe

- 72 Glaser
- 73 Glasveredler
- 74 Feinoptiker

- 75 Glasbläser und Glasapparatebauer
- 76 Glas- und Porzellanmaler
- 77 Edelsteinschleifer und -graveure
- 78 Fotografen
- 79 Buchbinder
- 80 Buchdrucker: Schriftsetzer; Drucker
- 81 Siebdrucker
- 82 Flexografen
- 83 Keramiker
- 84 Orgel- und Harmoniumbauer
- 85 Klavier- und Cembalobauer
- 86 Handzuginstrumentenmacher
- 87 Geigenbauer
- 88 Bogenmacher
- 89 Metallblasinstrumentenmacher
- 90 Holzblasinstrumentenmacher
- 91 Zupfinstrumentenmacher
- 92 Vergolder
- 93 Schilder- und Lichtreklamehersteller
- 94 Vulkaniseure und Reifenmechaniker

3. Verzeichnis der Gewerbe, die handwerksähnlich betrieben werden können (§ 18 Abs. 2 HandwO)

A. Gruppe der Bau- und Ausbaugewerbe

Nr.

- 1 Eisenflechter
- 2 Bautrocknungsgewerbe
- 3 Bodenleger
- 4 Asphaltierer (ohne Straßenbau)
- 5 Fuger (im Hochbau)
- 6 Holz- und Bautenschutzgewerbe (Mauerschutz und Holzimprägnierung in Gebäuden)
- 7 Rammgewerbe (Einrammen von Pfählen im Wasserbau)
- 8 Betonbohrer und -schneider
- 9 Theater- und Ausstattungsmaler

B. Gruppe der Metallgewerbe

- 10 Herstellung von Drahtgestellen für Dekorationszwecke in Sonderanfertigung
- 11 Metallschleifer und Metallpolierer
- 12 Metallsägen-Schärfer
- 13 Tankschutzbetriebe (Korrosionsschutz von Öltanks für Feuerungsanlagen ohne chemische Verfahren)
- 14 Fahrzeugverwerter
- 15 Rohr- und Kanalreiniger
- 16 Kabelverleger im Hochbau (ohne Anschlussarbeiten)

C. Gruppe der Holzgewerbe

- 17 Holzschuhmacher
- 18 Holzblockmacher

- 19 Daubenhauer
- 20 Holz-Leitermacher (Sonderanfertigung)
- 21 Muldenhauer
- 22 Holzreifenmacher
- 23 Holzschindelmacher
- 24 Einbau von genormten Baufertigteilen (z. B. Fenster, Türen, Zargen, Regale)
- 25 Bürsten- und Pinselmacher

D. Gruppe der Bekleidungs-, Textil- und Ledergewerbe

- 26 Bügelanstalten für Herren-Oberbekleidung
- 27 Dekorationsnäher (ohne Schaufensterdekoration)
- 28 Fleckteppichhersteller
- 29 Klöppler
- 30 Theaterkostümnäher
- 31 Plisseebrenner
- 32 Posamentierer
- 33 Stoffmaler
- 34 Stricker
- 35 Textil-Handdrucker
- 36 Kunststopfer
- 37 Änderungsschneider
- 38 Handschuhmacher
- 39 Ausführung einfacher Schuhreparaturen
- 40 Gerber

E. Gruppe der Nahrungsmittelgewerbe

- 41 Innerei-Fleischer (Kuttler)
- 42 Speiseeishersteller (mit Vertrieb von Speiseeis mit üblichem Zubehör)
- 43 Fleischzerleger, Ausbeiner

F. Gruppe der Gewerbe für Gesundheits- und Körperpflege sowie der chemischen und Reinigungsgewerbe

- 44 Appreteure, Dekateure
- 45 Schnellreiniger
- 46 Teppichreiniger
- 47 Getränkeleitungsreiniger
- 48 Kosmetiker
- 49 Maskenbildner

G. Gruppe der sonstigen Gewerbe

- 50 Bestattungsgewerbe
- 51 Lampenschirmhersteller (Sonderanfertigung)
- 52 Klavierstimmer
- 53 Theaterplastiker
- 54 Requisiteure
- 55 Schirmmacher
- 56 Steindrucker
- 57 Schlagzeugmacher

Nachweiserfordernisse bei zu überwachenden Vollzugsvoraussetzungen

Von Notarassessor *Michael Volmer*, Würzburg

Die in MittBayNot 2000, 466 abgedruckte Entscheidung des OLG Frankfurt zu den Amtspflichten des Notars im Zusammenhang mit einer Auflassungsvollmacht für Notarangestellte wurde dort bereits von *Reithmann* besprochen. Soweit das Handeln des bevollmächtigten Notarangestellten als rein privatrechtlich eingeordnet wird mit der Folge, dass Weisungen auf der Grundlage des Amtsrechts des Notars ausscheiden, soll dem nichts hinzugefügt werden. Im Hinblick auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt möchte ich aber für die weitere Vertragsgestaltung andere Folgerungen aus dem Beschluss ziehen.

Zwar stritten die Vertragsparteien um die Bezahlung der Sonderwünsche, die der Käufer im Rahmen eines Bauträgervertrages hatte vornehmen lassen. Sie stritten aber nicht etwa über die ordnungsgemäße und mangelfreie Erbringung der Sonderleistungen und deren angemessene Bezahlung. Gegenüber dem Notar und damit im Rahmen der erhobenen Beschwerde war allein fraglich, ob der weitere Vertragsvollzug, bestehend aus der Erklärung der Auflassung durch den bevollmächtigten Angestellten und der Einreichung der Urkunde zum Vollzug, auch von der Bezahlung der Sonderwünsche abhängig gemacht worden war oder nicht.

Wird für diesen weiteren Vertragsvollzug, wie von *Reithmann* befürwortet, eine überwachbare Auflassungsvollmacht vorgesehen, muss die Frage beantwortet werden, welche Leistungen der Notar zu überwachen hat und welche Nachweise erforderlich sind bzw. erbracht werden können, um dem Notar diese Überwachung zu ermöglichen. Diese Frage hängt im Übrigen nicht davon ab, ob im Kaufvertrag lediglich eine Auflassungsvollmacht (an wen auch immer) aufgenommen wurde. Sie stellt sich in gleicher Weise, wenn die Auflassung mitbeurkundet wurde und lediglich mit einer Vollzugssperre gearbeitet wird¹. Auch bei dieser Gestaltung muss der Notar mit hinreichender Gewissheit das „entsperrende“ Ereignis überwachen können.

Letztlich stellt sich also bei Sonderwunschvereinbarungen dasselbe Problem, wie es auch bei der Einbeziehung etwaiger

Verzugszinsen in die übliche Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages zu bewältigen ist². Soll die Zurückhaltung der Auflassung auch sonderwunschbedingte Mehrzahlungen absichern, bleibt als Zahlungsnachweis nur eine Quittung des Verkäufers, da der Notar vielfach weder von der Vereinbarung der Sonderwünsche erfährt noch von den dadurch verursachten Mehrkosten. Soll hingegen auch die Bankbestätigung genügen, damit der Käufer nicht auf eine Quittung des Verkäufers angewiesen ist, können die Mehrkosten nicht durch die Sperre des weiteren Vertragsvollzugs abgesichert werden. Wie auch immer diese Entscheidung ausfällt: Jedenfalls sollte die Vollzugsanweisung klar gefasst sein, um den Streit über die richtige Auslegung der Urkunde zu vermeiden³.

Skeptisch stehe ich aus diesen Überlegungen heraus den Vorschlägen von *Reithmann* zur schiedsrichterlichen Tätigkeit des Notars gegenüber. Entweder bezieht sich die schiedsrichterliche Tätigkeit des Notars auf die Frage, wie sie auch dem OLG Frankfurt vorlag, nämlich darauf, ob auch Mehrkosten wegen Sonderwunschvereinbarungen in den Vertragsvollzug einbezogen sind. Dann wäre der Notar zur Auslegung seiner eigenen Urkunde berufen, was angesichts drohender Amtshaftungsansprüche eine schlechte Ausgangsposition sein dürfte. Oder aber die Schiedsrichtertätigkeit bezieht sich auf technische Fragen, wie etwa die ordnungsgemäße Erbringung und Abrechnung der Sonderwünsche. Die Entscheidung dieser Fragen möchte ich mangels jeder fachlicher Qualifikation nicht übernehmen. Auch ein Zivilgericht würde dazu wohl immer Sachverständigenbeweis erheben.

² Dazu *Wolfsteiner*, DNotI-Report 1997, 109; *Volmer*, ZfIR 2000, 837, 840; *Eckhardt*, DNotZ 1983, 96. Zur Berücksichtigung von Sonderwunschvereinbarungen in der Urkundsverhandlung bzw. deren Vorbereitung siehe *Weigl*, MittBayNot 1996, 10.

³ So auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rn. 441; weniger deutlich schon *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 256. *Wagner*, in: von *Heymann/Wagner/Rösler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, Muster 1 § 4, sichert die Mehrkosten für Sonderwünsche nicht durch Sperre des weiteren Vertragsvollzugs ab. Dann sollte m. E. aber eine Belehrung gegenüber dem Bauträger erfolgen. Vgl. ferner schon die Forderung von *Eckhardt*, DNotZ 1983, 96, 103 nach einer sorgfältigen Formulierung.

¹ Zu dieser Frage siehe *Amann*, MittBayNot 2001, S. 150 (in diesem Heft).

Das Notariat in Italien – Eine „Schnupperlehre“ im Notariat in Bozen –

Von Notarassessor *Georg Ruhland LL.M. (Cantab)*, München

1. Vorbemerkung

Im vergangenen Jahr erhielten die Notarassessorin *Dr. Susanne Frank* und der Verfasser über den Länderausschuss Deutschland-Italien des Rotary Clubs sowie Herr Notar *Manfred Reisnecker* im Rahmen des allgemein von der Landesnotarkammer Bayern geförderten Auslandsprogramms die Möglichkeit, jeweils zwei Wochen in Bozen/Südtirol im Notariat von Herrn *Dr. Herald Kleewein*, vielen deutschen Notaren bereits bekannt als Referent der DAI-Tagung „Notarieller Rechtsverkehr mit Italien“ im Jahre 1996, im Rahmen einer „Schnupperlehre“ zu verbringen. Gleich an dieser Stelle will der Verfasser die Gelegenheit ergreifen, Herrn *Dr. Kleewein* und seiner Gattin für die großartige Zeit herzlichst zu danken, nicht zuletzt auch für die höchst großzügige und gastfreundliche Aufnahme in ihren privaten Haushalt.

Der Verfasser ist zugegebenermaßen etwas im Zweifel darüber, ob die Leserschaft an den nachfolgenden trockenen Informationen mehr interessiert ist als an ebenfalls vorrätigen und aktuellen Hinweisen auf besonders gute Fundstellen für Gewürztraminer, Rosenmuskat, Lagrein Dunkel oder Blauburgunder. Allein der juristische Anspruch dieser Zeitschrift (und nicht etwa die Absicht, die vorstehend zuletzt genannten Informationen für sich behalten zu wollen) bewegt ihn jedoch dazu, die Grundsätze des italienischen Notariats zumindest im Überblick darzustellen.

2. Grundlagen

Die rechtliche Basis des italienischen Notariats in seiner heutigen Form findet sich im Gesetz über die Ordnung des Notariats und der notariellen Archive aus dem Jahre 1913, geändert im Jahre 1937 (mit Durchführungsverordnungen und Anwendungsanweisungen). Bei der Notarordnung handelt es sich anders als in Deutschland um eine Gesamtkodifikation des Berufs- und des Beurkundungsrechts. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien nachfolgend ein paar grundsätzliche Punkte hieraus, im Einzelfall auch auffällige Besonderheiten, dargestellt.

a) Aufgaben des Notars

Art. 1 der Notarordnung definiert den Notar als Amtsperson, die eingesetzt ist, „um Urkunden über Rechtshandlungen unter Lebenden und über letztwillige Verfügungen aufzunehmen, ihnen öffentlichen Glauben zu verleihen, sie in Verwahrung zu nehmen und von ihnen Abschriften, Bescheinigungen und Auszüge auszustellen“.

Sodann werden noch einzelne weitere Aufgaben des Notars beschrieben, wie die Einlegung von Rekursen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Abnahme von Eiden, die Aufnahme von Erbschaftsannahmen und -ausschlagungen und die Ausstellung von Lebenszeugnissen. Der Notar hat fer-

ner im Auftrag einer Gerichtsbehörde Siegel anzulegen und zu entfernen und gerichtliche Versteigerungen durchzuführen.

Betrachtet man den täglichen Arbeitsanfall in einem durchschnittlichen Notariat, so hat die weit größte Bedeutung der Bereich der Veräußerung und Belastung von Immobilien, einen weiteren wesentlichen Teil macht das Gesellschaftsrecht aus. Im Bereich der Eheverträge und beurkundeten Verfügungen von Todes wegen ist der italienische Notar deutlich weniger aktiv als der deutsche; bei Testamenten hilft der Notar oft dem Beteiligten bei der Formulierung, lässt ihn jedoch dann das Testament als privatschriftliches errichten. Hintergrund ist u. a. die Auffassung, dass in einem handschriftlichen Testament des Erblassers der Wille des Erblassers unmittelbar zum Ausdruck komme als in einer notariellen Verfügung von Todes wegen.

Eine erstaunliche Aufgabe kommt den italienischen Notaren schließlich im Bereich des Kfz-Handels zu: Jeder Vertrag über die Veräußerung eines Kraftfahrzeuges, ob neu oder gebraucht, bedarf der Unterschriftsbeglaubigung durch den Notar. Es ist festzustellen, dass sich diese Rechtsgeschäfte bei vielen Notaren nur einer eingeschränkten Beliebtheit erfreuen.

b) Zugang zum Notarberuf

Voraussetzung der Bestellung zum Notar sind neben der italienischen Staatsbürgerschaft und dem von einer italienischen Universität erteilten bzw. bestätigten Doktorat der Rechtswissenschaften eine mindestens zwei Jahre dauernde Praktikantentätigkeit bei einem Notar und – als Hürde schlechthin – die erfolgreiche Teilnahme an dem Wettbewerb über die Zulassung zum Notariat, der in unregelmäßigen Abständen (etwa alle 1 1/2 bis 2 Jahre) zentral für ganz Italien in Rom stattfindet. Mit Letzterem werden freie Notarstellen, für die ein *numerus clausus* besteht, ausgeschrieben. Die erfolgreichen Teilnehmer können sodann unter diesen freien Notarstellen in der Reihenfolge ihres Wettbewerbsergebnisses auswählen, wobei für diejenigen, die sich in der autonomen Provinz Bozen-Südtirol niederlassen wollen, zusätzlich die Zweisprachigkeit durch Prüfungszeugnis nachzuweisen ist.

Es ist erstaunlich, wie viele freie Notarstellen es in Italien gibt. In der Provinz Bozen-Südtirol, wo in der Presse bereits von einem „Notarnotstand“ gesprochen wird, sind z. B. 18 von 39 Stellen unbesetzt; im Gebiet zwischen Bozen und Brenner auf der einen und Toblach an der Osttiroler Grenze auf der anderen Seite amtieren derzeit auf acht vorgesehenen Notarstellen nur zwei Notare. Am Mangel an Nachwuchs bzw. Bewerbern kann dies angesichts der eindeutigen Zahlen (am laufenden Wettbewerb nehmen ca. 6000 Praktikanten für 150 Stellen teil) nicht liegen; daraus, dass das italienische Justizministerium bei weitem nicht alle freien Stellen aus-

schreibt, lässt sich entnehmen, dass ihm die flächendeckende Versorgung der Staatsbürger mit notariellen Dienstleistungen kein zentrales Anliegen ist. Auch die Verwaltung einer verwaisten Notarstelle kennt das italienische System nicht. Allenfalls kann ein Notar desselben Landgerichtssprengels – so er zeitlich dazu in der Lage ist – an der verwaisten Notarstelle aus eigenem Recht Amtstage abhalten.

Eine Blüte aus beurkundungsrechtlicher Sicht hat die Situation in der Provinz Bozen-Südtirol bereits hervorgebracht: Von dem Grundsatz, dass jeder im Ausland zu Urkunde eines Notars niedergelegte Vertrag vor dem Vollzug in Italien der Registrierung durch einen italienischen Notar oder ein Notararchiv bedarf (anlässlich der Registrierung wird eine Mantelurkunde erstellt, in der der Notar/das Notararchiv die materielle Richtigkeit des jeweiligen Urkundeninhalts prüft und hiernach die Gewähr hierfür übernimmt), wurde die gesetzliche Ausnahme normiert, dass dies für im Ausland unterschrittsbeglaubigte Erklärungen nicht gelten solle.

Der Gesetzgeber wollte damit angesichts des Notarmangels im italienisch-österreichischen Grenzgebiet einer starken Lobby (v. a. Maklern) die Vorbereitung von Kaufverträgen im Sinne einer „paranotariellen“ Tätigkeit ermöglichen. Wie sich nach der jüngsten Zurückweisung eines in Österreich unterschrittsbeglaubigten Vertrages durch das Grundbuchamt Meran und der Bestätigung dieser Entscheidung durch das Landgericht Bozen nunmehr gezeigt hat, liegt hier noch einiger politischer Sprengstoff verborgen.

Das System des Zulassungswettbewerbs führt für die Teilnehmer bis zum erfolgreichen Abschluss desselben, der aufgrund der insgesamt langen Laufzeiten ohne weiteres auch zehn Jahre nach der Einschreibung als Praktikant liegen kann, zu einem von allen Beteiligten als unerträglich empfundenen Unsicherheitszustand. Reformen hierzu sind jedoch nicht in Sicht. An dieser Stelle herzliche Glückwünsche an Herrn Notar *Dr. Walter Crepaz* in Bozen, der während der Anwesenheit des Verfassers den Wettbewerb erfolgreich abschließen konnte.

Erheiternd wirkt beim weiteren Studium der Notarordnung die Bestimmung darüber, dass der Notar als Voraussetzung seiner Ernennung eine Kautions beim Archiv der Notariatskammer zu hinterlegen hat, und zwar im Betrage von maximal 15.000 LIT (bei Bestellung einer nur dinglichen Sicherheit 30.000 LIT); die Beträge stammen aus dem Jahre 1913, als man hiermit noch ein Haus kaufen konnte, und dienen in Abwesenheit einer Pflichtversicherung der Notare als Sicherheit insbesondere für Ansprüche der Beteiligten auf Schadensersatz oder des Fiskus aus der gesamtschuldnerischen Haftung des Notars für die von den Beteiligten zu entrichtenden Steuern.

Weniger erheiternd ist dagegen, dass es auch heute noch keine Pflichtversicherung der italienischen Notare gibt; der Verfasser geht daher davon aus, dass zu den ungeschriebenen Ernennungsvoraussetzungen im italienischen Notariat auch das Vorhandensein starken Gottvertrauens gehört.

c) Interne Organisation im Notariat; Steuern

Der italienische Notar führt ein Geschäftsregister (*repertorio*), das einer Kombination aus Urkundenrolle und Kostenregister entspricht.

Während die einzelnen Urkunden in Italien nicht mit Faden geheftet werden, wird die Urkundensammlung (*raccolta*) insgesamt in Buchform geführt, d. h. die gesammelten Urkunden

werden fortlaufend in feste Einbände gebunden. Die sich hierdurch ergebende, griffige Ordnung ist schlicht beneidenswert.

Die notariellen Honorare werden aufgrund einer gesetzlichen Tarifordnung erhoben. Eine Gebührenvereinbarung ist unzulässig. Von den Kosten hat der Notar Teile an den Notarstand abzuführen (hierzu sogleich).

Ein wesentlicher Unterschied zum deutschen System ist, dass der italienische Notar die im Rahmen der Beurkundung und Registrierung von Urkunden anfallenden Steuern, und zwar alle, von den Beteiligten zu erheben und für deren Rechnung an die zuständigen Stellen abzuführen hat. Zu diesem Zweck erstellt er aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen und Angaben der Beteiligten die Steuerberechnung, die vom – für die Einnahme der Steuern zuständigen – Registeramt nur noch auf ihre Richtigkeit geprüft wird. Bei etwaigen Rechenfehlern ist der Notar Geldbußen ausgesetzt, für Steuerausfälle der Beteiligten haftet er dem Fiskus gesamtschuldnerisch; die insoweit uneingeschränkte Anwendung des althergebrachten Grundsatzes „ohne Schuss kein ius“ durch die italienischen Notare leuchtet ohne weiteres ein.

d) Standesorganisation

Sämtliche Notare eines Landgerichtssprengels sind in dem Notariatskollegium des Sprengels eingetragen und organisiert (dies scheint, neben dem Amtssitz, auch im Rubrum der Urkunden auf). Jedes Kollegium wählt aus seiner Mitte bestimmte Notare in die (Sprengel-)Notarkammer, deren Aufgabe vor allem darin besteht, die Notare in ihrer Berufsausübung zu überwachen, die Praktikanten zu beaufsichtigen und zu beurteilen, die Liste der eingetragenen Notare zu führen und Streitigkeiten unter Notaren oder zwischen Notaren und Dritten, z. B. über das Honorar, zu schlichten.

Das Sprengelnotariatsarchiv verwahrt vor allem die Urkundensammlungen, Geschäftsregister und entwerteten Siegel ausgeschiedener (pensionierter oder verstorbener) Notare.

Die Oberaufsicht über die Notare hat der italienische Justizminister. In praxi wird die Aufsicht von den Bediensteten des Sprengel-Notariatsarchives ausgeübt, die alle zwei Jahre die Einhaltung der Vorschriften über Beurkundung, Aktenführung und Kostenerhebung kontrollieren und Verstöße durch Geldbußen ahnden.

Über die Organisationen vor Ort hinaus existieren auf nationaler Ebene die Gesamtstaatliche Notariatskammer (seit 1949) und die Gesamtstaatliche Notariatskasse (seit 1919), beide mit Sitz in Rom.

Erstere hat, der deutschen Bundesnotarkammer ähnlich, vor allem Aufgaben im Bereich der Standespolitik (Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorhaben, Vorschläge zu Maßnahmen auf dem Gebiet des Notarwesens) und die Förderung von notarspezifischen Studien. Die Kammer besteht aus 20 Notaren als Regionsvertreter, die von den Notaren in den verschiedenen italienischen Regionen direkt gewählt werden und drei Jahre im Amt sind. Sie hat einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten.

Die Notariatskasse bezahlt vor allem die Ruhstandsbezüge der Notare sowie Hinterbliebenenrenten und gewährt Hilfen bei der Errichtung oder Modernisierung einer Notarstelle. Sie finanziert sich aus umsatzunabhängigen festgeschriebenen Honoranteilen der Notare (die entsprechenden Honorarmeldungen nehmen die Notariatsarchive und die Registerämter vor). Hauptorgane der Kasse sind der Präsident und der Verwaltungsrat. Die Aufsicht über die Kasse hat der Justizminister.

e) Notarielle Beurkundung; rechtliche Grundlagen

Italienische Beurkundungen erfolgen durch Verlesung des Textes durch den Notar persönlich. Es bedarf grundsätzlich der Zuziehung zweier Zeugen, auf die (außer bei Schenkungen, Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen) jedoch verzichtet werden kann. Die Beteiligten und die Zeugen haben auf jedem Blatt und am Ende der Niederschrift zu unterschreiben. Die Beurkundungsbedürftigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäftes ist im materiellen Recht geregelt.

Sehr übersichtlich und handlich ist es, dass sämtliche zentralen materiellen Rechtsvorschriften, die der Notar in Italien zur Anwendung bringt, im Codice Civile/Zivilgesetzbuch (C.C. oder ZGB) enthalten sind. Das gilt für das allgemeine und besondere Schuldrecht und das Erb- und Familienrecht genauso wie für das Handels- und Gesellschaftsrecht (sog. Normale Gesellschaft, OHG, KG, GmbH und AG).

Auf materielle Rechtsprobleme im Einzelnen soll hier nicht eingegangen werden. Hierzu wird auf den in MittBayNot 4/2000, S. 265 ff., erschienenen Aufsatz von *Kindler* verwiesen.

3. Schluss

Wer sich nun nach den vorstehenden Ausführungen mitleidig denkt, dass die im Eingang dieses Artikels Genannten und der Verfasser anlässlich ihrer Zeit in Bozen schon einmal auch aus der Kanzlei hätten hinausgehen müssen und von all den Vorschriften im schönen Südtirol ein bisserl hätten Abstand gewinnen sollen, dem sei zu seiner Beruhigung gesagt,

- dass der eingangs erwähnte Lagrein Dunkel, und zwar speziell der aus diesem Kloster bei Brixen (na, Sie wissen schon) hervorragend zu Speck und Schüttelbrot passt,
- dass die Abende in Bozen ab Mai durchaus schon zum draußen Sitzen geeignet sind und
- dass sich daher das – ansonsten ehrliche – Mitleid für die italienischen Kollegen, die sich mit Steuerrecht so heftig beschäftigen müssen, wieder relativiert.

Kurzum, es war sehr schön und noch einmal herzlichen Dank an alle, die diese vielfache Horizonterweiterung möglich gemacht haben.

Immobilienwerb in Österreich

Von Notar *Michael Grötsch*, Münchenberg*

Im Nachfolgenden wird ein Überblick über den Erwerb von Grundbesitz in Österreich auf Grund Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf Grund letztwilliger Verfügung gegeben. Der erste Teil behandelt Grundlagen des österreichischen Immobilienrechts, Verfahrensfragen, Einzelpunkte des Grundstückskaufvertrages, dessen Vollzug, Grundfragen des Wohnungseigentums und geht auch auf die damit zusammenhängenden steuerlichen Fragen in Grundzügen ein. Der zweite Teil beschäftigt sich mit Fragen der Vererbung von Immobilien und des Nachlassverfahrens einschließlich Grundzüge der Erbschaftbesteuerung.

A. Allgemeines

I. Grundlagen

1. Wichtige Rechtsvorschriften

Wichtige Rechtsvorschriften im Bereich des Immobilienrechts sind das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB), das Wohnungseigentumsgesetz 1975 (WEG), das Allgemeine Grundbuchgesetz (GBG) und das Grundbuchumstellungsgesetz 1980 (GUG), das Bauträgervertragsgesetz 1997 (BTVG) und das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) sowie die Grundverkehrsgesetze der einzelnen Bundesländer. Für die so genannten Superädifikate (dazu unter Punkt A.I.2.) ist das Urkundenhinterlegungsgesetz 1974 (UHG) zu beachten. Das Baurechtsgesetz 1912 (BauRG) regelt das Erbbaurecht.

Im Erbrecht sind für das Verlassenschaftsverfahren insbesondere das Außerstreitgesetz (AußStrG) und das Gerichtskommissärsgesetz (GKoärG) bedeutsam.

2. Arten von Eigentum

Das österreichische Recht kennt das Alleineigentum (§ 357 S. 1 ABGB), das Miteigentum (§ 825 ABGB) und das Gesamthandseigentum. Unstrittig wird Gesamthandseigentum bei OHG, KG, OEG (offene Erwerbsgesellschaft), KEG (Kommanditerwerbsgesellschaft) angenommen, umstritten ist dies bei Gütergemeinschaft und Ehegattenwohneigentum: Nach überwiegender österreichischer Auffassung liegt bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kein Gesamthandseigentum vor.¹

Eine Besonderheit des österreichischen Rechts stellt das sogenannte Superädifikat dar. Bei Gebäuden auf fremden Grund und Boden, z.B. auf Miet- und Pachtflächen, die nicht in der Absicht errichtet werden, dass sie stets dort verbleiben, erwirbt der Erbauer und nicht der Grundstückseigentümer das

Eigentum. Der derivative Erwerb von Superädifikaten ist nur durch Hinterlegung der Erwerbsurkunde gemäß den Vorschriften des Urkundenhinterlegungsgesetzes beim Grundbuchgericht möglich (§§ 434, 435 ABGB).²

3. Anerkennung von Berechtigungsverhältnissen nach deutschem Recht

Eine GbR (§§ 1175 ABGB) ist nach österreichischer Rechtsauffassung weder rechts- noch grundbuchfähig.

Im österreichischen Recht kann aber zum Grundstückserwerb eine offene Erwerbsgesellschaft (OEG) oder eine Kommanditerwerbsgesellschaft (KEG) gegründet werden; eine solche Gesellschaft wird im Firmenregister eingetragen (Erwerbsgesellschaftengesetz [EGG]). Diese Gesellschaften haben – anders als nach österreichischem Recht eine OHG oder KG – einen nicht gewerblichen Tätigkeitsbereich (bzw. ihr Gewerbebetrieb erfordert keinen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb). Im Übrigen gilt das Recht der OHG bzw. KG.³ Ein Grundstückserwerb durch eine im deutschen Handelsregister eingetragene und nach deutschem HGB mögliche Grundstücks-OHG oder Grundstücks-KG wird daher ebenfalls anerkannt.

Der Grundstückserwerb durch eine Gesellschaft kann allerdings bei der Grunderwerbsteuer zu Nachteilen führen, da den deutschen §§ 5, 6 GrEstG vergleichbare Vorschriften im österreichischen Recht fehlen.

II. Grundstücksregister

1. Grundbuch (Aufbau und Inhalt, Einsicht)⁴

Sämtliche Grundstücke in Österreich sind im EDV-Grundbuch geführt. Zuständig für die Registerführung ist das Bezirksgericht (Abteilung Grundbuch), in dessen Sprengel die unbewegliche Sache liegt (§ 118 Jurisdiktionsnorm [JN]).

Nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG) werden Superädifikate durch Urkundenhinterlegung beim Grundbuchgericht erworben.

Das Grundbuch besteht aus Hauptbuch und Urkundensammlung. Das Hauptbuch ist unterteilt in Einlagen. In einer Einlage (= eine Einlagezahl) können mehrere Grundstücke eines Eigentümers gebucht sein. Sollen die Grundstücke unterschiedlich belastet werden – ausgenommen Dienstbarkeiten –, ist allerdings für die unterschiedlichen Grundstücke je eine eigene Einlage anzulegen.

* Der Verfasser dankt den Notaren *Dr. Helfried Stockinger*, Magister *Johann Kraus* sowie Herrn Magister *Harald Stockinger* (alle Wien) für Hinweise und Anregungen.

¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band 1, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien, 11. Aufl. 2000, S. 259 m.w.N.

² Näher hierzu *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht, Wien 1999, Rdnr. 90 ff.

³ *Fritz*, Gesellschaftsrecht in Österreich, München 2000, S. 1, 30 ff.

⁴ *Bittner* in: DAI-Skript „Der Immobilienwerb im Ausland“, München 19/20.5.2000, S. 381 ff.

Eine Einlage besteht aus Gutbestandsblatt (A-Blatt), Eigentumsblatt (B-Blatt) und Lastenblatt (C-Blatt).

Im A-Blatt sind alle Grundstücke der Einlage verzeichnet sowie die mit dem Grundbesitz verbundenen Rechte (z.B. Grunddienstbarkeiten in herrschender Stellung), Veränderungen wie Ab- und Zuschreibungen und öffentliche Beschränkungen. Die Angaben über Benützungsort, Flächenmaß und Anschrift werden aus der Katasterdatenbank (des Vermessungsamtes) geladen; sie genießen keinen öffentlichen Glauben.

Das B-Blatt gibt über die Eigentumsverhältnisse Auskunft, die Quoten von Miteigentümern sowie subjektive Beschränkungen der Verfügungsmacht des Eigentümers (z.B. Minderjährigkeit oder Konkurs).

Das C-Blatt enthält die Grundstücksbelastungen.

Gelöschte Eintragungen werden in einem gesonderten EDV-Verzeichnis gespeichert, sie erscheinen daher nicht im aktuellen Grundbuchauszug.

Eine Grundbucheinlage kann über die Grundstücksmappe (= Grundstückskarte), das Grundstücksverzeichnis, das Straßenverzeichnis oder das Personenverzeichnis gesucht werden.

Das Grundbuch ist öffentlich und kann von jedermann auch ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses eingesehen werden (§ 7 GBG).

2. Rechtliche Wirkungen der Eintragung in das Register

Erwerb, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Rechte erfordert Grundbucheintragung (§ 4 GBG, § 431 ABGB, sogen. Intabulation) bzw. bei Superädifikaten Urkundenhinterlegung. Ausnahmen vom Eintragungsprinzip sind Eigentumserwerb durch Einantwortung der Erbschaft, Ersitzung, Enteignung, Zuschlag in der Zwangsversteigerung und Umwandlungen im Gesellschaftsrecht.

3. Registerverfahren⁵

Jeder Grundbuchs Antrag erhält eine Tagebuchszahl, die fortlaufend nach dem zeitlichen Eingang beim Grundbuchsamt vergeben wird.

Sobald bei einer Grundbucheinlage eine Eintragung stattfinden soll, wird dies durch eine so genannte Plombe bei der betreffenden Einlage ersichtlich gemacht. Diese Plombe darf erst aufgrund des Eintragungsbeschlusses gelöscht werden.

Antragsberechtigt im Grundbuchsverfahren sind der Rechtsinhaber und der Begünstigte. Grundbuchs anträge, die für Minderjährige oder Pflegebefohlene eingereicht werden, bedürfen der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung, wenn der Vertrag nicht zur laufenden Verwaltung des Vermögens gehört.

Die Unterschriften der Beteiligten sind in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen (§ 31 Absatz 1 GBG) und der Beglaubigungsvermerk muss zwingend die Geburtsdaten der beteiligten Personen enthalten (§ 27 Absatz 2 GBG). Der Erwerb oder die Änderung eines dinglichen Rechts kann nur eingetragen werden, wenn der Rechtsgrund in der vorgelegten Urkunde angegeben ist (§ 26 GBG). Die Urkunde, die Ort und Datum der Erstellung angeben muss, ist im Original (bzw. Ausfertigung) vorzulegen (§ 88 GBG).

⁵ *Rechberger/Bittner*, a.a.O., Rdnrn. 192 ff., 199 ff.

Ist das Rechtsgeschäft genehmigungsbedürftig, sind die Genehmigungen mit einzureichen. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes bzw. die Bestätigung des Notars über die Selbstberechnung der Grunderwerbsteuer ist bei Kaufverträgen ebenfalls erforderlich. Weiter sind ein Staatsangehörigkeitsnachweis des Rechtserwerbers vorzulegen, wobei für Deutsche eine beglaubigte Kopie des Personalausweises genügt.

Ehegatten, die gemeinsam Wohnungseigentum erwerben wollen, müssen eine beglaubigte Kopie der Heiratsurkunde vorlegen.

Der Notar (bzw. RA) bezieht sich bei seinem Antrag auf die erteilte Vollmacht (§ 30 Absatz 2 ZPO i.V.m. § 77 GBG); er muss die Vollmacht jedoch nicht vorlegen.

Aufgrund des mit Deutschland bestehenden Beglaubigungsvertrages aus dem Jahre 1924 ist für deutsche öffentliche Urkunden oder beglaubigte Privaturkunden jede Form der Überbeglaubigung entbehrlich; einer Apostille bedarf es daher nicht.

B. Grundstückskaufverträge

I. Erwerbsbeschränkungen/Genehmigungserfordernisse für ausländische Beteiligte⁶

Der Grunderwerb von Ausländern wird durch die Grundverkehrsgesetze der einzelnen Bundesländer geregelt.

Die Grundverkehrsgesetze sehen regelmäßig ein Genehmigungsverfahren mit Erteilung eines Genehmigungsbescheides oder eines Negativattestes vor. Als Ausländer gelten natürliche Personen, welche die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzen und juristische Personen und Personengesellschaften mit Sitz im Ausland; z.T. wird auch noch auf die Ausländereigenschaft der Gesellschafter (bei österreichischen Gesellschaften) abgestellt.

Die Entscheidung über die Genehmigung wird nach Berücksichtigung aller öffentlichen Interessen und der berechtigten Interessen des Antragstellers (z.B. Wohnbedürfnis, besondere berufliche Gründe) getroffen.

EU-Angehörige können sich auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Freiheit des Kapitalverkehrs berufen. Die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten ist der Grundverkehrsbehörde nachzuweisen.

Das erwähnte Genehmigungsverfahren ist allerdings vom EuGH im Rahmen seiner Entscheidung zum Tiroler Grundverkehrsgesetz (*Konle* – RS C 302/97) für europarechtswidrig erachtet worden. Das Tiroler Grundverkehrsgesetz enthält daher – bisher als einziges Landesgesetz – kein entsprechendes Genehmigungsverfahren mehr.

Die Grundverkehrsgesetze der Länder enthalten mit Ausnahme von Wien und Niederösterreich Beschränkungen für den Erwerb von Zweitwohnsitzen. Der Erwerb von Zweitwohnsitzen ist regelmäßig genehmigungsbedürftig, lediglich Tirol arbeitet mit einem Erklärungsmodell mit nachträglichen Sanktionen. Voraussetzungen der Genehmigung sind fast immer eine entsprechende Nutzungsausweisung im Flächennutzungsplan sowie ein fünfjähriger Hauptwohnsitz in Österreich. Letzteres Kriterium dürfte europarechtswidrig sein.

⁶ *Bittner*, a.a.O., S. 392 ff.

Wegen der unübersichtlichen und sich ständig ändernden landesrechtlichen Regelungen des Grundverkehrsrechts ist dringend anzuraten, vor einem Grundstückserwerb sich bei einem Notar vor Ort oder der zuständigen Bezirkshauptmannschaft über die Rechtslage zu informieren.

II. Verwendung von Vollmachten

Für die Vollmacht gilt nach österreichischem Recht grundsätzlich das Recht, das der Vollmachtgeber bestimmt hat, ersatzweise das Recht des Ortes, an dem der Bevollmächtigte tätig werden soll, ersatzweise das Recht des Ortes, an dem er tätig wird (§ 49 IPRG). Ausgenommen hiervon sind nach h.M. aber Vollmachten für Verfügungen über Liegenschaften.⁷

Im Grundstücksverkehr werden sowohl General- als auch Spezialvollmachten anerkannt. Zu beachten ist jedoch § 31 Absatz 6 GBG, wonach eine dem Grundbuchgericht vorgelegte Vollmacht, die nicht auf das bestimmte konkrete Geschäft lautet, nicht älter als drei Jahre sein darf (Zeitpunkt des Einlangens beim Grundbuchgericht maßgeblich).

Die Berechtigung zur Veräußerung, zur Darlehensaufnahme und zur Entgegennahme von Geld muss ausdrücklich in der Vollmachtsurkunde genannt sein (§ 1008 ABGB). Die Vollmacht bedarf nicht der Form des Grundgeschäftes. Für das Grundbuchverfahren ist jedoch zumindest eine unterschrittsbeglaubigte Vollmacht erforderlich, weil in diesem Fall die Vollmacht selbst zu den Eintragungsgrundlagen gemäß § 31 Absatz 1 GBG zählt.

Es besteht das Verbot des Insiggeschäfts und das Verbot der Mehrvertretung. Von beiden Beschränkungen kann befreit werden.⁸

Post- bzw. transmortale Vollmachten werden anerkannt.

Die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs ergibt sich aus § 1020 ABGB. Ggf. muss aber die Vollmachtsurkunde für kraftlos erklärt werden.

III. Kaufvertrag

1. Anwendbares Recht

Für Erwerb und Verlust dinglicher Rechte gilt nach dem Grundsatz der *lex rei sitae* immer österreichisches Recht (§ 31 IPRG). Eine Rechtswahl ist unzulässig.⁹

Das der Eintragung zugrunde liegende Titelgeschäft folgt dagegen dem Schuldstatut, das die Parteien ausdrücklich oder konkludent bestimmen können (§§ 35, 11 IPRG, Art. 3 EVÜ). Allerdings sind im Grundstücksrecht mit in Österreich belegenen Grundstücken die Formvorschriften des österreichischen Rechts für den Grunderwerb zu beachten.¹⁰

2. Formvorschriften¹¹

Der Grundstückskaufvertrag kann privatschriftlich geschlossen werden. Für das Grundbuchrecht ist jedoch § 31 Absatz 1 GBG zu beachten (vgl. dazu oben unter Punkt A.II.3.).

Die strenge Form des Notariatsakts ist gemäß § 1 Notariatsaktgesetz nur für Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträge zwischen Ehegatten, für Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe und für Rechtsgeschäfte unter Lebenden an denen bestimmte behinderte Personen beteiligt sind, vorgeschrieben.

3. Regelungspunkte des Kaufvertrages

a) Vertragsobjekt (Lage, Nutzungsart)

Österreichische Notare übernehmen den Grundbuchstand aus dem EDV-Grundbuch direkt in das in ihrer eigenen EDV für den Kaufvertrag angelegte Dokument. Die Flächenwidmung des Grundstücks ist aufgrund der landesrechtlichen Raumordnungsgesetze festgelegt; der Grundbuchauszug sagt hierüber nichts aus.¹²

b) Veräußerer (Verfügungsbeschränkung/Zustimmungserfordernis)

Es existieren im Wesentlichen die gleichen Bestimmungen wie im deutschen Recht. Für Geschäftsunfähige muss ein Sachwalter handeln, ebenso für jeden Minderjährigen, wenn dieser ein Rechtsgeschäft mit einem Elternteil abschließen will (§§ 269 ff. ABGB).

Grundsätzlich kann jeder Elternteil das Kind allein vertreten. In Vermögensangelegenheiten muss jedoch der andere Elternteil, sowie bei Vermögensangelegenheiten von besonderer Bedeutung, wie insbesondere die Veräußerung und Belastung von Grundbesitz, auch das Gericht zustimmen (§ 154 Absatz 3 ABGB).¹³

Soweit juristische Personen Vertragsparteien sind, ist die Zeichnungsberechtigung der Organe für den Tag der Unterfertigung aus dem elektronisch geführten Firmenbuch festzustellen und durch Firmenbuchauszug oder notarielle Amtsbestätigung dem Grundbuchamt nachzuweisen.¹⁴

c) Erwerber

Zur Wirksamkeit des Vertrages ist bei ausländischen Erwerbern die Genehmigung nach dem jeweiligen landesrechtlichen Grundverkehrsgesetz erforderlich (Wien: Ausländergrunderwerbsgesetz). Auch bei EU-Bürgern ist zumindest zum Vollzug noch eine Bestätigung der Grundverkehrsbehörde vorzulegen, dass eine Genehmigung nicht notwendig ist.

Das Erwerbsverhältnis mehrerer Erwerber wird im Vertrag angegeben.

d) Kaufpreisfälligkeit, Zahlungsmodalitäten

In der Regel ist der Kaufpreis bei Vertragsschluss bzw. innerhalb einer festgelegten Frist auf Notartreuhandkonto einzuzahlen.

e) Übergang von Besitz/Nutzen/Lasten

Für den Übergang von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr wird häufig ein fester Termin vereinbart, wenn wie zumeist bei Vertragsabschluss schon eine Finanzierungszusage der Käuferbank vorliegt; sonst wird als Termin der Tag der Hinterlegung des Kaufpreises auf Notartreuhandkonto festgelegt.

⁷ Schwimann, Internationales Privatrecht, Wien, 2. Aufl. 1999, S. 53 f.

⁸ Koziol/Welser, a.a.O., S. 191 f. m.w.N.

⁹ Schwimann, a.a.O., S. 103.

¹⁰ Schwimann, a.a.O., S. 30, 83 ff.

¹¹ Bittner, a.a.O., S. 367.

¹² Bittner, a.a.O., S. 373.

¹³ Koziol/Welser, a.a.O., S. 486 f.

¹⁴ Bittner, a.a.O., S. 371.

f) *Eigentumsübergang*

Der Kaufvertrag mit der darin enthaltenen Aufsandungserklärung (= Eigentumsumschreibungsbewilligung des Veräußerers) wird vom Notar erst beim Grundbuchgericht eingereicht, wenn der Kaufpreis hinterlegt ist und allfällige Genehmigungen erteilt sind.

g) *Gewährleistung, Übernahme von Belastungen*

Die Sachmängelgewährleistung wird beim Grundstückskaufvertrag regelmäßig ausgeschlossen. Für Verträge die dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) unterfallen, also Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) ist es nur sehr begrenzt möglich, Gewährleistungsansprüche abzubedingen (§ 9 KSchG).

Der Veräußerer haftet nach den üblichen Vertragsmustern für die Freiheit von „bücherlichen und außerbücherlichen Lasten sowie Rechten Dritter“, soweit nicht die Übernahme des Rechts ausdrücklich vereinbart wird.

Eine etwaige Schuldübernahme von grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten ist ebenfalls in der Kaufurkunde zu regeln.

Soweit – wie regelmäßig – das Mietrechtsgesetz (MRG) einschlägig ist, gehen Mietverhältnisse mitsamt der so genannten Hauptmietzinsreserve und Erhaltungs- und Verbesserungsbeiträgen auf den Erwerber kraft Gesetzes über. Ob das Objekt vermietet oder in geräumten Zustand veräußert wird, ist insoweit nur für die Rechtsmängelhaftung des Veräußerers bedeutsam.

h) *öffentlich-rechtliche Beschränkungen*¹⁵

Gesetzliche Veräußerungsverbote bestehen z.T. aufgrund von Wohnbauförderungsvorschriften. Weiter existieren Vorkaufsrechte (Anbotsverpflichtungen) nach Stadterneuerungs- und Bodenbeschaffungsrecht (StadtErnG; BodenbeschaffungsG).

Die Genehmigung der Grundverkehrsbehörde betreffend die Veräußerung land- und forstwirtschaftlich genutzter Grundstücke ist für das Grundbuchverfahren entbehrlich, wenn eine von der Gemeinde ausgestellte Bestätigung vorgelegt wird, dass es sich bei dem veräußerten Grundstück um bebauten Gebiet handelt (sogenannte Baulandbestätigung).

Die Bauordnungen und die Raumordnungsgesetze der Länder sehen häufig Teilungsbeschränkungen vor, die grundbuchsrechtlich zu beachten sind und die Eintragung von der Vorlage entsprechender Bescheide der Baubehörde abhängig machen. Die Genehmigungserfordernisse (Grundverkehr, Denkmalrecht, Pflugschaftsgericht, Konkursgericht, Kirchenrecht, Stiftungs- oder Substitutionsbehörde) werden im Vertrag üblicherweise aufgeführt.

i) *privatrechtliche Zustimmungserfordernisse und Vorkaufsrechte*¹⁶

Zur Erfüllung von Bau- oder Investitionsverpflichtungen des Erwerbers lassen Gemeinden mitunter ein Wiederkaufsrecht (§§ 1068 ABGB) im Grundbuch eintragen. Dieses bietet ihnen allerdings bei der Liegenschaftsexekution (Zwangsversteigerung) nur wenig Schutz, da es nicht gegen nachrangige Hypotheken wirkt.

Das Vorkaufsrecht (§§ 1072 ff ABGB) kann nach österreichischem Recht auch als preislimitiertes Vorkaufsrecht im

Grundbuch eingetragen werden. Das Vorkaufsrecht ist immer ein subjektiv-persönliches und erlischt zwingend mit dem Tod des Berechtigten.

Belastungs- und Veräußerungsverbote können mit dinglicher Wirkung nur zwischen Ehegatten bzw. zwischen Eltern und Kindern vereinbart werden. Sie erlöschen sowohl mit dem Tod des Berechtigten als auch mit dem Tod des Verpflichteten (§ 364 c ABGB).

j) *Erschließungskosten*

Ausführliche Regelungen zu Erschließungskosten finden sich in der Regel nur in Bauträgerverträgen. Danach trägt der Bauträger die Kosten der Ersterschließung. In normalen Grundstückskaufverträgen wird dem Problem geringere Bedeutung als in Deutschland beigemessen mit dem Hinweis, dass üblicherweise der Lastenübergang (und damit auch die Verpflichtung zur Tragung der Erschließungskosten) schon am Tag des Vertragsabschlusses oder jedenfalls sehr zeitnah stattfindet.

k) *Rücktrittsrechte*

Ein gesetzliches Rücktrittsrecht sieht das Konsumentenschutzgesetz für den Fall vor, dass der Käufer den Kaufvertrag noch am Tag der Wohnungsbesichtigung unterschreibt (§ 30 a KSchG: eine Woche ab Vertragsunterzeichnung). Ebenso besteht ein Rücktrittsrecht bei Bauträgerverträgen, wenn der Bauträger dem Erwerber nicht eine Woche vor Vertragsschluss die gesetzlich vorgeschriebenen Informationen über die bei diesem Vertrag vorgesehene Absicherung des Erwerbers ausgehändigt hat. Dieses Rücktrittsrecht des Erwerbers erlischt in jedem Fall einen Monat nach Vertragsunterzeichnung (§ 5 BTVG).

l) *Maklerklauseln*

Maklerklauseln werden üblicherweise nicht in den Kaufvertrag aufgenommen.

4. Sicherung des Vollzugs

Die Sicherung von Leistung und Gegenleistung und die Absicherung der finanzierenden Kreditinstitute erfolgt durch die Übernahme der Treuhandschaft durch Notare oder Rechtsanwälte (schriftliche Treuhandvereinbarung).¹⁷

Der Notar hat übernommene Treuhandschaften zwingend dem österreichischen Treuhandregister der Notare zu melden. (Für Anwälte gibt es ein vergleichbares Register, allerdings nur auf freiwilliger Basis). Notarielle Treuhandkonten werden ausschließlich bei der von der österreichischen Notariatskammer gegründeten Notartreuhandbank AG geführt. Die Notartreuhandbank informiert innerhalb von 24 Stunden alle Beteiligten über jede vom Notar getätigte Überweisung. Notarielle Treuhandschaften sind (anders als solche von Rechtsanwälten) bis 60.000.000,- ATS versichert, wobei über die Vertrauensschadensversicherung sogar Versicherungsschutz bei vorsätzlichem Handeln des Notars besteht.

Zur Absicherung des Rechtserwerbs des Käufers hat im österreichischen Recht die Vormerkung nur sehr geringe Bedeutung.¹⁸ Insbesondere ist die Eintragung einer Vormerkung nach der Rechtsprechung dann nicht möglich, wenn für das Rechtsgeschäft noch behördliche Genehmigungen fehlen oder sonstige Bedingungen noch nicht eingetreten sind. Eine

¹⁵ Rechberger/Bittner, a.a.O., Rdnr. 230 ff.

¹⁶ Rechberger/Bittner, a.a.O., Rdnr. 129 ff.

¹⁷ Ausführlich zum Folgenden: Bittner, a.a.O., S. 377 ff.

¹⁸ Näher zum Folgenden m.w.N.: Rechberger/Bittner, a.a.O., Rdnrn. 147 ff. und 154 ff.

Vormerkung wird allenfalls eingetragen, wenn bei einem Vertrag ausnahmsweise die Grunderwerbsteuer nicht vom Notar selbst berechnet und einbehalten wird und daher die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes als einzige Vollzugsvoraussetzung noch aussteht.

Als Teil der Käufersicherung wird statt der Vormerkung üblicherweise eine so genannte Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung (Veräußerungsrangordnung) eingetragen. Diese wird aufgrund eines beglaubigten Antrags des Veräußerers eingetragen und bewirkt, dass Änderungen des Grundbuchstandes gegenüber dem Zeitpunkt der Bewilligung der Anmerkung dem Erwerber gegenüber unberücksichtigt bleiben, wenn er innerhalb der Ablauffrist von einem Jahr unter Vorlage des Originals des Rangordnungsbeschlusses seinen Eintragungsantrag im Rang der Rangordnung stellt und er binnen 14 Tagen nach Rechtskraft des Eintragungsbeschlusses die Löschung der Zwischeneintragungen beantragt. Das Original des Beschlusses der Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung wird bei dem den Kaufvertrag abwickelnden Notar verwahrt. Dieser legt den Originalbeschluss dann zusammen mit dem Eigentumsumschreibungsantrag, Löschanträgen für nicht übernommene Belastungen und etwaigen erforderlichen Genehmigungen beim Grundbuchsgericht vor, sobald der Kaufpreis auf dem Notartreuhandkonto hinterlegt ist.

Zu beachten ist, dass die Anmerkung der Rangordnung nicht verlängerbar ist. Nach Ablauf des Jahres kann zwar eine neue Anmerkung der Rangordnung beantragt werden; inzwischen erfolgte Zwischeneintragungen sind mit dieser aber nicht mehr zu beseitigen.

Zur Absicherung der finanzierenden Bank des Käufers dient allein die Treuhandschaft des Notars. Die Eintragung des Grundpfandrechts (Festbetrags- oder Höchstbetragshypothek) erfolgt erst mit der Umschreibung des Eigentums auf den Käufer. Eine (rangwahrende) Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung (Verpfändungsrangordnung) wird regelmäßig nicht beantragt. Die Verpfändungsrangordnung findet nur bei Zwischenfinanzierungen Anwendung. Statt der Eintragung des Grundpfandrechts, die Gebühren in Höhe von 1,2 % aus dem Wert des Rechts auslöst, wird dann nur die billigere (0,06 %) Verpfändungsrangordnung eingetragen.

Anzumerken bleibt noch, dass das österreichische Recht die Grundschuld nicht kennt. Jedoch wird bei der Höchstbetragshypothek die Akzessorietät stark gelockert; auch die Absicherung künftiger Forderungen ist möglich, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis hinreichend individualisiert wird. Ein Nachteil der Höchstbetragshypothek zur Festbetragshypothek besteht allerdings darin, dass keine dingliche Vollstreckungsunterwerfung möglich ist.¹⁹

IV. Wohnungseigentum²⁰

1. Begründung

Die Begründung von Wohnungseigentum ist nur durch Vertrag möglich (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 WEG); eine einseitige Begründung – wie nach § 8 WEG im deutschen Recht möglich – kennt das österreichische Recht nicht.

¹⁹ *Rechberger/Bittner*, a.a.O., Rdnr. 114 ff.

²⁰ *Koziol/Welser*, a.a.O., S. 264 ff m.w.N. und *Bittner*, a.a.O. S. 364 ff.

Wohnungseigentum gibt es an selbstständigen Wohnungen oder sonstigen selbstständigen Räumlichkeiten. Kfz-Abstellplätze sind nur dann sonstige selbstständige Räumlichkeiten, wenn sie sich in einer Baulichkeit befinden, die ausschließlich zum Abstellen von Kraftfahrzeugen gewidmet und auf einer überwiegend nur diesem Zweck dienenden Liegenschaft errichtet ist (§ 1 Abs. 1 Satz 2 WEG, z.B. Parkhaus). Die Bildung einer rechtlich eigenständigen Einheit je abmarkiertem Stellplatz in der Tiefgarage ist daher nicht möglich. In der Praxis wird deshalb oftmals der Kfz-Stellplatz – ebenso wie ein Balkon oder ein Kellerraum – einer Wohnung als Bestandteil zugeordnet (§ 1 Abs. 2 Satz 1 WEG). Alternativ dazu belässt man häufig die Tiefgarage als eine einzige rechtliche Einheit; die Stellplätze werden dann vermietet.

2. Der so genannte Mindestanteil

Wohnungseigentum kann nur von einer Person erworben werden, der ein „Mindestanteil“ am Grundstück zusteht. Der Mindestanteil ergibt sich zwingend aus dem Verhältnis des Nutzwertes der betreffenden Einheit zum Nutzwert aller Wohnungen und sonstigen selbstständigen Räumlichkeiten in der Liegenschaft (§ 3 WEG).

Dieser Nutzwert wird durch ein Nutzwertgutachten eines Sachverständigen festgestellt; der Nutzwert richtet sich nach Lage, Zweckbestimmung und Ausstattung der Wohnung (§ 5 WEG). Änderungen oder Erweiterungen der Nutzung beispielsweise durch einen Dachgeschossausbau führen zu einer Neuberechnung der Nutzwerte und damit zwingend zu einer Anpassung der Mindestanteile.

3. Grundsätzlich kein Miteigentum an Wohnungseigentum

Der Mindestanteil kann nur einer Person ungeteilt zustehen. Eine Ausnahme gilt für Ehegatten. Sie können gemeinsam Wohnungseigentum erwerben, wobei jeder Ehegatte Eigentümer eines – zwingend – halben Miteigentumsanteils wird (§ 9 Abs. 1 WEG). Die jeweils halben Miteigentumsanteile der Ehegatten am Mindestanteil sind gemäß § 9 Abs. 2 WEG dergestalt miteinander verbunden, dass sie nur gemeinsam veräußert, belastet und der Zwangsvollstreckung unterworfen werden können. Ein Gläubiger der einen Titel nur gegen einen der Ehegatten hat, kann allerdings Antrag auf Versteigerung des gesamten Wohnungseigentum stellen.

Da ein gemeinsamer Erwerb von Wohnungseigentum durch miteinander nicht verheiratete Personen (oder durch Ehegatten, die in einem anderen Miteigentumsverhältnis als zu je $\frac{1}{2}$ erwerben wollen) nicht möglich ist, bleibt als Alternative nur der Erwerb durch eine Gesellschaft.

V. Bauträgerobjekte

Nach dem Bauträgervertragsgesetz von 1997 sind verschiedene Sicherungsmechanismen vorgesehen. Üblicherweise wird für die Erwerber ein Treuhänder (Notar oder Rechtsanwalt) bestellt, der die Käufer über ihre Rechte zu belehren und die Einhaltung dieser Rechte durch den Bauträger zu überwachen hat (§ 12 BTVG); er überprüft insbesondere auch, ob eine entsprechende Freistellungsverpflichtungserklärung gemäß § 9 Absatz 3 BTVG der den Bauträger finanzierenden, hypothekarisch gesicherten Banken vorliegt.

Bei der beabsichtigten Begründung von Wohnungseigentum wird für diesen Treuhänder im Grundbuch eine unbefristete

Rangordnung für die beabsichtigte Eintragung von Wohnungseigentum eingetragen sobald zumindest für einen Erwerber gemäß § 24 a WEG eine Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum eingetragen ist (§ 24 c WEG). Die Sicherung des Erwerbers wird weiter durch die Zahlung nach Baufortschritt gewährleistet (§ 10 BTVG).

Alternatives Sicherungsmodell ist die Zahlung gegen Bürgschaft oder Versicherung durch im Inland zum Geschäftsbetrieb befugte Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen.

VI. Teilzeitnutzungsrechte

Für Teilzeitnutzungsrechte gibt es seit 1997 das Teilzeitnutzungsgesetz (TNG), praktische Erfahrungen hierzu liegen jedoch noch nicht vor.

VII. Steuern und Erwerbsnebenkosten

1. Steuern

a) Grunderwerbsteuer und sonstige Verkehrssteuern

Die Grunderwerbsteuer beträgt 3,5 % des Kaufpreises; bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen (Ehegatten bzw. Eltern und Kind) ermäßigt sich der Satz auf 2 % (§§ 5, 7 GrEStG).

Nach dem neuen Selbstrechnungsmodell können Rechtsanwälte und Notare die Grunderwerbsteuer und die Eintragungsgebühr selbst berechnen und einbehalten. Die Erklärung über die Selbstberechnung ersetzt die Unbedenklichkeitsbescheinigung.

b) Umsatzsteuer

Umsatzsteuer fällt bei Grundstückskaufverträgen grundsätzlich nicht an (§ 6 Absatz 1 Ziff. 9 lit. a UStG), es ist jedoch bei gewerblich genutzten Immobilien eine Option zur Umsatzsteuer möglich.

d) Einkommensteuer/Spekulationsgewinnsgewinn²¹

Auch bei beschränkter Steuerpflicht ist das Spekulationsgeschäft mit inländischen Grundstücken steuerpflichtig. Die Steuerpflicht entsteht für den Veräußerungsgewinn, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Steuerfrei bleibt allerdings der Gewinn aus einer Veräußerung des Eigenheims oder einer Eigentumswohnung, wenn sie dem Veräußerer seit der Anschaffung und mindestens seit zwei Jahren als Hauptwohnsitz gedient haben. Bei unentgeltlichem Erwerb wird auf den entgeltlichen Erwerb des Rechtsvorgängers abgestellt. Bei der Veräußerung von unbebauten Grundstücken vermindern sich die Einkünfte nach Ablauf von fünf Jahren seit der Anschaffung um jährlich 10 %.

2. Erwerbsnebenkosten

a) Gebühren für Grundstücksregister

Die Eintragungsgebühren ergeben sich aus dem Gerichtsgebührengesetz (GGG). Die Eintragungsgebühr für den Erwerb des Eigentumsrechts beträgt ohne Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältnis 1 % der Bemessungsgrundlage (Kaufpreis bzw. bei Schenkungen der Einheitswert). Eintragungen

eines Grundpfandrechts lösen eine Gebühr von 1,2 % des Werts aus.

Daneben ist für jede Grundbuchseingabe (unabhängig davon aus wie vielen Anträgen sie besteht) eine Eingabengebühr von 500,- ATS zu entrichten.

b) Notar-/Rechtsanwaltsgebühren

Die Gebührenfestsetzung erfolgt grundsätzlich nach Notariatstarifgesetz (NTG). Der (höhere) Rechtsanwaltsstarif kommt nur zur Anwendung, wenn nicht ein Vertragsentwurf als solcher, sondern nur einzelne Tätigkeiten geschuldet werden.

Nach § 18 NTG ist bei Verträgen die Gebühr für ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zu berechnen; bei Kaufverträgen aus dem Kaufpreis, bei Schenkungen dagegen lediglich aus dem zweifachen Einheitswert. Bei Kaufverträgen tritt regelmäßig die Verwahrungsgebühr (§ 24 NTG) hinzu.

Bei einem Kaufpreis von 2.000.000,- ATS beträgt die Gebühr 33.824,- ATS zuzüglich 20 % USt. für den Kaufvertrag. Für die Kaufpreishinterlegung fällt zusätzlich Hinterlegungsgebühr an. Die Höchstgebühr von 9.261,- ATS zuzüglich 20 % wird bei einer Hinterlegungssumme ab 950.000,- ATS erreicht. Als grobe Richtschnur kann man für die gesetzlich vorgesehenen Notargebühren (inkl. Nebentätigkeiten) knapp 3 % des Kaufpreises ansetzen. In der Praxis sind jedoch Gebührenvereinbarungen nicht selten. Bloße Grundbuchgesuche werden nach der Rechtsanwaltsgebührenordnung taxiert.

c) Maklerprovision

Die Maklerprovision beträgt üblicherweise 3 % zusätzlich USt. in Höhe von 20 %.

C. Immobilien in Österreich im Erbfall

I. Erbstatut, Rechtswahl

Das Erbstatut beurteilt sich auch für Grundbesitz nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip (§ 28 Absatz 1 i.V.m. § 9 Absatz 1 Satz 1 IPRG). Für den Erwerb der Erbschaft (Erwerb ipso iure, durch Antrittshandlung oder durch gerichtliche Entscheidung) ist jedoch bei unbeweglichem Vermögen das Recht des Lageortes heranzuziehen (§§ 28 Absatz 2, 32 IPRG).

Eine Rechtswahl ist nach österreichischem Recht im Erbrecht nicht möglich. Anerkannt wird eine Rechtswahl nur im Schuldrecht und für das Ehegüterrecht (§§ 11, 19, 35 IPRG).²²

II. Anerkennung in Deutschland errichteter Testamente

Für Testamente gilt das Haager Testamentsabkommen (HTÜ), das gemäß § 53 IPRG den §§ 28 ff. IPRG vorgeht. Ein in Deutschland formgültig errichtetes Testament wird daher anerkannt.

Das HTÜ gilt nicht für Erbverträge. Hier gilt gemäß § 8 IPRG, § 1 Absatz 1 Satz 1 Notariatsaktsgesetz Notariatsaktspflicht. Ein von einem deutschen Notar beurkundeter Erbvertrag genügt nach h.M. aber diesem Formerfordernis.²³

²² Schwimann, a.a.O., S. 133 ff.

²³ Krojß, Internationales Erbrecht: Einführung und Länderüberblick, Bonn 1999, Rdnr. 181 m.w.N.

²¹ Prodingner, Einführung in das Steuerrecht, Wien 2000, S. 99 ff.

III. Nachlassverfahren und Nachlassabwicklung²⁴

1. Erwerb der Erbschaft durch Einantwortungsbeschluss

Der Erbe erwirbt die Erbschaft nicht schon mit dem Tod des Erblassers, sondern erst mit dem so genannten Einantwortungsbeschluss des Nachlassgerichts.²⁵

Die Einleitung eines Nachlassverfahrens erfolgt von Amts wegen (§ 20 Außerstreitgesetz). Das Gericht beauftragt einen Notar als Gerichtskommissär mit der Todfallsaufnahme (§ 36 AußStrG). Der Gerichtskommissär verschafft sich einen Überblick über die Person des Verstorbenen, mögliche Erben und den Umfang des Nachlasses; wenn erforderlich nimmt er Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses vor (§ 38 AußStrG); er eröffnet ein etwaiges Testament. Der Gerichtskommissär (= das Gericht) verständigt die Erben und setzt ihnen eine Frist zur Abgabe einer bedingten oder unbedingten Erbserklärung (§ 799 f ABGB). Bei der lediglich bedingten Erbserklärung nimmt der Erbe zwar ebenfalls die Erbschaft an, er haftet jedoch lediglich beschränkt auf die Höhe der Nachlassaktiva für eventuelle Nachlassverbindlichkeiten. Bei einer bedingten Erbserklärung ist aber zwingend ein Inventar zu errichten.

Auf Gläubigerantrag, bei sich widersprechenden Erbserklärungen bzw. bei minderjährigen oder unbekanntem Erben wird ein Kurator bestellt, der die Erbschaft bis zur Einantwortung des oder der Erben verwaltet.

Die Einantwortung bewirkt den Erbschaftserwerb *uno actu*, insoweit wird auch das Grundbuchrechtliche Eintragungsprinzip durchbrochen. Dem Erben wird eine Einantwortungsurkunde erteilt gemäß § 174 AußStrG. Die Einantwortung hat Rechtsscheinwirkung und Legitimationswirkung für redliche Dritte (§ 824 ABGB).

2. Umschreibung des Grundbuchs

Zur Eigentumsumschreibung ist das Original der Einantwortungsurkunde mit der Rechtskraftklausel sowie die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes über die Entrichtung des sogenannten Grunderwerbsteueräquivalents (§ 8 Absatz 4 ErbStG) vorzulegen. Antragsberechtigt zur Umschreibung ist der Erbe, von ihm Bevollmächtigte oder Nachlass- bzw. Erbengläubiger.

War der Erblasser Deutscher mit letztem Wohnsitz in Deutschland, dann genügt als „Einantwortung“ bezüglich des in Österreich belegenen Grundbesitzes (§ 3 Absatz 3 deutsches EGBGB i.V.m. §§ 31, 32 IPRG) eine Erklärung der Erbschaftsannahme gegenüber dem deutschen Nachlassgericht.²⁶

²⁴ Näher zum Nachlassverfahren: *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, Wien, 2. Aufl. 1997.

²⁵ *Zankl*, Erbrecht, Wien, 5. Aufl. 1998, S. 45 f.

²⁶ *Kroiß*, a.a.O., Rdnr. 200.

IV. Steuern

1. Erbschaftsteuer

Bei der Erbschaftsteuer gibt es fünf Steuerklassen. Der Tarif reicht in Steuerklasse I von 2 bis 15 %, in Steuerklasse V von 14 bis 60 %.

Die Freibeträge sind niedrig. Sie betragen in Steuerklasse I und II 30.000,- ATS, in III und IV 6.000,- ATS und in V 1.500,- ATS. Ehegatten haben bei Schenkungen noch einen zusätzlichen Freibetrag von 100.000,- ATS. Allerdings wird als Bemessungsgrundlage für die Steuerberechnung bei Grundstücken lediglich das Dreifache des Einheitswertes angesetzt (§ 9 Absatz 2 ErbStG i.V.m. Bewertungsgesetz), der in der Regel nur ca. ein Zehntel des Verkehrswertes ausmacht.

Soweit die Bank oder der sonst zum Einbehalt Verpflichtete für den Erblasser für Gewinnanteile und Zinsen Kapitalertragsteuer (Höhe 25 %) gezahlt hat, ist bei einem Erwerb von Todes wegen (nicht bei Schenkung) mit der Kapitalertragsteuer auch die Erbschaftsteuer abgegolten (so genannte Endbesteuerungswirkung, § 15 Absatz 1 Nr. 17 ErbStG). Diese Regelung läuft allerdings am 30.6.2002 aus.

Für Grundstücke ist in jedem Fall das Grunderwerbsteueräquivalent in Höhe von 2 % (bei Ehegatte, Eltern, Kind) bzw. 4 % des Einheitswertes zu entrichten (§ 8 Absatz 4 ErbStG).

2. Doppelbesteuerungsabkommen

Das Deutsch-österreichische Doppelbesteuerungsabkommen vom 4.10.1954 (BGBl. II 1955, 756) wendet beim Erwerb vom Todes wegen (nicht bei Schenkung) die Freistellungs-methode an. Das DBA kommt zur Anwendung, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten hatte. Gemäß Art. 3 DBA wird unbewegliches Vermögen in dem Staat besteuert, in dem es belegen ist. Nach Art. 4 DBA wird eine Betriebsstätte im jeweiligen Staat besteuert. Die Besteuerung des übrigen Vermögens erfolgt durch den Staat des letzten Wohnsitzes (Art. 5 DBA).

D. Anschriften/Internet

Österreichische Notariatskammer
A-1010 Wien
Landgerichtsstraße 20
Tel.: 0043 1 402 45 09 0
Fax: 0043 1 406 34 75
e-mail: kammer@notar.at
homepage: www.notar.at

Alle wichtigen Adressen (Einrichtungen des österreichischen Notariats, Behörden, Gerichte) sind in dem von der Kammer herausgegebenen österreichischen Notariatsverzeichnis enthalten.

Verhandlungshilfe durch Notare

Von Notarassessor *Falko Bode*, München

Die Vorteile der friedlichen und zeitsparenden Einigung im Vergleich zu einem langwierigen Rechtsstreit vor Gericht liegen auf der Hand. Im Beurkundungsverfahren als geordnetem Einigungsprozess können Notare über die Rolle der neutralen „Urkundsperson“ hinaus die Verhandlung als „Einigungshelfer“ (facilitator) unterstützen und den Beteiligten so Zeit und Geld sparen. Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten einige Techniken, mit denen Notare Vertragsverhandlungen konstruktiv begleiten.

Das notarielle Beurkundungsverfahren formalisiert und bremst im Interesse des Übereilungsschutzes und der Belehrung den Prozess der Einigung. Dies soll folgendes Beispiel illustrieren:

A und B wollen „sofort“ eine GmbH gründen. Als A vom Notar erfährt, dass er nicht nur für seine Stammeinlage haftet, sondern auch für Fehlbeträge auf die Stammeinlage des B, den er bisher kaum kennt, will er sich die Sache „doch noch einmal überlegen“ und Erkundigungen einholen.

A. Einigungsförderung durch Formgebote

I. Wert der Einigung

In einer „Welt von Interessengegensätzen“ ist die Fähigkeit zur Einigung ein wichtiger Gradmesser der gesellschaftlichen Entwicklung. Während im Urzustand die Durchsetzung von Interessen notfalls mit Gewalt erfolgt, ist mit der Schaffung des Richters ein erster Fortschritt für Interessenkonflikte erzielt. Die Konfliktparteien geben hierzu sachlich begrenzt ihr Selbstbestimmungsrecht auf und unterwerfen sich der Entscheidung eines neutralen Dritten. Die Konfliktvermeidung und Konfliktbewältigung durch eine ausgehandelte Einigung bietet demgegenüber zusätzliche Vorteile:

- Sie ist Produkt der parteieigenen Entscheidung und damit Ausdruck ihrer Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung.
- Sie ist grundsätzlich wirtschaftlicher als ein Gerichtsprozess.
- Sie ist zukunftsorientiert und dient zielgerichteter den Interessen der Beteiligten („Rechtsverwendung“ statt „Rechtsanwendung“).
- Sie schafft Beziehungen und kann damit eine gute Basis für Teamwork, Kooperation und verlässliche Partnerschaften sein.

Insbesondere der Aspekt der Selbstbestimmung macht die Einigung zu einem Wert an sich. Sie ist mehr als ein Mittel zum Zweck der Verwirklichung von Gerechtigkeit.

II. Einbindung Dritter durch Formgebote

Nach klassischer Auffassung haben Formvorschriften vor allem den Zweck, vor übereilter, unüberlegter Abgabe einer Erklärung mit besonderer Tragweite zu schützen (Warnfunktion). Zugleich soll der Abschluss und Inhalt eines Rechtsgeschäftes klargestellt werden (Beweisfunktion).

Für die notarielle Beurkundung ist als weiterer Zweck die Beratung und Belehrung der Beteiligten in § 17 BeurkG hervorgehoben (Belehrungsfunktion). Durch seine unparteiliche Mitwirkung soll der Notar für eine richtige, irrtumsfreie und wirklich gewollte, also eine „vollkommene“ Erklärung der Beteiligten sorgen.

Den Formvorschriften und dem Beurkundungsgesetz ist keine Pflicht des Notars zur Förderung der Einigungsbereitschaft der Parteien zu entnehmen. Richter haben gem. § 279 ZPO auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, im Beurkundungsverfahren geht das Gesetz davon aus, dass die Einigung bereits „in der Luft liegt“.

Dennoch gehört das „Ringen um die Einigung“ zur täglichen Arbeit und Erfahrung im Notariat etwa, wenn der Notar einseitig mit einem Entwurf beauftragt wird, der dem anderen Verhandlungsteil als Angebot unterbreitet wird oder wenn der Notar in streitigen Situationen gezielt als neutraler Berater angesprochen wird, wie z.B. bei der Auseinandersetzung von ehelicher oder partnerschaftlicher Verbindungen, von Erbengemeinschaften oder von Gesellschaftsvermögen. Aber auch in den Fällen, wo die Beteiligten „sich bereits einig sind“, tauchen, sobald es um die Einzelheiten geht, regelungsbedürftige Punkte auf, die die Übereinkunft in Frage stellen können. Hier steht der Notar vor der Wahl, sich „dezent“ zurückzuziehen oder aber als Verhandlungshelfer aktiv in Erscheinung zu treten. In der Regel wird er die Verhandlung durch konstruktive Vorschläge zu retten suchen, eine Eskalation verhindern und hierdurch die Chancen auf eine tragfähige und friedliche Einigung beträchtlich erhöhen können.

Die Erfolge der Streitmediation haben die katalytische Wirkung der Einbindung Dritter in Verhandlungen bewusst gemacht. Als Gründe hierfür gelten:

- Dritte verfolgen keine eigenen Interessen, sie sind nicht „stake-holders“ und können Vertrauen erzeugen sowie die Kommunikation verbessern. Dritte nehmen die „Spitzen“ aus dem Gespräch, steuern den Rhythmus von Reden und Zuhören und setzen die Gebote des fairen Verhandeln durch.
- Dritte bauen die Angst der Beteiligten ab, „über den Tisch gezogen“ zu werden und können so den Teufelskreis durchbrechen, dass jeder seine Interessen befriedigen aber – aus Misstrauen – nicht offen legen will („Verhandlungsdilemma“).
- Dritte geben den Beteiligten zusätzliche und neutrale Information („independent evidence“). Sie tragen dazu bei, den Sachverhalt zu klären und die Interessenlage begreiflich zu machen („Klärungshelfer“).

- Durch professionelle Verfahrensgestaltung regen Dritte die Kreativität der Beteiligten an und bringen eigene Ideen zur Befriedigung der Interessen der Beteiligten in den Verhandlungsprozess ein. Hierdurch wird der „Verhandlungskuchen“ vergrößert und zugleich die „zone of possible agreement“ (ZOPA).

Die gesetzlichen Formvorschriften bewirken also über ihre klassischen Funktionen hinaus, dass den Beteiligten die vorstehend beschriebenen Vorteile für die Verhandlung ihres Rechtsgeschäfts zur Verfügung gestellt werden.

B. Mittel zur Förderung des Einigungsprozesses

Die notarielle Mitwirkung im Beurkundungsverfahren kann nicht bezwecken, die Beteiligten im Sinne eines konsistenten oder kooperativen Verhandlungsmodells zu erziehen. Der Notar stellt vielmehr nur seinen kundigen Rat zur Bewältigung der rechtlichen und tatsächlichen Komplexität der Verhältnisse zur Verfügung und ist pragmatischer Helfer im konkreten Einzelfall.

I. Formale Führung

Wichtigstes Element der Verhandlungshilfe ist die geschickte Führung des Beurkundungsverfahrens. Dass der Notar diese Führungsrolle ausüben darf und muss, ergibt sich aus den einzelnen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, welche der Beurkundung amtlichen Charakter geben. Das Verfahren wird durch den Antrag der Beteiligten in Gang gesetzt und vom Notar durch „verfahrensleitende Verfügungen“ gesteuert, ähnlich einem Gerichtsprozess, den der Richter leitet. An die Stelle der Verfahrensvorschriften des Beurkundungsgesetzes und der Bundesnotarordnung tritt im Wortschatz der Mediatoren und Facilitatoren der Verhandlungsvertrag. Im Verhandlungsvertrag einigen sich die Interessenträger („stake holders“) darüber, in welchen Schritten sie eine Einigung erzielen wollen, bevor sie überhaupt die inhaltlichen Fragen in Angriff nehmen. Die Phasen des Einigungsprozesses werden festgelegt, ebenso Grundregeln und Regeln für jede Phase. So kann man einteilen in

- die Themenphase (Präzisierung des Verhandlungsthemas, Ermittlung der Interessenten),
- die Informationsphase („assessment“, Ermittlung des Sachverhalts und der zu befriedigenden Interessen),
- die Argumentationsphase (Austausch der Argumente, Annäherung der Positionen),
- Einigungsphase (Erreichen und Dokumentation der Einigung),
- Umsetzungsphase (Durchführung der Einigung und Nacharbeit).

Diese Gliederung in Phasen wird häufig abgekürzt oder verlängert, eine einheitliche Terminologie besteht nicht.

Für die notarielle Beurkundung ist, wie ausgeführt, ein stimmiges Verfahrensgerüst bereits vorhanden. Fragen nach Vergütung oder Verschwiegenheit müssen nicht umständlich in einer „Verhandlung über die Verhandlung“ erörtert werden. Überdies kennen viele Beteiligte den Ablauf bereits, so dass sich Vorgespräche hierüber erübrigen. In bestimmten Situationen, etwa mit unerfahrenen Vertragspartnern, kann es sich für den beurkundenden Notar dennoch anbieten, zu Beginn der Urkundsverhandlung etwa durch folgende mündliche Einleitung einen „Verhandlungsvertrag“ zu schließen:

„...heute möchte Frau F an Herrn M eine Eigentumswohnung in.... zum Kaufpreis von... verkaufen. Vor mir liegt ein entsprechender Vertragsentwurf, der Ihnen zugeschickt wurde. Er enthält einen neutralen Vorschlag von mir, ihre Interessen bei diesem Verkauf sachgerecht zum Ausgleich zu bringen und ist in jeder Hinsicht nach Ihren Wünschen änderbar. Gibt es zu dem Vertrag grundsätzliche Punkte, die Sie vorab anmerken möchten? Nein? Dann schlage ich vor, dass ich den Vertrag jetzt vorlese, so dass wir Ihre Wünsche und Fragen im Einzelnen direkt an der entsprechenden Textstelle berücksichtigen können. Bitte unterbrechen Sie mich hierfür jederzeit. Sind Sie mit diesem Ablauf einverstanden?“

Formale Führung im Beurkundungsverfahren bedeutet also:

- die neutrale Notarsrolle klarzustellen,
- einen sachgerechten Verfahrensablauf vorzuschlagen,
- das Einverständnis der Beteiligten einzuholen.

Dies trägt zu einem für die Beteiligten einsichtigen von ihnen mitgetragenen Geschehen bei. Damit bestehen die Grundvoraussetzungen zur Bewältigung der Komplexität des Verhandlungsstoffes. Es wird weniger intuitiv, mehr rational verhandelt, vielleicht auch mehr kooperativ und weniger kompetitiv. Das Beispiel zeigt auch, dass der Notar selbst dann einen Verhandlungsvertrag schließen kann, wenn er erst spät im Einigungsprozess eingeschaltet wird. Der anfängliche Aufwand erspart beim Einzelproblem Ärger, weil sich die Beteiligten an ihre akzeptierten Regeln halten werden. Die Maxime heißt: „Go slow to go fast“.

II. Entwurfsverfahren – single text procedure

Das klassische und immer wichtiger werdende Mittel der formalen Führung des Notar ist das Erstellen und die Fortentwicklung des einen Vertragsentwurfs, der in der Beurkundung seine endgültige und verbindliche Fassung erhält. Die gemeinsame Arbeit an einem Entwurf ist transparent und einfacher als die Annäherung unterschiedlicher Entwürfe, weshalb die „single text procedure“ nicht nur in der Diplomatie als effizientes Mittel des *consensus building* anerkannt ist.

1. Erster Entwurf

Zweckmäßiger Ausgangspunkt für die Erarbeitung eines Vertrags ist der neutrale Entwurf. Er schafft Vertrauen und Transparenz. Der neutrale Entwurf trifft am ehesten die ZOPA (zone of possible agreement), er landet also am seltensten in der berichtigten Sammlung nicht beurkundeter Muster. Das verdeutlicht folgendes Beispiel:

Ein Ehemann kommt zum Notar und teilt mit, seine Frau und er wollen sich scheiden lassen. Man habe sich geeinigt, dass gegenseitig umfassend auf Ansprüche verzichtet werde. Dafür erhalte die Ehefrau seine Hälfte der Immobilie X.

Neutral ist ein Entwurf, der vom Notar als einer nicht interessierten Person nach Anhörung der interessierten Personen erstellt wird. Deshalb ist es wichtig, alle Interessierten rechtzeitig am Entwurfsverfahren zu beteiligen. Im Beispiel könnte der Notar den gewünschten Entwurf auch „abgeschwächt neutral“ allein aufgrund der Angaben des Ehemanns erstellen. Dies birgt jedoch die Gefahr, dass die Ehefrau die neutrale Rolle des Notars nicht erkennt. Folglich wird man im Regelfall darauf bestehen, vor Entwurfsfertigung ein Gespräch auch mit der Ehefrau zu führen.

Bei einem Übergabevertrag von Eltern an ihr Kind, welcher durch Pflichtteilsverzicht der Geschwister untermauert werden soll, sind z.B. auch die Geschwister „stake holders“. Auch

ihre Interessen sollten bereits im Entwurfsstadium ermittelt und einbezogen werden.

Andere Fälle sind weniger sensibel. Bei Kaufverträgen „meldet“ in aller Regel zunächst eine Seite den Vertrag an und wenn eine Gemeinde mit vielen Anliegern ähnliche Vereinbarungen abschließen möchte, ist der „einseitige Entwurf“ ebenfalls praktische Notwendigkeit. Aber auch hier ist es aus Transparenzgründen richtig, wenn erkennbar ist, auf wessen Angaben der Entwurf beruht und bei seiner Versendung die neutrale Notarsrolle sowie die individuelle Änderbarkeit des Entwurfs klargestellt wird.

2. Standards

Der Wert des neutralen Entwurfs besteht darin, dass sich in ihm das Vorverständnis eines erfahrenen Beraters zu den nach seiner Erfahrung in der konkreten Situation typischen und wichtigen Fragen niederschlägt. Das fachliche Vorverständnis wird an die Beteiligten als sog. Standard weitergegeben, so dass sich auf dieser sachgerechten Grundlage individuelle Vereinbarungen entwickeln können.

Meist betreffen Standards technische Fragen, an welche die Beteiligten gar nicht dachten, wie etwa die Verteilung von Erschließungskosten im Grundstückskaufvertrag. Aber auch im Bereich der wesentlichen Leistungspflichten kann der Notar gefordert sein, den Vertragsteilen mit Standards Hilfestellung zu geben. Wünschen die Beteiligten eines Grundstückskaufs z.B., dass der Besitz vor Kaufpreiszahlung gegen Anzahlung des Käufers übergeht, stellt sich die Frage nach der Höhe der Anzahlung, die zuweilen an den Notar weitergegeben wird.

Hier darf der Notar seine Neutralität nicht gefährden, weil das wirtschaftliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung unmittelbar berührt ist. Bei aller gebotenen Vorsicht kann er dennoch als Verhandlungshelfer den Beteiligten z.B. Vorschläge machen, mit welchen Berechnungsgrundlagen die Anzahlung ermittelt werden könnte. Wie so oft, bietet sich hier die offene Frageform an: Wie lange wird es in etwa dauern, bis der Kaufpreis fällig wird? Welche Miete könnte man für diese Zeit verlangen? Was plant der Käufer auf dem Grundstück? Welches Risiko für den Verkäufer ist damit verbunden? Wäre es möglich, dass der Käufer seine Bonität durch Bankbestätigung nachweist oder eine Bürgschaft stellt? Vom Notar vorgeschlagene Standards (z.B. auch: gesetzlich vorgeschlagene Lösungen, Gleichbehandlung mit anderen Fällen, die die Beteiligten kennen oder die gerichtlich entschieden sind) erleichtern das Finden einer konkreten Lösung.

3. Entwurfsänderungen

Häufig ruft ein Verhandlungsteil im Notariat an und teilt dem Notar oder seinen Mitarbeitern eine gewünschte Entwurfsänderung mit. Hier muss hinterfragt werden, ob es sich um eine vereinbarte oder eine einseitige Änderung handelt. Bei einseitigen Änderungen ist es zweckmäßig, vor der Berücksichtigung Rücksprache mit den anderen Verhandlungspartnern zu nehmen oder die einseitigen Änderungen als solche zu kennzeichnen. Es macht eben einen Unterschied, ob der Notar selbst die Änderung vorschlägt oder ob sie vom Verhandlungspartner gewünscht wird. Dieses psychologische Phänomen, welches als „reaktive Abwertung“ bezeichnet wird, hat seinen rationalen Hintergrund in der Angst jeder Seite, übervorteilt zu werden. Solche Ängste lassen sich im Entwurfsverfahren nicht dadurch beseitigen, dass die Quelle eines Vorschlags verschwiegen wird. In der Konfliktmediation wird teilweise abweichend auf Ursprungskennzeichnungen verzichtet, um reaktive Abwertungen auszuschließen. Aber auch dort erscheint zweifelhaft, ob dies vertrauensbildend wirkt.

III. Beurkundungstermin – „settlement event“

Die Beurkundung schließt die „one-text-procedure“ ab. Die Setzung eines Termins hierfür begründet einen heilsamen Einigungsdruck. Es entsteht – der Einigungsphase (settlement) der Konfliktmediation vergleichbar – das Gefühl des „Jetzt oder nie“, weil alle offenen Fragen nun angesprochen und erledigt werden.

Zur Bewältigung schwieriger Fragen durch Strukturbildung wird in der Konfliktmediation die Hilfe visueller Darstellung betont. Solche Techniken sind auch im Beurkundungstermin von Vorteil. So kann der Notar Standards auf Flip-Chart oder Projektorfolie vorschlagen oder in gleicher Weise Alternativen gegenüberstellen und Erläuterungen geben. Bei einer Grundschuld z.B. lassen sich die zu unterscheidenden Rechtsverhältnisse mit graphischer Unterstützung darstellen, bei einem Kaufvertrag der zeitliche Ablauf anhand eines Zeitstrahls. Wenn zuweilen aufgrund des ausgedehnteren Entwurfsverfahrens die Beurkundung als lästiges Absitzen empfunden wird („Es ist doch alles im Vorfeld geklärt worden.“), so kann das Heranziehen optischer Hilfsmittel solchen Vorurteilen entgegenwirken und die Aufmerksamkeit auf einzelne Punkte lenken, deren Klärung für den Schritt zur endgültigen Fassung des Textes erforderlich ist.

C. Ablaufsteuerung nach der Einigung

Mit dem Erreichen der Einigung hat der Notar seine Aufgabe zur Hälfte erfüllt. Über die Rolle des Verhandlungshelfers hinaus trägt er die Verantwortung für die Umsetzung der Einigung in die Wirklichkeit. Dies erfolgt z.B. durch das Einholen erforderlicher Genehmigungen, die Steuerung und Überwachung des Leistungsaustauschs sowie das Bewirken der zeitgerechten Eintragung in den öffentlichen Registern, wie Grundbuchamt und Handelsregister. Spricht man beim Mediator vom „agent of reality“, so trifft dies auf Notare besonders in der Hinsicht zu, dass sie mit der Beurkundung die persönliche Verantwortung für die geordnete Abwicklung und praktische Durchführbarkeit des Vertrages übernehmen. Aufgrund dieser Spezialisierung gehört manches „neue“ Rezept der Konfliktmediation zum intuitiven Repertoire notarieller Kunst. Der Satz: „Was als Mediation verkauft wird, machen wir schon immer so,“ hat einen wahren Kern. Jeder Notar kann sich aber fragen, ob er seine Expertise noch systematischer und bewusster zur Förderung der Einigung als Mittel der Rechtsverwendung einsetzen will.

D. Literatur:

Haft, Verhandlung und Mediation, 2. Auflage, 2000,
Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz mit Erläuterungen, 14. Auflage, 2000,
Langenfeld, Vertragsgestaltung, 2. Auflage, 1997,
Susskind, McKearnan, Thomas-Larmer, The Consensus Building Handbook, 1999,
Grziwotz, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, 2001.

Aufsätze:

Risse, Wirtschaftsmediation, NJW 2000, 1614,
Gottwald, Alternative Streitbehandlungsformen, Anwaltsblatt 2000, 267,
Prütting, Richterliche Gestaltungsspielräume für alternative Streitbehandlung, Anwaltsblatt 2000, 273,
Schiffer, Jan, Mediative Elemente in modernen Schiedsverfahren, JurBüro 2000, 188.

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co, Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), bearbeitet von Dr. Dr. Dres. hc. Klaus J. Hopt, Verlag C. H. Beck, München, 30. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2000, 1732 Seiten, DM 148,00.

Ensthaler (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1999, 2792 Seiten, DM 328,00.

Das HGB gehört zu den zentralen Kodifikationen unseres Wirtschaftsrechts. Entsprechend groß ist der Bedarf, den Wissenschaft und Praxis an aktuellen und verlässlichen Kommentaren haben. Das gilt derzeit umso mehr, als sich gerade das Handelsrecht in den vergangenen fünf Jahren stärker verändert hat, als in den fünf Jahrzehnten zuvor. Vor allem mit dem Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22.6.1998 und dem Transportrechtsreformgesetz (TRG) vom 25.6.1998 hat der Gesetzgeber zwei umfangreiche Projekte abgeschlossen, in deren Zentrum eine neue Konzeption des Kaufmannsbegriffs, eine Liberalisierung des seit langem kritisierten Firmenrechts, eine Reihe von Änderungen im Recht der Personengesellschaften sowie eine völlige Neufassung des Fracht-, Speditious- und Lagerrechts samt Nebengesetzen stehen.

Aber auch außerhalb der großen Reformen haben das HGB und seine Nebengesetze sowie andere mit ihm inhaltlich verbundene Regelwerke wie das GmbHG und das AktG zahllose Änderungen erfahren. Neben dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz vom 24.3.1998, dem Gesetz über die Zulassung von Stückaktien vom 25.3.1998, dem Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz vom 20.4.1998, dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.4.1998 und dem Euro-Einführungsgesetz vom 9.6.1998 verdient vor allem das Kapitalgesellschaften- & Co.-Richtlinie-Gesetz vom 24.2.2000 Erwähnung. Nach vorläufigen Schätzungen betrifft es rund 100.000 „& Co.-Gesellschaften“ (vgl. *Baumbach/Hopt* Einl. v. § 238 Rdnr. 8) und hat damit erhebliche praktische Bedeutung. Im Übrigen wirken auch neue Kodifikationen wie das Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994 weit bis in das HGB hinein, ähnlich wie die ausufernde Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, die insbesondere für die Auslegung und Anwendung der §§ 59 ff. HGB erhebliche Bedeutung hat.

Hopt, der mit der 30. Auflage des *Baumbach/Hopt* den derzeit aktuellsten auf dem Markt erhältlichen Kommentar zum HGB vorgelegt hat, hat die Flut von neuen Vorschriften und Rechtsentwicklungen im und um das HGB – und zwar einschließlich des KapCoRiLiG – in gewohnt brillanter Weise gemeistert. Mit seiner erneut in alleiniger Autorenschaft bewältigten Neubearbeitung legt er ein inhaltlich geschlossenes Werk vor, das sowohl im Kernbereich des Handels- und Personengesellschaftsrechts als auch im Bankrecht – *Hopts* besonderer Spezialität – Maßstäbe setzt. Der Kommentar ist ein Werk aus einem Guss. Seine einzelnen Teile passen stimmig zueinander. Durchweg konzentriert sich der Verfasser auf wirklich wesentliche Hinweise aus Rechtsprechung und Literatur. Selbst Stichworte, die in einem HGB-Kommentar nicht notwendig zu erwarten sind (z. B. Mantelkauf; vgl. § 23 Rdnr. 4)

werden unter Hinweis auf Spezialliteratur knapp und präzise abgehandelt. Auch die Querverweise auf das neue Umwandlungsrecht von 28.10.1994 (vgl. z.B. Einl. v. § 105 Rdnr. 23 ff.) sind als schneller Überblick über spezifisch personengesellschaftsrechtliche Umwandlungssachverhalte außerordentlich hilfreich. Vor allem der ratsuchende Notar findet zu praktisch jeder ihm bei seiner täglichen Arbeit begegnenden Frage wenn nicht gleich eine Antwort, so doch zumindest einen Hinweis, der ihn an sein Ziel führt.

Herausragend sind auch *Hopts* Kommentierungen zu den handelsrechtlichen Nebengesetzen (S. 1185 bis 1678). In knapper Form werden hier vor allem wichtige Rechtsgrundlagen des Bank- und Börsenrechts erläutert, die sich in ähnlich handlicher und benutzerfreundlicher Auswahl und Aufmachung in keinem vergleichbaren marktgängigen Werk finden. Dass *Hopt* in diesem Zusammenhang bei der Neuauflage seines Kommentars aus Platzgründen darauf verzichtet hat, auch das AGBG erneut zumindest kurz zu kommentieren, ist zwar bedauerlich. Da er aber im Zusammenhang mit zahlreichen Einzelkommentierungen zum HGB auf Besonderheiten des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist, ist seine platzbedingte Entscheidung im Ergebnis nachvollziehbar und verständlich.

Man traut sich kaum, die schon fast zu Tode gedroschene Phrase von dem Werk, das in keiner guten juristischen Bibliothek fehlen darf, noch einmal zu wiederholen. Und dennoch: Hier stimmt sie! Der neue *Baumbach/Hopt* gehört auf den Schreibtisch jedes Wirtschaftsrechtlers. Daran besteht kein Zweifel.

Auch der von *Ensthaler* herausgegebene Gemeinschaftskommentar (GK) zum Handelsgesetzbuch – ein äußerlich monumentales Werk von nahezu unhandlicher Dicke (8 cm – sic!) – spiegelt den Stand nach HRefG und TRG wieder. Ähnlich dem *Hopt* enthält es zahlreiche Nebengesetze bzw. Trade Terms wie die Incoterms (nach § 346), die AGB der Banken und Sparkassen (nach § 406), transportrechtliche Sonderregelungen (vor allem als Anhänge zu § 450, § 451 h und § 466), einen eigenen und von *Ensthaler* selbst bearbeiteten Abschnitt zu Qualitätssicherungsvereinbarungen (nach § 328) sowie neuerdings und besonders hervorzuheben eine komplette und ca. 250 Seiten umfassende Kommentierung des UN-Kaufrechts, für die *Achilles* verantwortlich zeichnet.

Die Kommentierungen des GK sind vornehmlich an der Rechtsprechung orientiert. Literatur wird eher zurückhaltend verwertet, was als solches durchaus noch kein Nachteil sein muss. Die spezifisch notarrelevanten Teile des Kommentars (vor allem die §§ 1 bis 58 sowie 105 bis 177 a HGB) fallen allerdings inhaltlich knapp aus und sind an vielen Stellen durchaus kritikwürdig.

Um nur einige Beispiele zu nennen: Die Kommentierung des Firmenrechts – die offenbar zwei lediglich im Vorwort, nicht aber im Bearbeiterverzeichnis erwähnte „Helfer“ übernommen haben – ist dürftig. Die Kasuistik zu § 18 Abs. 2 HGB – zugegeben keine besonders anregende intellektuelle Herausforderung, aber eben notwendig für den Praktiker – wird auf einer knappen Seite abgehandelt (bei *Hopt* immerhin gute 12 Seiten im Bibeldruck!). Die Auswirkungen des neuen Umwandlungsgesetzes vom 28.10.1994 auf die Personenhan-

delsgesellschaften werden praktisch vollkommen übergegangen. Schlimmer noch: Bei Rdnr. 12 vor §§ 105 ff. wird augenscheinlich auf der Grundlage des vor 1995 bestehenden Rechts behauptet, die Verschmelzung von Personengesellschaften sei gesetzlich nicht geregelt und für Kapitalgesellschaften auf die längst nicht mehr geltenden §§ 339 ff. AktG, 19 Abs. 1 KapErhG Bezug genommen. Das internationale und europäische Gesellschaftsrecht wird auf nicht einmal einer Seite abgehandelt (Rdnr. 16 f. vor §§ 105 ff. HGB). Vernünftige Literaturhinweise unterbleiben. Enttäuschend sind ferner die Ausführungen zur vermögensverwaltenden OHG (§ 105 Abs. 2 HGB). *Ensthaler* widmet ihr ganze sieben Zeilen (§ 105 Rdnr. 4), was für eine zentrale Neuerung des HRefG eindeutig zu wenig ist.

Bei der Kommentierung des Rechts der Geschäftsführung (§§ 114 ff. HGB) wird mit grobem Rechen gefegt. Die zentrale Frage der Abgrenzung von Geschäftsführungsmaßnahmen zu Grundlagengeschäften ist *Ensthaler* eine Randnummer (§ 114 Rdnr. 2) von vier Zeilen wert. Judikate, die hierzu reichlich vorhanden sind, werden nicht zitiert. Die Ausführungen zu Buchwertklauseln (§ 131 Rdnr. 49 bis 51) nehmen von Rechtsprechung und Literatur nach Anfang der 80er-Jahre keine Kenntnis. In der von *Fahse* besorgten Kommentierung zu § 172 a HGB werden die Regelungen des § 32 a Abs. 3 GmbHG zwar in ihrer geltenden Fassung vollständig

abgedruckt. Gleichwohl wird in Rdnr. 16 der Kommentierung unter Berufung auf die zwischenzeitlich überholte Entscheidung in BGHZ 81, 311 (Sonnenring) ein Sanierungs- oder Bankenprivileg bei Kapitalersatz verneint, und das obwohl es der Gesetzgeber im KonTraG 1998 mittlerweile ausdrücklich anders bestimmt hat (§ 32 a Abs. 3 S. 3 GmbHG n.F.). Das alles ist wenig vertrauenserweckend und schlimmer noch: Die Liste der Monita ließe sich fortsetzen.

Es geht nicht darum, sich an Kleinigkeiten festzubeißen und einen Kommentar, der offenbar über sechs Auflagen seine Käufer gefunden hat, schlecht zu reden. Auch erlauben es die Kenntnisse des Rezensenten nicht, das Werk in allen seinen Teilen – z.B. dem Recht der Handelsvertreter, bei der Rechnungslegung oder dem Transportrecht – abschließend und damit vielleicht auch positiver zu würdigen. Soweit es freilich die aus der Sicht des Notars besonders bedeutsamen Gebiete des Kaufmanns-, Firmen- und Gesellschaftsrechts betrifft, ist der GK unbefriedigend. So hart das Urteil auch sein mag: Zumindest diese Auflage kann einem am Gesellschaftsrecht interessierten Juristen – insbesondere Notaren – nicht zum Kauf empfohlen werden. Hoffen wir auf die nächste Runde. Wir haben keine Vorurteile.

Notar Prof. Dr. Peter Rawert, LL.M., Hamburg

Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, XX, 700 Seiten. Mit Mustertexten und Diskette, DM 128,-.

Sechs Jahre nach Erscheinen der letzten Auflage liegt nun die Neuauflage des Standardwerks zum Nachlassrecht vor. Sie wurde allein von Herrn Vorsitzenden Richter am Landgericht München I Dr. *Hans Lothar Graf* bearbeitet und wesentlich erweitert. Berücksichtigt wurden eine Reihe von Gesetzesänderungen, etwa durch das Erbrechtsgleichstellungsgesetz, die Insolvenzordnung, das 3. Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes, die Änderungen des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes aus dem Jahr 1997 und andere mehr. Daran zeigt sich wiederum, dass das Erbrecht keineswegs ein statisches Rechtsgebiet ist.

Nach seiner Konzeption bietet der *Firsching/Graf* eine umfassende Darstellung des Nachlassverfahrensrechts. Da aber das formelle Recht ohne Kenntnis des materiellen Rechts in vielen Bereichen nicht verständlich ist, findet sich auch zu vielen Fragen des materiellen Rechts eine Erörterung, etwa beim gemeinschaftlichen Testament eine kurze Einführung in die Problematik der Pflichtteilsstraf- und der Wiederverheirathungsklauseln (Rdnr. 1.221 ff.) und – etwas unmotiviert im Anschluss an die formellen Erläuterungen zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen und weder durch das Inhalts- noch Stichwortverzeichnis erschlossen – einige kurze Ausführungen zur erbrechtlichen Unternehmensnachfolge (Rdnr. 1.83 ff.) In allen drei Fällen hätte man allerdings auch weiterführende Literaturhinweise erwartet. Der von *Rossack* in seiner Besprechung der Voraufgabe (MittBayNot 1995, 194) zu Recht bemängelte Fehler, dass bei der sog. Einheitslösung des Berliner Testaments der überlebende Ehegatte gerade nicht

auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe ist (unzutreffend Rdnr. 1.212; das ist nur bei einer Wiederverheirathungsklausel so), wurde leider immer noch nicht berichtet.

Das Nebeneinander von formellem und materiellem Recht erschwert allerdings demjenigen, der mit dem Buch nicht jeden Tag arbeitet, den Zugang zu dem Werk erheblich. Hier wäre ein aussagekräftigeres Inhaltsverzeichnis und ein umfassenderes Stichwortverzeichnis sehr empfehlenswert. Auch die Verzahnung der einzelnen Teile des Buches erscheint verbesserungsfähig. So findet sich eine informative Darstellung zu den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Testierunfähigkeit im Rahmen der Ausführungen zum Erbscheinsverfahren (Rdnr. 4.205); bei der Behandlung des Beurkundungsverfahrens (Rdnr. 1.82) wird darauf leider nicht hingewiesen.

Umfassend aktualisiert wurden die in der Praxis immer wichtiger werdenden Fragen der internationalen Zuständigkeit in Nachlasssachen (Rdnr. 2.54 ff.) und die Hinweise zur Behandlung von Ausländernachlässen (Rdnr. 2.68 ff.). In den Rdnr. 2.107 ff. findet sich ein interessanter Länderüberblick über das einschlägige Kollisionsrecht und die Grundzüge des Erbrechts wichtiger Staaten.

Die Ausführungen zum „notariellen Beurkundungsverfahren in Erbsachen“, die bei der Ankündigung der Neuauflage als Neuheit besonders hervorgehoben werden, beschränken sich allerdings durchweg nur auf die Grundzüge desselben (Rdnr. 1.74 ff.), allerdings werden die Probleme der faktischen Testierunfähigkeit bei Mehrfachbehinderten näher erläutert (Rdnr. 1.78). Auch sonst endet die Darstellung oftmals bereits dann, wenn es eigentlich interessant wird: So bei der Frage der Sonde-

rungsfähigkeit von Verfügungen von Ehegatten in gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen i.S.v. § 2273 BGB: Was muss hier bereits im ersten Todesfall verkündet werden, was nicht? Dies wird nur sehr kurz abgehandelt (Rdnr. 4.81), auf Gegenauffassungen in der Literatur ebenso wenig eingegangen wie auf Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung dieser Problematik. Zu den Grenzen des Einsichtsrechts in eröffnete Testamente nach § 2264 wird nichts gesagt (Rdnr. 4.90); ob hier datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten sind, wird nicht erwähnt.

Ausführlich behandelt wird das Erbscheinsverfahren (Rdnr. 4.136 ff.), allerdings wiederum fast ausschließlich aus der Sicht des Nachlassgerichts. Und durch die zahlreichen Muster wird der Lesefluss mitunter stark unterbrochen.

Auf der anderen Seite ist es sicherlich auch eine Stärke des Buches, dass es durch zahlreiche Formulare, überwiegend solche, die bei der bayerischen Justiz verwandt werden, einen umfassenden Überblick über den Standard des Nachlassverfahrens gibt.

Und dieser Überblick zeigt zugleich die Vor- und Nachteile der gegenwärtigen Praxis der Nachlassverfahren: Die Hinweis- und Belehrungspflicht gegenüber den Beteiligten wird nur im Zusammenhang mit dem Notar erwähnt (im Stichwortverzeichnis gar nicht). Dabei sind gerade etwa bei der Erbschaftsausschlagung die Beteiligten auf eine entsprechende Rechtsberatung angewiesen, man denke etwa an die Fälle der taktischen Ausschlagung im Anwendungsbereich von §§ 2306, 1371 Abs. 2 BGB. Welche Belehrungs- und Betreuungspflichten dem Nachlassgericht obliegen, ist sicherlich eine ganz wichtige Frage, die gerade in den Zeiten einer bürgerfreundlichen Verwaltung problematisiert werden muss.

Aber auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten wäre dies wichtig; die Ausführungen von *Graf* zur Amtshaftung beschränken sich demgegenüber nur auf allgemeine Grundsätze und drei Entscheidungen älteren Datums (Rdnr. 2.133).

Zum Schluss noch ein Hinweis auf eines der wenigen Muster mit Gestaltungsbezug: Unter Rdnr. 4.135 findet sich ein etwas „kurioser“ beschränkter Pflichtteilsverzicht, der bislang in meiner Sammlung von Verzichten noch fehlte: Dort heißt es zwischen Ehegatten aus der Zugewinngemeinschaftsehe:

„Wir verzichten gegenseitig auf den Teil des Pflichtteils, der sich aus der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um $\frac{1}{4}$ nach § 1371 BGB ergibt.“

Dies bedeutet: Der sog. kleine Pflichtteil und der erbrechtliche Zugewinnausgleich werden von diesem Verzicht nicht erfasst. Ist dies wirklich so gewollt? Denn der sog. große Pflichtteil (der sich aus dem nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Ehegattenerbteil berechnet) spielt für den Ehegatten, der Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, nur in Ausnahmefällen eine Rolle (§§ 2305, 2306, 2307, 2318, 2319, 2325 ff. BGB). Wird aber der andere Ehegatte enterbt – und dafür soll i.d.R. der Pflichtteilsverzicht den Weg bereiten – so muss sich der Verzicht auch auf den kleinen Pflichtteil und den erbrechtlichen Zugewinnausgleich beziehen.

Insgesamt wird man sagen müssen, dass der *Firsching/Graf* – trotz der vorstehend geübten Kritik – für den Nachlassrechtspfleger und den Nachlassrichter nach wie vor ein unentbehrliches Hilfsmittel darstellt.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

Mihm, Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar, 2000, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 284 Seiten, DM 89,-

Der Anwaltsnotar unterliegt als klassischer Doppelberufler den verschiedenen Berufsrechten und Pflichtenkreisen zweier Berufsrechte. Dabei muss das anwaltliche Berufsrecht in einem demokratischen Rechtsstaat auf eine möglichst geringe Einwirkungsmöglichkeit des Staates bedacht sein. Der Notar, der als Träger eines öffentlichen Amtes unmittelbar staatliche Aufgaben wahrnimmt, unterliegt demgegenüber zwangsläufig einer deutlich engeren Bindung an gesetzliche Regelungen. Die fortschreitende Liberalisierung des anwaltlichen Berufsrechts führte in den letzten Jahren immer wieder zu berufsrechtlichen Kollisionsproblemen die teilweise auch Gegenstand heftiger berufspolitischer Auseinandersetzungen waren. Diese Probleme sind nun erstmals systematisch strukturiert und zusammenfassend untersucht worden.

Teil 1 (S. 33–84) der Untersuchung behandelt die berufs- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Anwaltsnotariats. Nach einer kurzen historischen Darstellung der Entwicklung des Anwaltsnotariats kommt *Mihm* zu dem Ergebnis, dass die unterschiedlichen Formen des Notariats nach der Bundesnotarordnung gleichwertig sind und kein Regel-Ausnahmeverhältnis mit einer Vorbildfunktion des Nurnotariats besteht.

Das Notariat ist im Hinblick auf die eigentliche Amtsausübung unabhängig von der Notariatsverfassung einheitlich ausgestaltet. Umgekehrt existiert aber auch kein selbständiger Beruf des „Anwaltsnotars“. § 3 Abs. BNotO stellt vielmehr nur klar, dass die in Funktion und Aufgabe unterschiedlichen Berufe des Notars und Rechtsanwalts in bestimmten Gebieten durch eine Person ausgeübt werden können. Der wesentliche Funktionsunterschied wird dabei zutreffend in der gem. § 14 BNotO den Beruf prägenden Unparteilichkeit des Notars ausgemacht. Wenn auch der Rechtsanwalt heutzutage nicht mehr ausschließlich als einseitiger Interessenvertreter tätig ist (Mediation, Schlichtung etc.) so bleibt dies doch sein wesentliches Berufsmerkmal. Teil 1 enthält weiterhin einen ganz kurzen Überblick der Ausgestaltung des Notariats in anderen europäischen Staaten und schließt mit einer allgemeinen Betrachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Berufsausübungsbeschränkungen ab. Das notarielle Berufsrecht kann bekanntermaßen in Anlehnung an Art. 33 GG eine stärkere Einschränkung der Berufsfreiheit vorsehen, als es nach Art. 12 GG für den Rechtsanwalt zulässig ist. Dies kann auch zu einer nach Art. 3 GG relevanten Ungleichbehandlung des Anwaltsnotars mit Nur-Rechtsanwälten führen. *Mihm* kommt hier zutreffend zu dem Ergebnis (S. 83 f.), dass das strengere notarielle Berufsrecht durchgreift und dies im Hinblick auf die Amtsstellung in aller Regel auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Teil 2 (S. 85–136) behandelt die sog. „tätigkeitsbezogenen Kollisionen“. Im Zentrum stehen hier die Fragen der anwaltlichen Tätigkeitsverbote einerseits und der notariellen Mitwirkungsverbote andererseits, die im Einzelnen sehr detailliert dargestellt werden. Dabei stellt sich auch die praktische Frage, inwieweit die Einhaltung dieser Pflichten insbesondere im Rahmen überörtlicher Sozietätsstrukturen aufsichtlich festgestellt werden kann. *Mihm* ist der Auffassung, dass das gesetzliche Instrumentarium für eine effektive Kontrolle völlig ausreichend ist (S. 123). Ich bin hier eher skeptisch, zumal die nach § 28 BNotO zu treffenden Vorkehrungen im Gesetz nicht konkretisiert wurden. Inwieweit sich insbesondere eine Pflicht zur Führung von überörtlichen Beteiligtenverzeichnissen tatsächlich durchsetzen wird, kann derzeit nicht mit ausreichender Sicherheit beurteilt werden. Eine etwas ausführlichere Behandlung hätte man der von *Mihm* mehrfach als Argument für die Effektivität des aufsichtlichen Befugnisse genannten erweiterten Aufsichts- und Einsichtsrechte gem. § 93 Abs. 4 Satz 2 BNotO gewünscht. Diese in letzter Minute in das Gesetz aufgenommene Vorschrift verpflichtet die Sozietäten des Notars gegenüber der Aufsichtsbehörde zur Auskunft und Akteneinsicht. Ungeklärt erscheint allerdings, ob eine Verletzung dieser Pflicht sanktionsbewehrt ist. Da der Notar selbst nicht Normadressat ist, kann er die Pflicht wohl nicht verletzen; gegenüber den Sozietäten aber bestehen keine Disziplinarbefugnisse.

In Teil 3 (S. 137–202) werden die Fragen der beruflichen Verbindungen erörtert. *Mihm* erläutert hier noch einmal ausführlich die Möglichkeit der Verbindung von Anwaltsnotaren mit Wirtschaftsprüfern, die durch das Urteil des BVerfG vom 8.4.1998 (DNotZ 1998, 754 ff.) ermöglicht wurde. Sie kritisiert dabei (S. 156) zu Recht die Begründung dieser Entscheidung, die eine konkrete Auseinandersetzung mit den typischen Gefährdungssituationen in multiprofessionellen Sozietäten vermissen lässt, und in der trotz kompletter Richtungsänderung einer lange gefestigten Rechtsprechung keine Gesamtabwägung der vorgetragenen Argumente erfolgte. Gleichwohl kommt sie mit ausführlicher Begründung inhaltlich zu dem gleichen Ergebnis wie das BVerfG. Da die Verschärfung der Mitwirkungsverbote in Verbindung mit den flankierenden Regelungen zur deren Sicherung und Kontrolle, zur Sicherung der notariellen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gleichermaßen geeignet seien, stellen sie gegenüber dem Sozietätsverbot ein milderes Mittel dar. Deshalb wäre das Sozietätsverbot insbesondere aufgrund Art. 12 GG unzulässig. Angesichts der aus meiner Sicht bei überörtlichen Sozietäten wenig effektiven Kontrollmöglichkeit der Aufsichtsbehörden, vermag ich diese Auffassung allerdings nicht zu teilen.

Auch im Bereich der derzeit noch offenen Fragen kommt *Mihm* zu durchwegs sehr „liberalen“ Ergebnissen. So hält sie die Übernahme der Geschäftsführung in einer Rechtsanwalts-GmbH ebenso für zulässig, wie die Beteiligung an einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Beidem ist jedoch zu widersprechen. Mit der Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit begründet der Notar ein Angestelltenverhältnis zur Gesellschaft und damit ein wirtschaftliches und persönliches Abhängigkeitsverhältnis, das mit seiner Verpflichtung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht vereinbar ist. Die Anforderungen an die notarielle Unabhängigkeit sind höher, als sie nach § 59 f. Abs. 4 BRAO für den Geschäftsführer der Rechtsanwalts-GmbH zu gewährleisten sind. Mit der Beteiligung an einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft erscheint in den Augen des recht-

suchenden Publikums das Notaramt vollkommen in die Strukturen der Kapitalgesellschaft eingebunden. Die Grundsätze der höchstpersönlichen Amtsausübung und der persönlich unbeschränkbarer Haftung des Notars sind damit nicht mehr in ausreichendem Maße erkennbar. Zwar hat man bei der gesetzlichen Regelung der Anwalts-GmbH ein Verbot der Beteiligung von Anwaltsnotaren nicht für erforderlich gehalten. Bei dieser handelt es sich aber immerhin noch um ein reines Rechtsberatungsunternehmen. Weiterhin lässt sich hier die Zulässigkeit ausdrücklich aus dem Gesetz erschließen (§ 59 e Abs 1 Satz 3 i.V.m. § 59 Abs. 1 Satz 3 BRAO). Nimmt man allerdings die Tendenz des BVerfG zur Kenntnis, für Berufseinschränkungen ein ausdrückliches Verbot des Gesetzgebers zu fordern (vgl. nur *Jaeger*, ZNotP 2001, 1 ff.), so muss man angesichts der unklaren Reichweite von § 14 Abs. 5 BNotO leider befürchten, dass sich die Beteiligung von Anwaltsnotaren an einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ebenso durchsetzen wird, wie die Übernahme des Geschäftsführeramtes in rechts- und wirtschaftsberatenden Kapitalgesellschaften.

Teil 4 (S. 203–241) befasst sich mit den bestehenden Kollisionen im Werberecht. Hierbei analysiert *Mihm* zunächst die gesetzlichen Grundlagen des anwaltlichen und des notariellen Werberechts, § 43 b BRAO bzw. § 29 BNotO, jeweils in Verbindung mit den konkretisierenden Bestimmungen der anwaltlichen Berufsordnung und der Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer. Anschließend nimmt sie zu konkreten Einzelproblemen des Werberechts Stellung, insbesondere zur Zulässigkeit der Angabe von Tätigkeits- und Interessenschwerpunkten, Gestaltung von Drucksachen und Briefpapier, Praxisbroschüren und Rundschreiben. Ausgangspunkt der Überlegungen *Mihms* ist hier zwar, dass eine strengere Behandlung des Anwaltsnotars grundsätzlich verfassungs- und berufsrechtlich gerechtfertigt ist. Im Einzelnen kommt sie jedoch weitgehend zum Ergebnis, dass dem Anwaltsnotar gegenüber dem Nur-Rechtsanwalt keine wesentlich weitergehenden Beschränkungen auferlegt sind. Auch unter dem Eindruck der Rechtsprechung des BVerfG näherten sich die werberechtlichen Möglichkeiten immer weiter aneinander an. Sicher ist *Mihm* recht zu geben, dass die überkommenen Vorstellungen zur vollständigen Unzulässigkeit notarieller Werbung heute nicht mehr haltbar sind. Verbote müssen nachvollziehbar dem öffentlichen Amt und dessen optimaler Ausübung dienen. Andererseits bleibt doch festzuhalten, dass der Gesetzgeber in der Begründung zu § 29 BNotO ausdrücklich ausgesprochen hat (BT DS 13/4184, 27 f.), dass dem Notar damit ein anderer und wesentlich engerer Maßstab zur Einhaltung aufgegeben sei, als anderen rechts- oder wirtschaftsberatenden Berufsträgern. Bereits der Eindruck eines gewerblich gewinnorientierten Marktverhaltens ist untersagt. Anders als Rechtsanwälte und Steuerberater dürfe der Notar nicht um potenzielle Mandanten werben und müsse ihm eine Werbung mit besonderen Fach- oder Spezialkenntnissen versagt bleiben, weil ihm das Amt zur umfassenden Wahrnehmung aller notariellen Zuständigkeiten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege übertragen ist. Diese klare Rechtsposition des Gesetzgebers gilt für alle Formen der Notariatsverfassung. Auch wenn es sich also oft um mühsam herauszuarbeitende Detailfragen handelt, bleibt das notarielle Werbeverbot im Einzelnen oft strenger und darf gerade nicht der immer weiter fortschreitenden Liberalisierung der anwaltlichen Werbepaxis folgen.

Im fünften und letzten Teil (S. 243–269) rundet *Mihm* ihre Untersuchung mit Überlegungen zu den Entwicklungsperspektiven des deutschen Notariats ab. Sie stellt dabei eine

fortschreitende Auseinanderentwicklung des notariellen Berufsbilds fest, deren Grenze im Gegensatz zu den gesetzlichen Regelungen allerdings keineswegs nur zwischen den Notariatsverfassungen verläuft. Vielmehr entwickeln sich gerade im Anwaltsnotariat aufgrund der stark erweiterten Sozietätsmöglichkeiten ganz unterschiedliche Formen der Berufsausübung. Eine derartige Zersplitterung birgt angesichts des einheitlichen Aufgabenbereichs die Gefahr, dass entweder die Forderung nach einer Einheitslösung entsteht oder das Notariat als Rechtspflegeinstitution überhaupt in Frage gestellt wird. Auch bedeutet die fortschreitende Liberalisierung im Bereich des Anwaltsnotariats, dass die Anwendung des Art. 45 EG-Vertrag auf das Notariat immer schwieriger zu begründen ist. All dies gefährdet das öffentliche Amt des Notars in seiner derzeitigen Form. *Mihm* appelliert daher an die Vertretungen beider Notariatsverfassungen, in enger Zusammen-

arbeit die Einheit des deutschen Notariats zu wahren und dessen Bestand unter Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gemeinsam zu sichern.

Mihm hat in beeindruckender Weise die berufsrechtlichen Kollisionsprobleme des Anwaltsnotars zusammengetragen und damit eine Lücke in der Literatur zum notariellen Berufsrecht geschlossen. Eine zusammenfassende Darstellung dieser Probleme unter übergeordneten systematischen Gesichtspunkten existierte bislang nicht. Mag man vielfach im Ergebnis auch anderer Meinung sein, man findet stets alle wesentlichen Argumente zum Für und Wider wissenschaftlich fundiert zusammengetragen. Dem berufsrechtlich interessierten Leser kann das Buch daher gar nicht warm genug empfohlen werden.

Notar *Jens Eue*, Kulmbach

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin: Sellier – de Gruyter. [Ergänzungsbände:]

- **Wiener UN-Kaufrecht (CISG). Von Ulrich Magnus. Neubearbeitung 1999. Redaktor: Jan Kropholler. (1999), XVII, 869 S., 595,- DM**

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR:

- **Internationales Gesellschaftsrecht. Neubearbeitung 1998. Von Bernhard Großfeld. Redaktor: Jan Kropholler. (1998), XIX, 272 S., 193,- DM**
- **Art. 25, 26 EGBGB; Anhang zu Art. 25 und 26 EGBGB. Neubearbeitung 2000. Von Heinrich Dörner. Redaktor: Jan Kropholler. (2000), 598 S., 400,- DM**
- **Art. 38 EGBGB. Von Bernd von Hoffmann. 13. Bearbeitung 1998. Redaktor: Jan Kropholler. (1998), IX, 632 S., 423,- DM**

Im Bereich des Internationalen Privatrechts sowie des Internationalen Kaufrechts sind von der 13. Bearbeitung des Staudinger bzw. deren Neubearbeitung 1998 ff. seit der letzten Besprechung in dieser Zeitschrift (MittBayNot 1998, 169) die vorgenannten Bände zum Wiener UN-Kaufrecht, zum Internationalen Gesellschaftsrecht, zum Internationalen Erbrecht und zum Internationalen Deliktsrecht erschienen.

Von besonderem Interesse für die notarielle Praxis sind dabei naturgemäß die Kommentierungen von *Großfeld* zum Internationalen Gesellschaftsrecht sowie von *Dörner* zum Internationalen Erbrecht.

I.

Nach dem Vorwort von *Großfeld* zu seiner Neubearbeitung des Internationalen Gesellschaftsrechts rücken die Globalisierung der Wirtschaft und die Ausbreitung transnationaler Unternehmen das Internationale Gesellschaftsrecht in eine zentrale Rolle. Neue Fragen treten in den Vordergrund, wie etwa die Stellung der ausländischen Kapitalgesellschaften als per-

sönlich haftende Gesellschafter in Kommanditgesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Behandlung internationaler Umwandlungen, die „Flucht“ vor deutschen Formvorschriften oder die Änderungen des Registerrechts. Daneben haben die Wandlung des Gesellschaftsrechts zu einem Unternehmensrecht sowie die vermehrte Bedeutung internationaler Standards im Bilanzrecht starke Auswirkungen auch auf das Internationale Gesellschaftsrecht. *Großfeld* kommentiert neben dem Internationalen Gesellschaftsrecht auch das Interlokale Gesellschaftsrecht, das Verhältnis zur ehemaligen DDR/Neue Bundesländer, die Enteignung, das Fremdenrecht, das völkerrechtliche Fremdenrecht sowie Internationale Standards für multinationale (transnationale) Unternehmen.

Im Internationalen Gesellschaftsrecht hält *Großfeld* an der Anknüpfung an den individuellen Unternehmensträger fest, da der Begriff des „Unternehmens“ so unscharf sei, dass er sich nicht als Anknüpfungsgegenstand eigne (Rdnr. 9). Bei der Darstellung der Ausgangslagen des Internationalen Gesellschaftsrechts betont *Großfeld* insbesondere, dass die Schutzgarantien des internen Rechts Leitprinzip des Internationalen Gesellschaftsrechts sein müssen.

Bei der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts spricht sich *Großfeld* eindeutig für die Beibehaltung der Sitztheorie aus (Rdnr. 72). Ausführlich und anschaulich erörtert er Vor- und Nachteile von Sitz- und Gründungstheorie und befürwortet schließlich insbesondere auch aus rechtspolitischen Gesichtspunkten die Beibehaltung der Sitztheorie als wesentliche Stütze „einer gesunden Gesetzespolitik“ im Gesellschaftsrecht (Rdnr. 75). Auch innerhalb der Europäischen Union hält *Großfeld* an der Sitztheorie fest und will auf den Gesetzgeber warten, aber bei der innereuropäischen Sitzverlegung schon jetzt nach flexiblen Lösungen – möglichst ohne Auflösung – suchen (Rdnrn. 136, 657). Durch die Entscheidung des EuGH vom 9.3.1999 in Sachen „Centros“ (MittBayNot 1999, 298 m. Anm. *Görk*) sind innerhalb der EU erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die Bedeutung dieses Urteils für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts entstanden. Diese Rechtsunsicherheit greift der BGH in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH zur Sitztheorie vom 30.3.2000 (MittBayNot 2000, 564 m. Anm. *Görk*) auf. Es bleibt abzuwarten, ob die anstehende Entscheidung des EuGH die erforderliche Klarheit bringen wird.

Was den in der Praxis vielfach problematischen Nachweis des Verwaltungssitzes angeht, spricht sich *Großfeld* – zumindest für nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften – gegen eine Vermutung aus, dass der Verwaltungssitz der Gesellschaft im Gründungsstaat liege (Rdnr. 237). Für die nur selten behandelte Frage, mit welchen Urkunden eine ausländische Gesellschaft Gründung und Bestand beweisen kann, konstatiert *Großfeld* die grundsätzliche Maßgeblichkeit der *lex fori* für die Zulässigkeit des Beweismittels und seine Beweiskraft. Für die Beweisverknüpfung sei aber wichtig, wie das Gesellschaftsstatut die Urkunde werte (Rdnr. 263). Aus Sicht der Praxis hätte man sich zu dieser Fragestellung sicherlich eine etwas eingehendere Stellungnahme gewünscht.

Für die notarielle Praxis von besonderem Interesse sind die Ausführungen über die Anknüpfung des Formstatuts für gesellschaftsrechtliche Vorgänge und zur Frage, ob die Formerfordernisse des deutschen Rechts durch notarielle Beurkundung im Ausland gewahrt werden können. *Großfeld* vertritt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Auffassung, dass für Gründung, Satzungsänderung und Unternehmensverträge die Form des Gesellschaftsstatuts als Wirkungsstatut einzuhalten ist und somit die Ortsform nicht gilt (Rdnr. 467). Bei diesen grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Vorgängen könne die nach dem Wirkungsstatut erforderliche notarielle Beurkundung auch nicht durch einen „gleichwertigen“ Notar im Ausland substituiert werden. Der ausländische Notar unterliege nicht denselben Eignungsanforderungen (§ 6 BNotO) und derselben haftungsmäßigen (§§ 19, 19a BNotO) und disziplinarischen Kontrolle (§§ 92–110a BNotO) wie der deutsche Notar. Dem Gesetz gehe es um die unabhängige Sachkenntnis des Notars im öffentlichen Interesse vieler Anteilseigner, deren Treuhänder der Notar sei (Rdnr. 482). Eine großzügigere Haltung sei wegen Art. 59 EGV lediglich gegenüber „vergleichbaren“ Notaren eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union angebracht (Rdnr. 487). Weniger streng ist *Großfeld* bei der Veräußerung von GmbH-Anteilen. Hier verneint er zwar ebenso die Geltung der Ortsform, lässt jedoch die Beurkundung durch einen Zürcher bzw. Baseler Notar für das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft genügen (Rdnr. 497 f.), da bei der Frage der Vergleichbarkeit die begrenzten Zwecke der Beurkundungspflicht nach dem GmbHG berücksichtigt werden könnten.

Die Typenvermischung einer deutschen Gesellschaft mit einer ausländischen Kapitalgesellschaft, insbesondere die Beteiligung einer ausländischen Kapitalgesellschaft an einer Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht lehnt *Großfeld* vor allem mit dem Argument ab, dass die Typenvermischung bei Gesellschaften, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen, undurchschaubar sei und gegen die Sitztheorie verstoße (Rdnrn. 542 ff.).

Ebenso wenig hält er im Grundsatz eine Sitzverlegung in das Ausland ohne Auflösung für möglich und zwar auch bei einer Sitzverlegung in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union unterhalb der Schwelle der unternehmerischen Mitbestimmung (Rdnr. 677). Umgekehrt befürwortet *Großfeld* bei einer Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland die analoge Anwendung der Bestimmungen über die formwechselnde Umwandlung, soweit der Wegzugstaat die Sitzverlegung ohne Auflösung zulässt (Rdnr. 645).

Was die grenzüberschreitende Verschmelzung (Fusion) angeht, verhindert nach *Großfeld* § 1 Abs. 1 UmwG wegen seines abschließenden Charakters eine Umwandlung über die Grenze hinaus. Demgegenüber stünden einer Verschmelzung

in das Inland hinein deutsche Interessen dann nicht entgegen, wenn der Schuldenstand des zuziehenden Gebildes zuverlässig ermittelt werden könne. Dennoch sei ein solcher Zuzug unwahrscheinlich, ungeklärt und zweifelhaft (Rdnr. 700).

II.

Die Neubearbeitung des Internationalen Erbrechts erfolgte – wie schon die 13. Bearbeitung (1995) – wiederum durch *Dörner* in der bewährten Art und Weise. Der Kommentierung der Art. 25 und 26 EGBGB stellt *Dörner* seine Vorbemerkungen voran, in denen er neben der Textgeschichte des Internationalen Erbrechts im EGBGB und dem deutschen Konsularrecht vor allem die gemäß Art. 3 Abs. 2 EGBGB vorrangigen Staatsverträge behandelt. Von Bedeutung für die Praxis sind hier vor allem das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 (BGBl 1965 II 1145, 1966 II 11), das Niederlassungsabkommen zwischen dem deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17.2.1929 (RGBl 1930 II 1002), der Konsularvertrag zwischen dem deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 28.5.1929 (RGBl 1930 II 747) und der Konsularvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vom 25.4.1958 (BGBl 1959 II 233), die von *Dörner* jeweils ausführlich kommentiert werden.

Bei der Auslegung des Begriffs der „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ i.S.d. Art. 25 Abs. 1 EGBGB behandelt *Dörner* insbesondere auch die für die notarielle Praxis interessante Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen (Rdnr. 296 ff.). Ob und unter welchen Voraussetzungen ein gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag statthaft ist, entscheidet nach *Dörner* nicht das allgemeine Erb- (Art. 25 Abs. 1) sondern als Bedingung der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen für jeden Testator gesondert dessen Errichtungsstatut gemäß Art. 26 Abs. 5 S. 1 (Rdnrn. 301, 335). Beim Abschluss eines zweiseitigen Erbvertrags muss daher die Zulässigkeit für jeden Vertragserblasser gesondert nach dem für ihn maßgebenden Errichtungsstatut geprüft werden (Rdnr. 335; a.A. z.B. *Palandt/Heldrich*, BGB, 60. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 13 [Kumulation beider Rechte]). Bei der kollisionsrechtlichen Einordnung des insbesondere in den romanischen bzw. südamerikanischen Rechtsordnungen anzutreffenden Verbots gemeinschaftlicher Testamente bzw. Erbverträge spricht sich *Dörner* auf der Basis des Begriffsverständnisses der deutschen *lex fori* für eine „funktionale Qualifikation“ aus. Beruht also ein solches Verbot aufgrund seiner ihm von dem ausländischen Recht zugewiesenen Funktion auf materiellen Erwägungen, ist insoweit das Errichtungsstatut (Art. 26 Abs. 5 S. 1) maßgeblich, hat es dagegen Formcharakter so ist das Formstatut (Art. 26 Abs. 1 u. 4) heranzuziehen (Rdnrn. 306 ff., 339).

Breiten Raum bei der Kommentierung des Art. 25 EGBGB nehmen auch die Frage der Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB sowie der Durchbrechung des Gesamtstatuts durch ein Einzelstatut durch eine Verweisung auf das Belegenheitsrecht (Art. 3 Abs. 3 EGBGB) ein. Den Begriff des unbeweglichen Vermögens i.S.d. Art. 25 Abs. 2 EGBGB will *Dörner* im Interesse der möglichst vollständigen Erfassung dieser Vermögensrechte extensiv auslegen und gelangt somit zu der von der h.M. abweichenden Auffassung, dass auch Miterbenteile, Anteile an einer Gütergemeinschaft und Anteile an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. an einer Han-

delsgesellschaft als „unbewegliches Vermögen“ i.S.d. Art. 25 Abs. 2 EGBGB anzusehen sind, wenn der Nachlass, die Gütergemeinschaft bzw. das Gesellschaftsvermögen ganz oder nahezu ausschließlich aus inländischem Grundeigentum oder beschränkten dinglichen Rechten an inländischen Grundstücken bestehen (Rdnr. 485). Im Sinne der Parteinteressen lässt er auch eine Beschränkung der Rechtswahl auf einzelne Grundstücke zu (ebenso die h.M., vgl. etwa *Lichtenberger DNotZ* 1986, 665). Was die Frage der Widerruflichkeit einer in einem gemeinschaftlichen Testament bzw. Erbvertrag enthaltenen Rechtswahl angeht, folgt *Dörner* nicht der wohl überwiegend vertretenen Auffassung, dass der Erblasser an eine Rechtswahl gebunden sein soll, soweit sich diese auf eine wechselbezügliche Verfügung bezieht (vgl. etwa *Lichtenberger DNotZ* 1986, 665). Vielmehr geht er von der freien Widerruflichkeit der Rechtswahl aus und verweist darauf, dass der Partner des widerrufenden Erblassers einen gewissen Schutz durch die Anwendung des Art. 26 Abs. 5 EGBGB erfahre, so dass der spätere Widerruf einer Rechtswahl die nach deutschem Recht bereits eingetretene Bindung an wechselbezügliche Verfügungen nicht wieder beseitigen könne (so auch *Palandt/Heldrich*, BGB, 60. Aufl. 2001, Art. 25 EGBGB Rdnr. 8).

Von großer Bedeutung für die Rechtsanwendung sind auch die ausführlich kommentierten Bereiche Renvoi und Unteranknüpfung (Rdnrn. 615–657; vgl. hierzu neuerdings instruktiv *Süß*, ZEV 2000, 486), Störungen bei der Anwendung ausländischen Rechts (Rdnrn. 658–722) und Nachlass-Spaltung (Rdnrn. 723–760). In diesem Zusammenhang äußert sich *Dörner* beispielsweise auch zu Anpassungsfragen, die sich aus der von ihm befürworteten Anwendbarkeit des § 1371 Abs. 1 BGB (auch) neben einem fremden Erbstatut ergeben können (Rdnr. 715).

Von besonderem Interesse für die notarielle Praxis dürften schließlich auch die Ausführungen zum Internationalen Nachlassverfahrensrecht, insbesondere zum Erbscheinsverfahren, sein (Rdnrn. 773–878). Hier findet der Notar Antworten auf sämtliche relevanten Fragestellungen, z.B. auch, inwieweit eine – wie etwa in den romanischen Rechten – als echtes Miterbrecht (Noterbrecht) ausgestaltete zwingende Mitbeteiligung eines nahen Verwandten am Nachlass Aufnahme in den Erbschein findet (Rdnr. 845 f.). Geringere Bedeutung dürften in Zukunft das ebenfalls umfassend dargestellte Internationale Erbrecht mit Bezug zum Beitrittsgebiet (Rdnrn. 572–614) sowie das Innerdeutsche Erb- und Nachlassverfahrensrecht (Rdnrn. 879–959) haben.

In seiner Kommentierung zu Art. 26 EGBGB behandelt *Dörner* u.a. die umstrittene Frage des Verhältnisses zwischen dem Haager Testamentsübereinkommen vom 5.10.1961 und den vom deutschen Gesetzgeber in Art. 26 Abs. 1 bis 3 EGBGB eingestellten „inkorporierten Kollisionsnormen staatsvertraglichen Ursprungs“ und spricht sich dabei für die unmittelbare Anwendung der staatsvertraglichen Kollisionsnormen aus (Rdnr. 16). Daneben werden insbesondere die in Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB geregelte Maßgeblichkeit des Errichtungsstatuts für die Gültigkeit der Errichtung und Bindungswirkung einer Verfügung von Todes wegen sowie die daraus folgenden Rechtswirkungen ausführlich erörtert.

Ein besonderes Meisterstück der Kommentierung *Dörners* stellt schließlich der Anhang zu Art. 25 und 26 EGBGB dar, der das Erbkollisionsrecht quasi sämtlicher Staaten der Erde in alphabetischer Reihenfolge behandelt. Teilweise werden auch sehr wertvolle Hinweise zum jeweiligen materiellen Erbrecht gegeben, so etwa zur „Einantwortung“ im österreichischen Recht (Rdnr. 497). Bei dem großen Umfang des zu bewältigenden Materials ist es nicht verwunderlich, dass die Darstellung einzelner Länder auch einmal nur cursorisch kurz ausfällt. Dies kann zwar im Einzelfall zu Missverständnissen führen (z.B. *Mali* [Rdnrn. 404, 173]: Grundsätze des französischen Erbkollisionsrechts [Nachlass-Spaltung]; vgl. dagegen *Revillard*, Droit international privé et pratique notariale, 4. Aufl., Paris 1998, Rdnr. 349: Staatsangehörigkeit). Im Ergebnis schmälert dies jedoch die Leistung *Dörners* keineswegs. Die Länderliste stellt wegen ihrer Qualität und Aktualität ein unentbehrliches Hilfsmittel für den deutschen Rechtsanwender im Internationalen Erbrecht dar.

III.

Die Kommentierungen von *Großfeld*, *Dörner*, *Magnus* und *von Hoffmann* zählen zu den Klassikern. Sie gehören in ihrem jeweiligen Bereich zum besten, was die Kommentarliteratur zu bieten hat. Auch die Benutzerfreundlichkeit der Werke sei nochmals ausdrücklich hervorgehoben. Besonders die allen wichtigen Abschnitten vorangestellten Übersichten sowie die hervorragenden Sachregister erleichtern dem Benutzer die schnelle Orientierung. Für die tägliche Arbeit des Notars sind vor allem die Ausführungen von *Großfeld* und *Dörner* von großem Interesse. Dessen ungeachtet können aber auch die Werke von *Magnus* zum Wiener UN-Kaufrecht und von *von Hoffmann* zum Internationalen Deliktsrecht dem geeigneten Leser uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor *Martin Herrmann*, Würzburg

Bürgerliches Recht

1. ZPO § 50 Abs. 1; BGB §§ 14 Abs. 2, 705; HGB § 128 (*Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft*)

1. **Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.**
2. **In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig.**
3. **Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG (Akzessorietät) – Fortführung von BGHZ 142, 315.**

BGH, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin klagt im Wechselprozess auf Zahlung der Wechselsumme von 90.000,00 DM zuzüglich Nebenforderungen gegen die Beklagte zu 1, eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Wechselakzeptantin und die früheren Beklagten zu 2 und 3 als deren Gesellschafterinnen. Die Haftung des Beklagten zu 4 für die Wechselforderung leitet sie aus Rechtsscheinsgesichtspunkten her. Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß gesamtschuldnerisch zur Zahlung verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 4 auf deren Berufung hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klage gegen die Beklagte zu 1 unzulässig, weil es sich bei dieser um eine nicht parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Der Senat hält es unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung für geboten, die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts in dem Umfang als im Zivilprozess parteifähig anzusehen (§ 50 ZPO), in dem sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

I. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich, das heißt soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen (BGHZ 116, 86, 88; 136, 254, 257; im Ansatz auch bereits BGHZ 79, 374, 378 f.). Soweit sie in diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie (ohne juristische Person zu sein) rechtsfähig (vgl. § 14 Abs. 2 BGB).

1. Über die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts finden sich im Gesetz keine umfassenden und abschließenden Regeln. Im ersten Entwurf des BGB war die Gesellschaft nach römisch-rechtlichem Vorbild als ein ausschließlich schuldrechtliches Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern

ohne eigenes, von dem ihrer Gesellschafter verschiedenen, Gesellschaftsvermögen gestaltet (vgl. Mot. II 591 = *Mugdan* II 330). Die zweite Kommission konstituierte hingegen ein Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen (vgl. die heutigen §§ 718, 719 BGB), ohne jedoch die aus dem Gesamthandsprinzip folgenden Konsequenzen im Einzelnen zu regeln. Es ist vielmehr im Wesentlichen bei der Regelung des Gesellschaftsverhältnisses als Schuldverhältnis geblieben, dem in unvollständiger Weise das Gesamthandsprinzip „darüber gestülpt“ wurde (*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 1977, S. 3 f.; vgl. auch *Ulmer*, FS Robert Fischer 1979, S. 785, 788 f.). Zum Inhalt des Gesamthandsprinzips heißt es in den Protokollen lediglich, die Meinungen „darüber, wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren sei und was man als das charakteristische Merkmal derselben anzusehen habe, (gingen) auseinander“ (Prot. II 429 = *Mugdan* II 990). „Die Kom. glaubte, zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand nicht Stellung nehmen zu sollen, vielmehr nur entscheiden zu müssen, welche Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienen“ (Prot. II 430 = *Mugdan* II 990).

2. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung zu vermeiden, lassen Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Danach verdient die Auffassung von der nach außen bestehenden beschränkten Rechtssubjektivität der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft den Vorzug. Diese Auffassung geht auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts zurück (vgl. *Otto Gierke*, Deutsches Privatrecht Bd. 1 1895, S. 663 ff., 682). Sie wurde maßgeblich von *Flume* (a.a.O. S. 50 ff.; ZHR 136 [1972], 177 ff.) in die moderne Diskussion eingeführt und hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt (vgl. vor allem MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 3. Aufl. § 705 RdnR. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373; *ders.* AcP 198 [1998], 113 ff.; ebenso *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff.; *Wiedemann*, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff.; *Huber*, FS Lutter 2000, 107, 122 ff.; *Hüffer*, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff.; *Dauner-Lieb*, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften [Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht] 1999, S. 95, 99 ff.; *Reiff*, ZIP 1999, 517, 518; *Mülbert*, AcP 1999, 39, 43 ff.; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000, S. 211 ff.).

a) Dieses Verständnis der Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft bietet ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz (§§ 718-720 BGB) gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter. Die sogenannte traditionelle Auffassung, die ausschließlich die einzelnen Gesellschafter als Zuordnungsobjekte der die Gesellschaft betreffenden Rechte und Pflichten ansieht (vgl. *Zöllner*, FS Gernhuber 1993, S. 563 ff.; *ders.* FS Kraft 1998, S. 701 ff.; *Hueck*, FS Zöllner 1998, S. 275 ff.) weist

demgegenüber konzeptionelle Schwächen auf. Betrachtet man die Gesellschaftsverbindlichkeiten lediglich als gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter gemäß § 427 BGB, widerspricht dies dem Gesamthandsprinzip. Der einzelne Gesellschafter kann, wenn sich der geschuldete Gegenstand im Gesellschaftsvermögen befindet, die Leistung wegen § 719 BGB nicht als Gesamtschuldner allein erbringen. Dies führt dazu, dass auch die Vertreter der traditionellen Auffassung zwischen der Gesellschaftsschuld und der Gesellschafterschuld differenzieren müssen. Bei der für die „Gesellschaft“ abgeschlossenen Verbindlichkeit handele es sich um eine „einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung“ in Bezug auf einerseits das Gesamthandsvermögen, andererseits das persönliche Vermögen der Gesellschafter (vgl. Hueck, FS Zöllner, S. 293; Zöllner, FS Gernhuber, S. 573). Dies verwischt aber die Grenzen zwischen Schuld und Haftung, denn eine Schuld kann immer nur Subjekte, nicht aber Vermögensmassen treffen (Aderhold, Das Schulmodell der BGB-Gesellschaft 1981, S. 110 f.; Dauner-Lieb a.a.O., S. 100 ff.).

b) Ein für die Praxis bedeutsamer Vorzug der nach außen bestehenden Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im oben beschriebenen Sinne besteht darin, dass danach ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluss auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse hat (vgl. Senat, BGHZ 79, 374, 378 f.). Bei strikter Anwendung der traditionellen Auffassung müssten Dauerschuldverhältnisse mit der „Gesellschaft“ bei jedem Wechsel im Mitgliederbestand von den Vertragsparteien neu geschlossen bzw. bestätigt werden. Wenn die Gesellschaft im Außenverhältnis nur ein Schuldverhältnis darstellt, können zwei aus verschiedenen Mitgliedern bestehende Schuldverhältnisse nicht identisch sein. Das Erfordernis von Neuabschlüssen von Dauerschuldverhältnissen bei einem Gesellschafterwechsel ist aber ohne innere Rechtfertigung und würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigen. Die traditionelle Auffassung vermag im Übrigen keine befriedigende Erklärung dafür zu liefern, warum auch ein neu in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen für Altschulden haften sollte. Die dafür angebotene Begründung, wonach der neue Gesellschafter in einer Art Gesamtrechtsnachfolge „in alle bestehenden Rechts- und Vertragspositionen hineinwache“ (Zöllner, FS Kraft, S. 715), lässt sich mit der Auffassung der Gesellschaft als reines Schuldverhältnis der Gesellschafter im Grunde nicht vereinbaren (dazu auch Ulmer, AcP 198 [1998], 113, 142).

c) Die hier vertretene Auffassung ist zudem eher in der Lage, identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen zu erklären. Betreibt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gewerbe, dann wird sie von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 105 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 HGB). Da der OHG jedenfalls Rechtssubjektivität im oben beschriebenen Sinne zukommt (vgl. § 124 Abs. 1 HGB), würden sich bei konsequenter Anwendung der traditionellen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur OHG ändern. Dies würde für die Praxis insbesondere deshalb schwierige Probleme bereiten (vgl. Reiff, ZIP 1999, 517, 518 f.), weil für den Übergang von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur OHG infolge des wertungsabhängigen Krite-

riums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs ein genauer Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden kann. Auch der Umstand, dass im neuen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG) Kapitalgesellschaften im Wege des identitätswahrenden Formwechsels in Personengesellschaften – auch in Gesellschaften bürgerlichen Rechts, vgl. § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG – umgewandelt werden können, lässt sich auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ohne weiteres, aus Sicht der traditionellen Auffassung aber – wenn überhaupt – nur mit Mühe erklären (vgl. dazu Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; Müllert, AcP 199 [1999], 38, 60 ff.; Timm, NJW 1995, 3209 ff.; Hueck, FS Zöllner, S. 280 ff.; Zöllner, FS Claussen 1997, 423, 429 ff.).

d) Schließlich unterstützt die Tatsache, dass der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO wie auch schon § 1 Abs. 1 GesO), die Gesellschaft mithin als Träger der Insolvenzmasse ansieht, ebenfalls die Annahme der Rechtssubjektivität.

3. Gegen diese Auffassung lässt sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut insbesondere des § 714 BGB argumentieren. Zwar zeigt der Umstand, dass dort nur von einer Vertretungsmacht für die Gesellschafter, nicht aber für die „Gesellschaft“ die Rede ist, dass bei der Formulierung der Norm an eine Vonselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer verpflichtungsfähigen Organisation nicht gedacht worden ist (Senat, BGHZ 142, 315, 319 f.). Bedenkt man aber, dass die Vorschrift im Kern unverändert aus § 640 Abs. 1 des ersten Entwurfs (abgedruckt bei Mugdan II CVI) in das BGB übernommen wurde und dieser erste Entwurf das Gesamthandsprinzip noch nicht kannte, gibt der Wortlaut für eine Deutung der Rechtsnatur der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nichts her. Der Senat braucht insoweit nicht der Frage nachzugehen, ob bereits der historische Gesetzgeber in Ansehung der deutschrechtlichen Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als ungeschriebenes geltendes Recht angesehen hat (dazu Wertenbruch a.a.O., S. 34 ff.). Entscheidend ist, dass er jedenfalls eine solche Annahme nicht hat ausschließen wollen.

4. In der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft liegt kein Widerspruch zu den §§ 21, 22, 54 BGB, wo mit Rechtsfähigkeit offensichtlich die Fähigkeit der Gesellschaft gemeint ist, Träger von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und damit „als solcher“ und nicht als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder zu sein. Wie § 14 Abs. 2 BGB zeigt, geht aber das Gesetz davon aus, dass es auch Personengesellschaften gibt, die Rechtsfähigkeit besitzen. So ist es praktisch unbestritten, dass OHG und KG Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsfähig sind, ohne als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu besitzen. Entsprechendes gilt nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 80, 129, 132; 117, 323, 326) für die Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften.

II. Erkennt man die Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, kann ihr die Parteifähigkeit im Zivilprozess, die gemäß § 50 ZPO mit der Rechtsfähigkeit korrespondiert, nicht abgesprochen werden.

1. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die notwendige prozessrechtliche Konsequenz der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten (bejahend auch Wiedemann a.a.O., S. 9 f.; Hüffer,

FS Stempel 1985, S. 165, 168 ff.; *Soergel/Hadding*, BGB 11. Aufl. § 714 BGB Rdnr. 52; *Wertenbruch* a.a.O., S. 213 ff.; *MünchKomm-ZPO/Lindacher*, § 50 Rdnr. 23 ff.; *Musielak/Weth*, ZPO 2. Aufl. § 50 Rdnr. 22; für die Mitunternehmer-Gesellschaft auch *K. Schmidt* a.a.O., § 60 IV 1, S. 1805 ff.). Im Zivilprozess ist aktivlegitimiert, das heißt „richtige“ Partei, wer Inhaber des geltend gemachten Rechts ist; derjenige ist passivlegitimiert, also „richtiger“ Beklagter, der Verpflichteter aus dem geltend gemachten Recht ist. Dieser Sachbefugnis entspricht – von den Fällen der Prozessstandschaft abgesehen – grundsätzlich auch die Prozessführungsbefugnis. Da nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft materiell Rechtsinhaberin oder Verpflichtete ist, ist diese „richtige“ Partei eines Rechtsstreits um eine Gesellschaftsforderung oder -verpflichtung und insoweit parteifähig und Prozessführungsbefugt.

2. Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist dem bisher praktizierten Modell, wonach die aktive und passive Prozessführungsbefugnis hinsichtlich das Gesellschaftsvermögen betreffender Forderungen und Verbindlichkeiten bei den eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 Abs. 1 ZPO bildenden Gesellschaftern liegt (vgl. Senat, BGHZ 30, 195, 197; Urt. v. 12.3.1990 – II ZR 312/88, ZIP 1990, 715, 716; *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O., § 718 Rdnr. 42 f.; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO 21. Aufl. § 50 Rdnr. 17; *Heller*, *Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Rechts* 1989, S. 56 ff., 110 ff.), in mehrfacher Hinsicht vorzuziehen.

a) Die notwendige Streitgenossenschaft der Gesellschafter kann nicht als adäquater Ersatz für die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft angesehen werden, weil das Instrument der notwendigen Streitgenossenschaft nicht die angemessenen prozessualen Konsequenzen aus den gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsregeln zieht. Zwar stimmen notwendige Streitgenossenschaft und Gesamthandsprinzip insoweit überein, als die Klage nur gegen alle Gesamthänder erhoben werden kann und das Urteil einheitlich ergehen muss. Im übrigen gewährleistet aber die notwendige Streitgenossenschaft keine den Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand entsprechende Prozessführung, denn bei der notwendigen Streitgenossenschaft betreibt jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozess (§ 63 ZPO). Die Verbindung mit den anderen Streitgenossen besteht lediglich in der erforderlichen Einheitlichkeit des Urteils und der Zurechnung des Verhandels der anderen Streitgenossen im Falle der Säumnis eines Teils der Streitgenossen (§ 62 Abs. 1 ZPO). Es gibt bei der notwendigen Streitgenossenschaft aber keine Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Vornahme von Prozesshandlungen. Vielmehr kann jeder Streitgenosse unabhängig von den anderen Prozesshandlungen mit Wirkung für sein Prozessrechtsverhältnis vornehmen (BGHZ 131, 376, 379) und kann jeder Streitgenosse auch einen eigenen Prozessbevollmächtigten bestellen. Sich widersprechenden Vortrag verschiedener Streitgenossen kann das Gericht gemäß § 286 ZPO frei würdigen (*MünchKomm-ZPO/Schilken*, § 62 Rdnr. 48; *Heller* a.a.O., S. 159). Jeder der Streitgenossen kann gesondert Rechtsmittel mit der Folge einlegen, dass das Urteil auch gegenüber den anderen Streitgenossen nicht rechtskräftig wird (BGHZ 131, 376, 382).

Es bestehen somit wesentliche Unterschiede zur materiellrechtlichen Vertretungs- und Verfügungsbefugnis bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Wenn beispielsweise nur ein Gesellschafter geschäftsführungsbefugt ist, können die anderen Gesellschafter materiellrechtlich für die Gesellschaft

keine wirksamen Erklärungen abgeben; wenn zwei nur gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugte Gesellschafter sich widersprechende materiellrechtliche Erklärungen abgeben, kann keine davon wirksam sein. Das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft ist also nicht in der Lage, eine den materiellrechtlichen Verhältnissen adäquate Prozessführung zu gewährleisten, weil die Prozessführung bei einer notwendigen Streitgenossenschaft anderen Regeln unterliegt als sie für die Vertretung der Gesellschaft gelten.

Dieses Ergebnis ließe sich allenfalls dadurch umgehen, dass man die materiellrechtliche Vertretungsbefugnis auf die Prozessführungsbefugnis der Gesamthänder als Streitgenossen überträgt, die Gesellschafter prozessual als „Gruppe“, vertreten durch ihren Geschäftsführer, behandelt und nur vom Geschäftsführer vorgenommene Prozesshandlungen als wirksam anerkennt. Eine solche Lösung wäre jedoch mit den Grundprinzipien der notwendigen Streitgenossenschaft nicht vereinbar. Die Bevollmächtigung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag kann dem einzelnen als Streitgenossen verklagten Gesellschafter nicht die Prozessführungsbefugnis in einem Prozess nehmen, in dem er selbst Partei ist. Im Ergebnis liefe ein derartiger Korrekturversuch auf eine verschleierte Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hinaus. Geht man hingegen offen von der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, lässt sich die gewünschte Übereinstimmung von Prozessführungs- und gesellschaftsrechtlicher Vertretungsbefugnis zwanglos und ohne Verletzung prozessualer Grundsätze erreichen. Es sind dann von vornherein nur diejenigen Prozesshandlungen wirksam, die in Übereinstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregeln erfolgen.

b) Gegen das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft der Gesellschafter spricht des Weiteren, dass unter seiner Geltung sowohl im Aktiv- als auch im Passivprozess immer sämtliche gegenwärtigen Mitglieder der Gesellschaft verklagt werden und klagen müssen, um einen Titel gegen und für die Gesamthand zu erhalten. Das kann den Gesellschaftsgläubigern bei größeren Gesellschaften und bei solchen mit häufigem Mitgliederwechsel erfahrungsgemäß erhebliche Probleme bereiten. Als Beispiele hierfür sei auf die den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12.3.1990 (Senat a.a.O., ZIP 1990, 715) und vom 15.10.1999 (V ZR 141/98, ZIP 1999, 2009) zu Grunde liegenden Sachverhalte verwiesen. Der Senat ist im erstgenannten Fall dem klagenden Gesellschaftsgläubiger, der aus eigener Kenntnis nicht über die Namen der inzwischen mehr als 70 Gesellschafter verfügte, dadurch entgegengekommen, dass er die korrekte Einbeziehung aller Gesellschafter in die Klage lediglich als einen Akt der Rubrumsberichtigung aufgefasst hat (Senat a.a.O., ZIP 1990, 715, 716). Diese Lösung verlässt im Grunde bereits die Auffassung von den Gesellschaftern als notwendigen Streitgenossen, denn die unterbliebene Benennung aller aus materiellrechtlichen Gründen notwendigen Streitgenossen hätte zur Unzulässigkeit der Klage führen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.1991 – V ZR 196/90, WM 1992, 313, 315; *Stein/Jonas/Bork* a.a.O., § 62 Rdnr. 20 f., 25; *Musielak/Weth* a.a.O., § 62 Rdnr. 11). Im Ergebnis ist dieser Fall bereits so behandelt worden, als sei die Gesellschaft selbst die beklagte Partei und mithin parteifähig. Vor ähnlichen Schwierigkeiten stehen die Beteiligten auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung auch in den nicht seltenen Fällen, in denen die Mitgliedschaft eines Gesellschafters unklar und streitig ist. In diesen Fällen muss – sei es im Aktivverfahren oder im Passivverfahren – vor einer Entscheidung in der Sache zunächst die mit

dem Kern des Rechtsstreits in keiner Weise zusammenhängende Frage geklärt werden, inwiefern die fragliche Person wirksam Mitglied geworden ist, bzw. inwiefern sie wirksam ausgeschlossen ist. Auch hier hat sich die Rechtsprechung damit zu behelfen versucht, dass bei irrtümlich unterbliebener Aufführung eines Gesellschafters lediglich das Rubrum unrichtig sei (BGH, Beschl. v. 10.10.1996 – IX ZR 135/95, NJW 1997, 1236; vgl. auch OLG Hamburg LZ 1917, 78). Diese Hilfskonstruktionen der bisherigen Rechtsprechung, die es im Interesse der Sachgerechtigkeit ermöglichen sollten, trotz formalen Festhaltens am Streitgenossenschaftsmodell die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als parteifähig zu behandeln, können aber letztlich nicht überzeugen. Insbesondere versagen sie im Stadium der Zwangsvollstreckung, denn der Gerichtsvollzieher hat in Zweifelsfällen nicht die Möglichkeit zu prüfen, ob es sich bei den in einem Titel aufgeführten Gesellschaftern um sämtliche Gesellschafter handelt. Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demgegenüber sowohl im Erkenntnis-, als auch im Vollstreckungsverfahren die einfachere und konsequentere Lösung.

c) Zu erheblichen Problemen, die praktisch nicht befriedigend gelöst werden können, kommt die Streitgenossenschaftslösung auch im Falle des Neueintritts und des Mitgliederwechsels während des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens im Gesamthandsschuldprozess. Die Vertreter der Streitgenossenschaftslösung gehen bei einem während des Erkenntnisverfahrens eingetretenen Parteiwechsel analog §§ 239, 241, 246 ZPO von einem gesetzlichen Parteiwechsel aus (MünchKomm-BGB/Ulmer a.a.O., § 718 Rdnr. 60 ff.; Heller a.a.O., S. 200 f.): Auf Antrag sei der Prozess in diesem Fall analog § 246 ZPO bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den neuen Gesellschafter zu unterbrechen; das Rubrum sei vom Gericht zu berichtigen; bleibe ein nach Rechtshängigkeit erfolgter Neueintritt oder Mitgliederwechsel bis zum Abschluss des Erkenntnisverfahrens unbekannt, könne der Titel nachträglich analog § 727 ZPO auf den neueingetretenen Gesellschafter umgeschrieben werden; gleiches gelte für den nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens und vor Beginn der Zwangsvollstreckung neu eingetretenen Gesellschafter.

Dieser Lösungsvorschlag ist in praktischer Hinsicht unzulänglich. So ist eine Titelumschreibung gemäß § 727 ZPO jedenfalls dann nicht mehr möglich, wenn der unerkannte Neueintritt oder Mitgliederwechsel vor Rechtshängigkeit der Klage erfolgt ist. Die Vorschrift ist nur auf nach Rechtshängigkeit eingetretene Rechtsänderungen anwendbar (BGHZ 120, 387, 392). Die Möglichkeit der Titelumschreibung versagt zudem, wenn der Gläubiger den Neueintritt nicht in der gemäß § 727 ZPO erforderlichen Art und Weise (Offenkundigkeit bei Gericht oder öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden) nachweisen kann. Er müsste dann erst Klage auf Klauselerteilung gemäß § 731 ZPO erheben. Im Übrigen ist zu bedenken, dass bei Bekanntwerden eines vom Titel abweichenden Bestandes der Gesellschafter zunächst in jedem Fall erst einmal das Zwangsvollstreckungsverfahren eingestellt werden müsste. Etwa bereits eingeleitete Forderungspfändungen und andere Zwangsmaßnahmen gingen ins Leere und die Gesellschaft könnte inzwischen anderweitig über die zur Zwangsvollstreckung ausersehenen Gegenstände verfügen. Im Übrigen könnte die Gesellschaft – die Gefahr ist insbesondere bei Publikumsgesellschaften gegeben – die Vollstreckung durch sukzessive Bekanntgabe immer weiterer Veränderungen im Gesellschafterbestand nahezu gänzlich unmöglich machen (vgl. Wiedemann a.a.O., S. 5). Die Streitge-

nossenschaftslösung kann demnach die infolge des Auseinanderfallens von materieller Berechtigung (die der Gesellschaft zukommt) und Prozessführungsbefugnis (die bei den Gesellschaftern liegen soll) unweigerlich auftretenden Probleme nicht befriedigend lösen, sondern verlagert sie lediglich vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren. Bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hindert eine Veränderung im Gesellschafterbestand – sei sie vor, während oder nach dem Prozess erfolgt – die Rechtsdurchsetzung hingegen in keiner Weise.

3. Die Regelung des § 736 ZPO, wonach zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, steht der Anerkennung der Parteifähigkeit nicht entgegen. Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil „gegen alle Gesellschafter“ im Sinne des § 736 ZPO. Die Vorschrift verlangt weder vom Wortlaut noch vom Zweck her ein Urteil gegen jeden einzelnen Gesellschafter.

a) Aus der Entstehungsgeschichte des § 736 ZPO folgt, dass Zweck dieser Regelung die Verhinderung der Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen, nicht aber der Ausschluss der Parteifähigkeit der Gesellschaft ist (ausführlich *Wertenbruch* a.a.O., S. 122 ff.; vgl. auch *Wiedemann* a.a.O., S. 10). Nach § 645 des ersten Entwurfs (E I) zum BGB (abgedruckt bei *Mugdan* II CVII), der die Gesellschaft als römisch-rechtliche Bruchteilsgemeinschaft gestaltete, war die Verfügung des Gesellschafters über seinen Anteil nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich ausgeschlossen. Privatgläubiger einzelner Gesellschafter hätten im Rahmen der Zwangsvollstreckung also direkt Zugriff auf deren Anteile am Gesellschaftsvermögen gehabt. Um eine solche Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu verhindern, beschloss die zweite Kommission zunächst „in eventueller Abstimmung, für den Fall der Beibehaltung des § 645 des Entwurfs“ (Prot. II 428 = *Mugdan* II 989) folgenden § 645 a:

„Die Zwangsvollstreckung in die gemeinschaftlichen Gegenstände findet nur aufgrund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt. Aufgrund eines nur gegen einen Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels findet die Zwangsvollstreckung nur in dasjenige statt, was dem Gesellschafter als Gewinnanteil oder bei der Auseinandersetzung zukommt. ...“ (Prot. II 426 = *Mugdan* II 988).

Im weiteren Verlauf der Beratungen entschied sich die zweite Kommission, an Stelle des § 645 E I das Prinzip der gesamten Hand zu setzen (Prot. II 428 ff. = *Mugdan* II 990 ff.), welches in § 658 des zweiten Entwurfs (abgedruckt bei *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III 1983, S. 296) seinen Ausdruck fand. § 658 E II entspricht dem heutigen § 719 BGB und enthielt zunächst zusätzlich folgenden Absatz 3:

„Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen findet nur aufgrund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt.“

Später wurde dieser Abs. 3 aus dem zweiten Entwurf zum BGB gestrichen. „Als Ersatz“ sollte „im Art. 11 des Einführungsgesetzes vor dem § 671 a folgender § 671 in die Civilprozeßordnung eingestellt werden“ (*Jakobs/Schubert* a.a.O., S. 297 Fn. 20):

„Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 745 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter vollstreckbares Urtheil erforderlich.“

Hieraus wurde schließlich die Bestimmung des § 736 ZPO.

Diese Entwicklung zeigt, dass die Regelung eine Ausprägung des Prinzips der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens darstellt, mit dessen Übernahme der historische Gesetzgeber erreichen wollte, dass der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB), dass er sich nicht durch Aufrechnung mit einer ihm nur gegen einen der anderen Gesellschafter zustehenden Forderung aus einer Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft befreien (§ 719 Abs. 2 BGB) und dass nicht ein Gläubiger nur eines Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen vollstrecken können soll (§ 736 ZPO). Diese Zielsetzung ist in der dem Reichstag mit dem Gesetzentwurf des BGB vom Reichsjustizamt vorgelegten Denkschrift (Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896, S. 87 f.) ausdrücklich in diesem Sinne formuliert worden. Die Regelung in § 736 ZPO stellt mithin als Ausdruck der gesamthänderischen Vermögensbindung das vollstreckungsrechtliche Pendant zu § 719 Abs. 1 BGB dar und wird treffend auch als „§ 719 Abs. 3 BGB“ (*Wertenbruch* a.a.O., S. 124, 129) bezeichnet.

Das Ziel der Verhinderung einer Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen durch Gläubiger nur einzelner Gesellschafter wird bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft mindestens ebenso gut erreicht wie bei Zulassung von Klagen nur gegen die einzelnen Gesellschafter. Es kann deshalb nicht festgestellt werden, dass die Regelung des § 736 ZPO zum Ziel hat, die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess auszuschließen. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft ist vom Gesetzgeber ebensowenig abschließend geregelt worden wie das „Wesen der Gesamthand“ allgemein. Dementsprechend hat *Gottlieb Planck*, Generalreferent der zweiten Kommission, bereits in der im Jahre 1900 erschienenen ersten Auflage seines Kommentars zum BGB trotz Ablehnung der Parteifähigkeit ausgeführt, die §§ 736, 859 ZPO berührten die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht, sie seien lediglich mit Rücksicht auf das Gesamthandsprinzip in das Gesetz aufgenommen worden (vor § 705 Anm. II 2, S. 453).

b) Kein durchgreifendes Argument gegen die Anerkennung einer Parteifähigkeit kann auch der amtlichen Begründung der CPO-Novelle zu § 670 b CPO (später § 736 ZPO) aus dem Jahre 1897 (*Hahn/Mugdan*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8. Band, 1898, S. 138 f.) entnommen werden. Soweit es darin heißt, die Gesellschaft könne nicht „als solche“ verklagt werden, muss das nicht im Sinne einer Ablehnung der Parteifähigkeit gemeint sein. Im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert galt der Begriff „Gesellschaft als solche“ – wie *Wertenbruch* (a.a.O. S. 9 ff.; 46 ff.; 132) nachgewiesen hat – als Umschreibung für juristische Person. So hieß es in Art. 231 ADHGB zur Aktiengesellschaft, diese könne „als solche“ klagen und verklagt werden (vgl. auch den heutigen § 41 Abs. 1 AktG). Bei der OHG hingegen wurde der Zusatz, die Gesellschaft habe „als solche“ ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen, wie er noch in Art. 87 des preußischen Entwurfs zum ADHGB aus dem Jahre 1857 enthalten war, nicht in den späteren Art. 111 ADHGB (heute § 124 HGB) übernommen, weil darin eine Definition der juristischen Person zu sehen sei (vgl. *Lutz*, Protokolle der

Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858, S. 156). Dass die Formulierung „als solche“ in Bezug auf die Aktiengesellschaft die Gestaltung als juristische Person zum Ausdruck bringen soll, geht auch aus den Ausführungen von *Makower* (HGB Band I 13. Aufl. 1906, § 210 Anm. I a) und *Flechtheim* (in *Düringer/Hachenburg*, HGB 3. Aufl. 1934, § 210 Anm. 2) hervor.

c) Die Bestimmung des § 736 ZPO wird durch die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht überflüssig. Versteht man die Bestimmung so, dass der Gläubiger nicht nur mit einem Titel gegen die Gesellschaft als Partei in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann, sondern auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung (vgl. auch MünchKomm-BGB/*Ulmer* a.a.O., § 718 Rdnr. 54), behält sie durchaus einen eigenständigen Regelungsgehalt. Die Rechtslage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist insoweit anders als bei der OHG, wo gemäß § 124 Abs. 2 HGB eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ausschließlich mit einem gegen die Gesellschaft lautenden Titel möglich ist.

4. Auch der Umstand der fehlenden Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hindert nicht die Anerkennung ihrer Parteifähigkeit. Der Senat verkennt zwar nicht, dass es wegen der fehlenden Publizität in einigen Fällen schwierig werden könnte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Prozess so klar zu bezeichnen, dass eine eindeutige Identifizierung – vor allem auch im Vollstreckungsverfahren – möglich ist. Auch ist von außen nicht immer leicht zu ermitteln, inwieweit ein Zusammenschluss mehrerer tatsächlich als (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert ist (vgl. *K. Schmidt* a.a.O., § 60 IV 1, S. 1806 f.). Diese Schwierigkeiten wiegen aber nicht so schwer, dass daran die Anerkennung der Parteifähigkeit scheitern müsste.

Im Aktivprozess der Gesellschaft ist es den für die Gesellschaft auftretenden Personen ohne weiteres zumutbar, die Gesellschaft – beispielsweise durch die möglichst exakte Bezeichnung der Gesellschafter, der gesetzlichen Vertreter und der Bezeichnung, unter der die Gesellschaft im Verkehr auftritt – identifizierbar zu beschreiben. Sollte sich im Verlauf des Prozesses herausstellen, dass tatsächlich keine Außengesellschaft existiert, müsste zumindest derjenige für die Prozesskosten aufkommen, der im Namen der vermeintlichen Gesellschaft den Prozess als deren Vertreter ausgelöst hat. Im Falle des Auftretens für eine nicht existierende Partei trägt der in deren Namen auftretende und die Existenz der Partei behauptende Vertreter als Veranlasser des unzulässigen Verfahrens die Prozesskosten (Sen. Ur. v. 25.1.1999 – II ZR 383/96, ZIP 1999, 489, 491 m.w.N.). Es ist also immer zumindest eine natürliche Person als Kostenschuldner vorhanden.

Im Passivprozess ist es wegen der persönlichen Gesellschafterhaftung für den Kläger – wie bei der OHG (vgl. Behr, NJW 2000, 1137, 1139) – praktisch immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn nicht sicher ist, ob eine wirkliche Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen existiert. Stellt sich während des Prozesses heraus, dass die Gesellschafter nicht als Gesamthandsgemeinschaft verpflichtet sind, sondern nur einzeln als Gesamtschuldner aus einer gemeinschaftlichen Verpflichtung schulden (§ 427 BGB), wird nur die Klage gegen die Gesellschaft – nicht aber die gegen die Gesellschafter persönlich – abgewiesen. Stellt sich erst während der Zwangsvollstreckung heraus, dass überhaupt kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, bleiben dem

Gläubiger noch die Titel gegen die einzelnen Gesellschafter. Es besteht also bei Annahme einer Parteifähigkeit der Gesellschaft kein Unterschied zur Situation, wie sie sich auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung darstellt, denn auch hier wird zwischen der Klage gegen die Gesamthand (Gesamthandsschuldklage) und gegen die Gesellschafter (Gesamtschuldklage) unterschieden (MünchKomm-BGB/Ulmer a.a.O., § 718 Rdnr. 47 ff.; Heller a.a.O., S. 73 ff.). Im Übrigen bleibt es dem Gesellschaftsgläubiger auch bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unbenommen, ausschließlich die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen. Dem Gesellschaftsgläubiger wird die Rechtsverfolgung demnach durch die Anerkennung der Parteifähigkeit in keiner Weise erschwert.

B. (...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des für Gesellschaftsrecht zuständigen 2. BGH-Zivilsenats ist lange erwartet worden. Sie klärt den Streit um die Rechtsfähigkeit der GbR, die wohl grundlegendste¹ Problematik des Personengesellschaftsrechts. Wie fundamental diese Frage ist, zeigt die Vielfalt ihrer Weiterungen auf ganz verschiedenen Gebieten. Aktuelle Beispiele sind die Entscheidung des 1. BGH-Zivilsenats vom Februar 2000 zur Markenrechtsfähigkeit der GbR i.S.v. § 7 MarkenG² oder die in Karlsruhe derzeit anhängige Vorlage des BayObLG nach § 28 II FGG³. Letztere war erforderlich, weil das BayObLG auf die weitere Registerbeschwerde eines Notars hin die Kommanditistinnenfähigkeit der GbR gegen eine ältere Entscheidung des OLG Zweibrücken hatte bejahen wollen. Nun wird der BGH entscheiden; vermutlich im Sinne des BayObLG.

Streit herrscht über die Rechtsfähigkeit der GbR, weil seit mehr als 100 Jahren der Inhalt des Gesamthandsprinzips unklar ist⁴: Soll es nur Sondervermögen zuordnen oder auch personenrechtlich wirken? Beides wurde vertreten. Die ältere, bis heute im Wesentlichen nur noch von *Zöllner* und *Hueck*⁵ propagierte „individualistische Gesamthandsvermögenslehre“ lehnte die Rechtsfähigkeit der GbR ab. Sie sei unvereinbar mit dem etwa aus § 738 Abs. 1 S. 1 BGB erkennbaren gesetzlichen Konzept und widerspreche dem Gesetzeswortlaut, etwa der §§ 718, 719 BGB. Dort würden Beiträge der Gesellschafter und geschäftsführungshalber für die Gesellschaft erworbene Gegenstände ausdrücklich zu (gemeinschaftlichem) Vermögen „der Gesellschafter“ erklärt und eben nicht zu Vermögen „der Gesellschaft“. Auch brauche eine Anwachsung in § 738 Abs. 1 S. 1 BGB nicht angeordnet zu werden, wenn die Ge-

samthand (ohnehin schon) selbst Rechtssubjekt sei. Ausgeschlossen sei die Rechtsfähigkeit der GbR schließlich, weil für die zur Vermögenszuordnung tauglichen Subjekte ein gesetzlicher numerus clausus bestehe. Vermögensträger könnten nicht Gesamthandsgemeinschaften, sondern nur die sie bildenden Personen sein.

Die in der jüngeren Literatur ganz überwiegend vertretene „Theorie der kollektiven Einheit“, der sich nun auch der BGH angeschlossen hat, hält dagegen zumindest die Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen für (beschränkt⁶) rechtsfähig. Eine Betrachtung, die allein auf die vermögensrechtlichen Konsequenzen des Gesamthandsprinzips verengt sei und dessen personenrechtliche Elemente weitgehend negiere, werde den Problemen nicht gerecht. Das zeigten Hilfskonstruktionen wie die kürzlich aufgegebene⁷ „Theorie der Doppelverpflichtung“. Sie seien nur erforderlich geworden, weil eine widerspruchsfreie Zuordnung für die GbR eingegangener Verbindlichkeiten bisher nicht möglich gewesen sei. Bedenken gegen die Rechtsfähigkeit zumindest der Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen müssten darum zurücktreten⁸.

Der Streit zwischen alter und neuer Lehre ist kein Glasperlenspiel, sondern praktisch höchst relevant. Das zeigt eindrucksvoll der vorliegende Fall. Hier hatte eine als GbR verfasste ARGE, wie sie in der Bauwirtschaft ständig vorkommt, einen Wechsel akzeptiert und dann eine Klage auf Zahlung der Wechselsumme abgewehrt. Die GbR war damit sowohl wechselrechtlich in Erscheinung getreten, als auch in einem Zivilprozess. Damit hatte der BGH auf materiellrechtlicher Ebene über die Wechselfähigkeit der GbR und das Haftungsverhältnis zwischen ihr und ihren Gesellschaftern entscheiden müssen, auf prozessrechtlicher Ebene über die Parteifähigkeit der GbR. Konnten, wie nach älterer Lehre, stets (nur) die Gesellschafter Wechsel akzeptieren und den Prozess „der GbR“ führen und (darum) im Rubrum erscheinen oder, wie nach neuerer Lehre, auch die GbR selbst?

In Argumentation und Ergebnis überzeugend hat der BGH beides bejaht. Ausgangspunkt seiner Begründung ist der aus den Materialien zum BGB gewonnene Befund, die gesetzliche Regelung sei nicht vollständig, weil der historische Gesetzgeber eine Festlegung zur Rechtsnatur der GbR im Gesellschafts- und im Personenrecht gleichermaßen erkennbar vermieden habe. Gegen die ältere „individualistische Gesamthandsvermögenslehre“ sei darum durchaus Raum für eine Beurteilung der Rechtsnatur der GbR im Sinne der jüngeren „Theorie der kollektiven Einheit“. Damit ließen sich sachgerechtere und besser zur jüngeren Entwicklung im Umwandlungs- und Insolvenzrecht passende Ergebnisse gewinnen als mit der älteren Lehre. Vor allem seien für die Gesellschaft begründete Verbindlichkeiten nun eindeutig dieser zuordenbar. Statt selbst zu schulden, wie bei ausdrücklicher Mitverpflichtung, hafteten die Gesellschafter nur noch für die Erfüllung von der Gesellschaft eingegangener Verbindlichkeiten. Im Vergleich zur älteren Lehre trage dies dem Unterschied zwischen Schuld und Haftung der Gesellschafter – im Sinne der Haftungstheorie? – dogmatisch besser Rechnung. In prakti-

¹ Meinungsstand bei *MüKo/Ulmer*, 3. Aufl., § 705 Rdnr. 130 ff.

² BGH (Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 168/97) NJW 2000, 2268 – Ballermann 6, die der BGH aufgrund bindender Gesetzgeberäußerungen in den Materialien – wider besseres Wissen? – ablehnend entscheiden musste.

³ BayObLG (Beschl. v. 18.10.2000 – 3Z BR 164/00) ZIP 2000, 216.

⁴ Ungeachtet der Arbeiten z. B. Engländers, Fabricius', Kunz', Schulze-Osterlohs zählt *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 III. 1a), die Gesamthandstheorie zu „den schwierigsten und dogmatisch umstrittensten Fragen der zeitgenössischen Zivilrechtsdogmatik“. Ähnlich *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316: Die Gesamthand – ein „Mysterienspiel“?, und *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113: „Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?“

⁵ *Zöllner*, FS Kraft (1998), 701; *ders.*, FS Gernhuber (1993), 563; *Hueck*, FS Zöllner (1998), 275.

⁶ Worin die Beschränkung der Rechtsfähigkeit liegt, präzisiert der BGH in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich. Gemeint ist wohl, was *K. Schmidt* (FN 4), § 8 IV 2), als „Grenzen der Verselbständigung“ beschreibt: existentielle Abhängigkeit der Gesellschaft vom Verbund der Gesamthänder, keine Einmann-Personengesellschaft, personalistische Organisation.

⁷ BGHZ 142, 315; Anm. *Ulmer* ZGR 2000, 339.

⁸ Grundlegend *K. Schmidt* (Fn. 4), § 8 III 4d).

scher Hinsicht erleichtere es den Austausch von Gesellschaftern und damit im Ergebnis den Abschluss der nach alter Ansicht – eigentlich – bei jedem Gesellschafterwechsel neu zu bestätigenden Dauerschuldverhältnisse. Schließlich lasse sich eine rechtsfähige GbR leichter aus einer und in eine andere Rechtsform umwandeln, vor allem von der und in die noch handlungsfähigere und bei entsprechendem Geschäftsgegenstand und -umfang entstehende OHG. Argumente gegen die Rechtsfähigkeit der GbR greifen nach Ansicht des BGH nicht durch. Insbesondere erlaubten die §§ 714 und 21,22,54 BGB keine Rückschlüsse auf eine Absicht des Gesetzgebers, das Gesamthandsprinzip in allen Folgen festzuschreiben. Im Kern seien die im BGB Gesetz gewordenen Vorschriften unverändert aus dem noch rein romanistisch orientierten ersten BGB-Entwurf übernommen worden. Sie passten daher nicht zu den germanistischen Elementen des zweiten Entwurfs.

Neben der GbR selbst haften für deren Schulden (selbstredend) auch alle Gesellschafter persönlich. Wie der Senat im Anschluss an seine Entscheidung vom 27.9.1999⁹ nochmals ausdrücklich klarstellt, soll das Verhältnis von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung bei der GbR ebenso akzessorisch gestaltet sein wie bei der OHG¹⁰. Insofern hat der BGH die GbR gewissermaßen zur „kleinen OHG“ umgebildet. Auch in einer weiteren Frage besteht eine Parallele. Ebenso wie bei der OHG besteht auch bei der GbR zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft nicht etwa eine echte Gesamtschuld i.S.d. §§ 420 ff. BGB. Hier wie dort ist das Verhältnis von Gesellschafterhaftung zu Gesellschaftsschuld viel eher bürgschaftsähnlich strukturiert¹¹.

Die GbR soll nun freilich nicht nur rechts-, sondern auch parteifähig sein, also als solche klagen und verklagt werden können. Auch dies ist ein Fortschritt gegenüber der bisherigen Annahme notwendiger Streitgenossenschaft der Gesellschafter. Letztere hatte bedeutet, dass im Prozess für oder gegen die Gesellschaft nur einheitliche Ergebnisse möglich gewesen waren, wegen des Fehlens einer Prozessstandschaft einzelner Gesellschafter analog § 2039 BGB aber nicht auch eine Gleichrichtung des Auftretens der Gesellschafter hatte erreicht werden können. Nun kann die GbR selbst prozessieren, müssen Prozesshandlungen also stets einheitlich vorgenommen werden. Das kann unter den Gesellschaftern zwar (notfalls ihrerseits auszuprozessierende!) Streitigkeiten über das richtige Vorgehen auslösen. Diese Streitigkeiten belasten aber nur die Gesellschafter. Diese können im Gesellschaftsvertrag vorsorgen. Prozessgegner der GbR stehen künftig dagegen besser. Entfallen wird nämlich das Problem vieler Kläger, vor Klageerhebung gegen eine GbR zunächst vollständig deren Gesellschafterbestand zu ermitteln. Eine GbR kann Klagen gegen sich auch nicht länger durch ständige Gesellschafterwechsel behindern. Das beseitigt den Bedarf für dogmatisch fragwürdige Hilfskonstruktionen zur Lösung dieser Probleme¹². Es erleichtert auch die Vollstreckung aus Titeln nach § 736 ZPO. Die Organe der Zwangsvollstreckung, vor allem die insoweit überforderten Gerichtsvollzieher, werden nun nicht mehr prüfen müssen, ob tatsächlich alle GbR-Gesellschafter in einem Titel gegen die GbR genannt sind. Bereinigt wird durch die Anerkennung der GbR-Parteifähigkeit auch die Zwangsvollstreckung. Einen – wegen § 325 ZPO ange-

lich – vor Rechtshängigkeit erfolgten Gesellschafterwechsel noch rasch bekannt zu geben, wird nun nicht mehr ausreichen, um die Vollstreckung bis zur Entscheidung über die Klage nach § 731 ZPO einstellen zu lassen.

Nicht beseitigt sind mit der Anerkennung der GbR-Parteifähigkeit freilich die aus dem Publizitätsmangel der GbR resultierenden Probleme. Dieser Mangel dauert nach wie vor fort. Ladungsfähige Anschriften von Gesellschaft oder Gesellschaftern oder auch nur der Umstand, ob wirklich eine GbR besteht, werden auch weiter nicht einfach und zuverlässig in Erfahrung zu bringen sein. Dies ist freilich kein Problem der Rechtsfähigkeit, sondern ein Verkehrsschutzproblem. Seine Lösung steht nun nur noch drängender heran.

Für die Notariatspraxis entfaltet die Entscheidung Konsequenzen zunächst dadurch, dass eine rechtsfähige GbR als solche Partei eines Rechtsgeschäfts und Urkundsbeteiligte sein kann. Wirkungen ergeben sich ferner im Register- und Zwangsvollstreckungsrecht. Mit der Feststellung des Senats, „ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil gegen alle Gesellschafter im Sinne des § 736 ZPO“, steht nun fest, dass aus einem Titel gegen die GbR ohne weiteres in deren Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann. Eine GbR kann sich damit auch als solche in einer notariellen Urkunde nach § 794 I Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Schon zur Vermeidung des latenten Risikos, dass die GbR gar nicht besteht, ist jedem Gläubiger aber weiterhin stets anzuraten, sich einen Titel auch gegen alle Gesellschafter zu verschaffen. Ein solcher Titel wird auch weiterhin zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ausreichen.

In Grundbuch oder Handelsregister kann die GbR ohne zusätzliche Angaben – wie bisher¹³ – auch weiterhin nicht eingetragen werden. Gleich ob man die mangelnde Registerfähigkeit der GbR, wie *K. Schmidt*¹⁴, auf einen Publizitätsmangel zurückführt oder, wie die bisher herrschende Meinung, auf ihre mangelnde Rechtsfähigkeit, gefährdet eine „unkommentierte“ Eintragung auch der rechtsfähigen GbR in Grundbuch oder Handelsregister den Rechtsverkehr. Wie oben bereits erwähnt, sind zu BGB-Gesellschaften, anders als zu Handelsgesellschaften oder Personen – natürlichen wie juristischen –, die für das Publikum wichtigen Kerninformationen nirgends verfügbar. In Vertragsbeziehungen mag dies vielleicht kein Problem sein, da die Gegenseite den Vertragsschluss von der umfassenden Offenlegung dieser Informationen abhängig machen kann. Schutzbedürftig ist aber weiterhin das Publikum, etwa wenn Ansprüche aus § 836 BGB verfolgt werden sollen. Hier muss ohne weiteres erkennbar sein, wer hinter einer im Grundbuch eingetragenen GbR steht. Sollte, wie für die rechtsfähige GbR an sich geboten, auch im Registerrecht mit der Rechtsfähigkeit der GbR ernst gemacht werden, müsste es ein GbR-Register oder zumindest ein Namensrecht, etwa analog § 19 HGB a.F., geben, das jede GbR und ihre Gesellschafter prozessual greifbar macht. Solange ein adäquates Informationsmedium fehlt, kommt aus Verkehrsschutzgründen die Eintragung einer GbR als solcher, also ohne zusätzlicher Angaben, weiterhin nicht in Frage.

*Prof. Dr. jur. Christoph Ann, LL.M. (Duke Univ.),
Universität Freiburg*

⁹ BGHZ 142, 315; Anm. *Ulmer* (Fn. 7).

¹⁰ Dazu *K. Schmidt* (Fn. 4), § 49 II 3).

¹¹ *K. Schmidt* (Fn. 4), § 49 II 4b).

¹² Vgl. nur den universellen Einsatz von „Rubrumsberichtigungen“ zur Vermeidung eigentlich gebotener Klageabweisungen; BGH ZIP 1990, 715, 716; NJW 1997, 1236; ZIP 1999, 2009.

¹³ Für das Grundbuchrecht statt vgl. nur *Demharter*, GBO, 22. Aufl., 1999, § 19 Rdnr. 108; differenzierend *Jaschke*, Gesamthand und Grundbuchrecht, Köln 1991.

¹⁴ *K. Schmidt* (Fn. 4), § 8 IV 1b).

2. BGB § 271 (Zum nachträglichen Wegfall einer Fälligkeitsvoraussetzung)

Liegt bei Fälligkeitsmitteilung des Notars eine von ihm nicht zu bestätigende Fälligkeitsvoraussetzung noch nicht vor und fällt vor deren Eintreten eine der vom Notar zu bestätigenden Fälligkeitsvoraussetzungen wieder fort (befristeter Treuhandauftrag), so bedarf es zur Fälligkeit nach Wiedervorliegen dieser Voraussetzung einer erneuten Fälligkeitsmitteilung des Notars.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.1.2001 – 9U 155/00 –, mitgeteilt von *Gode*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung des Beklagten.

Der Kläger erwarb von dem Beklagten mit notariellem Kaufvertrag vom 18.12.1998 ein Mehrfamilienhaus in W. zum Kaufpreis von 790.000 DM. Das Grundstück war belastet mit einer Grundschuld zugunsten der Volksbank über 970.000 DM und mit einer Vormerkung für die Eintragung einer Sicherungshypothek (Abteilung III, Nr. 8) in Höhe von 14.372,77 DM zugunsten der KTR. Nach dem Kaufvertrag war der Kaufpreis fällig am 31.1.1999, nicht jedoch vor Ablauf von fünf Tagen seit Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen, die im Kaufvertrag wie folgt aufgeführt waren (4):

- a) bis c)
...
- d) Vorliegen der Lösungsunterlagen für die eingetragenen Belastungen;
- e) schriftliche Mitteilung des Notars vom Vorliegen der Voraussetzungen zu a) bis d);
- f) Übergabe einer Aufstellung über die Mietkautionen und Auszahlung der Kauttionen nebst Zinsen an den Kläger.

Unstreitig waren die Fälligkeitsvoraussetzungen a) bis c) erfüllt.

Am 14.10.1999 erteilte die K. ihre Zustimmung zur Löschung der Vormerkung für die Eintragung ihrer Sicherungshypothek.

Mit Schreiben vom 21.10.1999 erteilte auch die Volksbank (erneut) Treuhandauftrag befristet bis zum 22.11.1999.

Der Notar teilte daraufhin mit Schreiben vom 25.10.1999 dem Kläger mit, die von ihm zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen lägen vor. Mit Schreiben/Fax vom 29.10.1999 forderte der Rechtsanwalt des Klägers den Beklagten auf, die Mietkautionsaufstellung zu übergeben und die Kauttionen bis zum 10.11.1999 auszuführen. Offenbar erstellte der Beklagte persönlich am 4.11.1999 eine Mietkautionsaufstellung per 31.12.1998.

Mit Schreiben vom 24.11.1999 wies der Notar den Anwalt des Klägers darauf hin, dass er dem Beklagten eine vollstreckbare Ausfertigung des Kaufvertrages erteilt habe. Der Anwalt des Klägers forderte daraufhin mit Fax vom 26.11.1999 den Beklagten auf, mitzuteilen, dass die Zwangsvollstreckung nicht durchgeführt werde; der Kaufpreis sei nicht fällig.

Mit Fax vom 30.11.1999 meldete sich der Anwalt des Beklagten beim Anwalt des Klägers, überreichte eine aktualisierte Kautionsaufstellung und teilte mit, der sich danach ergebende Betrag von 7.227, 67 DM sei auf das Konto des Anwalts des Klägers eingezahlt worden, somit der Kaufpreis fällig; der Kläger werde in Verzug gesetzt.

Am 2.12.1999 reichte der Kläger Zwangsvollstreckungsgegenklage ein, nachdem der Notar dem Anwalt des Klägers mit Schreiben vom gleichen Tage bestätigt hatte, dass die Volksbank bislang den Treuhandauftrag nicht verlängert und er mit gleicher Post um Verlängerung des Auftrags gebeten habe.

Mit Schreiben vom 9.12.1999 verlängerte sodann die Volksbank den Treuhandauftrag bis 30.1.2000, mit weiterem Schreiben vom 7.2.2000 aufgrund Telefonates erneut bis zum 30.4.2000.

Der Notar bestätigte dem Anwalt des Beklagten mit Schreiben vom 8.2.2000, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß Kaufvertrag wieder vorlägen.

Mit Schreiben vom 10.2.2000 stellte der Anwalt des Klägers an den Anwalt des Beklagten Ansprüche wegen Verzögerung bei der Abwicklung des Kaufvertrages gegenüber den Ansprüchen des Beklagten auf Verzinsung des Kaufpreises und meinte, weil der Treuhandauftrag erneut befristet sei, sei der Kaufpreis wieder nicht fällig. Er forderte einen unbefristeten Treuhandauftrag. Am 15.2.2000 zahlte der Kläger sodann den Kaufpreis und erklärte anschließend die Zwangsvollstreckungsgegenklage einseitig in der Hauptsache für erledigt.

Aus den Gründen:

Die Zwangsvollstreckung, die der Beklagte betrieb, war unzulässig. Es fehlte bis zur Zahlung des Kaufpreises an dessen Fälligkeit.

Zwar hatte der Notar mit Schreiben vom 25.10.1999 gemäß Ziff. 4 e) dem Kläger mitgeteilt, die von ihm zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen lägen vor. Der Treuhandauftrag der Volksbank R. war jedoch bis zum 22.11.1999 befristet und bereits abgelaufen, bevor der Beklagte dem Kläger die Aufstellung über die Mietkautionen übergeben und die Kauttionen ausgezahlt hatte (Fälligkeitsvoraussetzung Ziff. 4 f) des Kaufvertrages). Später hat zwar die Volksbank ihren Treuhandauftrag (wiederholt) verlängert. Dadurch trat aber nicht ohne weiteres nun die Fälligkeit des Kaufpreises ein. Es fehlte an einer weiteren Mitteilung des Notars gemäß Ziff. 4 e) des Kaufvertrages darüber, dass nunmehr die von ihm zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen (wieder) vorlagen. Eine solche Mitteilung des Notars war erforderlich. Denn die Fälligkeitsvoraussetzungen nach dem Kaufvertrag mussten zeitgleich vorliegen. Im Übrigen ergab sich aus der ursprünglichen Notarmitteilung vom 25.10.1999 wegen der beigefügten Trehandunterlagen, dass der Treuhandauftrag bis zum 22.11.1999 befristet war, so dass der Kläger zunächst von einer Beendigung des Treuhandauftrages ausgehen konnte und durfte. Eine anderslautende Mitteilung des Notars hat er später nicht mehr erhalten. Es ist nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich, dass der Kläger auf andere Weise davon erfahren hat, dass der Treuhandauftrag später verlängert worden war. Gleiches gilt für die Verlängerung des Treuhandauftrages bis zum 30.4.2000.

Nach Zahlung des Kaufpreises war die Zwangsvollstreckung des Beklagten wegen Erfüllung des Klägers unzulässig.

Die Erfüllung hat auch nicht etwa das Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsabwehrklage entfallen lassen.

Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Zwangsvollstreckungsgegenklage besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs solange, als der Gläubiger den Vollstreckungstitel noch in Händen hat. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger auf seine Rechte aus dem Titel verzichtet hat oder zwischen ihm und dem Schuldner Einigkeit darüber besteht, dass eine Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht kommt. Denn das Rechtsschutzinteresse für die Vollstreckungsabwehrklage ist grundsätzlich nicht davon abhängig, ob eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme droht. Es genügt, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung überhaupt betreiben kann. Nur wenn der Schuldner in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise auf Dauer vor einer – uneingeschränkten – Vollstreckung aus dem Titel geschützt ist, entfällt das Rechtsschutzinteresse (BGH NJW 1994, 1161, 1162 m.N.). Ausnahmen werden nur bei einer Teilerfüllung – insbesondere bei Titeln auf wiederkehrende Unterhaltsleistungen zugelassen, soweit eine Zwangsvollstreckung nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht mehr droht (BGH, a.a.O.; BGH NJW-RR 1989, 124). Zugrunde liegende Erwägung durfte sein, dass der Titel in diesem Fall nicht überflüssig geworden ist, sondern vom Gläubiger noch für eine weitere Vollstreckung benötigt wird (vgl. OLG Frankfurt, MDR 1988, 241).

3. BGB § 925 Abs. 1; ZPO § 415; GBO §§ 20, 29; BeurkG §§ 13 Abs. 1, 36, 37, 44 a (*Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Auflassungserklärung I*)

1. **Die Auflassung bedarf gegenüber dem Grundbuchamt des Nachweises durch öffentliche Urkunden.**
2. **Zum Nachweis eignen sich nur solche öffentliche Urkunden, die den zwingenden Formerfordernissen des Beurkundungsgesetzes genügen.**
3. **Fehlt die Unterschrift der Käufer unter der Niederschrift der abgeschlossenen Auflassungsverhandlung, kann dieser zur Unwirksamkeit der Beurkundung führende Mangel nicht durch eine notarielle Eigenklärung geheilt werden.**

BayObLG, Beschluss vom 24.1.2001 – 2Z BR 129/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Jürgen Baumgart*, Weiden

Zum Sachverhalt:

Mit notarieller Urkunde vom 16.8.2000 veräußerten die im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Beteiligten zu 1 an die Beteiligten zu 2 zu gleichen Teilen ein Grundstück sowie einen Miteigentumsanteil an einer Verkehrsfläche. Die Vertragsurkunde enthält neben dem Verkauf die Auflassung und die grundbuchrechtliche Bewilligung. Sie trägt die eigenhändigen Unterschriften der Veräußerer und des Notars, nicht jedoch die der Erwerber.

Dem Grundbuchamt wurde die Urkunde mit folgender vom Notar und von den beiden Erwerbern eigenhändig am 24.8.2000 unterzeichneter Feststellung zum Vollzug vorgelegt:

Am 16.8.2000 habe ich, Notar ..., einen Kaufvertrag mit Auflassung zwischen den Ehegatten ... (Verkäufer) und den Ehegatten ... (Käufer) hinsichtlich des im Grundbuch des Amtsgerichts ... vortragenen Grundbesitzes beurkundet.

Bei der Beurkundung wurde übersehen, die Käufer die Urkunde unterzeichnen zu lassen. Der Vertrag enthält lediglich die Unterschriften der Verkäufer.

Ich, der Notar, bestätige, dass die Käufer während der gesamten Beurkundung anwesend waren.

Wir, die Ehegatten ... (Käufer), genehmigen den gesamten Inhalt des genannten Vertrages und bestätigen das Rechtsgeschäft rein vorsorglich gemäß § 141 BGB. Damit ist das Rechtsgeschäft am 16.8.2000 rechtswirksam zwischen uns und den Ehegatten ... (Verkäufer) zustande gekommen.

Mit Beschluss vom 5.10.2000 wies das Grundbuchamt den Antrag zurück, weil die in den Erklärungen enthaltene Auflassung mangels eigenhändiger Unterschrift der Erwerber in der Vertragsurkunde formnichtig und durch die Nachtragsfeststellung nicht geheilt sei. Die Beschwerde wies das Landgericht durch Beschluss vom 30.11.2000 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Diese blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) § 20 GBO verlangt im Falle der Grundstücksauflassung auch den Nachweis der materiellen Einigungserklärungen (§ 925 Abs. 1 BGB). Die Form des Nachweises regelt § 29 GBO. Nach dessen Satz 1 müssen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dazu gehören nach materiellem Recht jedenfalls die Erklärung der Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Notar als einer zur Entgegennahme der Auflassung zuständigen Stelle (*Demharter* GBO 23. Aufl. § 29 Rdnr. 8 f.; *Knothe in Bauer/von Oefele* GBO § 29 Rdnr. 15).

Dass für die Auflassung dieser Nachweis jedenfalls nicht durch eine lediglich öffentlich beglaubigte Urkunde erbracht werden kann, entspricht allgemeiner Meinung (KG DNotZ 1934, 283; OLG Celle DNotZ 1979, 308 f.; *Fuchs-Wissemann* Rpfleger 1977, 9/11). Denn durch eine Beglaubigung wird mit öffentlichem Glauben nur bekräftigt, dass die Unterschriften von den Personen stammen, die sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt haben (§ 40 BeurkG). Nicht bewiesen wird damit, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind (KG a.a.O.). Demnach ist der Nachweis hier durch eine öffentliche Urkunde zu erbringen, deren Merkmale sich aus § 415 ZPO ergeben.

Die den Kaufvertrag mit Auflassung und grundbuchrechtlicher Bewilligung ausweisende Urkunde des Notars vom 16.8.2000 leidet an einem formalen Mangel. Willenserklärungen, aus welchen die Auflassung besteht, sind nämlich nach § 8 BeurkG durch Niederschrift über eine Verhandlung mit dem Inhalt der §§ 9 ff. BeurkG aufzunehmen; die Niederschrift ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG von den Beteiligten zu unterschreiben. Mit der abschließenden Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar ist der Beurkundungsvorgang endgültig beendet (*Huhn/von Schuckmann* BeurkG 3. Aufl. § 13 Rdnr. 26, 29; *Lischka* NotBZ 1999, 8/9) und die Verhandlung (§ 8 BeurkG) abgeschlossen. Die fehlende Unterschrift der Beteiligten zu 2 bedingt zwar nicht die Unwirksamkeit der Auflassung, weil diese materiell der Beurkundung nicht bedarf (BGHZ 22, 312/313; RGZ 99, 65/67), wohl aber die Unwirksamkeit der Beurkundung (BayObLG MittBayNot 1994, 39 = Rpfleger 1994, 162; LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; *Lischka* a.a.O.). Der in dem Schriftstück vom 16.8.2000 festgehaltene Vorgang ist keine die erforderlichen Erklärungen des § 20 GBO enthaltende öffentliche Urkunde im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Eine nachträgliche Genehmigung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil solche Erklärungen das ohnehin wirksame materielle Rechtsgeschäft betreffen, jedoch nicht den urkundlichen Nachweis im Sinne von §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbringen.

b) Verstößt die Niederschrift gegen zwingende Bestimmungen des Beurkundungsrechts, zu denen § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zählt (DNotI-Report 1998, 33; *Huhn/von Schuckmann* § 13 Rdnr. 2), ist diese nach herrschender Meinung nicht geeignet, die Auflassung formgerecht im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (*Huhn* Rpfleger 1977, 199/201; *Lischka* NotBZ 1999, 8/9; *Knothe in Bauer/von Oefele* § 29 Rdnr. 15 bei Fn. 37; *Meikel/Brambring* GBO 8. Aufl. 29 Rdnr. 178; *KEHE/Munzig* GBO 5. Aufl. § 20 Rdnr. 114; *Hesse/Saage/Fischer* GBO 4. Aufl. § 20 Anm. 2c; *Demharter* § 20 Rdnr. 27; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 3324; *Ertl* MittBayNot 1992, 102/106; *Staudinger/Pfeifer* BGB 13. Bearb. § 925 Rdnr. 76; *Erman/Hagen/Lorenz* BGB 10. Aufl. § 925 Rdnr. 25; *Huhn/von Schuckmann* § 8 Rdnr. 2; wohl auch OLG Düsseldorf FGPrax 1997, 194 f.; unentschieden MünchKomm/Kanzleiter 3. Aufl. § 925 Rdnr. 15 bei Fn. 52; unklar *Palandt/Bassenge* BGB 60. Aufl. § 925 Rdnr. 29; offengelassen BayObLG MittBayNot 1994, 39).

In Konsequenz dieser Auffassung kann eine „Heilung“ nur in Form einer erneuten, diesmal formgerechten Beurkundung vorgenommen werden (*Meikel/Brambring, Knothe in Bauer/von Oefele, Ertl*, je a.a.O.).

Folgerichtig hat nach dieser Ansicht auch eine nachträgliche Berichtigung der ursprünglichen Urkunde nach § 44a Abs. 2 BeurkG auszuscheiden. Denn die fehlende, jedoch notwen-

dige Unterschrift eines Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hindert zwar nicht das wirksame Zustandekommen der materiellen Auflassung, jedoch fehlt es an einer wirksamen Niederschrift nach § 8 BeurkG. Ob im Bereich außerhalb der beurkundungsrechtlichen Sollbestimmungen eine Berichtigung überhaupt zugänglich ist (siehe *Keidel/Winkler* BeurkG 14. Aufl. § 44 Rdnr. 23/24), mag zweifelhaft sein. Jedenfalls ist das Berichtigungsverfahren nicht dazu geschaffen, wesentliche Formerfordernisse, die bei der Verhandlung selbst unterlassen wurden, nunmehr nachzuholen. Das gilt um so mehr, als bei der Verletzung zwingender Vorschriften des § 13 Abs. 1 BeurkG und dadurch ausgelöster Formnichtigkeit auch eine Heilung nicht durch befreiende oder zustimmende Erklärungen der Beteiligten bewirkt werden kann (*Huhn/von Schuckmann* § 13 Rdnr. 2 und § 30 DONot Rdnr. 10).

c) Nach einer Mindermeinung kann der Nachweis der Einigung in der Form des § 29 GBO auch durch eine notarielle Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG geführt werden, wenn in dieser bestätigt wird, dass die Beteiligten die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt haben und der Aussteller der Bescheinigung die Auflassungserklärungen entgegengenommen hat (OLG Celle MDR 1948, 258 – Leitsatz –; RGRK-*Augustin* 12. Aufl. §§ 925, 925a Rdnr. 72; *Fuchs-Wissemann* Rpfleger 1977, 9; *ders.* Rpfleger 1978, 431; ihm folgend LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; ohne nähere Begründung ebenso *Thieme* GBO 4. Aufl. § 20 Anm. 2 a. E.). Weil auf diese Weise letztlich nur eine in der Form der Niederschriftsbeurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG vorgesehene, aber an zwingenden Erfordernissen des § 13 Abs. 1 BeurkG gescheiterte Niederschrift „geheilt“ werden soll, ist nach dieser Ansicht jedenfalls auch die Vorlage der fehlerhaften Urkunde über die Auflassungsverhandlung erforderlich (*Fuchs-Wissemann* Rpfleger 1978, 431/433; zweifelnd *KEHE/Herrmann* § 29 Rdnr. 75).

d) Der herrschenden Meinung ist zu folgen.

aa) Das materielle Geschäft der Auflassung bedarf nach § 925 Abs. 1 BGB nach heute kaum mehr bestrittener Ansicht nicht der notariellen Beurkundungsform (BGHZ 22, 312/315; RGZ 99, 65/67; BayObLG MittBayNot 1994, 39; *Palandt/Bassenge* § 925 Rdnr. 3; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 15; *Staudinger/Pfeifer* § 925 Rdnr. 76). Die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts erlaubt jedoch nicht zwingend den Schluss, dass das formale Recht keine anderen und strengeren Voraussetzungen zur Rechtsverwirklichung etwa aus generalpräventiven Gründen aufstellen dürfe (*Huhn* Rpfleger 1977, 200). So stützen sich für die Auslegung des materiellen Rechts die beiden grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts einerseits (RGZ 99, 65/69), des Bundesgerichtshofs andererseits (BGHZ 22, 312/316) auch ausdrücklich auf die Formbedürftigkeit nach § 29 GBO und halten die Gefahr, das Grundbuch würde durch eine fehlerhaft beurkundete Auflassung falsch, für bedeutsamer als das Risiko, welches mit einer Eigentumseintragung unter Verstoß gegen § 29 GBO verbunden ist. Dies erlaubt aber nicht den Umkehrschluss, § 29 GBO brauche nicht beachtet zu werden, falls die Wirksamkeit der Auflassung anderweitig bewiesen erscheine. Auch der Senat hält es für unbedenklich, die Eintragung der Grundstücksauflassung im Grundbuch (§ 20 GBO) an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts. Die Regelung des § 29 GBO will den Gefahren begegnen, die aus einer unrichtigen Eintragung im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erwachsen (BayObLGZ 1988, 148/150 f.; BayObLG Rpfleger 1984, 463 f.; *Demharter* § 29 Rdnr. 2). Dem Grundbuchamt sind eigene Ermittlungen verwehrt; weil Grundbucheintragungen auf einer

möglichst sicheren Grundlage stehen sollen, schreibt § 29 GBO den Nachweis in besonderer Form vor. Auch in anderen Fällen, etwa dem der Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB), sind die Anforderungen des materiellen Rechts geringer als die des formellen Rechts (vgl. *Palandt/Heinrichs* § 167 Rdnr. 2). Mit Rücksicht auf den Zweck des Grundbuchs, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Grundstücksrechten zuverlässig Auskunft zu geben, ist dies hinzunehmen, auch wenn im Einzelfall die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, erschwert, unzumutbar oder gar unmöglich sein sollte (BayObLG Rpfleger 1984, 464) und die Beteiligten deshalb zur Durchsetzung ihres materiellen Rechts im äußersten Falle auf ein Streitverfahren angewiesen sind.

bb) Das Beurkundungsrecht schreibt für die Auflassung die Beurkundung nach den Regeln der §§ 8 ff. BeurkG vor. Der Notar darf sich also nicht von vornherein darauf beschränken, eine Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG zu errichten. Dies erkennt auch die Mindermeinung an (*Fuchs-Wissemann* Rpfleger 1977, 11/12). Sie erblickt jedoch wegen der Schwierigkeiten, die mit einer klageweisen Durchsetzung des materiellen Rechts verbunden sind, in der ergänzenden Vorlage einer Notarniederschrift nach §§ 36 f. BeurkG einen der besonderen Lage angepassten, sachgemäßen und ausreichenden Nachweis der Einigung im Falle der Auflassung. Damit würden jedoch die für die Aufnahme von Willenserklärungen zwingenden Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG umgangen (KG, *Knothe, Lischka*, jeweils a.a.O.; *Huhn/von Schuckmann* § 8 Rdnr. 2). Dafür fehlt eine tragfähige Begründung. So hilft es auch nicht, dass der Notar die unvollständige Niederschrift über die Auflassungsverhandlung mit vorlegt. Der unwirksame und als solcher schon abgeschlossene Beurkundungsvorgang (*Huhn/von Schuckmann* § 13 Rdnr. 1; *Meikel/Brambring* § 29 Rdnr. 138; wohl auch *Keidel/Winkler* § 13 Rdnr. 50) erlangt durch die Eigenerklärung des Notars keine Gültigkeit. Das Grundbuchamt könnte die Eintragung nicht auf eine öffentliche Urkunde stützen, die die zur Eintragung des Rechtswechsels erforderlichen Erklärungen nach § 20 GBO nachweist, sondern nur auf eine solche Urkunde, die eine notarielle Tatsachenwahrnehmung beinhaltet. Dies widerspricht nicht nur dem Verhältnis der §§ 8 ff. BeurkG zu §§ 36 f. BeurkG, sondern auch § 29 GBO. Der Begriff der öffentlichen Urkunde kann nämlich hier nicht anders ausgelegt werden als in § 415 ZPO, der seinerseits die Einhaltung der im Urkundengesetz vorgeschriebenen Form voraussetzt (*Baumbach/Hartmann* ZPO 59. Aufl. § 415 Rdnr. 7; *Zöller/Geimer* ZPO 22. Aufl. § 415 Rdnr. 2; *Thomas/Putzo* ZPO 22. Aufl. § 415 Rdnr. 3).

cc) Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum (OLG Düsseldorf DNotZ 2000, 299/301; FGPrax 1997, 194 f.; *Keidel/Winkler* a.a.O.) eine Heilung zwar nicht durch Tatsachenbescheinigung nach §§ 36, 37 BeurkG, wohl aber durch ergänzende Nachtragsbeurkundung ohne Anwesenheit der übrigen Beteiligten erwogen wird, ist dies für den Fall der Auflassungsbeurkundung nach § 925 BGB ausgeschlossen. Denn das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien verlangt eine einheitliche Verhandlung nach § 8 BeurkG (*Keidel/Winkler* § 8 Rdnr. 7; DNotI-Report 1998, 34).

d) Soweit die Entscheidung des OLG Celle (MDR 1948, 258 Nr. 107 – Leitsatz –) auf eine abweichende Ansicht hindeutet, beruht jener Beschluss nach den von *Huhn* (Rpfleger 1977, 199 bei Fn. 9) mitgeteilten Gründen nicht auf einer anderen Beurteilung der gleichen Rechtsfrage, so dass eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO entfällt (BayObLGZ 1988, 24/32; 248/257 f.; *Demharter* § 79 Rdnr. 11; *Keidel/Kahl* FFG 14. Aufl. § 28 Rdnr. 18).

4. GBO § 20, BGB § 925 (Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Auflassungserklärung II)

Die Auflassung ist die beidseitige Erklärung des Veräußerers und Erwerbers, mit dem Eigentumsübergang einverstanden zu sein. Eine lediglich einseitige Veräußerungserklärung des Eigentümers reicht nicht zum Nachweis der Auflassung, auch wenn die notarielle Urkunde vom Erwerber mit unterzeichnet ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 30.11.2000 – ZZ BR 120/00 –

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 2 ist im Grundbuch bei mehreren Grundstücken als Miteigentümer zur Hälfte eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 2.12.1999 veräußerte der Beteiligte zu 2 seinen Miteigentumsanteil an den Grundstücken an die Beteiligten zu 1, 3 und 4. In der Urkunde heißt es sodann:

... Beteiligter zu 2) erklärt hiermit die Auflassung des ihm zustehenden $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteils an dem Grundbesitz an ... (Beteiligte zu 1, 3 und 4). Eine Eintragungsbewilligung wird ausdrücklich nicht erklärt.

Dem beurkundenden Notar wird insoweit hiermit unwiderrufliche Vollmacht erteilt, Bewilligung und Antrag für die Beteiligten zu erklären, wenn

- sowohl die Eintragung der in ... der heutigen Urkunde vorgesehenen Grundschuld an vertragsgerechter Rangstelle sichergestellt ist,
- als auch die Zahlung des Betrages von DM 3.000.000 ... an ... (= Beteiligter zu 2) gem. ... der heutigen Urkunde auf das in bezeichnete Notaranderkonto erfolgt ist.

Durch Eigenurkunde vom 29.5.2000 bewilligte der Notar aufgrund der ihm erteilten Vollmacht die Eintragung der Auflassung und stellte durch weitere Eigenurkunde vom 2.8.2000 fest, dass die Beteiligten zu 1, 3 und 4 die Auflassungserklärung anlässlich der Beurkundung des Vertrags vom 2.12.1999 entgegengenommen hätten.

Den Antrag auf Vollzug der notariellen Urkunde vom 2.12.1999 hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung vom 21.7.2000 beanstandet. Nr. 1 der Zwischenverfügung lautet:

Bei der Auflassung ... ist die Erklärung über die Einigung gem. § 20 GBO nicht enthalten.

Die Beschwerde gegen Nr. 1 der Zwischenverfügung hat das Landgericht durch Beschluss vom 10.10.2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Diese hatte aus formellen Gründen Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. a) In Nr. 1 der Zwischenverfügung beanstandet das Grundbuchamt den fehlenden Nachweis der Einigung gemäß § 20 GBO; darin wird von ihm ein Hindernis gesehen, das der beantragten Eintragung der Auflassung entgegensteht. Das Grundbuchamt hat nicht ausdrücklich angegeben, wie dieses Eintragungshindernis behoben werden kann. Die Angabe der zur Beseitigung des angegebenen Eintragungshindernisses geeigneten Mittel gehört aber zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer wirksamen Zwischenverfügung (*Demharter* GBO 23. Aufl. § 18 Rdnr. 31, *Wilke* in *Bauer/v. Oefele* GBO § 18 Rdnr. 38, jeweils m.w.N.).

b) Die Auslegung der Zwischenverfügung ergibt jedoch, dass das Grundbuchamt den Nachweis einer ordnungsgemäß erklärten Einigung verlangt. Dies kann aber nicht Inhalt einer

Zwischenverfügung sein. Durch eine solche kann nämlich nicht aufgegeben werden, erst die rechtliche Grundlage für die begehrte Eintragung zu schaffen, weil diese sonst einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte, den die Zwischenverfügung sichert. Daher kann grundsätzlich durch Zwischenverfügung nicht aufgegeben werden, eine noch nicht oder nicht hinreichend bestimmt erklärte Auflassung erst zu erklären (BayObLG NJW-RR 1991, 465; OLG Hamm MittRhNotK 1996, 225; *Demharter* § 18 Rdnr. 32). Die Nr. 1 der Zwischenverfügung des Grundbuchamts und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts können daher keinen Bestand haben.

III.

Für das weitere Verfahren zur Entscheidung über den Eintragungsantrag wird bemerkt:

1. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf das Grundbuchamt die Eintragung nur vornehmen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Die Bestimmung enthält damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der einseitigen Bewilligung des § 19 GBO. Dem Grundbuchamt ist die Einigung in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO so nachzuweisen, wie sie sachlich-rechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (*Demharter* § 20 Rdnr. 38). Der Nachweis hat sich also darauf zu erstrecken, dass die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt wurden (§ 925 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zur Entgegennahme ist grundsätzlich jeder Notar zuständig (§ 925 Abs. 1 Satz 2 BGB). Erforderlich sind nach § 925 BGB zwei sich deckende, auf den Übergang des Eigentums an dem Grundstück gerichtete Willenserklärungen von Veräußerer und Erwerber. Grundsätzlich ist die Erklärung mündlich abzugeben. Jedenfalls muss zweifelsfrei feststehen, dass die Einigung sowohl des Veräußerers als auch die des Erwerbers bestimmt und eindeutig erklärt sind (vgl. *Palandt/Bassenge* BGB 59. Aufl. § 925 Rdnr. 3; *Demharter* § 20 Rdnr. 14). Dies verlangt der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. *Demharter* Anh. zu § 13 Rdnr. 5). Eine Auslegung vorhandener Erklärungen wird dadurch nicht ausgeschlossen. Auf eine Auslegung kann aber nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (*Demharter* § 19 Rdnr. 28).

2. Zutreffend haben Landgericht und Grundbuchamt den Nachweis einer Einigung in diesem Sinn verneint. Es liegt lediglich eine auf die Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung des Beteiligten zu 2 als Veräußerer vor. Dagegen fehlt die entsprechende Willenserklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 als Erwerber. Allein der Umstand, dass diese bei Abgabe der Willenserklärung des Beteiligten zu 2 anwesend waren und die diese Willenserklärung enthaltende notarielle Urkunde unterschrieben haben, ist kein Ersatz für ihre fehlende Willenserklärung (BayObLGZ 12, 833/837; *Demharter* § 20 Rdnr. 14; a.M. MünchKomm/Kanzleiter BGB 3. Aufl. § 925 Rdnr. 18 für die materiellrechtliche Wirksamkeit der Auflassung und mit einer Einschränkung für das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren). Auf eine Auslegung kann nicht zurückgegriffen werden, weil es an einer eindeutigen Erklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 im Zusammenhang mit der Auflassung fehlt, die als eine auf die Rechtsänderung gerichtete Erklärung gedeutet werden könnte. Das bloße Zurekennnehmen der Einigungserklärung des Beteiligten zu 2, ohne dieser zu widersprechen, bringt nicht unmissverständlich

lich eine inhaltsgleiche Willenserklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 zum Ausdruck.

Zu Recht weist das Landgericht darauf hin, dass auch eine Bewilligung der Rechtsänderung und ein auf ihre Eintragung im Grundbuch gerichteter Antrag, die möglicherweise als Einigungserklärungen ausgelegt werden könnten, in der Urkunde nicht enthalten sind. Auch wenn unterstellt wird, aus der Bevollmächtigung des Notars zur Abgabe der Eintragungsbewilligung und Stellung des Eintragungsantrags könne abgeleitet werden, dass die Erwerber eine solche Einigungserklärung gewollt hätten, ersetzt dieser Wille allein nicht die fehlende Erklärung (BayObLGZ 12, 833/836). Ob die Bevollmächtigung des Notars als solche zur Abgabe der Auflassungserklärungen ausgelegt werden könnte, braucht nicht entschieden zu werden, weil solche Erklärungen nicht abgegeben wurden.

3. Zu Recht hat das Landgericht schließlich ausgeführt, dass für eine Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG bei dieser Sachlage kein Raum ist. Die erforderliche, aber fehlende Einigungserklärung der Erwerber kann nicht als offensichtliche Unrichtigkeit durch einen Nachtragsvermerk des Notars nachgeholt und ersetzt werden (vgl. *Keidel/Winkler* BeurkG 14. Aufl. § 44a Rdnr. 18). In Betracht kommen könnte ein Nachtragsvermerk des Notars allenfalls dann, wenn die deckungsgleiche Willenserklärung der Erwerber vom Notar anlässlich der Beurkundung zwar vorgelesen, dies aber versehentlich nicht in der Urkunde festgehalten worden sein sollte. Dieser Fall ist hier aber nicht gegeben. Abgesehen davon genügt der Nachtragsvermerk des Notars vom 2.8.2000 schon deshalb nicht, weil er lediglich feststellt, dass die Beteiligten zu 1, 3 und 4 die Auflassungserklärung des Beteiligten zu 2 entgegenkommen haben. Erforderlich ist aber darüber hinaus eine eigene inhaltsgleiche, auf den Rechtsübergang abzielende Willenserklärung.

Anmerkung:

Kritik an dieser Entscheidung könnte kleinlich erscheinen, einerseits allgemein angesichts der besonderen Rolle der Rechtsprechung des BayObLG zum Immobilienrecht, andererseits konkret angesichts der geringen Bedeutung des Falles: Die Beteiligten mögen eben die Auflassung wiederholen und dabei sorgfältiger formulieren, ein Rangverlust wird ja hoffentlich nicht eingetreten sein. Die folgenden Anmerkungen sollen deshalb weniger als Kritik an der konkreten Entscheidung, mehr als Warnung vor einem schädlichen Hang zum Formalismus verstanden werden, der auch durch die Grundsätze des Sachenrechts nicht gerechtfertigt wird.

1. Ein solcher Hang zum Formalismus liegt der Feststellung zu Grunde, die Erwerber hätten nicht die von ihrer Seite erforderliche Auflassungserklärung abgegeben (und eine solche Erklärung sei auch nicht durch Auslegung zu ermitteln). Alle abstrakten Ausführungen des BayObLG zur Auslegung von Erklärungen, die für das Grundbuchamt bestimmt sind, sind richtig, ihre Anwendung auf dem konkreten Fall ist es nicht. Der Notar formulierte (auf den wesentlichen Kern reduziert): „Der Veräußerer erklärt hiermit die Auflassung des Eigentums am Grundstück an den Erwerber.“ Wenn der Erwerber diese Urkunde unterzeichnet, erklärt er nach Auffassung des BayObLG: nichts! Wäre formuliert worden: „Der Veräußerer lässt das Eigentum an dem Grundbesitz an den Erwerber auf“, wäre die Auflassung von beiden Seiten wohl erklärt. Oder

zweifeln wir Formulierungspfeifen, bei denen Schenkungen immer „vom Beschenkten“ und Verzichte vom „Verzichtsempfänger“ „angenommen werden“, auch daran?¹ Semantische Überlegungen führen nicht weiter, weil es auf den (rechtlichen) Sinn ankommt. Und dem Sinne nach schließt die Formulierung einer rechtlichen Maßnahme von der Person aus, die aktiv tätig wird, gegenüber einer anderen Person, der gegenüber die Maßnahme erfolgt, deren Entgegennahme durch diese andere Person ein, und zwar nicht nur die bloße Entgegennahme der Erklärung, sondern auch die Entgegennahme der rechtlichen Maßnahme: „A verkauft an B“ ist ein wirksamer Kaufvertrag (ohne dass zusätzlich formuliert werden müsste „und B kauft von A“), „A schenkt B“ ein wirksamer Schenkungsvertrag, „A verzichtet gegenüber B“ ein wirksamer Verzichtvertrag, „A lässt an B auf“ eine wirksame Auflassung. Der Zusatz im konkreten Fall, dass „der Veräußerer die Auflassung erklärt“ sollte doch wohl nur das gegenüber dem Substantiv „Auflassung“ ungebrauchlichere Verb „auflassen“ vermeiden und klarstellen, von wem die wichtigere Erklärung abgegeben wird, und das ist bei der Auflassung in aller Regel der Veräußerer. Wie ist das folgende, sprachlich parallele Beispiel zu beurteilen?: „Die Tochter verzichtet gegenüber ihrer Mutter auf den Pflichtteil“ ist – von beiden unterschrieben – ein wirksamer Pflichtteilsverzicht, „die Tochter erklärt gegenüber ihrer Mutter den Verzicht auf ihren Pflichtteil“ ist – wiederum von beiden unterschrieben –: nach Auffassung des BayObLG nichts? Das erscheint mir als Haarspalterei (und der letzte Satz der Entscheidung zur „Auslegung“ des Nachtragsvermerks treibt die Spitzfindigkeit meines Erachtens auf die Spitze).

Worauf es bei der Auflassung ankommt, ist, dass der Erwerber eindeutig zum Ausdruck bringt, das Eigentum erwerben zu wollen. Daran scheint mir im konkreten Fall nicht zu zweifeln. Wer diese Zweifel noch hat, liest in der Urkunde weiter, dass dem Notar Vollmacht erteilt worden war, „für die Beteiligten – also auch für die Erwerber – „Bewilligung und Antrag zu erklären“: Was sollte die Erwerber veranlassen, eine solche Vollmacht zu erteilen, wenn noch die geringsten Zweifel bestanden, ob sie überhaupt Eigentümer werden wollten? Ich befürchte, dass Entscheidungen wie die kritisierte die Formulierungspraxis begünstigen, aus Sorge, nicht das Richtige zu treffen, alles doppelt zu sagen und statt sich mit dem voll ausreichenden „Der Verehrer schenkt seiner Freundin einen Ring“ zu begnügen, das unvermeidliche „Die Beschenkte nimmt die Schenkung an“ folgen zu lassen.

2. Das BayObLG sieht selbst, dass die Vollmacht zu Bewilligung und Antrag den Schluss auf den Willen der Erwerber zulässt, das Eigentum zu erwerben, aber „dieser Wille“ ersetze „allein nicht die fehlende Erklärung“. Nimmt man diesen Satz wörtlich, scheinen die Erwerber es fertiggebracht zu haben, dass sie etwas erklärt haben, was ihren Willen erken-

¹ Wir befänden uns damit allerdings im Einklang mit dem Beschluss des BayObLG vom 15.12.1911 – BayObLGZ 12, 833 = OLGE 26, 33, in dem die Formulierung „Das bezeichnete Anwesen ... über-eigenen A, B, und ... an ihren Sohn bzw. Bruder C ...“ von allen unterschrieben, nicht als wirksame Auflassung angesehen wurde; ähnlich BayObLGZ 22, 272: nicht ausreichend „Vater J. überträgt hiemit seinen Kindern die nachbeschriebenen Grundstücke ... in Eigentum, und zwar an: ...“ Dieser Standpunkt ist aber überholt, auch wenn BayObLGZ 12, 833 in der Entscheidung des BayObLG zustimmend zitiert wird; vgl. nur *Staudinger/Pfeifer*, BGB, 1995, § 925 Rdnr. 34 ff. im Unterschied zu *Staudinger/Seufert*, BGB, 11. Aufl., 1956, § 925 Rdnr. 49 ff.

nen ließ, ohne es zu erklären. Da § 925 BGB ein besonderes Erklärungsmittel nicht vorschreibt, ist erforderlich und ausreichend, dass der Erwerber in irgendeiner Weise vor dem Notar zum Ausdruck bringt, dass er sich mit dem Veräußerer über den Übergang des Eigentums einig ist, dass er Eigentümer werden möchte. Wenn das BayObLG also einerseits feststellt, dass die Erwerber vor dem Notar anwesend waren und dort „etwas“ zum Ausdruck gebracht haben, und andererseits feststellt, dass dieses „etwas“ den Schluss zulässt, sie hätten den Willen gehabt, das Eigentum zu erwerben, dann fehlt nichts an ihrer Erklärung, sich mit dem Veräußerer über den Übergang des Eigentums einig zu sein.

Soweit – wie im konkreten Fall – die Auslegung aufgrund der Urkunde selbst erfolgt und zu einem eindeutigen Ergebnis führt, entspricht die so festgestellte Auffassung auch den grundbuchrechtlichen Erfordernissen der §§ 20, 29 GBO. Die zitierte Meinungsäußerung von mir im MünchKomm zum BGB, § 925 Rdnr. 18, es sei möglich, dass eine durch Auslegung ermittelte wirksame Auffassung nicht den grundbuchverfahrensrechtlichen Voraussetzungen entspricht, bezieht sich nur auf Fälle, in denen die Auslegung allein aufgrund der Urkunde nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

3. Während man über die Möglichkeit, eine Willenserklärung festzustellen und auszulegen, unterschiedlicher Meinung sein kann, sind die wenigen Sätze zur Möglichkeit einer nachträglichen Berichtigung kaum vertretbar. Der Satz „In Betracht kommen könnte ein Nachtragsvermerk des Notars allenfalls dann, wenn die deckungsgleiche Einigungserklärung der Erwerber vom Notar anlässlich der Beurkundung zwar vorgelesen, dies aber versehentlich nicht in der Urkunde festgehalten worden sein sollte“, verfehlt das Wesen der Beurkundung und muss deshalb auch die Frage der Zulässigkeit einer Berichtigung verfehlen. Dieser Satz wäre nur richtig, wenn die Einigungserklärung des Erwerbers darin läge, dass der Notar diese Erklärung vorlesen (und der Erwerber sie genehmigen und unterschreiben) würde. Das gilt schon nicht bei der beurkundungsbedürftigen Willenserklärung, bei der Willenserklärung die Erklärung ist, die der Beteiligte vor dem Notar abgibt, die Urkunde der Bericht über diese Erklärung², der – zum Glück nur ganz ausnahmsweise – auch falsch sein kann (auch wenn sich die Beteiligten selbstverständlich des Beurkundungsverfahrens – Vorlesen durch den Notar, Genehmigen und Unterschreiben – zur Abgabe ihrer Willenserklärungen bedienen können und regelmäßig bedienen). Es gilt erst recht nicht bei der Auflassung, bei der § 925 BGB die Erklärung vor dem Notar vorschreibt, die Beurkundung nur eine Folge der §§ 8 ff. BeurkG, für den Nachweis der Auflassung nach §§ 20, 29 GBO erforderlich, für die materielle Wirksamkeit der Auflassung aber bedeutungslos ist. Unter den Voraussetzungen des § 44 a BeurkG, die ich an dieser Stelle nicht erörtern möchte³, wäre deshalb eine Berichtigung zulässig, wenn die Erwerber vor dem Notar – wie auch immer – erklärt hätten, dass sie sich mit dem Veräußerer über den Übergang des Eigentums einig seien, und der Notar diese Erklärung versehentlich nicht beurkundet hätte.

Notar Prof. Dr. Kanzleiter, Neu-Ulm

² Reithmann, DNotZ 1999, 27/31 f.; ders. in Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Rdnr. 279; Kanzleiter, DNotZ 1990, 478/483 ff.; 1999, 292, 305.

³ Kanzleiter, DNotZ 1990, 478/487 ff.; 1999, 292, 305.

5. BGB § 158 Abs. 1, §§ 1113, 1115 (*Bestimmtheit des Zinsbeginns bei Hypothek*)

Wird eine Buchhypothek für eine Darlehensforderung bestellt, deren Verzinsung vom Zugang der Kündigung abhängig gemacht ist, kann der frühestmögliche Zeitpunkt der Kündigung als Anfangszeitpunkt für die Verzinsung im Grundbuch eingetragen werden.

BayObLG, Beschluss vom 14.12.2000 – 2Z BR 19/00 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1 kaufte am 1.7.1999 ein Wohnungseigentum und einen schlichten Miteigentumsanteil an einem weiteren Grundstück; sie wurde zwischenzeitlich als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

An dem Grundbesitz bestellte die Beteiligte zu 1 zugunsten des Beteiligten zu 2, der ihr zur Finanzierung des Kaufpreises ein Darlehen von 50.000 DM gewährte, zu notarieller Urkunde vom 1.7.1999 eine Hypothek. Gemäß § 2 der Urkunde vereinbarten die Beteiligten für dieses Darlehen, dass es grundsätzlich unverzinslich sowie zu Lebzeiten des Darlehensgebers und seiner Ehefrau gläubigerseits grundsätzlich nicht kündbar sei. Das Darlehen könne jedoch gläubigerseits gekündigt werden, wenn das Pfandobjekt ohne Zustimmung des Darlehensgebers ganz oder teilweise veräußert werden sollte, wenn die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Pfandobjekts angeordnet werden sollte oder wenn über das Vermögen der Eigentümerin die Eröffnung des Insolvenz- oder des Vergleichsverfahrens angeordnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt werden sollte. Im Fall der Kündigung sei das Darlehen in seiner jeweiligen Höhe ab Zugang der Kündigung bis zur Rückzahlung mit 5 % im Jahr zu verzinsen.

Gemäß § 3 der Urkunde bestellte die Beteiligte zu 1 zur Sicherung der vorbezeichneten Forderung zugunsten des Beteiligten zu 2 an dem Grundbesitz eine Buchhypothek mit der Maßgabe, dass für die Hypothek als Beginn der Verzinsung der 1.7.1999 gelten solle. Sie bewilligte und beantragte die Eintragung dieser Hypothek im Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 3.12.1999 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Hypothek sei streng akzessorisch und daher abhängig von der zugrunde liegenden Forderung, die sich aus dem Darlehensvertrag ergebe; bezüglich des Zinsbeginns liege aber eine Divergenz zwischen dem Darlehensvertrag und der Eintragungsbewilligung vor. Die Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht am 18.1.2000 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde mit Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...) Der Eintragung der Hypothek mit dem von der Beteiligten zu 1 bewilligten Inhalt steht kein Hindernis entgegen.

a) Der Inhalt eines dinglichen Rechts muss bestimmt oder eindeutig bestimmbar sein. Bei einer Hypothek zur Sicherung einer verzinslichen Forderung gehört zum Inhalt des einzutragenden dinglichen Rechts außer dem Zinssatz auch der Zeitpunkt des Beginns der Verzinsung. Dieser kann grundsätzlich auch vor der Eintragung der Hypothek im Grundbuch liegen (BGHZ 129, 1/4; BayObLGZ 1995, 271/273). Gemäß § 1113 Abs. 2 BGB kann eine Hypothek auch für eine bedingte Forderung bestellt werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es für die Bestimmbarkeit des Umfangs einer Grundstücksbelastung ausreichend, dass die höchstmögliche Belastung aus dem Eintragungsvermerk selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung für jeden Dritten ohne weiteres erkennbar ist. Dann genügt es, dass der Umfang der tatsächlichen Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund jederzeit fest-

stellbarer objektiver Umstände bestimmbar ist (BGHZ 35, 22/26 und 130, 342/345 f.; BayObLGZ 1999, 198/200 und 2000, 60/63).

b) Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall der Zinsbeginn ausreichend bestimmbar. Nach den Vereinbarungen der Beteiligten ist das Darlehen in seiner jeweiligen Höhe ab Zugang der Kündigung zu verzinsen. Damit ist die Verzinsung von einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) abhängig gemacht, nämlich der Kündigung seitens des Darlehensgebers, die an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Die Regelungen des Darlehensvertrags schließen eine Kündigung des Darlehens zum 1.7.1999 nicht aus, daher kommt dieser Zeitpunkt als frühestmöglicher Beginn der Verzinsung in Betracht. Damit ist der höchstmögliche dinglich gesicherte Zinsbetrag festgelegt, ob und ab wann Zinsen tatsächlich geschuldet sind, ist anhand der in der notariellen Urkunde niedergelegten Vereinbarungen objektiv feststellbar (vgl. BayObLGZ 1999, 198/200 und 2000, 60/63).

c) Die Bedenken der Vorinstanzen gegen die Sicherung des aufschiebend bedingten Zinsanspruchs durch eine unbedingte Hypothek vermag der Senat nicht zu teilen. Denn für aufschiebend bedingte Nebenleistungen entsteht kein Eigentümergrundpfandrecht; wenn feststeht, dass sie nicht mehr zu erbringen sind, weil die aufschiebende Bedingung nicht mehr eintreten kann, erlischt die Hypothek entsprechend § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB (RGZ 136, 74/78 f.; *Staudinger/Wolfsteiner* BGB 13. Aufl. Rdnr. 8, MünchKomm/Eickmann BGB 3. Aufl. Rdnr. 4, jeweils zu § 1178).

6. BGB 873, 877; WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 und 2 (*Umwandlung von Wohnungseigentum*)

Die Umwandlung eines Teileigentums in ein Wohnungseigentum oder umgekehrt bedarf der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer und der Eintragung in das Grundbuch; die Mitwirkung von Sondernachfolgern ist nur dann entbehrlich, wenn sie in der in das Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung ausgeschlossen ist.

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 89/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 2 ist als Eigentümerin eines Miteigentumsanteils, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, im Grundbuch eingetragen.

Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums und der Sondernutzungsrechte ergeben sich aus der Gemeinschaftsordnung (GO), die bei der Begründung von Wohnungs- bzw. Teileigentum am 14.12.1995 von der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 1 als Bauträgerin und ehemaliger Eigentümerin verfasst und die am 24.4.1996 in das Grundbuch eingetragen wurde. Diese enthält in § 1 Nr. 4 folgende Bestimmung:

Der Bauträger ist berechtigt, gebildete Eigentumswohnungen in gewerbliche Einheiten (Teileigentum) umzuwandeln und umgekehrt. Diese Nutzungsänderung kann jedoch nur bis zur Erstveräußerung der entsprechenden Einheit vom Bauträger vorgenommen werden. Der Bauträger wird in den Kaufverträgen bezüglich der Eigentumswohnungen bzw. Teileigentumseinheiten bevollmächtigt werden, durch Änderung der Teilungserklärung Wohnungseigentumseinheiten in Teileigentumseinheiten umzuwandeln und ggf. auch mehrere Einheiten zu einer Einheit zusammenzufassen.

Die in der Folgezeit dem Grundbuchamt vorgelegten Kaufvertragsurkunden über Miteigentumsanteile enthalten folgende gleich lautende Klauseln:

XIII. Vollmachten

Der Käufer bevollmächtigt hiermit über seinen Tod hinaus den Verkäufer

...

- e) zur Änderung der Teilungserklärung dahingehend, dass der Verkäufer berechtigt ist, im Rahmen der Bestimmungen nach § 1 Abs. 3 (richtig: Abs. 4) der der Teilungserklärung beigefügten Gemeinschaftsordnung Wohnungseigentumseinheiten in Teileigentumseinheiten umzuwandeln und gegebenenfalls auch mehrere Einheiten zu einer Einheit zusammenzufassen;

...

XVIII. Gemeinschaftsordnung und Verwaltung

Der Käufer hat von der für die Wohnanlage bestehenden Gemeinschaftsordnung Kenntnis und tritt in alle sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten ein.

...

Zu notarieller Urkunde vom 16.9.1999 beantragte und bewilligte die Beteiligte zu 1 im eigenen Namen und zugleich für alle bisherigen Käufer von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten, die Umwandlung einer bis dahin nicht veräußerten Teileigentumseinheit (Büroeinheit) in die nunmehr gebildete Wohnungseinheit (Eigentumswohnung) im Grundbuch einzutragen.

Dem entsprach das Grundbuchamt am 20.9.1999.

Mit Schreiben vom 17.1.2000 beantragte die Beteiligte zu 2, hiergegen einen Amtswiderspruch im Grundbuch einzutragen. Dem hat das Grundbuchamt am 21.1.2000 nicht stattgegeben, ein weiteres Schreiben der Beteiligten zu 2 vom 26.1.2000 als Beschwerde erachtet, nicht abgeholfen und diese dem Landgericht vorgelegt, welches mit Beschluss vom 13.4.2000 das Rechtsmittel zurückgewiesen hat. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer im Sinne von §§ 873, 877 BGB dar. Sie erfordert materiell deren Zustimmung und grundbuchrechtlich deren Bewilligung sowie die Eintragung im Grundbuch (ständige Rechtsprechung; BayObLGZ 1974, 217/219; 1989, 28/30; 1997, 233/236; BayObLG WuM 1998, 112; ebenso OLG Köln ZMR 1997, 376/377; KG WuM 1998, 366; *Demharter* GBO 23. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 67). Das Erfordernis der Mitwirkung kann aber durch eine Regelung in der Teilungserklärung, die spätere Wohnungs- und Teileigentümer als Sondernachfolger von der Mitwirkung ausschließt, abbedungen werden; dann bedarf es der Mitwirkung der übrigen Eigentümer sowie etwaiger sonstiger dinglich Berechtigter nicht (BayObLG a.a.O.). Ist die Vereinbarung im Grundbuch eingetragen, wird sie nach § 5 Abs. 4 WEG zum Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungseigentümer und wirkt auch gegen Sondernachfolger der Wohnungs- und Teileigentümer (§ 10 Abs. 2 WEG; BGHZ 91, 343/345; BayObLGZ 1989, 28/30).

Ob bereits die Regelung in § 1 Abs. 4 Sätze 1 und 2 GO, wie das Landgericht meint, einen zeitlich bis zur Erstveräußerung vom Bauträger befristeten Ausschluss sonstiger Wohnungs- und Teileigentümer an der Umwandlung der betreffenden Einheit in Teileigentum und umgekehrt enthält, mag zweifel-

haft sein. So räumt Satz 1 zwar dem Bauträger die Berechtigung zur Umwandlung in beiderlei Richtung und damit einen – verdinglichten – Anspruch gegen die übrigen Eigentümer auf Mitwirkung bei der Umwandlung ein; jedoch erlaubt die Klausel nicht zwingend auch den Schluss, dass die zukünftigen Wohnungs- und Teileigentümer für die Umwandlung ihre Mitwirkung vorweggenommen und damit das Erfordernis einer Vereinbarung abbedungen haben (vgl. BayObLG NJW-RR 1997, 586/587; siehe auch BayObLG WuM 1996, 357/358), zumal in Satz 3 ausdrücklich angekündigt wird, der Bauträger werde in den Kaufverträgen über die Einheiten bevollmächtigt werden, durch Änderung der Teilungserklärung (u.a.) Wohnungseigentum in Teileigentum umzuwandeln. Eine Vollmacht für die Umwandlung wäre überflüssig, würde voranstehend bereits das Erfordernis der Zustimmung vorweggenommen oder abbedungen sein.

Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Denn die aufgrund § 1 Abs. 4 Satz 3 GO individualvertraglich nach Abschnitt XIII e der Kaufverträge erteilte Vollmacht deckt auch den Fall der Umwandlung gewerblicher Einheiten in Wohnungseigentumseinheiten. Der Senat kann die Vollmacht (*Demharter* GBO § 19 Rdnrn. 75 und 28) wie die Gemeinschaftsordnung (BayObLGZ 1989, 28/31) selbstständig auslegen. Die Vollmacht entspricht ihrem Wortlaut nach der Formulierung des § 1 Abs. 4 Satz 3 GO, der seinerseits unmittelbar an die voranstehende Berechtigung anknüpft und über die Umwandlung hinaus auch den Fall der Änderung der Teilungserklärung (Zusammenfassung von Eigentumsrechten; dazu *Weitmauer/Lüke* WEG 8. Aufl. § 8 Rdnr. 17) erfasst. Dass die in der GO angekündigte Vollmacht hinsichtlich der Umwandlung einen engeren Rahmen als die Berechtigung aufweisen sollte, ergäbe keinen nachvollziehbaren Sinn. Denn ersichtlich will die Klausel dem Bauträger bis zur Veräußerung der betreffenden Eigentumseinheiten die notwendige wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einräumen, in deren Vordergrund zwar die Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum stehen mag, der umgekehrte Fall der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum aber nicht ausgeschlossen sein soll. Dass die Beteiligte zu 2 darüber hinaus auch materiell-rechtlich nach § 1 Abs. 4 Satz 1 GO verpflichtet wäre, der vorgenommenen Änderung der Teilungserklärung zuzustimmen, bedarf keiner weiteren Vertiefung.

7. BayAGGrdStVLPG (i.d.F. v. 28.3.2000) Art. 2 Abs. 2 (*Nachweis der Genehmigungsfreiheit bei Veräußerung landwirtschaftlich nutzbarer Grundstücke*)

Das Grundbuchamt darf den Vollzug der Auflassung eines Landwirtschaftsgrundstückes mit einer geringeren Fläche als zwei Hektar nur dann von der Vorlage eines Negativattestest abhängig machen, wenn für eine Genehmigungspflicht konkrete Anhaltspunkte bestehen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 118/00 – mitgeteilt von Notar *Dr. Johann Frank*, Amberg

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 sind als Eigentümer in Gütergemeinschaft im Grundbuch eines im Bestandsverzeichnis als „H ... hofer Feld, Acker“ beschriebenen Grundbesitzes mit einer Gesamtfläche von 0,1044 ha eingetragen.

Mit notarieller Urkunde vom 14.7.2000 überließen sie dieses Grundstück dem Beteiligten zu 2. Die Beteiligten erklärten die Auflassung des Grundstücks und beantragten, den Eigentumswechsel in das Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung vom 25.8.2000 hat das Grundbuchamt die Eintragung von der Vorlage eines Negativzeugnisses der Genehmigungsbehörde oder einer Erklärung der Beteiligten zu 1 darüber abhängig gemacht, dass sie innerhalb der letzten drei Jahre vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz nicht soviel veräußert hätten, dass die Freigrenze von 1 ha überschritten worden sei. Mit Beschluss vom 26.10.2000 hat das Landgericht die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. (...)

Wie der Senat in einem vergleichbaren Fall (BayObLGZ 1969, 144 ff.) entschieden hat, durfte das Grundbuchamt hier den Vollzug der Auflassung nicht von der Vorlage eines Negativzeugnisses der Genehmigungsbehörde oder einer Erklärung der Beteiligten zu 1 darüber abhängig machen, dass innerhalb der letzten drei Jahre vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz nicht soviel veräußert worden ist, dass die Freigrenze von 2 ha überschritten worden ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit einer Fläche von 0,1044 ha. Davon geht zu Recht auch das Landgericht aus. Die Beteiligten bestreiten dies nicht. Die Veräußerung bedarf nach Art. 2 Abs. 1 AGGrdstLPachtVO vom 21.12.1961 (BayRS 7810-1-E) i.V.m. Art. 9 des zweiten Verwaltungsreformgesetzes vom 28.3.2000 (GVBl, S. 136) grundsätzlich keiner Genehmigung.

Der Genehmigung bedarf es nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 AGGrdstLPachtVG jedoch dann, wenn innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz im Rahmen der Freigrenze land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke veräußert worden sind und bei Einrechnung dieser Veräußerung die Fläche von 2 ha erreicht wird.

Berechtigte Zweifel an der Genehmigungsfreiheit der Überlassung des Grundstücks und der Auflassung hätte das Grundbuchamt nur dann haben können, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorgelegen hätten, dass die Beteiligten zu 1 innerhalb des genannten Zeitraums aus ihrem landwirtschaftlichen Grundbesitz Grundstücke im Rahmen der Freigrenze verkauft hatten, und zwar mit einer so großen Fläche, dass zusammen mit der Fläche des neu verkauften Grundstücks die Freigrenze von 2 ha überschritten wurde. Konkrete Anhaltspunkte hierfür lassen sich aber den Feststellungen der Vorinstanzen nicht entnehmen. Allein die Möglichkeit, dass die Beteiligten zu 1 außerhalb des Bezirks des Grundbuchamts land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke besaßen und diese in dem einschlägigen Zeitraum veräußert haben könnten, reicht für die Annahme begründeter Zweifel nicht aus. Es handelt sich eben nur um eine Möglichkeit; bestimmte Tatsachen, die auf eine Verfügungsbeschränkung hindeuten, liegen nicht vor (BayObLG a.a.O.). Ein anderes Ergebnis würde im Übrigen dazu führen, dass ein in Art. 2 Abs. 1 AGGrdstLPachtVG niedergelegter Grundsatz, dass Kleinverkäufe der dort genannten Art genehmigungsfrei sind, jede praktische Bedeutung genommen würde. Der Zweck der Vorschrift, insoweit den Grundstücksverkehr nicht unnötig zu erschweren, würde damit regelmäßig verfehlt (BayObLG a.a.O.).

Abgesehen davon durfte das Grundbuchamt die Eintragung auch nicht von der Erklärung der Beteiligten zu 1 abhängig machen, dass die Voraussetzungen der Freigrenzenbestimmung vorliegen. Durch die Abgabe einer solchen Erklärung würde der Nachweis für ihre Richtigkeit nicht erbracht sein (BayObLG a.a.O.).

8. BGB § 928; WEG §§ 11, 16 Abs. 2 (*Kein Verzicht auf Wohnungseigentum*)

Wohnungs- und Teileigentum (hier: Schwimmbad im Kellergeschoss) kann nicht entsprechend § 928 Abs. 1 BGB durch Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt wirksam aufgegeben werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.9.2000 – 3 Wx 328/00 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die als Miteigentümerin des eingangs bezeichneten Teileigentums im Grundbuch eingetragene Beteiligte erklärte mit notarieller Urkunde vom 11.4.2000 den Verzicht auf ihr Miteigentum und bewilligte und beantragte die Eintragung desselben in das Grundbuch.

Das entsprechende Eintragungsgesuch des Notars hat das Amtsgericht – Rechtspfleger – am 22.5.2000 abgelehnt, weil ein Miteigentumsanteil nicht durch Verzicht aufgegeben werden könne.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten, der der Rechtspfleger nicht abgeholfen hat, hat das Landgericht mit Beschluss vom 12.7.2000 zurückgewiesen.

Mit der weiteren Beschwerde verfolgte die Beteiligte ihr ursprüngliches auf Eintragung des Verzichts gerichtetes Begehren weiter, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

a) Die vom Landgericht vertretene Auffassung, wonach auf einen Miteigentumsanteil nicht entsprechend § 928 Abs. 1 BGB verzichtet werden kann, entspricht der vom Senat geteilten nahezu einhelligen Meinung (vgl. BGHZ 115, 1 ff. = JR 1992, 149 ff. mit zustimmender Anm. *Hennsler*; KG OLGZ 1988, 355, 358; BayObLG NJW 1991, 1962; *Palandt-Bassenge* BGB 59. Auflage 2000 § 928 Rdnr. 1; *Erman-Hagen/Lorenz* BGB 10. Auflage 2000 § 928 Rdnr. 2; *Staudinger-Pfeifer* BGB 13. Bearbeitung 1995 § 928 Rdnr. 8; *Soergel-Stürner*, BGB 12. Auflage 1989 § 928 Rdnr. 1; *Demharter* GBO 23. Auflage 2000 Anhang zu § 44 Rdnr. 4).

Hiergegen wendet sich aus der neueren Literatur *Kanzleiter* (MK BGB 3. Auflage 1997 § 928 Rdnr. 2 a; *ders.* NJW 19961 905), der meint, eine Benachteiligung der übrigen Miteigentümer durch den Verzicht eines Miteigentümers auf sein Miteigentum entstehe nicht, weil den Miteigentümern für den Fall, dass der Fiskus sein Aneignungsrecht ausübe, ein zahlungsfähiger Partner bei der Übernahme der Kosten zur Seite stehe, falls der Fiskus auf sein Aneignungsrecht verzichte, sich den übrigen Miteigentümern selbst die Aneignungsmöglichkeit eröffne und sie in der Schwebezeit den bei einer Versteigerung des Miteigentumsanteils aufzuwendenden Kaufpreis ersparten (NJW 1996, 907). Dies ändert indes nichts daran, dass – wie aus der gesetzlichen Regelung des Gemein-

schaftsverhältnisses sich ergibt – jeder Teilhaber zur Wahrung des Rechts der anderen Teilhaber, nur nach dem Verhältnis ihrer Anteile die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums tragen zu müssen, an die Gemeinschaft bis zu deren Aufhebung gebunden ist (BGH a.a.O. S. 152).

b) Entsprechendes gilt auch und gerade in Bezug auf ein Wohnungs- und Teileigentum, bei dem es sich nicht um ein grundstücksgleiches Recht, sondern um ein gesetzlich besonders ausgestaltetes Miteigentum handelt (BGH NJW 1989, 2534, 2535; BayObLG NJW 1991, 1962). Beim Wohnungseigentum sind im Rahmen des gesetzlich begründeten Schuldverhältnisses die Verpflichtungen der Wohnungseigentümer eng mit einander verbunden, insbesondere die anteilige Kosten- und Lastentragungspflicht gemäß 16 Abs. 2 WEG. Durch die in § 11 WEG vorgeschriebene Unauflöslichkeit der Gemeinschaft ist sicher gestellt, dass dieses Schuldverhältnis nicht einseitig beendet werden kann. Die Dereliktion eines Wohnungs- oder Teileigentums, die einer Teilaufhebung der Gemeinschaft gleichkäme, würde diesen Grundsatz durchbrechen. Das Gesetz sieht auch hier keine Regelung vor, dass sich ein Eigentümer – neben seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen aus dem Grundstück – den mit dem Eigentum untrennbar verbundenen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft entziehen kann. Auch ein Wohnungs- und Teileigentum kann daher nicht entsprechend § 928 Abs. 1 BGB durch Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt aufgegeben werden (BayObLG a.a.O.; *Weitnauer* WEG 8. Auflage 1995 § 3 Rdnr. 90 unter Hinweis auf BGHZ 115, 1 und Aufgabe seiner gegenläufigen Meinung; vgl. auch *Demharter* a.a.O.; a.A. *Pick* in *Bärman/Pick/Merle* WEG 8. Auflage 2000 § 3 Rdnr. 79 f.), mit der Folge, dass der vorliegend von der Beteiligten erklärte Verzicht auf ihr Teileigentum unwirksam und ihr die diesbezügliche Grundbucheintragung zu Recht verweigert worden ist.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten war hiernach zurückzuweisen.

9. GG Art. 2 Abs. 1; Art. 6 Abs. 4 (*Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen*)

Art. 6 Abs. 4 GG gewährt einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter. Dieser Schutz umfasst die besondere richterliche Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen. Denn anders als Vereinbarungen über den ehelichen Zugewinn oder den Versorgungsausgleich unterliegen Unterhaltsvereinbarungen grundsätzlich keinen weiteren Formerfordernissen, die Schutz vor Übervorteilung eines Vertragsteiles bieten können.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

BVerfG, Urteil vom 6.2.2001 – 1 BvR 12/92

Zum Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, inwieweit Zivilgerichte von Verfassungen wegen verpflichtet sind, Eheverträge einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, soweit darin für den Fall der Scheidung auf gesetzliche Unterhaltsansprüche verzichtet und ein Ehegatte von der Unterhaltsleistung für gemeinsame Kinder freigestellt wird.

I.

1. Eheverträge können schon vor der Heirat geschlossen werden, also von Bedeutung für die Eheschließung sein. Für sie gelten das allgemeine Vertragsrecht und einzelne familienrechtliche Regelungen,

die Formerfordernisse aufstellen und Grenzen setzen. So kann nach § 1614 Abs. 1 BGB auf zukünftigen Verwandtenunterhalt nicht verzichtet werden. Diese Regelung gilt gemäß § 1360 a Abs. 3 und § 1361 Abs. 4 Satz 4 BGB für Eheleute entsprechend, die allerdings nach § 1585 c BGB für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen über ihre gegenseitigen Unterhaltsansprüche treffen und dabei sogar gänzlich auf Unterhalt verzichten können. Güterrechtliche Vereinbarungen sind gemäß § 1408 Abs. 1 BGB ebenfalls zulässig. Sie unterliegen jedoch dem Formerfordernis des § 1410 BGB, müssen also bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Ehegatten zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden. Vertragliche Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, die ebenfalls der Form des § 1410 BGB bedürfen, werden unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluss die Ehescheidung beantragt wird (§ 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB). Sie bedürfen, soweit sie im Zusammenhang mit der Scheidung getroffen worden, nicht nur der notariellen Beurkundung, sondern darüber hinaus der Genehmigung durch das Familiengericht (§ 1587 o Abs. 2 Satz 1 und 3 BGB). Die vertragliche Verpflichtung eines Ehegatten, den anderen von Unterhaltsansprüchen des Kindes freizustellen, wird von der Rechtsprechung als zulässige Erfüllungsübernahme im Sinn von § 329 BGB angesehen, die den Unterhaltsanspruch des Kindes unberührt lässt (BGH, FamRZ 1987, S. 934 <935>).

2. Eheverträge wurden laut einer Veröffentlichung aus dem Jahre 1988 in der Bundesrepublik Deutschland von etwa 10 % aller Ehepaare geschlossen. Rund 90 % dieser Verträge regelten den Güterstand, in der Hälfte der Verträge fanden sich Absprachen zum Versorgungsausgleich und in einem knappen Viertel Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt, wobei hier wiederum meistens gegenseitig auf Unterhalt verzichtet wurde. Gerade Unterhaltsverzichtsverträge wurden überdurchschnittlich häufig bereits vor der Heirat oder in ihrem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang geschlossen. In ungefähr 2 % der Ehen wurde im Zusammenhang mit der Eheschließung auf jegliche nacheheliche Unterhaltsansprüche verzichtet (s. *Stach*, Eheverträge – Gesetz und Rechtsstatsachen –, 1988, S. 16 ff.). Über die Häufigkeit von Freistellungsvereinbarungen hinsichtlich des Kindesunterhalts sind keine Erhebungen bekannt.

3. a) Die zivilgerichtliche Rechtsprechung setzt der Freiheit von Ehegatten zur privatautonomen Gestaltung ihrer unterhaltsrechtlichen Beziehungen im Scheidungsfall durch Eheverträge unter Berufung auf § 138 Abs. 1 BGB dort Grenzen, wo die Vereinbarung objektiv zwangsläufig zur Sozialhilfebedürftigkeit eines Ehegatten führt (vgl. BGH, FamRZ 1983, S. 137; NJW 1991, S. 913 <914>; NJW 1992, S. 3164 <3165>; OLG Hamm, FamRZ 1989, S. 398; OLG Köln, FamRZ 1990, S. 634; OLG Celle, NdsRpfl 1990, S. 250; OLG Hamm, NJW-RR 1999, S. 950). Einen Verzicht auf nachehelichen Betreuungunterhalt gemäß § 1570 BGB hält der Bundesgerichtshof grundsätzlich nicht für sittenwidrig (vgl. BGH, FamRZ 1985, S. 788). Dies gelte auch dann, wenn ein Ehegatte wegen des Verzichts nach der Scheidung erwerbstätig sein müsse, obwohl er ein Kind zu betreiben habe. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer ehevertraglichen Vereinbarung komme es auf deren Gesamtcharakter an. Auch die Verknüpfung von Unterhaltsverzichten mit güterrechtlichen Vereinbarungen führe allein nicht zur Unwirksamkeit der Vertragsabrede, da zum Wesen der Ehe eine wirtschaftliche Lebensgemeinschaft nicht gehöre. Unter Berücksichtigung des Kindeswohls könne es allerdings im Einzelfall einem Ehegatten verwehrt sein, sich auf den vereinbarten Verzicht zu berufen, wenn dies etwa auf Grund der späteren Entwicklung mit dem auch im Unterhaltsrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unvereinbar sei (vgl. BGH, FamRZ 1985, S. 788 <789>; FamRZ 1987, S. 46; FamRZ 1991, S. 306 f.). Auch in diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass es dabei nicht auf subjektive Momente, also ein pflichtwidriges oder zu missbilligendes Verhalten des Unterhaltspflichtigen, ankomme, sondern alleiniger Anknüpfungspunkt für einen Unterhaltsanspruch trotz wirksamer Verzichtsvereinbarung die Bedürfnisse und schutzwürdigen Interessen der gemeinschaftlichen Kinder seien (vgl. BGH, FamRZ 1987, S. 46; FamRZ 1991, S. 306 f.).

So hat der Bundesgerichtshof auch Eheverträge für wirksam gehalten, in denen Schwangere vor Eingehen der Ehe ihrem zukünftigen Ehemann gegenüber für den Fall der Scheidung auf Unterhalt verzichtet hatten (vgl. BGH, FamRZ 1992, S. 1403). Der Ehemann habe keine Zwangslage ausgenutzt, da er unter Berufung auf seine Ehe-

schließungsfreiheit von der Ehe hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen können (vgl. BGH, FamRZ 1996, S. 1536; FamRZ 1997, S. 156 <157 f.>). Vielmehr habe sich die wirtschaftliche Situation der Frau trotz des Verzichts durch die Eheschließung verbessert, da sie anderenfalls als ledige Mutter nur einen auf ein Jahr begrenzten Unterhaltsanspruch gemäß § 1615 I BGB gehabt hätte. In einem anderen Fall hat der Bundesgerichtshof einer Kinder betreuenden Mutter allerdings unter Berufung auf § 242 BGB aus Gründen des Kindeswohls entgegen der ehevertraglichen Vereinbarung einen Unterhaltsanspruch zuerkannt, ihn jedoch auf den notwendigen Unterhalt begrenzt. Dieser sei ausreichend, da das Kindeswohl lediglich verlange, dem sorgeberechtigten Elternteil zu ermöglichen, sich der Pflege und Erziehung des Kindes zu widmen. Insofern ist der Bundesgerichtshof der Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt entgegengetreten, das in einem solchen Fall der Unterhaltsberechtigten einen Unterhaltsanspruch nach dem Maßstab der Angemessenheit zugesprochen hatte (vgl. OLG Frankfurt, OLG Report Frankfurt 1994, S. 117; BGH, FamRZ 1995, S. 291; FamRZ 1997, S. 873).

b) Die Freistellung eines Ehegatten von seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem gemeinsamen Kind durch den anderen Ehegatten hat der Bundesgerichtshof dann für sittenwidrig erachtet, wenn sie als Gegenleistung für die Nichtausübung seines Umgangsrechts vereinbart wird, da eine solche Koppelung eine unzulässige Kommerzialisierung des elterlichen Sorgerechts sei (vgl. BGH, FamRZ 1984, S. 778). Allerdings hat er die Sittenwidrigkeit einer Freistellung bei gleichzeitiger Übertragung der elterlichen Sorge auf den Freistellenden verneint, wenn sich die Sorgeregelung im Einklang mit dem Kindeswohl befindet (vgl. BGH, FamRZ 1986, S. 444).

c) Im wissenschaftlichen Schrifttum hat diese Rechtsprechung überwiegend Zustimmung gefunden (s. dazu *Meder*, FuR 1993, S. 12 <19>; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl., 1996, Rdnr. 633 ff., jeweils m.w.N.). Allerdings wird von etlichen Autoren eine Neubestimmung der Ehevertragsfreiheit und ihrer Grenzen gefordert. Ökonomische Abhängigkeit durch Hausarbeit und Kindererziehung rechtfertige einen Übervorteilungsschutz als Begrenzung der Vertragsfreiheit, zumal der Gesetzgeber den Schutz gegenüber einzelnen ehevertraglichen Abreden durch unterschiedliche Formerfordernisse nicht sachgerecht ausgestaltet habe. Eheverträge mit ungewöhnlicher Belastung eines Vertragsteils könnten aus dessen struktureller Unterlegenheit gegenüber dem anderen Vertragspartner herrühren. Dies gelte zum Beispiel in den Fällen, in denen ein Ehegatte unter Verzicht auf eine Berufstätigkeit die gemeinsamen Kinder betreut und deshalb weder Einkommen bezogen noch eine eigenständige soziale Sicherung erworben habe. Hier müssten zum Ausgleich die Gerichte korrigierend eingreifen (vgl. *Schwenzer*, AcP 1996, S. 88 <109 f.>; *Dethloff*, JZ 1997, S. 414 f.; *Büttner*, FamRZ 1998, S. 1).

II.

1. Im Frühsommer 1976 stellte die damals 26-jährige Beschwerdeführerin, die aus erster Ehe ein fünfjähriges Kind zu versorgen hatte und seit zwei Jahren mit einem neuen Partner, ihrem späteren Ehemann, zusammenlebte, fest, dass sie schwanger war. Als sie dies ihrem Partner mitteilte, erinnerte dieser sie an seine Erklärung zu Beginn ihrer Beziehung, keine Kinder haben und auch nicht heiraten zu wollen. Ob er sie dabei drängte, das Kind abzutreiben, blieb im Ausgangsverfahren streitig. Die Beschwerdeführerin reagierte nach seinem Bekunde „hysterisch“ und drängte auf eine Heirat noch vor der Geburt des Kindes, damit es ehelich geboren würde. Seine Bedenken gegen eine Heirat rührten aus der damals bevorstehenden Reform des Scheidungsrechts und der Furcht vor Unterhaltsansprüchen der Frau im Falle einer Scheidung her.

Die Beschwerdeführerin ließ daraufhin einen Ehevertragsentwurf ausarbeiten, den beide Anfang Juli unterzeichneten. Die Vereinbarung hat folgenden Wortlaut:

Die Vertragsschließenden beabsichtigen spätestens im August 1976 zu heiraten.

Frau F. erwartet ein Kind, das nach ärztlichem Urteil im November 1976 geboren werden wird.

Sollte die zu schließende Ehe geschieden werden aus jetzt noch nicht ersichtlichen Gründen, so haben die Vertragsschließenden für den Fall der Scheidung folgende Vereinbarung getroffen:

1. Frau B. F. und Herr W. S. verzichten gegenseitig für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft auf jeglichen Unterhalt ab Rechtskraft der Scheidung gerechnet, auch für den Fall der Not.

2. Herr S. verpflichtet sich auch für den Fall der Scheidung, ab Rechtskraft der Scheidung gerechnet, an das zu erwartende Kind einen mtl. Unterhalt von 150,- DM... im Voraus bis spätestens zum 5. Werktag eines jeden Monats zahlbar zu Händen von Frau F. zu leisten. Von allen weitergehenden Unterhaltsansprüchen des zu erwartenden Kindes gegen Herrn S. stellt Frau F. Herrn S. frei.

Stuttgart, den 9.7.1976.

Noch im selben Monat schlossen die Parteien die Ehe. Im November 1976 wurde der gemeinsame Sohn geboren. Nach dem Ende des Mutterschutzes nahm die Beschwerdeführerin ihre vorherige Berufstätigkeit als Bürokräftin mit deutlich niedrigerem Entgelt, als es ihr Ehemann bezog, wieder auf.

Die Ehe wurde im Dezember 1989 geschieden und das Sorgerecht für den Sohn der Beschwerdeführerin übertragen, die später wieder heiratete.

2. 1990 nahm der Sohn seinen Vater im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Kindesunterhalt in Anspruch. Nachdem das Amtsgericht den Vater durch Teilurteil zur Auskunftserteilung über seine Einkünfte mit der Begründung verurteilt hatte, die Vereinbarung aus dem Jahr 1976 sei sittenwidrig, klagte dieser gegen die Beschwerdeführerin auf Freistellung von einem über 150 DM monatlich hinausgehenden Unterhaltsanspruch des Kindes gegen ihn. Das Amtsgericht wies die Klage ab. Der vereinbarte Freistellungsanspruch umgehe das gesetzliche Verbot eines Unterhaltsverzichts zwischen Verwandten.

Auf die Berufung des geschiedenen Ehemannes hin verurteilte das Oberlandesgericht die Beschwerdeführerin in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung antragsgemäß. Die ehevertragliche Vereinbarung sei wirksam. Das Kind behalte ungeachtet dieser Vereinbarung seinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen den Vater. Ehegatten könnten im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit auch schon vor der Eheschließung die Last des Kindesunterhalts zwischen sich nach Belieben aufteilen. Die Berufung auf die getroffene Vereinbarung sei nicht rechtsmissbräuchlich. Der Ehemann habe die Heirat von einer solchen Vereinbarung abhängig machen können, da jedem die Eheschließung frei stehe. Die Vereinbarung sei nach Inhalt, Beweggründen und Vertragszweck auch nicht sittenwidrig. Insoweit sei die Beschwerdeführerin beweisfällig geblieben. Es liege weder eine Verknüpfung der Freistellung mit einer Sorgerechtsregelung noch eine anstößige Koppelung mit einem erheblichen wirtschaftlichen Vorteil vor. Für eine Vereinbarung, aus dem Zwang wirtschaftlicher Abhängigkeit der Beschwerdeführerin spreche angesichts ihrer Berufstätigkeit nichts. Die Revision wurde nicht zugelassen.

III.

Gegen diese Entscheidung des Oberlandesgerichts richtet sich die Verfassungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 Abs. 1, 2 und 4 sowie aus Art. 103 Abs. 1 GG rügt.

Das Oberlandesgericht habe bei Prüfung der Sittenwidrigkeit der Freistellungsvereinbarung den grundrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 6 GG verkannt. Als Konkretisierung der den Eltern in Art. 6 Abs. 2 GG auferlegten Verpflichtung zur Pflege und Erziehung ihres Kindes sei der Unterhaltsanspruch eines Kindes gegen seine Eltern unverzichtbar. Mit Art. 6 Abs. 2 GG und seinem Schutz des Kindeswohls sei es deshalb unvereinbar, wenn diese Verpflichtung einseitig auf nur einen Elternteil abgewälzt werde, der zudem noch allein die Sorge für das Kind zu tragen habe. Die Auffassung des Oberlandesgerichts, eine solche Vereinbarung sei als Bedingung für eine Eheschließung zulässig, da es dem Vater frei gestanden habe, gänzlich von der Eheschließung Abstand zu nehmen, gehe fehl. Das Gericht berücksichtige dabei nicht, dass die Freistellung, zumal gekoppelt mit einem Verzicht der Mutter auf nachhehlichen Unterhalt, den Vater für den Fall der Scheidung von allen Ehe- und Elternpflichten entbinde. Zur Kindesunterhaltszahlung sei er jedoch unabhängig von einer Eheschließung mit der Mutter verpflichtet.

Auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vereinbarung einer Freistellung vom Kindesunterhalt grundsätzlich

möglich sei, hätte das Oberlandesgericht die besonderen Umstände bei Vertragsschluss und das Zusammenspiel der einzelnen Vertragsabreden berücksichtigen müssen. Die Beschwerdeführerin habe in dem Ehevertrag für den Scheidungsfall nicht nur auf eigenen Unterhalt verzichtet, sondern ohne jegliche Gegenleistung auch noch die lebenslange unübersehbare Unterhaltsverpflichtung des Vaters gegenüber dem noch nicht geborenen Kind übernommen. Damit habe sich der Vater zu Lasten der Mutter faktisch von seiner natürlichen Bindung und Beziehung zum Kinde losgesagt. Dies stehe nicht im Einklang mit dem in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verankerten Schutz von Ehe und Familie und der Elternpflicht gegenüber dem Kind.

Darüber hinaus verletze die angegriffene Entscheidung die Beschwerdeführerin als Mutter in ihrem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft. Dieser verbiete es, eine Vereinbarung rechtlich anzuerkennen, mit der eine Schwangere aus einer psychisch labilen und stark belasteten persönlichen Situation heraus leichtfertig eine Verpflichtung zu einer lebenslänglichen weitgehenden Freistellung des Vaters von Unterhaltspflichten gegenüber dem noch ungeborenen Kind übernehme und sich diese Verpflichtung noch zusätzlich zu ihrer Verantwortung für Erziehung und Pflege des Kindes aufbürde. Es sei Aufgabe des Staates, der werdenden Mutter besonderen Schutz zukommen zu lassen, um ihr zu helfen und sie zu ermutigen, die Verantwortung für das werdende Leben zu übernehmen. Eine Rechtsprechung, die eine schwangere Frau nicht vor einem Vertrag schütze, durch den sie die Gesamtverantwortung für Erziehung, Pflege und Unterhalt des Kindes allein übernimmt, werde diesem Schutzgebot nicht gerecht. Gerade die werdende Mutter bedürfe in besonderem Maße des Schutzes vor unbedachten und einseitig ohne jegliche materielle Gegenleistung eingegangenen Verpflichtungen. Dass die Beschwerdeführerin mit der Vertragsabrede ihrem Wunsch gemäß erreicht habe, das Kind ehelich auf die Welt zu bringen, ihm einen Vater zu geben und damit eine bürgerliche Zukunft zu sichern, könne nicht als rechtlich anerkanntswerte Gegenleistung für die von ihr vertraglich eingegangenen Belastungen angesehen werden. Dies habe das Oberlandesgericht verkannt, wenn es der Beschwerdeführerin zur Begründung der Sittenwidrigkeit die Beweislast dafür auferlegt habe, ob ihr eine Abtreibung nahe gelegt worden sei. Auch die Verneinung einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der Beschwerdeführerin bei Vertragsschluss als Indiz für die Sittenwidrigkeit der Abrede berücksichtige nicht, dass sich die Abhängigkeit in der einseitig belastenden Vereinbarung selbst zeige.

Das Oberlandesgericht habe darüber hinaus gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen, indem es nur den Vater, nicht aber die Beschwerdeführerin zu den Umständen des Zustandekommens der Vereinbarung vernommen und die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen habe.

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben der Bundesgerichtshof, das Justizministerium Baden-Württemberg, das Deutsche Institut für Vormundschaftswesen e.V., der Verband allein stehender Mütter und Väter e.V., der Deutsche Juristinnenbund e.V., der Interessenverband Unterhalt und Familienrecht e.V., die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. und der Kläger des Ausgangsverfahrens schriftlich Stellung genommen. Der Deutsche Juristinnenbund e.V., die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. und der Kläger des Ausgangsverfahrens haben ihre Auffassungen in der mündlichen Verhandlung vertieft. Nur in der mündlichen Verhandlung geäußert hat sich das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesgerichtshof hat auf seine Rechtsprechung Bezug genommen und darauf hingewiesen, mit der vorliegenden Fallkonstellation zur Freistellungsvereinbarung bisher noch nicht befasst worden zu sein.

Das Justizministerium Baden-Württemberg, der Interessenverband Unterhalt und Familienrecht e.V. und der Kläger des Ausgangsverfahrens halten die angegriffene Entscheidung für mit dem Grundgesetz vereinbar. Die vertragliche Abrede der Freistellung vom Kindesunterhalt sei weder sittenwidrig noch sei eine Berufung auf sie rechtsmissbräuchlich. Sie beruhe auf der Privatautonomie der Eltern und der Eheschließungsfreiheit der Vertragspartner. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin bei Vertragsabschluss schwanger gewesen sei, könne die Unwirksamkeit des Vertrages nicht begründen, da dies letztlich eine Entmündigung schwangerer Frauen bedeute. Auch

sein durch die Freistellungsvereinbarung die Interessen und Rechte des Kindes nicht beeinträchtigt. Sein Unterhaltsanspruch werde hierdurch nicht berührt, da es weiterhin seinen Vater auf Zahlung in Anspruch nehmen könne, der nur von der Mutter die Freistellung verlangen könne.

Demgegenüber vertreten das Bundesministerium der Justiz, das Deutsche Institut für Vormundenschaftswesen e.V., der Verband allein stehender Mütter und Väter e.V., der Deutsche Juristinnenbund e.V. und die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. die Auffassung, das angegriffene Urteil verletze die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 und 4 GG. Es verkenne, dass der Privatautonomie dort Grenzen zu setzen seien, wo ein Vertrag eine einseitige und ungewöhnliche Belastung eines Vertragspartners enthalte, dessen strukturelle Unterlegenheit der Grund für diesen Vertragsinhalt sei. Die Vertragsfreiheit gewähre nicht das Recht des Stärkeren, allein seine Interessen durchzusetzen, sondern müsse zur Wahrung der Rechte beider Vertragsparteien und zum Schutze vor Fremdbestimmung Kontrolle und Begrenzung erfahren. Die zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem späteren Ehemann getroffene Abrede, in der die Beschwerdeführerin sowohl auf ihren nachehelichen Unterhalt verzichtet als auch den Vater ihres werdenden Kindes weitgehend vom Kindesunterhalt freigestellt, also nicht nur Rechte aufgegeben, sondern zugleich Pflichten übernommen habe, gründe sich auf ihre durch die Schwangerschaft hervorgerufene Unterlegenheit bei Vertragsabschluss. Gerade in einer solchen Situation aber bedürfe sie des Schutzes der Gemeinschaft, der ihr auch wegen Art. 6 Abs. 4 GG zu gewähren sei. Darüber hinaus habe sich der Vater mit seiner fast völligen unterhaltsrechtlichen Freizeichnung insbesondere auch gegenüber dem Kind zu dessen Lasten seiner Elternverantwortung entzogen und schon vor der Geburt des Kindes seine Ablehnung ihm gegenüber zum Ausdruck gebracht. Das Kind sei damit – so der Verband allein stehender Mütter und Väter e.V. – wie eine nicht bestellte Ware behandelt worden, für die nicht zu zahlen sei. Hier gebiete es die Schutzpflicht der staatlichen Gemeinschaft gegenüber dem Kind gemäß Art. 6 Abs. 2 GG, eine solche Vereinbarung zur Wahrung des Kindeswohls zu korrigieren.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffene Entscheidung verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 GG. Darüber hinaus verstößt sie gegen Art. 6 Abs. 2 GG.

I.

Das Oberlandesgericht hat das Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 GG auf Schutz vor unangemessener Benachteiligung durch den Ehevertrag verkannt.

1. a) Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem auch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 f.>; 42, 143 <148>). Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren (vgl. BVerfGE 46, 160; 49; 53, 30; 56, 54; 88, 203). Den Gerichten obliegt es, diesen grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren. Ihrer Beurteilung und Abwägung von Grundrechtspositionen im Verhältnis zueinander kann das Bundesverfassungsgericht nur dann entgegenreten, wenn eine angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den Rechtsfall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 18, 85 <93>; 42, 143 <149>; stRspr). Diese Voraussetzungen für

eine Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht liegen hier vor.

b) Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind (vgl. BVerfGE 81, 242 <254 f.>). Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242 <254>). Ist jedoch auf Grund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. BVerfGE 89, 214 <232>).

c) Dies gilt auch für Eheverträge, mit denen Eheleute ihre höchstpersönlichen Beziehungen für die Zeit ihrer Ehe oder danach regeln. Art. 6 Abs. 1 GG gibt ihnen hierbei das Recht, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten (vgl. BVerfGE 80, 81 <92>). Allerdings setzt der Schutz der staatlichen Ordnung, der für Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich verbürgt ist, eine gesetzliche Ausgestaltung der Ehe voraus (vgl. BVerfGE 31, 58 <69>). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (vgl. BVerfGE 37, 217 <249 ff.>). Der Staat hat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Es ist Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren (vgl. BVerfGE 89, 214 <234>).

Zu unrecht ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, die Eheschließungsfreiheit stehe einer solchen Inhaltskontrolle entgegen. Aus dem Recht des Einzelnen, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen oder dies zu unterlassen und hierbei staatlicherseits keine ungerechtfertigte Behinderung zu erfahren (vgl. BVerfGE 31, 58 <67>), folgt nicht, dass sich der Staat der Kontrolle jedweder ehevertraglicher Vereinbarung zu enthalten hat, wenn in dieser ein Eheversprechen abgegeben wird. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung. Dementsprechend ist ein Teil des Eherechts herkömmlich zwingendes Recht.

2. a) Enthält ein Ehevertrag eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Frau und ist er vor der Ehe und im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch der Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG, die ehevertragliche Vereinbarung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei ehevertraglichen Abreden über Unterhaltslasten, anders als bei Vereinbarungen über den ehelichen Zugewinn oder den Versorgungsausgleich, durch Formerfordernisse oder Verfahrensregelungen einen gewissen Schutz vor Übervorteilung eines Vertragsteils zu bieten. In diesem Fall obliegt es vornehmlich den Gerichten, bei der Inhaltskontrolle den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag umzusetzen und der Schwangeren Schutz vor Druck und Bedrängung aus ihrem sozialen Umfeld oder seitens des Kindesvaters zu gewähren (vgl. BVerfGE 88, 203 <296 f.>), insbesondere wenn sie dadurch zu Vertragsvereinbarungen ge- drängt wird, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen.

b) Eine Situation von Unterlegenheit ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrages. Ihre Verhandlungsposition wird hier geschwächt sein durch die tatsächliche Lage, in der sie sich befindet, durch ihre Rechtsstellung als ledige Mutter und insbesondere durch das Bemühen um die Sicherung der eigenen Existenz und der des erwarteten Kindes.

Schwangerschaft bedeutet für jede Frau einen existenziellen Umbruch in ihrem Leben. Die Schwangere durchläuft einen Entwicklungsprozess, der sie körperlich Veränderungen erfahren lässt und für ihre eigene Gesundheit sowie die des Kindes Risiken in sich birgt. Unweigerlich kommt auf sie mit dem Kind eine Umstellung ihrer Lebensführung und Lebensplanung zu. Neue Aufgaben, Pflichten und Verantwortlichkeiten entstehen. Dies geht gerade bei unverheirateten Müttern häufig einher mit dem Scheitern der Beziehung zum Vater des Kindes (vgl. *Vaskovics/Rost/Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 59 ff.). Darüber hinaus bestehen auch heute noch gesellschaftliche und soziale Zwänge, auf Grund derer sich eine werdende Mutter nicht zuletzt auch gegenüber dem Kind – für ihre Nichttheirat unter Rechtfertigungsdruck fühlen kann. Für den Zeitpunkt des Abschlusses des hier strittigen Ehevertrag sprechen wissenschaftliche Untersuchungen sogar noch vom Stigma der ledig bleibenden Mutter und ihrer deutlich höheren psychischen Belastung gegenüber verheirateten Müttern, mit der auch das Phänomen der höheren Sterblichkeit nichtehelicher Säuglinge erklärt wird (vgl. *Anthes*, Vorurteile gegenüber ledigen Müttern, in: *Neumann*, Sozialforschung und soziale Demokratie, Festschrift für Blume, 1979, S. 157 <162 ff.>).

Hinzu kommt für die nicht verheiratete Schwangere die Gewissheit, die alleinige Verantwortung und Sorge für das Kind tragen zu müssen. Auch nach inzwischen geltendem Recht bleibt sie allein für das Kind verantwortlich, wenn der Vater zur gemeinsamen Sorge nicht bereit ist. Zudem stand und steht ihr auch heute noch ein nur eingeschränkter Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater zu. Während dieser Anspruch in dem hier maßgeblichen Zeitraum noch beschränkt war auf die Dauer eines Jahres nach der Geburt des Kindes und nur bei mangelnder Erwerbsfähigkeit der Mutter oder fehlender

anderweitiger Versorgung des Kindes gewährt wurde, entsteht er nunmehr gemäß § 1615 1 Abs. 2 Satz 3 BGB zwar in der Regel für drei Jahre, ist aber nicht vergleichbar mit der unterhaltsrechtlichen Absicherung verheirateter Frauen, die den ehelichen Kindern zugute kommt. Eine nicht verheiratete Mutter sieht sich insofern schon im frühen Alter des Kindes generell vor das Problem gestellt, Kinderbetreuung und eigene Existenzsicherung gleichermaßen sicherzustellen.

Besonders gravierend ist in der Regel die ökonomische Perspektive für Mütter nichtehelicher Kinder. Nach der Geburt des Kindes sinkt ihr Einkommen wegen der alleinigen Verantwortung für das Kind meist auf weniger als die Hälfte ihres vorherigen Einkommens. Dies führt dazu, dass etwa ein Drittel von ihnen für sich und ihre Kinder nur eine finanzielle Absicherung hat, die unter oder auf Sozialhilfeniveau liegt, während lediglich 15 % der ehelichen Kinder in ebenso benegten Verhältnissen leben (*Vaskovics/Rost/Rupp*, a.a.O., S. 126). Zusätzlich belastet wird diese Situation durch eine deutlich schlechtere Zahlungsmoral von Vätern gegenüber nichtehelichen Kindern. In der Folge sind nichteheliche Kinder unter den Berechtigten nach dem Unterhaltsvorschussgesetz weit überrepräsentiert (s. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend <Hrsg.>, Die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, 2000, S. 139 f.). Die besondere und schwierige Situation nicht verheirateter Schwangerer, die nicht vergleichbar ist mit der verheirateter Schwangerer oder der nicht verheirateter Frauen ohne Kinder, wirkt sich auch auf die Gegebenheiten bei Abschluss eines Ehevertrages aus, der die Voraussetzung für eine Eheschließung bilden soll. Gerade wegen ihrer Sorge auch um die Zukunft des Kindes und unter dem Druck der bevorstehenden Geburt befindet sich die Schwangere typischerweise in einer dem Vertragspartner gegenüber weit unterlegenen Position.

c) Allerdings ist die Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrages nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität, das Anlass gibt, den Vertrag einer stärkeren richterlichen Kontrolle zu unterziehen. Die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe sind weitere maßgebliche Faktoren, die die Situation der Schwangeren bestimmen. Im Einzelfall können sie dazu führen, ihre Unterlegenheit auszugleichen, auch wenn im Ehevertrag gesetzliche Rechtspositionen abbedungen werden.

d) Wenn aber auch der Inhalt des Ehevertrages eine solche Unterlegenheitsposition der nicht verheirateten Schwangeren zum Ausdruck bringt, wird die Schutzbedürftigkeit offenkundig. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag die Schwangere einseitig belastet und ihre Interessen keine angemessene Berücksichtigung finden (vgl. BVerfGE 89, 214 <234>).

Ob die vertraglichen Vereinbarungen die Frau deutlich mehr belasten als den Mann, hängt wesentlich auch davon ab, welche familiäre Konstellation die Vertragspartner anstreben und ihrem Vertrag zugrunde legen. Verzichten die Ehepartner etwa gegenseitig auf naheheliche gesetzliche Unterhaltsansprüche, liegt darin bei Ehen, in denen beide Partner einer etwa gleichwertigen Berufstätigkeit nachgehen und sich Haus- und Familienarbeit teilen, keine ungleiche Belastung. Sieht die Lebensplanung der Partner jedoch vor, dass sich in der Ehe einer der beiden unter Aufgabe einer Berufstätigkeit im Wesentlichen der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmet, bedeutet der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt eine Benachteiligung der Person, die sich der Betreuung

des Kindes und der Arbeit im Hause gewidmet hat. Je mehr im Ehevertrag gesetzliche Rechte abbedungen oder zusätzliche Pflichten übernommen werden, desto mehr kann sich dieser Effekt einseitiger Benachteiligung verstärken.

Das in dem Ehevertrag enthaltene Eheversprechen wiegt die einseitige Belastung eines Vertragspartners nicht auf. In ihrer Entscheidung, ob sie eine Ehe eingehen wollen, sind die Vertragspartner frei. Entschließen sie sich dafür, bringt die Ehe beiden Rechte wie auch Pflichten und verteilt sie gleichermaßen auf Mann und Frau, deren Leistungen, die sie füreinander erbringen, gleichrangig sind (vgl. BVerfGE 37, 217 <251>). Das Eheversprechen als solches begründet keine einseitige Belastung eines der Versprechenden. Zwar übernehmen Ehepartner damit gegenüber ihrem bisherigen Stand als Ledige neue Pflichten, und sie werden hierdurch in den eigenen Dispositionen eingeschränkt. Dies gilt jedoch für beide Ehepartner gleichermaßen.

3. Die aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 GG folgende Schutzpflicht hat das Oberlandesgericht in der angegriffenen Entscheidung verkannt. Es hat weder die besondere Situation beachtet, in der sich die Beschwerdeführerin als Schwangere mit schon einem Kind bei Vertragsabschluss befunden hat, noch ist es der Frage nachgegangen, ob der Ehevertrag die Beschwerdeführerin in unangemessener Weise belastet, obwohl der Inhalt des Vertrages hierfür Anlass geboten hat.

So hat die Beschwerdeführerin zum einen darin auf eigenen nahehelichen Unterhalt verzichtet. Angesichts der geringen Höhe ihres Einkommens und des Umstandes, dass beide Ehegatten davon ausgingen, sie solle für den Fall der Scheidung die Sorge für das gemeinsame Kind tragen, schwächte sie durch diesen Verzicht ihre wirtschaftliche Lage nachhaltig. Mit zwei Kindern konnte sie nicht damit rechnen, ihre Einkommenslage aus eigener Kraft wesentlich zu verbessern. Hingegen gab der Ehemann mit seinem eigenen Verzicht nichts auf; denn er konnte nicht damit rechnen, im Falle der Scheidung Unterhalt gegenüber der Beschwerdeführerin durchsetzen zu können.

Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin trotz ihrer vergleichsweise schlechten wirtschaftlichen Lage vertraglich die Pflicht übernommen, den Vater weitgehend von seiner Unterhaltspflicht dem gemeinsamen Kind gegenüber freizustellen. Aus ihrem Einkommen war der Barunterhalt des Kindes, der sich nach dem höheren Einkommen des Vaters richtet, aufzubringen. Damit ist ihr für den Fall der Scheidung sowohl die Aufgabe der alleinigen Kinderbetreuung als auch die Sorge für ihren eigenen Unterhalt und gleichzeitig den des gemeinsamen Kindes zugewiesen worden. Dieser deutlichen Belastung der Beschwerdeführerin hat die Entlastung des Ehemannes vom etwaigen Unterhaltsanspruch der Beschwerdeführerin wie auch von dem über 150 DM hinausgehenden des Kindes gegenüberstanden. Dadurch wurde er angesichts der damaligen Regelbetragshöhe sogar besser gestellt als der Vater eines nichtehelichen Kindes. Das Gericht hat diese Vertragskonstellation unter Hinweis auf die Eheschließungsfreiheit nicht zum Anlass für eine Kontrolle des Vertragsinhalts genommen und dadurch verkannt, dass diese Freiheit nicht die Freiheit zur unangemessenen einseitigen vertraglichen Interessendurchsetzung eröffnet.

II.

Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht den Schutz aus Art. 6 Abs. 2 GG außer Acht gelassen, der vertraglichen Abreden von Eltern im Interesse des Kindeswohls Grenzen setzt.

1. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG begründet für die Eltern gleichermaßen das Recht wie die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder (vgl. BVerfGE 24, 119 <143 f.>). Diese den Eltern zuvörderst zugewiesene Verantwortung hat dem Kindeswohl zu dienen, ist also ein Grundrecht im Interesse des Kindes (vgl. BVerfGE 59, 360 <382>; 75, 201 <218>). Das Recht der Eltern auf freie Gestaltung ihrer Sorge für das Kind verdient deshalb dort keinen Schutz, wo sich Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind entziehen und eine Vernachlässigung des Kindes droht (vgl. BVerfGE 24, 119 <143 f.>). Erreicht das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß, dass das Kindeswohl nachhaltig gefährdet ist, ist der Staat in Wahrnehmung seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen, denn das Kind als Grundrechtsträger hat Anspruch auf staatlichen Schutz vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts (vgl. BVerfGE 24, 119 <144>; 55, 171 <179>; 72, 122 <134>). Dabei bestimmen sich die Schutzmaßnahmen nach dem Ausmaß des elterlichen Versagens und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist (vgl. BVerfGE 24, 119 <144 f.>; 60, 79 <91, 93>).

Zur Verantwortung der Eltern gehört auch, für einen ihrem eigenen Vermögen gemäßen und zugleich angemessenen Unterhalt des Kindes, zu sorgen und seine Betreuung sicherzustellen (vgl. BVerfGE 68, 256 <267>; 80, 81 <90 f.>). Wie Eltern diese Aufgaben unter sich aufteilen und ob sie dabei personelle Unterstützung durch Dritte heranziehen, liegt in ihrer Entscheidungsfreiheit (vgl. BVerfGE 47, 46 <70>; 68, 256 <267 f.>; 99, 216 <231 f.>). Dies gilt auch für den Fall der Scheidung. Treffen Eltern für diesen Fall eine vertragliche Vereinbarung, haben sie aus Verantwortung ihrem Kinde gegenüber Sorge dafür zu tragen, dass die regelmäßig mit der Trennung der Eltern verbundenen seelischen Belastungen des Kindes nach Möglichkeit gemildert werden und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung gefunden wird (vgl. BVerfGE 31, 194 <205>; 61, 358 <372 f.>).

2. Soll nach dem Willen der Eltern im Falle der Scheidung ein Elternteil die alleinige Sorge für das gemeinsame Kind tragen sowie dessen Betreuung übernehmen und vereinbaren die Eltern für diesen Fall eine Freistellung des nicht betreuenden Elternteils vom Kindesunterhalt durch den Betreuenden, werden sie ihrer Verantwortung dem Kinde gegenüber nicht gerecht und gefährden dessen Wohl, wenn dadurch eine den Interessen des Kindes entsprechende Betreuung und ein den Verhältnissen beider Eltern angemessener Barunterhalt nicht mehr sichergestellt sind.

a) Unterhaltszahlungen für das Kind haben sich auszurichten an dem Leistungsvermögen des Unterhaltspflichtigen und dem Bedürfnis des Kindes (s. § 1602 Abs. 2, §§ 1603, 1610 BGB). Ihre Höhe wird damit auch durch die soziale Lage der Eltern bestimmt und ist als solche kein Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung. Auch in finanziell beengten Verhältnissen kann ein Kind eine gedeihliche Entwicklung durch die Pflege und Erziehung seiner Eltern im Rahmen ihrer Möglichkeiten erfahren, wobei gegebenenfalls staatliche Leistungen die familiäre finanzielle Grundsicherung gewährleisten.

Wie Eltern ihre Erziehungsverantwortung erfüllen und wie sie dabei die Lebensumstände des Kindes ausgestalten, liegt in ihrer primären Entscheidungszuständigkeit nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, die auf der Erwägung beruht, dass sie in aller Regel die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen. Dies gilt auch dann, wenn dem Kind durch sie nicht die nach ob-

jektiven Maßstäben bestmögliche Förderung zuzukommen scheint (vgl. BVerfGE 34, 165 <184>; 60, 79 <94>). Halten Eltern den Lebensstandard ihres Kindes im Verhältnis zu ihrem Einkommen beispielsweise als Ausdruck ihrer Erziehungsvorstellungen zur Förderung der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes niedrig, so rechtfertigt dies allein kein staatliches Eingreifen. Werden die finanziellen Mittel für die Lebensbedarfsdeckung des Kindes von den Eltern allerdings nur deshalb in nachhaltiger Weise eingeschränkt, weil zumindest ein Elternteil sich der Sorge um sein Kind auch finanziell entziehen will, ist dies nicht mehr eine Form der elterlichen Interessenwahrnehmung für das Kind. Will der Elternteil sich der Aufgabe, die Interessen des Kindes zu wahren, entledigen, gebietet es Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, staatlicherseits zum Schutze des Kindeswohls tätig zu werden.

b) Die Freistellung eines Elternteils vom Kindesunterhalt durch den anderen hat rechtlich allerdings keine Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine Eltern. Tatsächlich verändert sich die wirtschaftliche Lage des Kindes jedoch wesentlich, wenn der betreuende Elternteil nicht über erhebliche finanzielle Mittel verfügt. Denn trifft diese vertragliche Verpflichtung den betreuenden Elternteil, erhält dieser nicht nur keine Zahlungen zur Unterhaltsdeckung des Kindes vom anderen Elternteil, sondern sein ihm selbst zur Verfügung stehendes Einkommen wird gleichzeitig durch diese Verpflichtung zur Abdeckung des Kindesunterhalts gemindert und wirkt de facto wie ein Unterhaltsverzicht. Das dem gemeinsamen Haushalt von betreuendem Elternteil und Kind zur Verfügung stehende Einkommen sinkt hierdurch deutlich. Darüber hinaus ist für die Betreuung des Kindes Sorge zu tragen, sodass die Möglichkeit zu weiterem Erwerb begrenzt ist.

c) Führt die Vereinbarung der Eltern dazu, dass der sorgende Elternteil im Falle der Scheidung wegen der Übernahme der Kindesunterhaltslasten vom anderen Elternteil seinen Unterhalt und den des Kindes nicht mehr durch Einkünfte decken oder aus Vermögen bestreiten kann, beeinträchtigt dies die Lebensumstände des Kindes in einer der Elternverantwortung zuwiderlaufenden Weise.

Will der sorgende Elternteil das Kind persönlich betreuen, damit das Kind nach der Trennung von einem Elternteil nicht auch noch auf die Betreuung durch den anderen verzichten muss, führt dies bei jüngeren Kindern zwangsläufig zur Einschränkung oder Unmöglichkeit seiner außerhäuslichen Erwerbstätigkeit und damit zur Reduzierung oder zum Wegfall eigenen Einkommens. Nur wenn das so verbleibende Einkommen noch ausreicht, um auch den Unterhaltsbedarf des Kindes zu decken, oder wenn der Einkommenswegfall durch Vermögen oder eigene Unterhaltsansprüche ausgeglichen werden kann, bleiben auch bei einer Freistellungsvereinbarung sowohl die Betreuung als auch die Versorgung des Kindes gesichert. Ist dies jedoch nicht der Fall und verzichtet der sorgende Elternteil zusätzlich zur Freistellung auch auf eigenen nahehelichen Unterhalt, zwingen ihn die durch die Abrede verursachten Umstände dazu, entweder die Betreuung des Kindes in fremde Hände zu geben oder mit dem Kind unter Verhältnissen zu leben, die dessen Entwicklungsmöglichkeiten weit mehr einschränken, als es dem gemeinsamen elterlichen Vermögen entsprechen würde. Beide Handlungsoptionen beeinträchtigen die Interessen des Kindes nachhaltig und sind Folge mangelnder elterlicher Verantwortung gegenüber dem Kind.

Auch dann, wenn der sorgende Elternteil einer Erwerbstätigkeit nachgehen und das Kind in Obhut geben will, ist eine durch die Freistellungsabrede eintretende Beeinträchtigung

der Kindesinteressen nur auszuschließen, wenn das zu erzielende Einkommen ausreicht, um ohne erhebliche Einschränkungen des eigenen Unterhalts auch die Betreuungskosten und den angemessenen Lebensunterhalt für das Kind sicherstellen zu können. Ist dies bei Vereinbarung der Freistellung erkennbar nicht gewährleistet, gefährdet auch hier die elterliche Vertragsabrede das Kindeswohl.

3. Dies hat das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, obwohl die Situation der Beschwerdeführerin bei Ehevertragsabschluss Anlass für eine entsprechende Prüfung geboten hat. Es hat sich damit begnügt, darauf hinzuweisen, dass der Anspruch des Kindes auf Unterhalt durch eine Freistellungsvereinbarung nicht berührt wird. Dies ist zwar rechtlich zutreffend, lässt aber schon unberücksichtigt, ob die Mutter den konkreten Anspruch ohne übermäßige Anstrengungen oder erhebliches Absinken des familiären Lebensstandards erfüllen kann. Es hat letztlich nicht bedacht, dass die Freistellung Einfluss auf die Realisierung dieses Kindesanspruchs und damit auf die Interessen des Kindes nehmen kann. So hat das Oberlandesgericht außer Acht gelassen, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schon ein eigenes Kind zu versorgen hatte und ihr mit der Abrede für den Fall der Scheidung die Sorge für die Kinder sowie die Bestreitung ihres eigenen Lebensunterhalts und des gesamten Unterhalts beider Kinder aufgebürdet wurde. Angesichts ihrer eher bescheidenen Verdienstmöglichkeit als kaufmännische Angestellte hätte sich dem Gericht die Frage aufdrängen müssen, ob die Freistellung unter solchen Umständen nicht die Interessen des gemeinsamen Kindes verletzt und der den Eltern obliegenden Verantwortung zuwiderläuft. Damit hat es Umfang und Bedeutung des Schutzes durch Art. 6 Abs. 2 GG vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts zu Lasten des Kindeswohls verkannt.

Anmerkung:

(Soweit nachfolgend Absatzziffern zitiert werden, beziehen diese sich auf die amtliche Nummerierung der Internet-Veröffentlichung unter www.bundesverfassungsgericht.de)

Das vorliegende Urteil hat erhebliche Bedeutung für die notarielle Beurkundung von Eheverträgen, obwohl es keinen solchen betrifft. Die Parteien des Ausgangsrechtsstreits hatten eine privatschriftliche Vereinbarung getroffen, worin die schwangere Frau auf naheheliche Unterhaltsansprüche verzichtet hatte und sich darüber hinaus verpflichtet hatte, den Kindsvater von Unterhaltsansprüchen des Kindes freizustellen, soweit sie einen Betrag von DM 150,- übersteigen sollten. Die Entscheidung betrifft unmittelbar nur den zweiten Punkt. Das OLG Stuttgart hatte auf Klage des Kindsvaters, die in ersten Instanz abgewiesen worden war, die geschiedene Mutter am 28.11.1991 (16 UF 280/91, FamRZ 92, 716 = NJW-RR 93, 133) zur Freistellung entsprechend den Bestimmungen des Vertrages verurteilt, ohne die Revision zuzulassen. Hiergegen richtete sich die Verfassungsbeschwerde der Mutter. Die Wirksamkeit des Verzichts auf nahehelichen Unterhalt wurde soweit ersichtlich bisher nicht in Frage gestellt. Die Mutter hatte allerdings unmittelbar nach Beendigung des Mutterschutzes, also ganz zu Beginn der Ehe, wieder eine volle Berufstätigkeit als kaufmännische Angestellte aufgenommen. Die ersten Veröffentlichungen in der Presse zu diesem Urteil erwecken aber den Eindruck, als habe das Bundesverfassungsgericht Unterhaltsverzicht von Schwangeren generell für nichtig erklärt.

Für die Entscheidung ist im Ergebnis wohl folgende Überlegung ausschlaggebend gewesen: Die geschiedene Ehefrau hatte sich und ihr Kind durch die Unterhaltsvereinbarung schlechter gestellt als wenn sie unverheiratet geblieben wäre. Als unverheiratete Mutter hätte sie selbst zwar auch nur den auf längstens ein Jahr begrenzten und unter mehrere Bedingungen gestellten Anspruch des § 1615 I BGB i.d.F. vom 16.8.1969 gehabt, doch wäre sie nicht mit einem Freistellungsanspruch des Kindsvaters belastet gewesen. Der Unterhaltsbetrag, den der Kindsvater endgültig zu tragen bereit war, lag unter der Höhe des damaligen Regelunterhalts für nichteheliche Kinder (vgl. B I. 3., Abs. 44 der Gründe). Der Anspruch des Kindes überstieg aber aufgrund der ehelichen Geburt den Anspruch eines nichtehelichen Kindes und richtete sich nach dem Einkommen des Vaters und nicht dem – niedrigeren – der Mutter. Die Vereinbarung wirkte also nicht nur wirtschaftlich wie ein Verzicht auf Verwandtenunterhalt, der bekanntlich schon nach § 1614 BGB unwirksam gewesen wäre, sondern bürdete der Mutter darüber hinaus noch weitere Lasten auf. Von einem Anspruch auf Unterhalt während der Ehe profitierte sie demgegenüber nicht, weil sie – sicher auch im Hinblick auf die geschlossene Vereinbarung – ihre Berufstätigkeit alsbald wieder aufgenommen hatte.

Die Begründung führt aus, worauf noch näher einzugehen sein wird, dass eine krasse Benachteiligung der Frau vorliege, die zustande gekommen sei durch ihre schwangerschaftsbedingte strukturelle Unterlegenheit. Diese habe ihre Handlungsfreiheit, welche von der Privatautonomie vorausgesetzt werde, tatsächlich so wesentlich eingeschränkt, dass das OLG wegen Art. 2 i.V.m. Art. 6 IV GG aufgerufen gewesen sei, der Vereinbarung die Anerkennung zu versagen. Daneben habe die Freistellungsvereinbarung auch wegen Art. 6 I S. 2 GG für nichtig erklärt werden müssen.

Das Urteil wirft für den Praktiker folgende Fragen auf:

1. Sind Vereinbarungen über die Freistellung eines Elternteils von Unterhaltspflichten gegenüber gemeinsamen Kindern durch den anderen generell unwirksam oder nur in bestimmten Fällen?

Freistellungsvereinbarungen bezüglich Kindesunterhalt werden in der notariellen Praxis zwar selten, aber doch gelegentlich gewünscht. Die vom BGH entschiedenen Fälle referiert das BVerfG in A I. 3. b), Abs. 6. Nach BGH ist eine solche Vereinbarung nicht in jedem Fall nichtig. Wie B II 2. c) Abs. 53 und 54 der Gründe erkennen lässt, geht auch das BVerfG nicht von einer generellen Nichtigkeit aus. Prüfungsmaßstab ist das Kindeswohl, Art. 6 II S. 2 GG. Ist bei Abschluss der Vereinbarung erkennbar, dass die angemessene Betreuung des Kindes einschließlich deren Kosten nicht ohne erhebliche Einschränkungen des eigenen Unterhalts des Freistellenden sicherzustellen ist, verdient sie keine rechtliche Anerkennung. Da die Betreuungsbedürftigkeit um so größer ist, je jünger das Kind ist, ergibt sich daraus, dass vor allem Vereinbarungen dieser Art vor der Geburt eines Kindes oder zu einem Zeitpunkt, zu dem das jüngste Kind die 3. Grundschulklasse noch nicht erreicht hat, den betreuenden Elternteil also noch keine Erwerbsobliegenheit trifft, im Regelfall nichtig sein werden. Dies gilt unabhängig vom Bestehen einer Schwangerschaft. Selbst in einem solchen Fall ist dies allerdings nicht zwingend, da das Gesamtbild der Vereinbarung zu berücksichtigen ist. Handelt es sich etwa um eine Scheidungsvereinbarung und wird dem Freistellenden im Gegenzug ein Vermögenswert übertragen, auf den er sonst keinen Anspruch hätte, kann es anders aussehen. Will z.B. ein

Elternteil nach der Scheidung wieder in seine ausländische Heimat zurückkehren, so kann es dem Kindeswohl sehr wohl entsprechen, eine Freistellungsvereinbarung zu schließen, für welche der freistellende Elternteil nicht einmal eine dem Barwert der Unterhaltspflichtung voll entsprechende Gegenleistung erhält. Müsste er nämlich Unterhaltsansprüche des Kindes im Ausland durchsetzen, sind die Erfolgsaussichten in vielen Fällen sehr gering. Bei der Verknüpfung der Freistellung mit einer Übertragung des Sorgerechts auf den Freistellenden ist jetzt andererseits zu beachten, dass der Gesetzgeber – auch angestoßen durch das Bundesverfassungsgericht – mit der Kindschaftsrechtsreform die Grundsatzentscheidung getroffen hat, dass das gemeinsame Sorgerecht beider Eltern dem Kindeswohl am besten dient. Auch wenn § 1671 III Nr. 1 BGB die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil bei Einverständnis beider Eltern für unter 14-jährige Kinder sogar gebietet, kann die Entscheidung BGH FamRZ 1986, 444, die ohnehin einen Sonderfall betraf, der Beratungspraxis wohl kaum mehr zugrundegelegt werden.

2. Ist auch der Verzicht auf nahehelichen Unterhalt, namentlich Kindesbetreuungsunterhalt, nichtig?

Nach der im vorliegenden Urteil ebenfalls zitierten (A I. 3 a der Gründe) Rechtsprechung des BGH ist der Verzicht auf nahehelichen Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB selbst dann grundsätzlich nicht sittenwidrig, wenn die Verzichtende schwanger ist, weil der Mann sich durch Verweigerung der Heirat auf die Pflichten eines nichtehelichen Vaters zurückziehen könne. Zwar kann die Berufung auf einen vorehelichen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gegen Treu und Glauben verstoßen, jedoch billigt der BGH in solchen Fällen nur den notwendigen (im Gegensatz zum angemessenen) Unterhalt zu.

In B I. 3. Abs. 43 der Gründe verweist das Gericht zur Begründung der unangemessenen Belastung der Beschwerdeführerin zunächst auf den Verzicht auf Kindesbetreuungsunterhalt, stützt sein Verdikt aber nachfolgend auf die bereits erwähnte Besserstellung des ehelichen gegenüber dem nichtehelichen Vater. Daraus kann abgeleitet werden, dass das BVerfG jedenfalls unter vergleichbaren Umständen (Schwangerschaft, wirtschaftlich schwache Position der Frau) eine Vereinbarung kassieren würde, nach der die geschiedene Mutter im Ergebnis weniger Rechte hätte, als sie einer nichtehelichen Mutter nach § 1615 I BGB in der jetzt gültigen Fassung zustünden. Darüber hinaus wird eine solche Vereinbarung im Lichte des Art. 3 GG (der sonst zu Art. 6 I GG subsidiär ist, *Seifert-Hömig*, Rdnr. 3 zu Art. 6 GG) aber auch in den meisten Fällen, in denen die Frau bei Abschluss noch nicht schwanger ist, jedenfalls insoweit ohne Anerkennung bleiben, als ihre Position schlechter ist als die einer nichtehelichen Mutter. Dies muss allerdings auch weiterhin nicht zwangsläufig heißen, dass der gesamte Unterhaltsverzicht nach § 138 BGB nichtig ist. Unabhängig von der Aufnahme einer § 139 BGB ausschließenden Heilungsklausel kommt nach wie vor die Korrektur im Rahmen des § 242 BGB in Betracht, mit der Folge, dass die Vereinbarung lediglich so angepasst wird, dass die oder der Verzichtende so gestellt wird, wie sie bzw. er bei der Betreuung eines nichtehelichen Kindes stünde (Beachte: Gemäß § 1615 I V BGB kann jetzt auch der Vater anspruchsberechtigt sein!).

Es darf aber nicht verkannt werden, dass ein vollständiger Verzicht auf Kindesbetreuungsunterhalt eine Inhaltskontrolle und damit das Nichtigkeitsverdikt geradezu provoziert. Bei

notarieller Beurkundung wird ein solcher vollständiger Verzicht seitens einer gebärfähigen Frau kaum mehr vorkommen. Ich kann mich lediglich an einen Fall erinnern, in dem sich allerdings die Frau gegen jede weitere Vorhaltung meinerseits verwahrte und auf dem vollständigen Verzicht bestand. Häufig werden aber Beschränkungen der Dauer oder der Höhe des Kindesbetreuungsunterhalts gewünscht. Hierzu wurde bereits auf dem Dt. Notartag 1998 von einem Mitglied des zuständigen Senats einerseits die Erwartung geäußert, dass der BGH bei seiner bisherigen Linie der grundsätzlichen Aufrechterhaltung von Unterhaltsverzicht bleibe, andererseits aber die Frage aufgeworfen, ob der gleichwohl im Rahmen der sogenannten Ausübungskontrolle im Einzelfall zugebilligte Unterhaltsanspruch des Verzichtenden auf den notwendigen Unterhalt beschränkt bleiben könne (*Gerber, DNotZ 1998, Sonderheft zum Dt. Notartag, S. 288*). Solche Überlegungen werden nun zumindest in der Literatur mit Sicherheit wieder aufgegriffen werden. Der Rechtsprechung ist hier zu großer Zurückhaltung zu raten, damit sich nicht die Bemühung um den Schutz der Familie in ihr Gegenteil verkehrt und noch weniger Elternpaare heiraten. Immerhin ist der Unterhalt nach § 1615I Abs. 2 BGB zwar grundsätzlich auf einen Zeitraum von 3 Jahren seit der Geburt beschränkt, aber nur „sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen“. Dies ist der verfassungskonforme Maßstab des Gesetzgebers für die Angemessenheit von Unterhaltsverzichten.

Soweit der Unterhaltsverzicht sich auf sonstige Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt erstreckt, ist dem Urteil nichts zu entnehmen, wonach eine solche Vereinbarung ohne das Hinzutreten besonderer Umstände unwirksam sein könnte. Das Gericht hätte sein Urteil im vorliegenden Fall allerdings allein auf die Missachtung des Kindeswohls und damit vorrangig auf Art. 6 II S. 2, ev. i.V.m. Art. 6 IV GG stützen können. Es hat aber sehr eingehend begründet, warum die Vereinbarung auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 I GG unwirksam sei. Die Schwangerschaft begründet nach der ausführlich unter Berufung auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse begründeten Ansicht des Gerichts eine strukturelle Unterlegenheit jeder Frau in dieser Lage. Wichtig ist die Feststellung, dass das Gericht sich gehütet hat, die These von der strukturellen Unterlegenheit jeder Frau in jeder Lebenslage zu bestätigen (vgl. zu dieser Diskussion *Grziwotz, Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft, DNotZ Sonderheft zum Dt. Notartag 1998, S. 228, 261 ff.*) Das Gericht knüpft mit seiner Begründung an sein Urteil zur Sittenwidrigkeit der Verwandtenbürgschaft an (*NJW 1994, 36*). Dort wird festgestellt (C 2 II b, S. 38), dass die Gerichte im Lichte des Art. 2 I GG zur Inhaltskontrolle von Verträgen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung verpflichtet sind, wenn eine typisierbare Fallgestaltung vorliegt, die auf eine strukturelle Unterlegenheit eines Vertragsteils schließen lässt und die Folgen des Vertrags für den unterlegenen Vertragsteil besonders belastend sind.

Daraus kann gefolgert werden, dass ein Unterhaltsverzicht, den eine Frau im Zustand der Schwangerschaft unterschreibt, auch hinsichtlich solcher Ansprüche unwirksam sein kann, die über den Gehalt des § 1615I BGB hinausgehen. Insofern stellt sich die nächste Frage:

3. Kommt es für die Beurteilung auf die Umstände des Vertragsschlusses an, insbesondere ob die Vereinbarung notariell beurkundet wurde?

Das vorliegende Urteil spricht die notarielle Beurkundung nur einmal indirekt an, indem es die Erforderlichkeit der Inhalts-

kontrolle unter B I. 2. a) Abs. 33 der Gründe zusätzlich damit begründet, dass der Gesetzgeber bei ehevertraglichen Vereinbarungen über Unterhaltslasten anders als bei Abreden über den Zugewinn und den Versorgungsausgleich davon abgesehen habe, durch Formerfordernisse einen „gewissen Schutz“ vor Übervorteilung eines Vertragsteils zu bieten. Es ist davon auszugehen, dass die Inhaltskontrolle auch bezüglich notarieller Verträge durchgeführt werden wird, wenn die vorstehend beschriebenen Elemente strukturelle Unterlegenheit und einseitige Belastung des unterlegenen Vertragsteils festgestellt werden.

Die vorliegende Entscheidung unterscheidet allerdings nicht klar zwischen Voraussetzungen und Ergebnis der Inhaltskontrolle. Hier kann nun wieder BVerfG NJW 94, 36 herangezogen werden, wo es auf S. 39 wörtlich heißt: „Bei so ausgeprägter Unterlegenheit eines Vertragspartners kommt es entscheidend darauf an, auf welche Weise der Vertrag zustande gekommen ist und wie sich insbesondere der überlegene Vertragspartner verhalten hat.“ Im seinerzeit zu entscheidenden Fall wurde namentlich gerügt, dass die Bank als überlegener Vertragspartner den Bürgen nicht auf die Risiken des Vertragsschlusses hingewiesen hatte. Aus alledem kann gefolgert werden, dass es im Rahmen der Durchführung der Inhaltskontrolle sehr wohl einen Unterschied macht, wenn die Vereinbarung notariell beurkundet wurde, da der Notar dann über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehrt und darauf achtet, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden, § 17 BeurkG.

Die Formulierung des BVerfG, wonach die notarielle Form „einen gewissen Schutz“ biete, lässt allerdings auch Skepsis erkennen, ob dies den Notaren immer ausreichend gelingt. Die Entscheidung erinnert die Notare an ihre besondere Verantwortung bei der Beurkundung von Eheverträgen und legt ihnen indirekt nahe, die Wahrnehmung dieser Verantwortung gut zu dokumentieren. Aus B I. 2. d) Abs. 39 ff. der Entscheidung kann beispielsweise gefolgert werden, dass der Notar gut daran tut, in Zukunft eine bestehende Schwangerschaft und die Lebensplanung der Ehegatten in der Urkunde festzuhalten. Auch das Verfahren, wie der Vertrag zustande gekommen ist, könnte festgehalten werden. Hierzu bietet sich an, die Aufbewahrung der Nebenakte über den üblichen Zeitraum hinaus zu verfügen, wie es § 5 IV der neuen Dienstordnung ausdrücklich gestattet. (Zum Verfahren bei der Beurkundung von Eheverträgen siehe im übrigen meinen Beitrag „Mediation und Beurkundungsverfahren in Ehesachen“ in *Gräfin Schlieffen/Wegmann, Hrsg., Mediation für Notare*, erscheint demnächst.)

Die Streitgegenständliche Vereinbarung wäre allerdings auch bei notarieller Beurkundung nichtig gewesen, weil die Eltern ihre Verpflichtung aus Art. 6 II GG gegenüber dem Kind missachtet haben (siehe oben 2.). Deswegen machte es auch keinen Unterschied, dass die Vereinbarung durch einen Rechtsanwalt entworfen worden war, den die Beschwerdeführerin beauftragt hatte. Tatsächlich wäre diese Vereinbarung aber mit größter Wahrscheinlichkeit so nicht beurkundet worden. Es bleibt zu wünschen, dass der Gesetzgeber nun endlich die Konsequenzen zieht und für Verträge über Unterhaltungspflichten nach der Scheidung zwischen Ehegatten den Schutz der notariellen Beurkundung vorschreibt, so wie es auch der Deutsche Familiengerichtstag zuletzt gefordert hat (Empfehlung B. III b) des 13. Deutschen Familiengerichtstages, *NJW 2000, 1464, 1466*).

Notar Dr. Joachim Schervier, M.C.L./
George Washington Univ., Landshut

10. BGB § 1586 b Abs. 1 Satz 3 (*Haftungsgrenze der Unterhaltspflicht des Erben*)

In die Berechnung der Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB sind (fiktive) Pflichtteilergänzungsansprüche des Unterhaltsberechtigten gegen den Erben einzubeziehen.

BGH, Urteil vom 29.11.2000 – XII ZR 165/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin ist die Witwe und Alleinerbin des am 30.10.1993 verstorbenen Harald J. (im Folgenden: Erblasser), der von 1958 bis 1983 mit der Beklagten verheiratet war.

Im Scheidungsverfahren hatte sich der Erblasser durch gerichtlichen Vergleich vom 13.9.1983 verpflichtet, der Beklagten ab Rechtskraft der Scheidung Unterhalt in Höhe von monatlich 800 DM zu zahlen. Nach dem Tod des Erblassers ließ die Beklagte den Unterhaltstitel nach § 727 ZPO gegen die Klägerin umschreiben.

Mit ihrer im Oktober 1994 erhobenen Abänderungsklage erstrebte die Klägerin den Wegfall der titulierten Unterhaltspflichtung mit der Begründung, zum einen sei die Unterhaltspflichtung inzwischen entfallen, weil die Beklagte ihren Unterhalt wieder durch eigene Erwerbstätigkeit sicherstellen könne und sich zudem ihre Lebensgemeinschaft mit dem Zeugen M. inzwischen verfestigt habe. Zum anderen hafte sie, die Klägerin, als Erbin nicht über den Betrag hinaus, der dem Pflichtteil entspreche, welcher der Beklagten zugestanden hätte, wenn deren Ehe nicht geschieden worden wäre (§ 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB). Diese Haftungsgrenze sei inzwischen erreicht, denn ein fiktiver Pflichtteilergänzungsanspruch wegen des ihr vom Erblasser 1987 geschenkten Hausgrundstücks sei im Rahmen dieser Vorschrift nicht zu berücksichtigen.

Das Familiengericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg, soweit sie den Wegfall der Unterhaltspflicht für die Zeit ab 1.8.1997 begehrte und ihr im Übrigen die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlass des Erblassers vorbehalten wurde. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die das Berufungsgericht wegen der Frage zugelassen hat, ob bei der Berechnung des fiktiven Pflichtteils im Rahmen des § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB auch ein fiktiver Pflichtteilergänzungsanspruch zu berücksichtigen ist. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

3. Die Revision hat (...) Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht bei der Berechnung der Haftungsgrenze des § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB Pflichtteilergänzungsansprüche nicht berücksichtigt hat.

Diese Auffassung wird zwar von Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertreten (vgl. OLG Celle OLG-Report 1995, 88, 90 – obiter dictum –; AG Bottrop FamRZ 1989, 1009 f.; MünchKomm-BGB/Maurer 4. Aufl. § 1586b Rdnr. 8; *Palandt/Diederichsen*, BGB § 1586b Rdnr. 6 bis zur 58. Aufl. und *Palandt/Edenhofer* 59. Aufl. Rdnr. 4 vor § 2303; *Soergel/Häberle*, BGB 12. Aufl. Nachtrag 1996 § 1586b Rdnr. 7; RGRK-BGB/Cuny a.a.O. § 1586b Rdnr. 12; *Erman/Dieckmann* 10. Aufl. § 1586b Rdnr. 10; *Dieckmann* FamRZ 1977, 161, 171; *Griesche* in FamGb § 1586b BGB Rdnr. 10; FamK-Rolland/Hülsmann § 1586b Rdnr. 7; *Roessink*, Die passive Vererblichkeit des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten gemäß § 1586b BGB, Diss. S. 113; *Frenz* MittRh-NotK 1995, 227, 228 und ZEV 1997, 450).

Der Senat vermag sich dieser Auffassung aber aus den von der Gegenmeinung vertretenen Gründen nicht anzuschließen (vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB 59. Aufl. § 1586b Rdnr. 7;

Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts 4. Aufl. § 30 XIII 2; *Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht 3. Aufl. § 1586b BGB Rdnr. 8; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts 3. Aufl. IV, Rdnr. 1234; *Derleder in Böhmer/Coester*, FamR § 1586b Rdnr. 1; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht 4. Aufl. § 12 VI 2 c = S. 251; *Staudinger/Baumann*, BGB 12. Aufl. [1999] § 1586b Rdnr. 35; *Kahlert*, § 1586b BGB in der Rechtspraxis, Diss. 1997 S. 155–160 mit ausführlicher Begründung).

a) Obwohl § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB nur den „Pflichtteil“ erwähnt, steht der Wortlaut dieser Vorschrift der entsprechenden Anwendung der §§ 2325 ff. BGB nicht entgegen. Zwar ist der Pflichtteilergänzungsanspruch ein selbständiger Anspruch, der neben dem Pflichtteilsanspruch und unabhängig von diesem besteht; es handelt sich nicht etwa nur um einen Rechnungsposten eines einheitlichen Anspruchs (vgl. BGHZ 103, 333, 337; 132, 240, 244). Beide Ansprüche sind einander jedoch weitgehend wesensgleich, und bereits der Umstand, dass beide im 5. Abschnitt des 5. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches unter der Überschrift „Pflichtteil“ geregelt sind, rechtfertigt es, den Pflichtteilergänzungsanspruch als einen außerordentlichen Pflichtteilsanspruch zu bezeichnen (vgl. *Palandt/Edenhofer* a.a.O. § 2325 Rdnr. 2), denn mit dem Pflichtteilergänzungsanspruch wird der Pflichtteil als solcher verlangt, wenn auch in anderer Höhe und Ausdehnung (vgl. BGH, Urteile vom 23.2.1972 – IV ZR 135/70 – NJW 1972, 760, 761 m.N. und vom 29.5.1974 – IV ZR 163/72 – NJW 1974, 1327).

Zudem richtet sich die Verjährung sowohl des Pflichtteilsanspruchs als auch des Pflichtteilergänzungsanspruchs nach § 2332 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BGHZ 103, 333, 335), obwohl der Wortlaut dieser Vorschrift – ebenso wie § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB – nur den „Pflichtteil“ erwähnt. Die Formulierung der zuletzt genannten Vorschrift steht daher (entgegen AG Bottrop a.a.O. und *Frenz* a.a.O. S. 228) einer weiten, den Pflichtteilergänzungsanspruch umfassenden Auslegung dieses Begriffs nicht entgegen.

b) Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht für eine entsprechende Anwendung der § 2325 ff. BGB. Der Gedanke, die Haftung des Erben des Unterhaltspflichtigen auf die Höhe des fiktiven Pflichtteils der unterhaltsberechtigten ersten Ehefrau zu beschränken, war schon bei den Beratungen der 2. Kommission zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches erwogen, aber letztlich abgelehnt worden (vgl. *Probst*, AcP 191 [1991] 138, 146 ff. m.N.). Das 1. Eherechtsreformgesetz vom 14.6.1976 griff diesen Lösungsvorschlag mit dem heutigen § 1586b BGB wieder auf. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung der Haftung auf den Pflichtteil auf einen Vorschlag von *Beitzke* in der achten Sitzung der Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz am 5./6.12.1969 zurückgeht (vgl. BMJ, Niederschriften der Eherechtskommission Band 2 S. 527) und zwei Kommissionsmitglieder (*Fettweis*, *Diemer-Nicolaus*) dazu sogleich anmerkten, dann müssten auch die Grundsätze der Pflichtteilergänzung berücksichtigt werden, ohne dass sich insoweit Widerspruch erhob (a.a.O. S. 528).

Anhaltspunkte dafür, dass der historische Gesetzgeber den Vorschlag *Beitzkes* übernehmen, dabei die Anwendung der Grundsätze der Pflichtteilergänzung aber ablehnen wollte, sind nicht ersichtlich. Die Begründung des Gesetzentwurfs wäre damit auch nicht vereinbar. Denn die Vererblichkeit des Unterhaltsanspruchs (*sic!*) sollte den Lebensbedarf des geschiedenen Ehegatten über den Tod des Verpflichteten hinaus

„in ähnlicher Weise sicher(zu)stellen, wie dies bei Fortbestand der Ehe durch erbrechtliche Ansprüche erreicht worden wäre“ (vgl. BT-Drucks. 7/650 S. 152). Durch die als notwendig angesehene Beschränkung des Anspruchs sollte der geschiedene Ehegatte „nicht mehr erhalten, als er gehabt hätte, wenn seine Ehe statt durch Scheidung durch den Tod des Verpflichteten aufgelöst worden wäre“. Die Anknüpfung der Haftungsbegrenzung an den Pflichtteil beruhte auf der Erwägung, dass es dem verstorbenen Verpflichteten ohne weiteres möglich gewesen wäre, den berechtigten Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen, und angenommen werden müsse, dass er von dieser Möglichkeit nach dem Scheitern der Ehe auch Gebrauch gemacht hätte (BT-Drucks. a.a.O. S. 153).

Wenn aber der Lebensbedarf des geschiedenen Ehegatten über den Tod des Verpflichteten hinaus in ähnlicher Weise sichergestellt werden soll, wie dies bei Fortbestand der Ehe durch erbrechtliche Ansprüche erreicht worden wäre, dann ist es allein folgerichtig, bei der Bemessung der Haftungsgrenze des § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB auch einen dem geschiedenen Ehegatten dann zustehenden Pflichtteilergänzungsanspruch zu berücksichtigen. Auch dadurch erhält dieser nicht mehr, als er gehabt hätte, wenn seine Ehe statt durch Scheidung durch den Tod des Verpflichteten aufgelöst worden wäre, so dass der Senat die vom AG Bottrop (a.a.O. S. 1010) aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken wegen einer mit dieser Auslegung angeblich verbundenen Bevorzugung des geschiedenen gegenüber dem neuen Ehegatten nicht zu teilen vermag.

c) Diese Lösung erscheint dem Senat auch allein interessengerecht. Sie nimmt dem Unterhaltspflichtigen den Anreiz, seinen Nachlass durch Schenkungen zu Lebzeiten zu vermindern und so den nach seinem Tode weiterbestehenden, ohnehin beschränkten Unterhaltsanspruch seines geschiedenen Ehegatten zu entwerten (vgl. *Kahlert* a.a.O. S. 157) – eine Gefahr, auf die schon in den Beratungen der Ehrechtsreformkommission hingewiesen worden war (Niederschriften a.a.O. S. 528; vgl. auch *Klingelhöffer* ZEV 1999, 13, 14). Es ist nicht ersichtlich, warum dem Unterhaltspflichtigen eine solche Gestaltung zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten ermöglicht werden sollte, zumal § 2332 Abs. 1 BGB Rechtsgeschäfte unter Lebenden, durch die der künftige Pflichtteilsanspruch gemindert wird, in gleicher Weise als beeinträchtigende Verfügungen ansieht wie den letztwillig bestimmten Ausschluss von der Erbfolge (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1972 a.a.O. S. 760 f.).

11. BGB §§ 2200 Abs. 1, 2270 Abs. 3 (*Auswechslung eines im gemeinschaftlichen Testament ernannten Testamentsvollstreckers*)

- 1. Der überlebende Ehegatte kann den in einem gemeinschaftlichen Testament ernannten Testamentsvollstrecker durch letztwillige Verfügung auswechseln, wenn die wechselbezüglich bedachten Erben dadurch nicht beeinträchtigt werden.**
- 2. Legt der ernannte Testamentsvollstrecker sein Amt nieder, kann ein Ersuchen des Erblassers an das Nachlassgericht, einen neuen Testamentsvollstrecker zu ernennen (§ 2200 Abs. 1 BGB), zu verneinen sein, wenn nach Einschätzung des eingesetzten Testamentsvoll-**

streckers eine vollständige Abwicklung des überwiegend verteilten Nachlasses unter den Miterben ohne gerichtliche Auseinandersetzung nicht möglich ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 6.11.2000 – 15 W 188/00 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Erblasserin und ihr Ehemann Ernst R. hatten unter dem 14.8.1987 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich unter II. zu alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzten. In Ziffer VIII Nr. 1 ordnete Herr Ernst R. für den Fall seines Vorversterbens für seinen Nachlass Testamentsvollstreckung an und ernannte den Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Dr. P. aus W. zum Testamentsvollstrecker, dessen wesentliche Aufgabe die Verwaltung des Nachlasses sein sollte. Des Weiteren wurde unter VIII Nr. 2 Abwicklungstestamentsvollstreckung auf den Tod des Längstlebenden angeordnet, wobei ebenfalls Dr. P. Testamentsvollstrecker sein sollte. In VIII Nr. 3 heißt es:

„Sollte Herr Dr. P. nicht in der Lage sein, das Amt gemäß 1. und/oder 2. zu versehen oder die Übernahme ablehnen, soll die D.-Treuhand-Gesellschaft AG, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, Testamentsvollstrecker sein. Für sie gelten die vorstehenden Anordnungen in gleicher Weise.“

Nachdem Herr Ernst R. 1991 verstorben war, wurde Dr. P. am 14.4.1992 vom Amtsgericht zum Testamentsvollstrecker bestellt. Er erklärte die Kündigung dieses Amtes mit Wirkung zum 30.4.1994 und bat um Bestellung eines Nachfolgetestamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht, da auch die im Testament benannte Treuhand-Gesellschaft AG (im Folgenden: Treuhand AG) erklärt hatte, das Ersatzvollstreckeramt nicht zu übernehmen. Nachdem das Amtsgericht in einem Schreiben vom 15.4.1994 die Auffassung vertreten hatte, das Testament sei dahin auszulegen, dass die Treuhand AG ermächtigt sei, den Nachfolger des Testamentsvollstreckers zu benennen, und Frau Martha R. darum gebeten hatte, den Beteiligten zu 5) zum Testamentsvollstrecker zu bestimmen, wurde er von der Treuhand AG vorgeschlagen. Sodann wurde ihm unter dem 5.8.1994 vom Amtsgericht ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt.

Nachdem die Erblasserin unter dem 28.12.1993 sowie unter dem 28.7.1995 jeweils eine Ergänzung zum gemeinschaftlichen Testament verfasst hatte, schloss sie am 4.7.1996 – unter anderem mit dem Beteiligten zu 5) – einen notariellen Erbvertrag. In Ziffer I dieses Vertrages erklärte sie, sie habe – abgesehen vom gemeinschaftlichen Testament – die von ihr errichteten Verfügungen von Todes wegen auf. Unter Ziffer VIII gab sie folgende Erklärung ab:

„Ich ordne Testamentsvollstreckung neu wie folgt an: Zu Testamentsvollstreckern ernenne ich den Erschienenen zu 2), Herrn Rechtsanwalt Dr. B., und, falls dieser vorversterben sollte, den jeweils ältesten Anwaltskollegen seiner Sozietät, ferner Herrn Rechtsanwalt U.“

Nachdem die Erblasserin 1996 verstarb, beantragten der Beteiligte zu 5) und Rechtsanwalt U. ein gemeinschaftliches Testamentsvollstreckerzeugnis, hilfsweise dessen Erteilung allein an den Beteiligten zu 5). Das Amtsgericht beschloss am 13.5.1997 unter Zurückweisung des Hauptantrages, dass allein dem Beteiligten zu 5) ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen sei, da die durch den Erbvertrag erfolgte Ernennung des Rechtsanwalts U. zum weiteren Testamentsvollstrecker gegen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments verstoße.

Mit Schreiben vom 10.3.1999 beantragte die Beteiligte zu 1) beim Amtsgericht die Einsetzung eines neuen Testamentsvollstreckers mit der Begründung, sie sei vom Beteiligten zu 5) gegenüber den Miterben deutlich benachteiligt worden. Mit Schreiben vom 1.4.1999 erklärte der Beteiligte zu 5), er werde zum 10.4.1999 sein Testamentsvollstreckeramt niederlegen. Er führte aus, dass der Nachlass bis auf ein unbebautes Restgrundstück und Geldbeträge von über 130.000,00 DM verteilt sei. Soweit Einigkeit zwischen den Geschwistern über die Verteilung des Nachlasses bestanden habe, sei die Verteilung vorgenommen worden; hinsichtlich des nicht verteilten Restes sei unter Beteiligung mehrerer Rechtsanwälte mehrfach vergeblich versucht worden, eine Einigung zu erzielen; eine solche sei

jedoch nicht in Sicht. Entsprechend seiner Ankündigung reichte der Beteiligte zu 5) sein Testamentsvollstreckerzeugnis unter dem 12.4.1999 zurück.

Inzwischen hatte die Beteiligte zu 1) mit weiterem Schreiben vom 7.4.1999 im Hinblick auf die angekündigte Niederlegung der Testamentsvollstreckung den Antrag auf Ernennung eines neuen Testamentsvollstreckers wiederholt.

Durch Beschluss vom 16.6.1999 lehnte das Amtsgericht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ab.

Dagegen legte der Beteiligte zu 2) mit Schreiben vom 2.2.2000 Beschwerde ein, mit der er sich darauf berief, dass das gemeinschaftliche Testament der Eltern zwingend Abwicklungsvollstreckung vorsehe. Er schlug vor, Rechtsanwalt F. mit der Testamentsvollstreckung über das Restvermögen zu beauftragen, der sich dazu bereit erklärte. Der Beteiligte zu 3) schloss sich den Ausführungen des Beteiligten zu 2) an. Die Beteiligte zu 1) führte aus, dass sie nicht sicher sei, ob eine Einigung mit den Beteiligten zu 2) und 3) und Herrn Rechtsanwalt F. möglich sei. Der Beteiligte zu 5) verteidigte die Entscheidung des Amtsgerichts.

Das Landgericht hat die ihm mit Nichtabhilfeverfügung des Amtsgerichts vorgelegte Beschwerde des Beteiligten zu 2) durch Beschluss vom 20.4.2000 zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die mit Anwaltsschriftsatz vom 11.5.2000 eingelegte weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2), mit der er sein bisheriges Vorbringen vertieft. Der Beteiligte zu 3) hat sich der Begründung der weiteren Beschwerde angeschlossen, während die Beteiligte zu 1) mit Anwaltsschriftsatz vom 10.8.2000 mitgeteilt hat, dass sie ihren Antrag auf Benennung des Nachfolgetestamentsvollstreckers nicht weiterverfolge. In der Sache blieb die weitere Beschwerde ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. In der Sache selbst hat das Landgericht die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, der Regelung in Ziffer VIII des Erbvertrages vom 4.7.1996 sei im Wege der Auslegung nicht zu entnehmen, dass im Falle des Niederlegens des Amtes oder des sonstigen Ausscheidens (außer durch Tod) des ernannten Testamentsvollstreckers das Nachlassgericht ersucht sein soll, einen neuen Testamentsvollstrecker zu benennen.

Diese knapp gehaltene Begründung des Landgerichts erweist sich im Ergebnis als tragfähig.

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die maßgebliche Regelung zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers für die Abwicklungsvollstreckung nicht im gemeinschaftlichen Testament vom 14.8.1987, sondern im Erbvertrag vom 4.7.1996 enthalten ist.

aa) Die Frage der Wirksamkeit des Erbvertrages kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Die in ihm enthaltene Bestimmung des Testamentsvollstreckers wird von der Wirksamkeit der übrigen Regelungen nicht berührt. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers erfolgt durch einseitige Verfügung des Erblassers. Dies gilt auch dann, wenn sie – wie hier – in einem Erbvertrag enthalten ist (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 59. Aufl., § 2197 Rdnr. 1). Ob die Frage, wie sich eine Unwirksamkeit des übrigen Vertragsinhalts auf die Testamentsvollstreckerernennung auswirken würde, im vorliegenden Fall nach § 2085 BGB oder nach § 140 BGB zu beurteilen wäre (vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2085 Rdnr. 7, § 2298 Rdnr. 2), bedarf keiner Entscheidung. Denn eine ergänzende Auslegung des Willens der Erblasserin ergibt, dass sie die in dem Erbvertrag enthaltene Testamentsvollstreckerbestimmung auch unabhängig von den übrigen Regelungen gewollt hätte. Dafür spricht zum einen, dass es der Erblasserin bei der

Benennung des Herrn Dr. B., der bereits mit der Verwaltungsvollstreckung nach dem vorverstorbenen Ehemann betraut war – wie die Personenidentität des Testamentsvollstreckers zeigt –, insbesondere um Kontinuität bei der gesamten Testamentsvollstreckung ging. Die Unabhängigkeit dieses Willens von weiteren Bestimmungen im Erbvertrag wird zudem dadurch deutlich, dass die Erblasserin bereits in der Ergänzung vom 28.12.1993 zum gemeinschaftlichen Testament, die ausschließlich Regelungen zur Testamentsvollstreckung enthielt, Herrn Dr. B. zum Testamentsvollstrecker bestimmt hatte.

bb) Der Gesichtspunkt der Wechselbezüglichkeit der Bestimmungen im gemeinschaftlichen Testament – nach dessen Ziffer VI Abs. 1 sollten sämtliche darin enthaltenen Verfügungen wechselbezüglich sein – steht der Wirksamkeit der späteren, im Erbvertrag enthaltenen Testamentsvollstreckerernennung nicht entgegen. Aus § 2270 Abs. 3 BGB folgt, dass die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Testamentsvollstreckerernennung nicht im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht (vgl. OLG Köln, FamRZ 1990, 1402, 1403; KG, MDR 1977, 757).

Dies gilt selbst dann, wenn ausdrücklich bestimmt worden ist, dass sämtliche Verfügungen wechselbezüglich sind (vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2270 Rdnr. 11; *Staudinger/Kanzleiter*, a.a.O., § 2270 Rdnr. 19). Es ist deshalb in der Regel davon auszugehen, dass der überlebende Ehegatte die Person eines in einem gemeinschaftlichen Testament ernannten Testamentsvollstreckers auswechseln kann (vgl. OLG Köln, FamRZ 1990, 1402, 1403; KG, MDR 1977, 757; *Staudinger/Kanzleiter*, a.a.O., § 2270 Rdnr. 19). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die spätere Regelung die durch eine wechselseitige Verfügung eingesetzten Erben beeinträchtigt. Dies kann etwa bei einer nachträglichen erstmaligen Anordnung der Testamentsvollstreckung der Fall sein, weil darin ein unzulässiger Widerruf einer sonst unbeschränkten Erbeinsetzung liegt, sofern die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments keine entsprechende Befugnis des Überlebenden ergibt (vgl. OLG Frankfurt, WM 1993, 803, 804; BayObLG, FamRZ 1991, 111, 113; OLG Köln, FamRZ 1990, 1402, 1403; KG, MDR 1977, 757; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2271 Rdnr. 16).

Die im Erbvertrag erfolgte Ernennung des Herrn Dr. B. zum Testamentsvollstrecker beinhaltete einen nach diesen Grundsätzen zulässigen Austausch des im gemeinschaftlichen Testament benannten Testamentsvollstreckers Herrn Dr. P. Eine Beeinträchtigung der Erben ergab sich daraus nicht. Dies wird insbesondere aufgrund des Umstandes deutlich, dass Herr Dr. B. zum Zeitpunkt seiner im Erbvertrag erfolgten Ernennung bereits als Verwaltungstestamentsvollstrecker nach dem verstorbenen Ehemann tätig war, und zwar gerade auf der Grundlage der Regelungen im gemeinschaftlichen Testament, die vom Nachlassgericht im Sinne eines Ernennungsrechts der Treuhand AG ausgelegt wurden, nachdem Herr Dr. P. die Testamentsvollstreckung niedergelegt hatte. Dass im Erbvertrag neben Dr. B. als zusätzlicher Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt U. benannt war, führt zu keinem anderen Ergebnis. Hält man die Benennung eines weiteren Testamentsvollstreckers entsprechend der Auffassung des Nachlassgerichts im Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses für unwirksam, weil dies der unzulässigen erstmaligen Ernennung eines Testamentsvollstreckers gleichzustellen sei, so würde dies nicht zu einer Unwirksamkeit der gesamten im Erbvertrag enthaltenen Regelung der Testamentsvollstreckung führen. Vielmehr ist auch insoweit im Wege ergänzender Auslegung davon auszugehen, dass die Erblasserin bei Kenntnis einer solchen Teilunwirksamkeit die

Wirksamkeit des übrigen Teils der Regelung zur Testamentsvollstreckung gewollt hätte. Dafür spricht insbesondere, dass sie Herrn Dr. B. bereits in der Ergänzung vom 28.12.1993 zum gemeinschaftlichen Testament benannt hatte. Zudem war Herr Dr. B. auch als alleiniger Testamentsvollstrecker nicht gehindert, sich mit Herrn Rechtsanwalt U. ins Benehmen zu setzen.

b) Die Auslegung der Regelung in Ziffer VIII des Erbvertrages durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden.

aa) Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen und damit auch letztwilliger Verfügungen ist dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung bindet das Rechtsbeschwerdegericht solange, als sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist – sie muss nicht zwingend sein – mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärungen nicht widerspricht und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt (vgl. *Keidel/Kunze*, FG, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 48). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Auslegung durch das Landgericht nicht erkennen.

bb) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass ein Ersuchen nach § 2200 Abs. 1 BGB nicht notwendigerweise ausdrücklich gestellt zu sein braucht. Es genügt, dass sich ein darauf gerichteter Wille des Erblassers durch Auslegung, ggf. durch ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung ermitteln lässt (Senat, OLGZ 1976, 20, 21; BayObLG, FamRZ 1988, 325). Das Ersuchen kann auch für den Fall gestellt sein, dass der vom Erblasser selbst ernannte Testamentsvollstrecker das Amt nicht annimmt oder dass er aus anderen Gründen vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt. Zwar kann bei Auswahl einer bestimmten Person als Testamentsvollstrecker durch den Erblasser nicht ohne weiteres von einem Ersuchen an das Nachlassgericht ausgegangen werden, wenn diese Person für das Amt nicht zur Verfügung steht (vgl. BayObLG, FamRZ 1987, 98, 100). Dennoch sind an die Feststellung eines Ersuchens im Sinne des § 2200 Abs. 1 BGB keine strengen Anforderungen zu stellen. Deshalb genügt es, wenn der Erblasser die Testamentsvollstreckung selbst angeordnet hat, dass sein Wille erkennbar wird, die Testamentsvollstreckung auch nach dem Wegfall der vom Erblasser genannten Person fortzuwirken zu lassen. Dieser Wille braucht nicht einmal wirklich vorhanden und dem Erblasser bewusst gewesen zu sein. Er ist nach allgemeinen Grundsätzen über die ergänzende Testamentsauslegung schon dann anzunehmen, wenn der Erblasser bei Berücksichtigung der später eingetretenen Sachlage mutmaßlich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht gewünscht hätte. Hierbei ist von maßgebender Bedeutung, welche Gründe den Erblasser zur Anordnung der Testamentsvollstreckung bestimmt haben und ob diese Gründe, von seinem Standpunkt aus, auch nach dem Wegfall der im Testament benannten Person fortbestehen, insbesondere ob noch Aufgaben des Testamentsvollstreckers zu erfüllen sind (vgl. Senat, OLGZ 1976, 20, 21). Welchen Willen der Erblasser hatte, muss wenigstens andeutungsweise aus der letztwilligen Verfügung erkennbar sein. Dabei muss der gesamte Inhalt der Erklärung einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb der Testamentsurkunde, als Ganzes gewürdigt werden (vgl. BayObLG, FamRZ 1988, 325, 326).

cc) Die Auslegung des Landgerichts wird diesen Grundsätzen gerecht. Seine in den Gründen des angefochtenen Beschlusses enthaltene Zustimmung zur Entscheidung des Amtsgerichts lässt erkennen, dass es die im Beschluss des Amts-

richts vom 16.6.1999 erörterten Gesichtspunkte, die zuvor besonders deutlich in dessen Schreiben vom 4.5.1999 dargelegt worden sind, bei der Auslegung berücksichtigt hat. In die Auslegung ist demnach eingeflossen, dass die Auseinandersetzung des Nachlasses vom bisherigen Testamentsvollstrecker weitgehend erledigt worden ist. Weiterhin ist die Erwägung berücksichtigt worden, dass die Zwischenschaltung eines weiteren Testamentsvollstreckers angesichts der Zerstrittenheit der Erben nicht – wie von der Erblasserin gewünscht – eine in kaufmännischer Weise zügige Nachlassabwicklung gewährleiste, sondern eine solche eher verzögere, weil davon auszugehen sei, dass die Auseinandersetzungsregelungen eines weiteren Testamentsvollstreckers ohnehin angegriffen würden. Diese Gesichtspunkte tragen das Auslegungsergebnis des Landgerichts, wonach es an einem Ersuchen der Erblasserin im Sinne des § 2200 Abs. 1 BGB fehlt, und lassen es nicht nur als möglich und vertretbar, sondern als naheliegend erscheinen. Insbesondere der Umstand, dass der von der Erblasserin als Person ihres Vertrauens eingesetzte Testamentsvollstrecker sein Amt aus Gründen der Zweckmäßigkeit niedergelegt hat, weil nach seiner Einschätzung eine vollständige Abwicklung ohne gerichtliche Auseinandersetzung oder Einigung auf eine Person, deren Vorschlag als verbindlich anerkannt wird, nicht möglich ist, spricht gegen einen Willen der Erblasserin, nunmehr einen Testamentsvollstrecker durch das Nachlassgericht einzusetzen. Dies gilt erst recht, nachdem sich der von der Erblasserin eingesetzte Testamentsvollstrecker über einen erheblichen Zeitraum von nahezu zwei Jahren, teils unter Mitwirkung anderer Rechtsanwälte, vergeblich um eine vollständige Abwicklung bemüht hat, die an der Zerstrittenheit der Erben scheiterte. Des Weiteren ist der ganz überwiegende Teil des Nachlasses bereits verteilt worden. Im Übrigen deutet die Benennung des Dr. B., der bereits zuvor als Verwaltungstestamentsvollstrecker nach dem verstorbenen Ehemann tätig war, darauf hin, dass es der Erblasserin darum ging, eine mit den Verhältnissen vertraute Person zu ernennen. Auch insoweit erscheint es fern liegend, dass es ihrem Willen entsprochen hätte, in der vorliegenden konkreten Situation die Auswahl eines Testamentsvollstreckers dem Nachlassgericht zu überlassen. Dass nach der Entscheidung des Amtsgerichts, das davon ausging, es stehe keine hinreichend qualifizierte Person für das Amt des Testamentsvollstreckers zur Verfügung, mit Rechtsanwalt F. eine Person gefunden wurde, die sich bereit erklärt hat, die Testamentsvollstreckung zu übernehmen, rechtfertigt keine andere Entscheidung. Nach alledem war die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 39 (*Prüfungsrecht des Registergerichts*)

Zum Umfang des dem Registergericht zustehenden Prüfungsrechtes bei der Anmeldung der Abberufung und Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2000 – 3 Wx 432/00 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister des Amtsgerichts W. ist die betroffene Gesellschaft seit dem 30.7.1997 und als Geschäftsführer seit dem 25.6.1999 D. B. eingetragen, der auch alleiniger Gesellschafter war.

Am 22.8.2000 reichte Notar B. eine von ihm beglaubigte Anmeldung des N. K. unter Beifügung einer auszugsweisen Ausfertigung der notariellen Urkunde Nr. 1200/2000 vom 14.8.2000 zur Eintragung in das Handelsregister beim Amtsgericht ein. In das Register sollte eingetragen werden, dass D. B. nicht mehr Geschäftsführer der Gesellschaft ist und N. K. zum stets alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bestellt ist. Nach dem Inhalt der notariellen Urkunde des Notars vom 14.8.2000 hat N. K. handelnd als Vertreter ohne Vertretungsmacht für D. B. dessen Geschäftsanteil an sich abgetreten, sodann eine Gesellschafterversammlung abgehalten und die Abberufung des D. B. als Geschäftsführer und seine Berufung zum Geschäftsführer beschlossen.

Mit Schreiben vom 23.8.2000 beanstandete die Rechtspflegerin beim Registergericht, die Übertragung des Geschäftsanteils sei aus der auszugsweisen Urkunde Nr. 1200/2000 nicht ersichtlich, außerdem fehle die Genehmigung des D. B. und bat um Nachreichung der entsprechenden Unterlagen. Mit weiterer Zwischenverfügung vom 31.8.2000 setzte sie eine Frist zur Erledigung binnen drei Wochen.

Gegen die Zwischenverfügungen richtete sich die Beschwerde des Notars. Er vertrat die Ansicht, die in seiner Urkunde Nr. 1200/2000 enthaltene Erklärung des N. K., er sei nach erfolgter Geschäftsanteilsabtretung alleiniger Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft, reiche aus. Als solcher sei N. K. berechtigt, sich selbst zum Geschäftsführer zu bestellen. Es bestehe keine Verpflichtung nachzuweisen, wie und warum er alleiniger Gesellschafter geworden sei. Das Registergericht sei nicht berechtigt nachzuprüfen, ob der Gesellschafterbeschluss über die Bestellung eines Geschäftsführers wirksam und ein Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung wirksam vertreten sei.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richtet sich die von Notar B. namens der Gesellschaft eingelegte weitere Beschwerde, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde der Gesellschaft ausgegangen. Zwar hatte der Notar nicht angegeben, für wen er die Beschwerde einlege. Dass er beim Registergericht die Anmeldung der Abberufung und Neubestellung eines Geschäftsführers der Gesellschaft durch N. K. zur Eintragung angemeldet hat, schließt die Einlegung der Beschwerde namens der Gesellschaft nicht aus. Für Letzteres spricht auch, dass die weitere Beschwerde ausdrücklich im Namen der Gesellschaft eingelegt ist. Die Beschwerdeberechtigung der Gesellschaft zur Einlegung der Erstbeschwerde ergibt sich aus §§ 19, 20 FGG.

2. In der Sache hat das Landgericht ausgeführt, das Registergericht habe zu Recht den Nachweis verlangt, dass N. K. alleiniger Gesellschafter der E.-GmbH geworden sei, weil nur dann der Gesellschafterbeschluss über die Abberufung des alten und Bestellung des neuen Geschäftsführers wirksam sein könne. Die vorgelegte notarielle Urkunde lasse aber nicht erkennen, ob der in ihr in Bezug genommene Übertragungsvertrag betreffend den einzigen Geschäftsanteil angesichts der fehlenden Vertretungsmacht des N. K. für D. B. wirksam geworden sei.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3. Gemäß § 39 GmbHG sind der bei jeder Änderung in den Personen der Geschäftsführer und bei der Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers vorzunehmenden Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 39 Abs. 1) die Urkunden über die Bestellung des Geschäftsführers oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§ 39 Abs. 2). Anhand dieser Urkunden hat das Registergericht zu

prüfen, ob sie die beantragte Eintragung rechtfertigen. Über den Umfang des dem Registergericht in diesem Zusammenhang zustehenden Prüfungsrechtes gehen die Meinungen auseinander (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., Rdnr. 11 zu § 39; *Scholz-Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., Rdnr. 18 zu § 39; *Lutter-Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., Rdnr. 9 zu § 39; *Rohwedder-Koppensteiner*, GmbHG, 3. Aufl., Rdnr. 10, 11 zu § 39; BayObLGZ 1981, 227, 231; 266, 269; GmbHR 1992, 304; OLG Köln Rechtspfleger 1989, 66; GmbHR 1990, 82).

Ob das Registergericht in jedem Einzelfall zu prüfen hat, ob der beantragten Eintragung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen und wirksam ist, mag dahinstehen. Ihm kann jedenfalls das Recht und die Pflicht, die zur Eintragung angemeldete Erklärung – hier die Bestellung des N. K. zum Geschäftsführer und die Abberufung des D. B. als Geschäftsführer – zu überprüfen, nicht abgesprochen werden, wenn begründete Zweifel gegen die Richtigkeit der Erklärung bestehen (vgl. BayObLGZ 1981, 227, 231). Das ergibt sich schon aus der dem Registergericht allgemein obliegenden Aufgabe, darüber zu wachen, dass Erklärungen, die der Rechtslage nicht entsprechen, nicht in das Handelsregister aufgenommen und so mit amtlicher Hilfe verbreitet werden (BayObLG GmbHR 1992, 304 m.w.N.; ebenso OLG Köln GmbHR 1990, 83).

Wird daher dem Registergericht der Beschluss eines Alleingesellschafters vorgelegt, dessen Gesellschafterstellung aus der jährlich vorzulegenden Liste der Gesellschafter nicht hervorgeht, obliegt es dem Registergericht zu prüfen, ob die *allein* beschließende Person Gesellschaftereigenschaft besitzt, denn nur – wie das Landgericht bezüglich N. K. zutreffend ausgeführt hat – wenn die betreffende Person, die den Gesellschafterbeschluss über ihre Bestellung zum neuen Geschäftsführer gefasst hat, GmbH-Gesellschafter gewesen ist, ist der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen und würde die geänderte Vertretungsbefugnis bezüglich der Gesellschaft zutreffend in das Handelsregister eingetragen.

Dass Amtsgericht und Landgericht die vorgelegte notarielle Urkunde und die weiteren bei den Akten befindlichen Unterlagen als zur Feststellung der Gesellschaftereigenschaft des N. K. nicht haben ausreichen lassen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Verlangen der Rechtspflegerin des Amtsgerichts, den Nachweis der Gesellschafterstellung des K. und des Ausscheidens des B. aus der Gesellschaft zu führen, ist berechtigt. Der Hinweis des Notars auf § 40 GmbHG geht fehl. Registergericht und Landgericht haben nicht verlangt, dass Teil A des notariellen Vertrages vorgelegt wird, sondern dass die Genehmigung des Vertrages, den K. als vollmachtloser Vertreter geschlossen hat, durch B. nachgewiesen wird.

13. GmbHG § 4; HGB § 17 Abs. 1; HRV § 12 (*Schriftbild der Eintragung einer Firma*)

- 1. Die Firma hat nach der Neuregelung des Firmenbildungsrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz weiterhin Namensfunktion.**
- 2. Namensfunktion kommt grundsätzlich nur einer wörtlichen Bezeichnung zu. Die vom Firmenträger gewählte Schreibweise oder sonstige graphische Gestaltung der Firma wird nicht Firmenbestandteil, auf deren Eintragung er einen Anspruch hätte und deren Änderung erneut einzutragen wäre.**

3. Bei dem in einer Firmenanmeldung enthaltenen Schriftbild handelt es sich lediglich um einen Vorschlag zur Fassung der Eintragung, an den das Registergericht nicht gebunden ist. Es bleibt ihm überlassen, nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und Weise der Eintragung einschließlich ihres Schriftbildes zu bestimmen.

KG, Beschluss vom 23.5.2000 – 1 W 247/99 –

Aus den Gründen:

(...)

1. Rechtlich zutreffend hat das Landgericht zunächst darauf hingewiesen, dass auch nach der am 1.7.1998 in Kraft getretenen Neuregelung des Firmenbildungsrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz die Firma weiterhin Namensfunktion hat. Nach der – gemäß § 6 HGB auch für die GmbH geltenden – Vorschrift des § 17 Abs. 1 HGB wird die Firma definiert als der Name, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Auf der vor allem zu erfüllenden Namensfunktion der Firma beruhen auch die gemäß § 18 Abs. 1 HGB an sie gestellten Anforderungen der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft (vgl. d. Begr. d. Regierungsentwurfs zu § 18 Abs. 1 HGB n. F., BT-Drs. 13/8444, S. 52).

Vom Begriff der Firma als Unternehmensnamen ist daher – ebenso wie nach bisherigem Recht – grundsätzlich nur eine wörtliche und aussprechbare Bezeichnung umfasst, da sie nur als solche der Individualisierung einer Person oder eines Gegenstandes dienen und damit Namensfunktion erfüllen kann (vgl. zum neuen Recht: OLG Celle NJW-RR 1999, 543; Müther, GmbHR 1998, 1058/1059; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rdn. 8 ff.; großzügiger – für Zulässigkeit auch nicht aussprechbarer Buchstabenfolgen – Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., § 4 Rdnr. 13; s. a. Kögel BB 1998, 1645/1646). Mangels Aussprechbarkeit sind Bildzeichen kein Firmenbestandteil (vgl. KG JW 1930, 1742; BGHZ 14, 155/159 f. – Farina; Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 17 Rdnr. 8; a.a.O. Rdnr. 16). Auch der graphischen Gestaltung des Schriftbildes einer Firma kommt aus diesem Grunde keine namensrechtliche und damit firmenrechtliche Funktion zu. Die vom Firmenträger gewählte Schreibweise oder sonstige graphische Gestaltung wird daher nicht Firmenbestandteil, auf deren Eintragung er einen Anspruch hätte und deren Änderung erneut einzutragen wäre (mit im Hinblick auf die Pflicht zur Firmenführung nach §§ 37, 37a HGB auch wenig praktikablen und den Firmenträger letztlich einengenden Konsequenzen).

Die in einer Firmenanmeldung enthaltene Schreibweise der Firma stellt nach alledem der Sache nach lediglich einen Vorschlag zur Fassung des Eintragungsvermerks dar, an den das Registergericht nicht gebunden ist. Vielmehr bleibt es dem Gericht überlassen, nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und Weise der Eintragung einschließlich ihrer Schreibweise zu bestimmen (allg. M., vgl. nur BayObLG NJW 1968, 364 und BayObLGZ 1971, 163/167; OLG Karlsruhe NJW 1970, 1379; MünchKomm-HGB/Bokelmann, § 17 Rdnr. 9; Baumbach/Hefermehl, HGB, 29. Aufl., § 12 HRV Rdnr. 1; Drischler, HRV, 5. Aufl., § 12 Anm.2; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 30 b; Müther a.a.O. Fn. 10; s. a. allg. OLG Düsseldorf NJWRR 1998, 245). Dies gilt auch für die hier in Frage stehende nachträgliche Änderung der eingetra-

genen Schreibweise in der beantragten Form der Schreibung eines Firmenbestandteils in Großbuchstaben.

2. Die seitens des Landgerichts – übereinstimmend mit dem Registergericht – getroffene Ermessensentscheidung dahingehend, die beantragte Änderung nicht vorzunehmen bzw. anzuordnen, unterliegt der Überprüfung durch den Senat als Rechtsbeschwerdegericht nur in beschränktem Umfang. Er ist nicht berechtigt, sein Ermessen an die Stelle der Entscheidung des Beschwerdegerichtes zu setzen, sondern hat diese lediglich darauf zu überprüfen, ob das Beschwerdegericht das ihm eingeräumte Ermessen überhaupt ausgeübt hat, und ob ihm eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensfehlergebrauch unterlaufen ist (vgl. OLG Karlsruhe a.a.O.; Keidel/Kahl a.a.O. § 27 Rdnr. 27 m.w.N.). Danach ist die seitens der Vorinstanzen erfolgte Ermessensausübung nicht zu beanstanden.

Das Landgericht durfte insbesondere berücksichtigen, dass es vorliegend nicht um eine Ersteintragung einer Firma ging, sondern um eine nachträgliche Änderung der in der ursprünglich beantragten Schreibweise erfolgten Eintragung, und dabei davon ausgehen, dass bei ersterer eher Anlass bestehe, auf das Interesse des Firmenträgers an einer Übereinstimmung der von ihm gewählten Schreibweise mit der Eintragung Rücksicht zu nehmen (vgl. dazu a. seinen Beschluss vom 17.2.1998 – 98 T 113/97, veröffentl. GmbHR 1998, 692). Die darin liegende unterschiedliche Behandlung von Anmeldungen betreffend die nachträgliche Änderung der Schreibweise von Firmen gegenüber der Ersteintragung von Firmen ist schon deshalb nicht ermessensfehlerhaft, weil nachträgliche Änderungswünsche grundsätzlich in unbeschränkter Zahl möglich sind und überdies zu zahlreichen Änderungswünschen vergleichbarer Art seitens anderer Firmen führen könnten, auf die in gleicher Weise Rücksicht genommen werden müsste. Dadurch könnte eine erhebliche Mehrbelastung der Registergerichte eintreten, ohne dass sie durch sachliche Gründe des Firmenrechts gerechtfertigt wäre (s. a. OLG Karlsruhe a.a.O. S. 1380). Es ist daher auch nicht als ermessensfehlerhaft zu beanstanden, wenn das Landgericht demgegenüber den Wunsch der Gesellschaft, auch hinsichtlich der graphischen Gestaltung der Firmeneintragung mit der nachträglich entsprechend geänderten Eintragung der Ingenieurgesellschaft K. mbH mit Sitz in L., ihrer Alleingesellschafterin, übereinzustimmen, als nachrangig angesehen hat.

Internationales Privatrecht

14. EGBGB Art. 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 (*Eintragung von Erwerbern bei ausländischem Güterstand*)

Die Eintragung eines Ehepaares als Bruchteilseigentümer im Grundbuch kann nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden, dass der für sie geltende Güterstand (hier: Erwerbschaftsgemeinschaft nach dem Recht der jugoslawischen Teilrepubliken) Gesamthandseigentum vorsehe. Vielmehr ist im Einzelfall konkret nachzuweisen, dass auch eine vorzeitige (Teil-)Auseinandersetzung der Ehegatten und Begründung von Miteigentum nicht möglich ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 5/00 – mitgeteilt von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, München

Zum Sachverhalt:

Zu notarieller Urkunde vom 11.9.1998 verkaufte die Beteiligte zu 3 an die Beteiligten zu 1 und 2 in Miteigentum zu gleichen Teilen einen Miteigentumsanteil zu 22,24/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Kellerabteil.

Die Beteiligten zu 1 und 2 wiesen sich durch jugoslawische Reisepässe aus und erklärten, verheiratet zu sein und im gesetzlichen Güterstand zu leben; beide haben ihren Wohnsitz in Deutschland.

Die Anträge der Beteiligten, die Auflassung der Eigentumswohnung einzutragen und im Gegenzug die Auflassungsvormerkung zu löschen, hat das Grundbuchamt am 19.8.1999 abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluss vom 10.11.1999 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. a) Die Beteiligten zu 1 und 2 sollen als Miteigentümer zu gleichen Teilen eingetragen werden. Das Vorliegen der erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere einer Auflassung an sie (§ 20 GBO), steht nicht in Frage; Anhaltspunkte für Zweifel sind insoweit nicht gegeben. Dennoch müsste das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ablehnen, wenn feststünde, dass durch die Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde (BayObLGZ 1992, 85 m.w.N.). Dies wäre dann der Fall, wenn die Beteiligten zu 1 und 2 nach dem für sie maßgeblichen Ehegüterrecht eine Eigentumswohnung nicht als Bruchteilseigentümer, sondern nur als Eigentümer in Gütergemeinschaft erwerben könnten. Die beantragte Eintragung der Ehegatten als Bruchteilseigentümer darf freilich nur dann abgelehnt werden, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon hat, dass das Grundbuch dadurch wegen des maßgeblichen Güterrechts unrichtig würde; die bloße Möglichkeit, dass dies geschieht, genügt nicht (BayObLGZ 1992, 85/87 m.w.N.).

b) Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen die beantragten Eintragungen zu Unrecht abgelehnt.

(1) Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall aufgrund der jugoslawischen Reisepässe der Beteiligten zu 1 und 2 deren gemeinsame jugoslawische Staatsangehörigkeit feststeht. Dafür besteht ein allgemeiner Erfahrungssatz, gegen dessen Geltung im vorliegenden Fall die Rechtsbeschwerde nur allgemeine Mutmaßungen ohne konkrete Zweifel vorbringt. Dasselbe gilt für einen Zeitpunkt der Eheschließung nach dem 1.9.1986. Angesichts des Geburtsdatums der Beteiligten zu 2 (9.4.1971) ist ein Heiratsdatum vor dem 1.9.1986, dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, eine bloß theoretische Möglichkeit, die auszuschließen hat (vgl. hierzu *Demharter* GBO 23. Aufl. S 29 Rdnr. 63). Demgemäß sind die Vorinstanzen auch zu Recht davon ausgegangen, dass nach Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB für das Ehegüterrecht der Beteiligten jugoslawisches Recht gilt, das nach dem in Frage kommenden Recht der Teilrepubliken Serbien und Montenegro als gesetzlichen Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft vorsieht (Art. 321 des Gesetzes über die Ehe und die Familienbeziehungen vom 22.4.1980, Fassung vom 30.5.1994, für Serbien und Art. 281 des Familiengesetzes vom 23.3.1989 für Montenegro, zitiert jeweils und im Folgenden nach *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 136. Lieferung). Auch das Gesetz über die Ehe und die verwandtschaftlichen Beziehungen von 1984 für Kosovo sah in Art. 307 die Errungenschaftsgemeinschaft als

gesetzlichen Güterstand vor. Ob dieses Gesetz seit 1993 nicht mehr gilt (vgl. *Bergmann/Ferid* a.a.O. 136. Lieferung S. 3), kann unentschieden bleiben, weil es sich in den für den vorliegenden Fall maßgeblichen Punkten inhaltlich nicht von den Gesetzen für Serbien und Montenegro unterscheidet.

Zu Recht hat das Landgericht auch entschieden, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine abweichende Rechtswahl der Beteiligten zu 1 und 2 hinsichtlich ihres Güterstandes, die durch Art. 15 Abs. 2 EGBGB unter besonderen Umständen zugelassen wird, fehlen.

(2) Die Vorinstanzen haben aber übersehen, dass die maßgeblichen Gesetze für Serbien in Art. 327, 330 und für Montenegro in Art. 286, 288 (für Kosovo Art. 313, 316) das Recht der Ehegatten begründen, jederzeit, also auch während des Bestehens der Ehe, einvernehmlich die Teilung des gemeinsamen Vermögens in schriftlicher Form vorzunehmen. Die Gesetze enthalten außerdem eine Vorschrift (Art. 322 Abs. 3 für Serbien, Art. 282 Abs. 3 für Montenegro, Art. 310 Abs. 3 für Kosovo), wonach die Eintragung der Ehegatten als Miteigentümer zu bestimmten Teilen im Grundbuch als Teilung des gemeinsamen Vermögens erachtet wird bzw. gilt. Das bedeutet, dass im Erwerb der Eigentumswohnung zu gleichen Miteigentumsanteilen durch die Beteiligten zu 1 und 2 stillschweigend eine Teilung des gemeinsamen Ehevermögens vereinbart wurde. Hinzu kommt, dass spätestens durch die Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Bruchteilseigentümer eine Teilung des gemeinsamen Ehevermögens bewirkt wird. Ob diese Teilung das gesamte Ehevermögen ergreift oder sich nur auf die neu erworbene Eigentumswohnung erstreckt, kann für das Grundbuchverfahren offen bleiben. Denn in jedem Fall führt die Eintragung als Bruchteilseigentümer nicht zu einer inhaltlichen Unrichtigkeit des Grundbuchs.

Anmerkung:

Die Problematik ausländischen Güterrechts beim Immobilienerwerb nimmt in der Bundesrepublik deutlich zu. Über zehn Prozent der in Deutschland geschlossenen Ehen erfolgen unter Ausländerbeteiligung, so dass sich für den beurkundenden Notar die Frage des anwendbaren Güterrechts aufwirft. Dabei ist zu beachten, dass der Güterstand der Gütertrennung eher eine Ausnahme darstellt, viel häufiger uns aber die Errungenschaftsgemeinschaft begegnet.¹ Die Errungenschaftsgemeinschaft und die z.B. in den Niederlanden vorgesehene Gütergemeinschaft sehen gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten vor, so dass ein Allein- oder Bruchteilserwerb der Ehegatten hiermit grds. unvereinbar ist und gem. § 47 GBO das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen ist. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist der gesetzliche Güterstand vor allem in den romanischen Ländern aber auch in den ehemals sozialistischen Ländern Osteuropas. Seltener hingegen begegnet man in der Praxis dem Güterstand der Gütertrennung (Österreich, Türkei), der Zugewinnngemeinschaft und kaum der Fahrnisgemeinschaft im ausländischen Recht, welche einem Alleineigentumserwerb einer Immobilie eines Ehegatten nicht entgegenstehen. Das BayObLG hatte nun darüber zu befinden, ob ein in Errungenschaftsgemeinschaft lebender Ehegatte Bruchteilseigentum oder nur gemeinschaftliches Eigentum mit seinem Ehegatten erwerben konnte.

¹ Überblick: *Staudinger/von Bar/Mankowski*, 13. Aufl. 1996, Art. 15 Rdnr. 235 ff.

Das BayObLG führt in seinem Beschluss die Rechtsprechung zur Prüfungspflichten des Grundbuchamtes bei einem ausländischen Güterstand fort. Zunächst hatte das LG Stuttgart² entschieden, dass der Erwerb durch einen Ehegatten i.d.R. vom ersparten Arbeitseinkommen erfolge, dies jedoch keineswegs die Möglichkeit ausschließe, dass der Erwerb im Einzelfall möglicherweise aus dem Sondervermögen eines Ehegatten erfolge. Zweifel an der Richtigkeit berechtigten das Grundbuchamt nicht zur Zurückweisung des Eintragungsantrags. In diesem Fall wollte ebenfalls ein im „jugoslawischen“ Güterstand lebender Staatsangehöriger Alleineigentum erwerben. Die erste grundlegende Entscheidung des BayObLG datiert aus 1986,³ in welcher das Gericht feststellte, dass eine Eintragung nicht mit der Begründung abgelehnt werden könne, dass das Grundbuch möglicherweise unrichtig werde. Die Alleinerwerberin einer Immobilie lebte möglicherweise in einem ausländischen Güterstand. Gegenstand der folgenden Entscheidung⁴ aus dem Jahre 1992 war der Umstand, dass der Alleinerwerber im gesetzlichen Güterstand des jugoslawischen Rechts der Errungenschaftsgemeinschaft lebte. Das Gericht versagte auch in diesem Fall nicht die Eintragung als Alleineigentümer, da das Familienrecht der einzelnen jugoslawischen Republiken auch Sondervermögen kenne. Die Immobilie werde also nur dann gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten, wenn es mit dem Gemeinschaftsvermögen erworben wurde, d.h. insbesondere mit dem durch Arbeit erwirtschafteten Vermögen. Diese nicht nur rein theoretische Möglichkeit Alleineigentum erwerben zu können, rechtfertige die Eintragung des Erwerbers als Alleineigentümer. Während sich diese Ansicht auch im Schrifttum durchgesetzt hat,⁵ neigen Grundbuchämter auch heute noch sehr häufig dazu, die Eintragung im Grundbuch auch dann zu versagen, wenn es nur möglicherweise unrichtig werde.⁶

Das Gericht baut in seiner jüngsten Entscheidung auf diese Grundsätze auf. Es stellt fest, dass die erwerbenden Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft entweder des serbischen oder montenegrinischen Rechts leben. Auf die Möglichkeit, Bruchteilseigentum mittels Vorbehaltsguts zu erwerben geht das Gericht nicht ein, führt aber aus, dass sowohl das Recht Serbiens als auch das Recht Montenegros die Möglichkeit vorsehe, einvernehmlich das Vermögen in schriftlicher Form zu teilen. Der Erwerb zu je 1/2 stelle eine derartige stillschweigende schriftliche Teilung des gemeinsamen Vermögens dar.

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen: Es verwundert zunächst, dass die Entscheidung nicht auf die Gründe des Beschlusses aus dem Jahre 1992 gestützt wurde, also die Möglichkeit des Erwerbs mit Vorbehaltsgut nicht erwähnt worden ist. Ursache hierfür mag sein, dass die Immobilie fremd finanziert worden ist.⁷ Allerdings ist die gleichzeitige Bestellung einer Grundschuld kein Grund, die Möglichkeit des Allein- oder Bruchteilseigentumserwerbs zu versagen, denn die Grundschuld kann auch anderen Zwecken und muss nicht der Finanzierung der Immobilie dienen. Ein zwingender

² BWNNotZ 1981, 136.

³ BayObLG DNotZ 1987, 98 = BayObLGZ 1986, 81 = MittBay Not 1986, 124 m. Anm. *Böhringer* BWNNotZ 1987, 15.

⁴ BayObLG DNotZ 1992, 575 = BayObLGZ 1992, 85; so auch OLG Karlsruhe Rpfleger 1994, 248.

⁵ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3421, 3421 b m.w.N.; *Böhringer* BWNNotZ 1988, 49; *ders.* Rpfleger 1990, 337, 342; *Wolfsteiner* DNotZ 1987, 67.

⁶ Zuletzt siehe: OLG Düsseldorf DNotI-Report 2000, 35.

⁷ So die Vorinstanz: LG München I, v. 10.11.1999, 1 T 15900/99.

Grund zur Begründung von Errungenschaftseigentum folgt daraus nicht. Nachdenklich stimmen auch die Überlegungen zu stillschweigenden Erklärungen der Parteien. Während das Gericht eine stillschweigende Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB zugunsten deutschen Güterrechts verneint, weil hierfür keine Anhaltspunkte im Erwerbsakt vorliegen, nimmt es eine stillschweigende Auseinandersetzung des Vermögens nach serbischen oder montenegrinischen Recht an. Wieso die Voraussetzungen des einen, nicht aber die des anderen vorliegen sollen, obwohl die notarielle Urkunde zu beidem schweigt, bleibt unklar. Anhaltspunkte dafür, dass an eine stillschweigende Auseinandersetzung des Vermögens weniger strenge Anforderungen gestellt werden als an eine konkludente Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts, liegen nicht vor. Das Gesetz spricht zwar eine Vermutung für die Teilung des Vermögens aus, wenn beide Ehegatten als Miteigentümer zu bestimmten Teilen eingetragen worden sind (Art. 322 Abs. 3 serb. FamGB; Art. 282 Abs. 3 mont. FamGB), aber eine Eintragung ist (noch) nicht erfolgt, so dass diese Vermutung nicht greifen kann. Auch wird mit keinem Wort in der Entscheidung gesagt, dass das fremde Recht eine stillschweigende Rechtswahl überhaupt zulasse.

Die Entscheidung ist i.E. gleichwohl zutreffend. Es liegt hier keine Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens vor, denn auseinandersetzen kann man nur etwas schon gemeinschaftlich erworbenes, nicht etwas, das es erst noch zu erwerben gilt. Es wird bei einem hälftigen Bruchteilserwerb vielmehr überhaupt kein Gemeinschaftsvermögen begründet. Es handelt sich dann aber im vorliegenden Fall nicht um eine stillschweigende Auseinandersetzung, sondern um eine ausdrückliche Nichtbegründung gemeinschaftlichen Vermögens. Die Nichtbegründung gemeinschaftlichen Vermögens ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, sie muss aber – a majore ad minus – möglich sein, denn wenn jederzeit die Auseinandersetzung vereinbart werden kann, kann die Entstehung gemeinschaftlichen Vermögens auch im Vorfeld verhindert werden. Damit löst sich auch die vom Gericht aufgeworfene Frage, ob die Auseinandersetzung das gesamte oder nur das erworbene Vermögen betrifft: Bruchteilseigentum erwerben die Ehegatten nur an der Immobilie, so dass alles übrige Vermögen gemeinschaftliches Vermögen bleibt, soweit es in die Errungenschaftsgemeinschaft fällt.

Die beschränkte Prüfungspflicht der Grundbuchämter ist nicht mit den Aufgaben und Pflichten des Notars gleichzusetzen. Dieser hat dem Wunsch der Parteien Rechnung zu tragen und muss das materielle Recht beachten, wobei er allerdings gem. Art. 17 Abs. 3 BeurkG nicht zur Belehrung über ausländisches Recht verpflichtet ist. Der Notar wird in vergleichbaren Fällen zu überlegen haben, welchem Güterstatut die Ehegatten unterstehen, welches Güterrecht Anwendung findet und ob dies einen Allein- oder Bruchteilserwerb zulässt; er wird weiter die Möglichkeiten einer Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB erörtern und bei Nichtvornahme ggf. im ausländischen Recht die Möglichkeiten des Alleinerwerbs eruieren. Dabei sind die vom BayObLG gefundenen Lösungsansätze nicht Besonderheiten des jugoslawischen Rechts, auch in anderen Rechtsordnungen finden sich vergleichbare Lösungsmöglichkeiten. Das polnische Familienrecht⁸ beispielsweise lässt ebenso wie das tschechische Recht⁹ die vertragliche Beschränkung der Errungenschaftsgemeinschaft durch notarielle Urkunde zu.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering, LL.M. (Montréal)

⁸ Art. 47 poln. FamGB v. 25.2.1964

⁹ Art. 143 a ZGB v. 26.2.1964.

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

15. ZPO § 727, HGB § 13 (Vollstreckungsklausel für eine Bankfiliale)

1. Der Wechsel der Zuordnung einer titulierten Forderung zum Geschäftsbetrieb einer bestimmten Zweigniederlassung einer Bank begründet keine Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO.
2. Der Gläubigerin kann die Aufnahme einer Zweigniederlassung in die Gläubigerbezeichnung einer Vollstreckungsklausel nicht verweigert werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 14.11.2000 – 15 W 318/00 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Zu notarieller Urkunde vom 24.5.1972 bestellte Frau F. als damalige Eigentümerin der im Grundbuch von G. eingetragenen Grundstücke X.-Straße 4, Flurstücke Nr. 171, 181 und 182 (Ifd. Nr. 2, 4 und 5 des Bestandsverzeichnisses) der Stadtparkasse S. eine Briefgrundschuld zu einem Kapitalbetrag von 100.000,00 DM nebst 13 % Jahreszinsen mit der Maßgabe, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Anstelle seiner Ehefrau wurde am 4.9.1975 der Architekt H. F. als Eigentümer der belasteten Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Später wurde das Grundpfandrecht auf Gläubigerseite mehrfach abgetreten. Notar Dr. K. hat entsprechend den bis dahin eingetretenen Rechtsnachfolgen auf Gläubiger- und Schuldnerseite am 13.7.1983 der W.-Hypothekenbank eine Ausfertigung der notariellen Urkunde zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den Architekten H. F. erteilt. Zwischenzeitlich wird die notarielle Urkunde vom 24.5.1972 von dem Amtsgericht verwahrt.

Zuletzt hat die W.-Hypothekenbank mit notariell beglaubigter Erklärung vom 28.5.1999 die Grundschuld an die Beteiligte unter der Bezeichnung D.-Bank AG Filiale S. abgetreten, die am 7.10.1999 als neue Gläubigerin sowohl in dem Grundschuldbrief als auch im Grundbuch eingetragen worden ist. Bereits im Juli 1999 hatte die D.-Bank ihre Filiale S. geschlossen. Die Aufhebung der bestehenden Zweigniederlassung wurde am 12.7.1999 im Handelsregister des Amtsgerichts S. eingetragen.

Die Beteiligte hat mit Schreiben vom 4. und 25.11.1999 bei dem Amtsgericht D. beantragt, die vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde auf die D.-Bank AG Filiale D. umzuschreiben. Der Antrag ist unterzeichnet von den Herren D. und A., denen die D.-Bank AG in notariell beglaubigter Erklärung ihrer Vorstandsmitglieder eine Spezialvollmacht u. a. dahin erteilt hat, vollstreckbare Titel auf die D.-Bank AG in D. umschreiben zu lassen.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat durch Beschluss vom 19.4.2000 den Antrag zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

(...)

Der Antrag der Beteiligten ist auf die Erteilung einer qualifizierten vollstreckbaren Ausfertigung im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO gerichtet. Denn in Ansehung des titulierten Anspruchs aus dem dinglichen Grundpfandrecht ist eine Rechtsnachfolge eingetreten, weil die Beteiligte die Grundschuld im Wege der Abtretung von der W.-Hypothekenbank in D. erworben hat. Die Rechtsnachfolge ist insoweit durch die notariell beglaubigte Abtretungserklärung der W.-Hypothekenbank vom 28.5.1999 und die Eintragung der Beteiligten als neue Gläubigerin sowohl in dem Grundschuldbrief als auch im Grundbuch nachgewiesen. Die Frage, ob die Vollstreckungsklausel der Beteiligten als Filiale D. der D.-Bank erteilt werden kann, betrifft entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht etwa eine weitere (in der Form des § 727 Abs. 1

ZPO) nachzuweisende Rechtsnachfolge, sondern lediglich die zutreffende Bezeichnung der Gläubigerin in der Vollstreckungsklausel.

Die Beteiligte hat die Grundschuld unter der Firma ihrer früheren Zweigniederlassung S. „D.-Bank AG Filiale S.“ erworben. Eine gem. § 13 HGB errichtete Zweigniederlassung kann eine von dem Unternehmensträger abweichende Firma führen (§ 50 Abs. 3 HGB), die sich allerdings auf einen Zusatz zur Bezeichnung der Zweigniederlassung beschränken muss (*Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., § 13, Rdnr. 7). Eine gesonderte Firmenführung ändert jedoch nichts daran, dass es sich nach einhelliger Auffassung bei einer Zweigniederlassung lediglich um einen organisatorisch von dem Unternehmen abhängigen Unternehmensteil *ohne eigene Rechtspersönlichkeit* handelt. Träger der Rechte und Pflichten, die dem Betrieb der Zweigniederlassung zuzuordnen sind, ist immer ausschließlich der Inhaber des Unternehmens (vgl. *MK/HGB-Bokelmann*, § 13, Rdnr. 15; *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., vor § 13, Rdnr. 18; *Baumbach/Hopt*, a.a.O., § 13 Rdnr. 7), hier also die D.-Bank AG mit Sitz in F. Die Firma der Zweigniederlassung ist also lediglich eine im Geschäftsverkehr gewählte zulässige Bezeichnung für den Unternehmensträger. Zwischen der Haupt- und der Zweigniederlassung oder zwischen mehreren Zweigniederlassungen können keine schuldrechtlichen Beziehungen bestehen (*MK/HGB-Bokelmann*, a.a.O., Rdnr. 18).

Deshalb kann es sich bei der Frage, ob ein Recht dem Geschäftsbetrieb einer Zweigniederlassung oder dem der Hauptniederlassung zuzuordnen ist, entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht um eine solche einer eingetretenen Rechtsnachfolge handeln. Eine Abtretung des Grundpfandrechts von der Hauptniederlassung der D.-Bank AG an ihre Zweigniederlassung D., deren Nachweis die Kammer für erforderlich gehalten hat, ist rechtlich ausgeschlossen. Vielmehr handelt es sich bei der Entstehung und Auflösung einer Zweigniederlassung ausschließlich um tatsächliche organisatorische Geschäftsvorgänge. Die Eintragung und Löschung einer Zweigniederlassung im Handelsregister hat ausschließlich deklaratorische Bedeutung (*Staub/Hüffer*, a.a.O., vor § 13 Rdnr. 16; *MK/HGB-Bokelmann*, § 13, Rdnr. 16 f.). Die Aufhebung der Zweigniederlassung S. der Beteiligten hat deshalb lediglich bewirkt, dass die Beteiligte unter der Firma dieser Zweigniederlassung im Geschäftsverkehr nicht mehr auftreten kann. Ebenso handelt es sich bei der Zuordnung eines Anspruchs oder eines Rechts zum Geschäftsbetrieb einer Zweigniederlassung um einen lediglich tatsächlichen organisatorischen Vorgang. In einer Grundbuchsache hat bereits das KG entschieden (JW 1937, 1743, 1744), dass die Überweisung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts von der Zweigniederlassung an eine Hauptniederlassung (also auch eine Zuordnungsänderung in umgekehrter Weise) lediglich einer formlosen Erklärung des Geschäftsinhabers bedarf. Die daran anknüpfende Annahme des KG, ein solcher Vorgang führe zur Unrichtigkeit der bestehenden Eintragung im Grundbuch, beruht auf speziellen grundbuchrechtlichen und handelsregisterrechtlichen Erwägungen, denen in dem vorliegenden Zusammenhang nicht nachzugehen ist. Jedenfalls handelt es sich keinesfalls um eine Übertragung des Rechts auf rechtsgeschäftlicher Grundlage. Die Zuordnungsänderung des Rechts ist hier bereits in dem Antrag auf Titelumschreibung auf die Filiale D. der D.-Bank AG zu sehen. Bereits darin wird unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass der Geschäftsvorgang betreffend dieses Grundpfandrecht künftig von der Zweigniederlassung D. geführt werden soll. Die erforderliche Bevollmächtigung dazu ist durch die den Herren D. und A. erteilte Spezialvollmacht vom 26.8.1999 nachgewiesen.

Der Beteiligten kann die Aufnahme der Zweigniederlassung D. in die Gläubigerbezeichnung der Vollstreckungsklausel auch nicht etwa mit der Begründung verwehrt werden, dass diese im Hinblick auf die fehlende Rechtsfähigkeit einer Zweigniederlassung nicht erforderlich ist, um daraus im Rahmen des Geschäftsbetriebs einer Zweigniederlassung die Zwangsvollstreckung betreiben zu können (so zutreffend LG Aurich NJW-RR 1998, 1255). Es ist indessen anerkannt, dass ungeachtet der fehlenden Rechtsfähigkeit einer Zweigniederlassung unter ihrer Firma ein Recht des Unternehmensträgers im Grundbuch eingetragen werden kann (RGZ 62, 7; KGJ 32 A 199; KG JW 1937, 1743; BayObLGZ 1972, 373, 377; MK/HGB-Bokelmann, § 13, Rdnr. 20; Staub/Hüffer, a.a.O., vor § 13, Rdnr. 21). Zu Recht hat das BayObLG (a.a.O. S. 378) ausgeführt, dass das Grundbuchamt die Aufnahme einer Gläubigerbezeichnung in der Eintragung eines Grundpfandrechts nicht ablehnen darf, unter der die Gläubigerin zulässigerweise im Geschäftsverkehr auftritt und deren Verwendung der Erleichterung der Geschäftsabwicklung dient. Dasselbe hat für die Gläubigerbezeichnung in der zu erteilenden Vollstreckungsklausel zu gelten.

Da die Sache danach zur abschließenden Entscheidung reif ist, hat der Senat das Amtsgericht zur Erteilung der beantragten Vollstreckungsklausel angewiesen.

Beurkundungs- und Notarrecht

16. GBO § 29 Abs. 1 Satz 1 (*Zulässigkeit der Eigenurkunde zur Bewilligung einer Eigentumsumschreibung*)

Die von einem Notar auf Grund entsprechender Bevollmächtigung als Eigenurkunde unterschriebene und gesiegelte Bewilligungserklärung zu einer bereits beurkundeten Auflassung stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO dar.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 11.1.2001 – 20 W 255/2000 –, mitgeteilt von Notar *Hans-Hermann Weser*, Nürnberg

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten haben am 12.11.1999 einen notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück beurkunden lassen. Unter Ziffer III.1. dieser notariellen Urkunde findet sich unter anderem folgende Regelung:

„Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf den Käufer einig, auf mehrere im angegebenen Anteilsverhältnis. Die Eintragungsbewilligung des Verkäufers wird heute ausdrücklich noch nicht abgegeben.

Der amtierende Notar wird von den Vertragsteilen bevollmächtigt, die Eigentumsumschreibung namens des Verkäufers in das Grundbuch zu bewilligen und namens eines oder aller Beteiligten in das Grundbuch zu beantragen. Von dieser Ermächtigung darf der Notar jedoch nur Gebrauch machen, wenn ihm die vollständige Erbringung des Kaufpreises (mit Ausnahme etwa angefallener Zinsen) durch eine schriftliche Bestätigung des Verkäufers bzw. dessen im Grundbuch eingetragenen Gläubigern in Höhe ihrer Ablöseforderungen oder vom Käufer nach dem freien Ermessen des Notars ausreichend nachgewiesen ist. Der Verkäufer hat dafür zu sorgen, dass diese Bestätigungen unverzüglich nach Eingang des Betrages dem Notar zugehen. Er haftet für allen Schaden, der aus einer verspäteten Zahlungsbestätigung entsteht.“

Unter dem 29.12.1999 hat der den Kaufvertrag beurkundende Notar sodann in schriftlicher Urkunde folgende Erklärung abgegeben:

„Ich, der unterfertigte Notar, stelle hiermit fest, dass mir die vollständige Erbringung der Gegenleistung bestätigt wurde.

Ich bewillige daher namens des Verkäufers und beantrage namens des Käufers aufgrund der mir in der vorgenannten Urkunde erteilten Vollmacht den Vollzug der Auflassung im Grundbuch.“

Die Urkunde ist vom Notar unterschrieben und mit seinem Dienstiegel versehen worden. Der Notar hat sodann die Urkunden beim Grundbuchamt eingereicht und im Namen der Erwerber – der Antragsteller – den Vollzug der Auflassung beantragt. Durch Zwischenverfügung vom 15.2.2000 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt beanstandet, dass die Eintragungsbewilligung der Verkäufer nicht der Form des § 29 GBO entspreche. Soweit der Notar in der Eintragungsbewilligung als Bevollmächtigter aufgetreten sei, bedürfe es zur Wirksamkeit der Bewilligung der Unterschriftsbeglaubigung. Gegen diese Zwischenverfügung haben die Antragsteller Beschwerde eingelegt. Durch den angefochtenen Beschluss, auf den Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich nicht lediglich um die nachträgliche Berichtigung, Ergänzung oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen Rechnung tragende inhaltliche Anpassung einer vom Notar beurkundeten oder beglaubigten grundbuchrechtlichen Erklärung handele, sondern um deren erstmalige Abgabe, für deren Wirksamkeit im Grundbuchverfahren allein die Unterschrift und Siegelung durch den erklärenden Notar noch nicht genüge, sondern es vielmehr auch der Unterschriftsbeglaubigung bedürfe. Hiergegen haben die Antragsteller und Beschwerdeführer weitere Beschwerde eingelegt. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO soll die Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, was das Landgericht verkannt hat.

Die von dem Notar unterschriebene und mit seinem Dienstiegel versehene Bewilligungserklärung stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO dar; der vom Grundbuchamt und dem Landgericht im angefochtenen Beschluss als erforderlich angesehenen Unterschriftsbeglaubigung bedarf es mithin nicht. Nach der vom Landgericht im angefochtenen Beschluss zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9.7.1980 (BGHZ 78, 36 ff. = DNotZ 1981, 118 ff. [= MittBayNot 1981, 42]) sind öffentliche Urkunden nach der auch hier maßgeblichen Begriffsbestimmung des § 415 ZPO unter anderem solche Urkunden, die von einer mit öffentlichen Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.

Mit öffentlichem Glauben versehene Personen sind solche Urkundspersonen, die durch staatliche Ermächtigung bestellt sind; zu ihnen gehört auch der Notar (vgl. auch BGH DNotZ 1981, 118, 119).

Die Errichtung der hier in Rede stehenden Eigenurkunde lässt sich auch dem Geschäftskreis zuordnen, der dem Notar als einer mit öffentlichen Glauben versehenen Person zugewiesen ist. Nach § 24 Abs. 1 BNotO gehört zu dem Amt des Notars auch die sonstige, das heißt, über Beurkundungen und Beglaubigungen sowie die weiteren in §§ 20 ff. BNotO aufgeführten Aufgaben hinausgehende Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der Rechtspflege. Hierzu gehören nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch die durch den Notar errichteten Eigenurkunden nach vorausgegangener Beurkundungs- und Beglaubigungstätigkeit, um eine von den Beteiligten bereits abgegebene verfahrensrecht-

liche Erklärung zu berichtigen oder zu ergänzen oder um sie grundbuchrechtlichen Erfordernissen anzupassen (DNotZ 1981, 118, 119). Vorliegend wurde der Notar in dem von ihm beurkundeten Kaufvertrag, der auch bereits die Auflassung enthielt, bevollmächtigt, die erforderliche Eintragungsbewilligung für die Verkäufer zu erklären. Eine solche Vorgehensweise ist grundsätzlich zulässig. Der Notar kann eine Erklärung beurkunden, in der ihn die Beteiligten zur Abgabe von verfahrensrechtlichen Erklärungen bevollmächtigen, die zum Vollzug eines beurkundeten Rechtsgeschäfts erforderlich sind. Dies wird vom Landgericht im angefochtenen Beschluss auch nicht in Zweifel gezogen, da lediglich die Unterschriftsbeglaubigung als fehlend gerügt wird. Aber auch in diesem Bereich, in dem der Notar also nicht eine beurkundete verfahrensrechtliche Erklärung, sondern eine beurkundete materiellrechtliche Erklärung um die zu deren Vollzug erforderliche verfahrensrechtliche Erklärung (hier: die Bewilligung) ergänzt, handelt der Notar im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO. Der Senat schließt sich insoweit den Ausführungen von *Behmer* in Rpfleger 1984, 307, an, wonach es für die Zuständigkeit des Notars keinen Unterschied macht, ob eine verfahrensrechtliche Erklärung oder ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft durch eine weitere verfahrensrechtliche und zur Durchführung des beurkundeten Vorgangs erforderliche verfahrensrechtliche Erklärung ergänzt wird (vgl. im Ergebnis auch *Reithmann*, Allgemeines Urkundenrecht, S. 29, *Reithmann*, DNotZ 1983, 438; wohl auch *Schippel/Reithmann*, BNotO, 7. Aufl., § 24 Rdnrn. 7, 26, 59). In beiden Fällen ist die Errichtung der Eigenurkunde durch die Beurkundungstätigkeit des Notars ausgelöst worden und ergänzt diese. Der Notar handelt also bei Abgabe der Bewilligungserklärung in dem ihm zugewiesenen Geschäftskreis im Sinne des § 415 ZPO, so dass auch diese Voraussetzung der öffentlichen Urkunde erfüllt ist.

Die von dem Notar mit seiner Unterschrift und dem Dienstiegel versehene schriftliche Bewilligungserklärung ist letztendlich auch in der vorgeschriebenen Form abgegeben worden. Für die notarielle Eigenurkunde ist keine grundlegende gesetzliche Form vorgeschrieben. Nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs entfällt aber dieses begriffliche Erfordernis, wenn die Einhaltung einer besonderen Form nicht vorgeschrieben ist; eine öffentliche Urkunde liegt dann auch vor, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (DNotZ 1981, 118, 120). Lediglich für den Fall der Rücknahme eines Antrags ist nach Maßgabe des § 24 Abs. 3 Satz 2 BNotO geregelt, dass die notarielle Unterschrift unter Beifügung des Amtssiegels genügt und die Beglaubigung der Unterschrift nicht erforderlich ist. Selbst wenn man aber – was der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung offengelassen hat – hieraus eine allgemeine Formvorschrift für die nicht spezifizierten Amtstätigkeit des Notars entnehmen wollte, so wäre diese Form im vorliegenden Fall eingehalten.

Der Senat schließt sich mithin im Ergebnis der in der veröffentlichten Literatur weitgehend vertretenen Rechtsauffassung an, wonach der beurkundende Notar in der Form der notariellen Eigenurkunde aufgrund einer bereits vorgenommenen Auflassung die Bewilligung der Eigentumsumschreibung gemäß § 19 GBO erklären kann, wenn er dazu bevollmächtigt worden ist (vgl. *Bauer/von Oefele/Knothe*, Grundbuchordnung, § 29 Rdnr. 97; *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 164; *Meikel/Bambring*, Grundbuchordnung, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 152a; *Behmer*, a.a.O., Rpfleger 1984, 306; *Reithmann*, a.a.O., Allgemeines Urkundenrecht, S. 29, *Reithmann*, DNotZ 1983, 438, 440, *Ertl*,

Rpfleger 1980, 41, 48; wohl auch und *Schippel/Reithmann*, a.a.O., § 24 BNotO Rdnrn. 26, 59). Soweit an anderer Stelle in der Literatur (vgl. etwa *Winkler*, DNotZ 1981, 252, 253; *Becksches Notarhandbuch/Reibold*, A I Rdnr. 258, vgl. aber auch das Beispiel bei Rdnr. 259; *KEHE-Herrmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 29 Rdnr. 77) und der veröffentlichten Rechtsprechung (vgl. etwa BayObLG Rpfleger 1982, 416 und Rpfleger 1988, 60; OLG Düsseldorf Rpfleger 1989, 58; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1982, 276, 277) lediglich die nachträgliche Berichtigung, Ergänzung oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen Rechnung tragende inhaltliche Anpassung einer vom Notar beurkundeten oder beglaubigten grundbuchrechtlichen Erklärung angesprochen wird, worauf das Landgericht zutreffend hinweist, so ergibt sich hieraus nichts Anderes. Eine von der dargestellten Meinung des Senats abweichende – nämlich einschränkende – Rechtsauffassung lässt sich hieraus nicht entnehmen. Die Beschränkung auf die genannten Fälle in der Rechtsprechung erklärt sich daraus, dass in den dort zur Entscheidung stehenden Einzelfällen keine Veranlassung bestand, auf die hier zu entscheidende Frage einzugehen. Dies gilt auch für den zitierten Beschluss des OLG Zweibrücken in Rpfleger 1982, 276, 277, in dem am Ende zur Begründung der Zulässigkeit der notariellen Eigenurkunde lediglich auf eine bereits abgegebene verfahrensrechtliche Erklärung der Urkundsbeteiligten abgestellt und diese hergeleitet, sowie eine weitere Zulassung von Eigenurkunden abgelehnt wird. Auch dort wird – wie hier – entscheidend auf die Betreuungstätigkeit des Notars aufgrund einer vorgängigen Erklärung abgestellt, die im dortigen Fall – anders als im hiesigen – allerdings fehlte.

Anmerkung:

Die Rechtsprechung des BGH fasst die Sicherung von Leistung und Gegenleistung beim Grundstückskaufvertrag unter den Begriff der rechtlichen Tragweite nach § 17 BeurkG und macht damit dem Notar nicht nur in besonderen Fällen, sondern in jedem Fall zur Pflicht, über die Gefahren einer Vorleistung zu belehren¹. Dazu stellt der BGH ausdrücklich als zweite Amtspflicht, die gleichfalls unter § 17 BeurkG gefasst wird, die Pflicht, Maßnahmen zur Sicherung einer Vorleistung vorzuschlagen². Da bei der Struktur des Grundstückskaufvertrages eine Vorleistung in jedem Fall vorliegt, ist der Notar in jedem Fall verpflichtet, Sicherungsmaßnahmen vorzuschlagen. Die notarielle Praxis hat dazu seit langem den *Vorbehalt der Auflassung* und den *Vorbehalt der Eigentumsumschreibung* entwickelt. Im ersteren Fall wird die Auflassung noch nicht erklärt, im zweiten Fall wird sie erklärt, aber dem Grundbuchamt noch nicht vorgelegt (Vorlagesperre).

1. Während die beiden erstgenannten Methoden auf die Auflassung abstellen, stellt der im vorliegenden Fall vereinbarte Vorbehalt auf die *Eintragungsbewilligung* ab: Das Grundbuchverfahren verlangt neben der materiell-rechtlichen Auflassung Verfahrenserklärungen (Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung). Während der Eintragungsantrag von jedem materiell Beteiligten abgegeben werden kann, also auch vom Käufer, kann die Eintragungsbewilligung nur vom eingetragenen Eigentümer, also in diesem Fall vom Verkäufer, erklärt werden. Beim *Vorbehalt der Eintragungsbewilli-*

¹ BGH 27.10.1994 DNotZ 1995, 407; dazu ausführlich *Ganter* – Die Belehrungspflichten des Urkundsnottars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung, NotBZ 2000, 277 BGH 15.1.1998, DNotZ 1998, 637.

² BGH 15.4.1999, NJW 1999, 2188.

gung wird der Verkäufer dadurch gesichert, dass die Eintragungsbewilligung noch nicht erklärt wird.

Diese Methode konnte sich solange in der Praxis nicht durchsetzen, als die Gefahr bestand, dass der Rechtspfleger die Eigentumsbeschreibung trotz mangelnder Bewilligung aufgrund der materiell-rechtlichen Auflassung vornehmen werde. Diese Befürchtung war auf Literaturäußerungen gegründet, nach denen in der Erklärung der materiell-rechtlichen Auflassung auch die erforderliche Verfahrenserklärung (Eintragungsbewilligung) liegen könne. Eine solche Auslegung ist aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn bei Erklärung der Auflassung, wie im vorliegenden Fall, ausdrücklich erklärt wird, dass in der Auflassung eine Eintragungsbewilligung nicht gesehen werden kann³.

2. Der vorliegende Fall war daher geeignet, Anerkennung dieses, außerhalb Bayerns weniger bekannten Verfahrens, durch ein Obergericht zu erreichen. Das Grundbuchamt hatte ebenso wie das Beschwerdegericht verlangt, dass die Unterschrift des die Eintragungsbewilligung erklärenden Notars von einem anderen Notar beglaubigt sein müsse. Das OLG Frankfurt hat in der wohl begründeten Entscheidung anerkannt, dass die mit dem Siegel des Notars versehene Erklärung eine „öffentliche Urkunde“ i. S. des § 29 GBO darstellt.

Das Siegel des Notars begründet an sich nur die Echtheitsvermutung des § 437 ZPO („Urkunden, die sich nach Form und Inhalt als von einer ... mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich“). Solche Urkunden können als „amtliche Urkunden“⁴ bezeichnet werden. Zur „öffentlichen Urkunde“ gehört nach der Bestimmung des § 415 ZPO mehr, nämlich, dass die Urkunde von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person „innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen“ ist. Daran knüpft § 415 ZPO die Vermutung der Wahrheit („vollen Beweis des durch die Urkundsperson beurkundeten Vorgangs“).

Darunter fällt auch die Urkunde, in der der Notar seine eigene Willenserklärung niederlegt (Eigenurkunde)⁵. Erforderlich ist zunächst, dass die Urkunde „in der vorgeschriebenen Form aufgenommen“ ist. Hierzu meint das OLG Frankfurt, dass für Eigenurkunden des Notars Formvorschriften nicht bestehen. Dem ist nicht zuzustimmen. Bei der Eigenurkunde handelt es sich um ein „einfaches Zeugnis“, für das nach § 39 BeurkG „anstelle einer Niederschrift eine Urkunde (genügt), die das Zeugnis, die Unterschrift und das Präge- oder Farbdrucksiegel des Notars enthalten muss und Ort und Tag der Ausstellung angeben soll (Vermerk)“ (§ 39 BeurkG)⁶. Dies war im vorliegenden Fall ohne weiteres gegeben.

Voraussetzung ist aber weiter, dass der Notar „innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises handelt“ (§ 415 ZPO). Die Zuständigkeit des Notars wird in § 24 BNotO bestimmt: Zum Amt des Notars gehört auch „die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“.

3. Insoweit ist die Zulässigkeit notarieller Eigenurkunden seit langem unbestritten⁷. In der Literatur werden aber zwei Einschränkungen gemacht: Erstens soll es um die Durchführung eines vom Notar bereits beurkundeten (oder auch nur beglaubigten) Vorgangs gehen⁸. Dies ist aber, wie das OLG ausführt, entgegen dort zitierten Meinungsäußerungen, nicht notwendige Voraussetzung der notariellen Eigenurkunde: „Die Beschränkung auf die genannten Fälle in der Rechtsprechung erklärt sich (vielmehr) daraus, dass in den dort zur Entscheidung stehenden Einzelfällen keine Veranlassung bestand, auf die hier zu entscheidende Frage einzugehen.“

4. Auch die Meinung, Inhalt der notariellen Eigenurkunde könne nur eine Verfahrenserklärung sein, wird vom OLG Frankfurt in der vorliegenden Entscheidung verneint.

Der Senat schließt sich ausdrücklich der Meinung⁹ an, „wonach es für die Zuständigkeit des Notars keinen Unterschied macht, ob eine verfahrensrechtliche Erklärung oder eine materiell-rechtliche Erklärung Gegenstand der Eigenurkunde ist“. Zwar ist der erstgenannte Fall (Verfahrenserklärung) sehr viel häufiger, aber auch der zweitgenannte Fall kommt vor, vor allem, wenn dem Notar Vollmacht zur Entgegennahme und Mitteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erteilt ist:

Bei Verträgen, die der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegen, wird diese Genehmigung erst dann wirksam, wenn sie der Vormund dem anderen Vertragsteil mitteilt. Der Notar wird häufig damit betraut, diese Mitteilung nicht nur zu erwirken und entgegenzunehmen, sondern im Namen des Vormunds auch dem anderen Vertragsteil mitzuteilen (und die Mitteilung für diesen entgegenzunehmen). Der Notar vermerkt den Vorgang der Mitteilung und Entgegennahme auf der Niederschrift des genehmigten Vertrages und versieht diesen Vermerk mit Unterschrift und Stempel. Auch darin liegt eine notarielle Eigenurkunde. Auch dies ist eine öffentliche Urkunde, die § 29 GBO genügt¹⁰.

5. § 24 BNotO enthält jedenfalls solche Beschränkungen nicht, sondern stellt nur auf den Begriff der vorsorgenden Rechtspflege ab. Dieser Begriff hat mit „Kautelarjurisprudenz“ (einer Methode, die Rechtskundige aller Professionen anwenden) nichts zu tun, definiert vielmehr die Zuständigkeit des Notars neben der im Gesetz (BNotO §§ 20 bis 22) ausdrücklich geregelten „Urkundstätigkeit“. Gegenstand der vorsorgenden Rechtspflege ist die Erleichterung und Sicherung des Privatrechtsverkehrs¹¹. Damit ist die *Zuständigkeit* des Notars bestimmt¹². Eine andere Frage ist die der *Zulässigkeit*: Ob und inwieweit der Notar in der Übernahme solcher Aufgaben durch verfahrens- oder dienstrechtliche Vorschriften gehindert ist.

6. Der Notar ist aber nicht gehindert, die Vollmacht, die die Beteiligten ihm im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit erteilen, selbst zu beurkunden oder zu beglaubigen. Die Vollmacht gibt dem Notar nur die bürgerlich-rechtlichen Mittel, um seinen öffentlich-rechtlichen Auftrag im Rahmen des Betreu-

³ So auch *Demharter*, GBO 23. Auflage 2000, Rdnr. 2 zu § 20.

⁴ *Reithmann*, Allgemeines Urkundenrecht (1972) S. 9.

⁵ Es handelt sich nicht um eine bezeugende, sondern um eine bewirkende Urkunde; wie *Limmer (Eylmann/Vaasen)*, 1999, Rdnr. 4 zu § 1 BeurkG sagt, um eine „Dispositivurkunde, in der der Aussteller seine eigene Willenserklärung als Hoheitsträger verlautbart“.

⁶ Auch das Verfahren der Errichtung von Eigenurkunden fällt unter das BeurkG. Der Begriff „Beurkundung“ in § 1 BeurkG ist weiter als der in § 20 BNotO (*Limmer* a.a.O.).

⁷ Siehe insbesondere *Winkler*, DNotZ 1981, 252.

⁸ Hierher gehören insbesondere die in der Praxis häufigen Identitätserklärungen (siehe dazu *Lappe*, NotBZ 1998, 27, insbesondere in kostenrechtlicher Hinsicht).

⁹ *Reithmann*, DNotZ 1983, 438/440; *Behmer*, Rpfleger 1984, 306.

¹⁰ Siehe BayObLG 29.10.1997, MittBayNot 1998, 107.

¹¹ *Schippel/Reithmann*, BNotO, 2000, Rdnr. 8, 9 zu § 24 BNotO.

¹² Davon hängt der Schutz durch die Haftpflichtversicherung ab.

ungsverfahrens erfüllen zu können. Das allgemeine Mitwirkungsverbot des § 3 BeurkG steht dem nicht entgegen: Der Notar darf nach § 3 BeurkG an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich um eine „eigene Angelegenheit“ handelt. Diese Vorschrift hindert nicht, dass der Notar Erklärungen beurkundet oder beglaubigt, in denen er selbst bevollmächtigt wird, wenn es sich nicht um „eigene Angelegenheiten“ des Notars handelt, sondern um Angelegenheiten, die der Notar im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit für andere übernimmt.

Die notarielle Eigenurkunde kommt allerdings nur für Erklärungen in Betracht, für die materiell-rechtlich eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist. Anders bei der Auflassung: Hier geht es um die Errichtung einer Zeugniskunde über Erklärungen der Vertragsteile. Hierfür gilt, anders als für die Niederlegung *eigener* Erklärungen des Notars in Schriftform, die Ausschlussvorschrift des § 6 BeurkG. Beteiligt i. S. des § 6 BeurkG ist jeder, dessen „im eigenen oder fremden Namen abgegebenen Erklärungen beurkundet werden sollen“ (formeller Beteiligtenbegriff).

Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

17. §§ 15, 23, 24 BNotO; 54 a, b, c BeurkG (*Notarieller Vorbescheid bei Auszahlung von Notaranderkonto*)

Besteht Streit über die Berechtigung an auf Notaranderkonten hinterlegten Geldbeträgen, kann der Notar die von ihm beabsichtigte Auszahlung durch beschwerdefähigen Vorbescheid ankündigen.

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss von 13.12.2000 – 3 W 208/00 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

a) Nach der Neufassung von § 15 Abs. 2 BNotO ist die Beschwerde wegen Amtsverweigerung des Notars nicht nur bei Urkundstätigkeit, sondern auch bei Betreuungstätigkeiten nach §§ 23, 24 BNotO – wie hier – ausdrücklich eröffnet (vgl. *Eylmann/Vaasen/Frenz* a.a.O. § 15 Rdnr. 32; zur früheren Rechtslage: Beschluss des Senats vom 28.5.1993 – 3 W 89/93). Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO ist deshalb auch im Verwaltungsverfahren statthaft. § 54 c Abs. 5 BeurkG stellt dies für den praktischen Hauptfall der Entscheidung des Notars über die Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit des Widerrufs ausdrücklich klar (vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel* a.a.O. § 23 Rdnr. 49).

b) Die Beschwerdemöglichkeit ist entgegen der Auffassung des Landgerichts auch dann gegeben, wenn der Notar sein beabsichtigtes Vorgehen (Auszahlung oder weitere Verwahrung) ankündigt. In solchen Fällen ergeht nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ein beschwerdefähiger Vorbescheid (vgl. dazu BayObLG NJW-RR 2000, 945 = DNotZ 2000, 376; FGPrax 1998, 78, 79; BayObLGZ 1995, 205, 208; OLG Hamm FGPrax 1995, 171; OLG Frankfurt/M DNotZ 1992, 61; ZNotP 1999, 83; OLG Schleswig DNotZ 1993, 67; LG Frankenthal MittBayNot 1996, 321, 322; *Eylmann/Vaasen/Frenz* a.a.O. § 15 Rdnr. 20 und *Hertel* § 23 Rdnr. 50; *Schippel/Reithmann* BNotO 7. Aufl. § 15 Rdnr. 79;

Arndt/Lerch/Sandkühler; BNotO 4. Aufl. § 15 Rdnr. 91; *Haug*, DNotZ 1992, 18, 22 auch m. Nw. zur vereinzelt gebliebenen Gegenmeinung des LG Frankfurt/M.).

c) Der Senat ist in seinem bereits zitierten Beschluss vom 28.5.1993 der ganz herrschenden Meinung gefolgt. Hieran wird festgehalten. Die Ausführungen des Landgerichts vermögen nicht zu überzeugen. Die Situation des Notars ist auch im Rahmen seiner Tätigkeit gemäß §§ 23, 24 BNotO mit derjenigen des Nachlassgerichts bei Erteilung des Erbscheins vergleichbar. Hier wie dort geht es darum, beträchtliche Schäden zu vermeiden, die auch bei Auszahlung hoher Geldbeträge entstehen können, sofern solche verbraucht werden (vgl. zum Erbscheinsverfahren etwa BGHZ 20, 255, 257; *Firsching*, NJW 1955, 1540, 1541 f.). Ebenso wenig ist zu befürchten, die Notare könnten die Möglichkeit, einen Vorbescheid zu erlassen, missbrauchen und sich auch in einfach gelagerten Fällen zunächst auf eine Vorankündigung beschränken anstatt abschließend Gelder auszuzahlen. Denn wie bei den Nachlassgerichten (vgl. BGHZ 20, 255, 258 f.) kann auch bei den Notaren darauf vertraut werden, dass sie nur in Fällen einer schwierigen Sach- und Rechtslage hiervon Gebrauch machen. Davon, dass eine solche Situation hier gegeben ist, geht ersichtlich auch die Beschwerdekammer aus.

Des Weiteren lässt sich gegen die hier vertretene Ansicht nicht einwenden, dass nach ganz herrschender – vom Senat geteilter – Ansicht in Grundbuchsachen Vorbescheide unzulässig sind. Die Zulässigkeit des notariellen Vorbescheids erscheint zwar danach nicht selbstverständlich (vgl. *Winkler* MittBayNot 1998, 141, 147). Die Ablehnung für Grundbuchsachen beruht aber auf den besonderen Grundsätzen des Verfahrens (vgl. Senat, Beschluss vom 28.1.1997 – 3 W 180/96 – veröffentlicht OLGR 1997, 1). Für die Tätigkeit des Notars steht demgegenüber – ebenso wie bei der Erteilung des Erbscheins – im Vordergrund, möglicherweise entstehende irreversible Schäden zu verhindern (vgl. Anmerkung *Vollhardt* MittBayNot 1996, 323, 324). Letztlich geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass es für den Notar im Einzelfall geboten sein kann, der Auszahlung entgegenstehende Amtspflichten über die Beschwerdemöglichkeit des § 15 Abs. 2 BNotO zu klären (vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel* a.a.O. § 54 c BeurkG Rdnr. 7; Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21.3.1996, BT-Drucksache 13/4184, S. 38).

3. (...)

18. ZPO § 3, BeurkG § 53 (*Streit über Voraussetzungen für den Vollzug der beurkundeten Auflassung*)

1. (...)

2. Besteht zwischen den Beteiligten eines notariellen Kaufvertrages Streit darüber, ob die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen, unter denen der Notar den Vollzug der beurkundeten Auflassung vornehmen soll, erfüllt sind, und weigert sich der Notar deshalb, die Umschreibung zu veranlassen, so kann die Streitfrage im Rahmen eines streitigen Verfahrens der Beteiligten vor dem Prozessgericht geklärt werden.

3. Der Zuständigkeits- und Gebührenstreitwert einer Klage, die darauf gerichtet ist, den Notar anzuweisen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu veranlassen, bestimmt sich nach § 3 ZPO.

4. Hat der Käufer eines Grundstücks dem Notar als Voraussetzung für den Vollzug der Auflassung die vollständige Zahlung des Kaufpreises nachzuweisen und erhebt er gegen den Verkäufer eine Klage, die darauf gerichtet ist, den Notar anzuweisen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu veranlassen, weil die Parteien darum streiten, ob der Käufer – bei übernommenen Leistungen von 186.000 DM – noch 65,60 DM zu zahlen hat, so beträgt der Zuständigkeits- und Gebührenstreitwert maximal 600 DM.

OLG Köln, Beschluss vom 28.8.2000 – 11 W 23/00 –, mitgeteilt von *Zoll*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind – seit 1974 rechtskräftig – geschiedene Eheleute. Durch notariellen Vertrag vom 2.6.1999 übertrug die Beklagte dem Kläger früher im Miteigentum der Parteien stehenden, später von der Beklagten im Wege einer Teilungsversteigerung erworbenen Grundbesitz zu Alleineigentum. Der Kläger übernahm im Wege der befreienden Schuldübernahme einen Teil der eingetragenen Grundpfandrechte, die mit noch ca. 66.000,00 DM valutieren, und verpflichtete sich, an die Beklagte einen Herauszahlungsbetrag von 120.000,00 DM zu zahlen, der zum Teil zur Ablösung der übrigen eingetragenen Grundpfandrechte verwendet werden sollte. In dem Vertrag ist die Auflassung erklärt und der Notar bevollmächtigt, die Eintragungsbewilligung für die Eigentumsumschreibung abzugeben. Zugleich vereinbarten die Parteien, dass die Umschreibung des Grundbesitzes im Grundbuch erst dann beantragt werden dürfe, wenn dem Notar die Zahlung des Herauszahlungsbetrages in Höhe von 120.000,00 DM und die Genehmigung der Schuldübernahme nachgewiesen oder gleichzeitig mit der vertragsgemäßen Umschreibung sichergestellt werden könne. Auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung verzichtete der Kläger.

In der Folgezeit zahlte der Kläger unstreitig einen Teil des Herauszahlungsbetrages. Einen weiteren Teilbetrag verrechnete er mit Forderungen auf Grund eines gegen die Beklagte erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, der auf einem gegen die Beklagte ergangenen Urteil wegen aufgelaufener Unterhaltsansprüche des gemeinsamen Sohnes der Parteien beruhte. Da zwischen den Parteien Streit bestand, ob der Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Herauszahlungsbetrages durch die vom Kläger vorgenommene Verrechnung vollständig erloschen war, veranlasste der Notar die Umschreibung zunächst nicht; vielmehr verlangte er von der Beklagten eine Bestätigung vollständiger Zahlung und eine Anweisung, die Umschreibung zu beantragen. Zuletzt bestätigte die Beklagte eine Zahlung von lediglich 119.934,40 DM, so dass noch ein Restbetrag von 65,60 DM offen stand.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Beklagte darauf in Anspruch genommen, den Notar anzuweisen, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen. Er hat geltend gemacht, der Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Herauszahlungsbetrages sei durch die vorgenommenen Verrechnungen vollständig erloschen; dabei seien die Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Unterhaltstitel, unter anderem auch die Kosten für eine dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vorangehende Vorfändung zu berücksichtigen. Die Beklagte hat nach Zustellung der Klage den Notar unbedingt zur Umschreibung angewiesen. Sie hat geltend gemacht: Die vom Notar verlangte Anweisung sei nach dem Kaufvertrag nicht erforderlich; dass der Notar die Umschreibung nicht veranlasst habe, liege daran, dass der Kläger die vollständige Zahlung nicht nachgewiesen habe. Die Vollstreckungskosten seien zum Teil nicht nachgewiesen. Es stehe noch ein Restbetrag von 65,60 DM offen. Die Kosten für die Vorfändung könnten nicht erstattet verlangt werden, da diese grundlos veranlasst worden sei. Die vom Notar verlangte Erklärung sei nunmehr unbedingt abgegeben worden, weil man nicht wegen eines geringfügigen Betrages den vom Kläger mutwillig eingeleiteten Rechtsstreit führen wolle.

Die Parteien haben daraufhin den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt. Das Landgericht hat die Kosten dem Kläger auferlegt. Es hat im Wesent-

lichen ausgeführt: Die ursprüngliche Klage sei unbegründet gewesen. Der Kläger habe die vollständige Zahlung der Herauszahlungsbetrages schon nicht ausreichend substantiiert rechnerisch dargelegt, jedenfalls bleibe ein Betrag von 21,30 DM offen. Die Kosten der Vorfändung könnten nicht berücksichtigt werden, weil die Vorfändung nicht notwendig gewesen sei. Dass die Beklagte sich in die Rolle der Unterlegenen begeben habe, schade unter den gegebenen Umständen nicht. Das Landgericht hat den Streitwert bis zur Erledigungserklärung auf 15.977,85 DM, für die Zeit danach auf bis 3.000,00 DM festgesetzt.

Gegen den Beschluss des Landgerichts hat der Kläger sofortige Beschwerde eingelegt. Er macht geltend, die Kosten der Vorfändung seien erstattungsfähig, weil eine solche Maßnahme angesichts der Vermögenslosigkeit und Verschuldung der Beklagten und der Tatsache, dass sie seit Jahren den Vollstreckungsmaßnahmen diverser Gläubiger ausgesetzt sei, erforderlich gewesen sei. Die Beklagte tritt diesem Vortrag entgegen.

Aus den Gründen:

(...)

a) Die Parteien haben darum gestritten, ob die Voraussetzungen vorlagen, unter denen der Notar die Eintragung des Klägers im Grundbuch veranlassen sollte. Der Notar war angewiesen, dies erst zu tun, wenn der Kläger nachgewiesen hatte, dass der von ihm an die Beklagte zu zahlende Herauszahlungsbetrag vollständig gezahlt war (sog. Vollzugssperre, vgl. dazu OLG Hamm, OLGZ 1975, 294 ff.; *Brambring* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Auflage, A I Rdnr. 180 f.; *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, 13. Auflage, § 53 BeurkG, Rdnr. 21). Eine vollständige Zahlung war dem Notar im Streitfall nur nachgewiesen, wenn die Kosten der Zwangsvollstreckung, insbesondere der Vorfändung, von der Beklagten zu erstatten waren und deshalb gegen die Zahlungsforderung der Beklagten verrechnet werden durften. Ob der Notar diese materiell-rechtliche Frage klären durfte oder musste (vgl. dazu etwa OLG Köln MittRhNotK 1986, 269), kann dahinstehen. Jedenfalls sah er sie nicht als geklärt an und ging deshalb davon aus, dass noch ein – wenn auch geringfügiger – Betrag ausstand. Besteht aber zwischen den Beteiligten Streit darüber, ob die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen, unter denen der Notar den Vollzug der beurkundeten Auflassung vornehmen soll, erfüllt sind, und weigert sich der Notar deshalb die Umschreibung zu veranlassen, so ist die Streitfrage entweder im Wege der Beschwerde nach § 15 BNotO oder im Rahmen eines streitigen Verfahrens der Beteiligten vor dem Prozessgericht zu klären (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O., Rdnr. 27; *Vollhardt*, MittBayNot 1996, 323, 324; ferner OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1992, 389, 391 f.; *Brambring* a.a.O., Rdnr. 181; *Eckhardt*, DNotZ 1983, 96, 99, 102).

b) Eine solche Klage hat der Kläger hier erhoben. Ihr Streitwert ist nach dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers an der Klärung des zwischen den Parteien noch bestehenden Streitiges zu bemessen. Ausgangspunkt für die Bewertung dieses Interesses ist der zwischen den Parteien noch streitige Betrag, der den Notar daran hinderte, den Eintritt der Vollzugsreife festzustellen.

aa) Der in der Klageschrift angekündigte Antrag ging dahin, die Beklagte zur Erteilung der Anweisung zu verurteilen, die der Notar von ihr verlangt hatte. Es kann dahinstehen, ob der Kläger darauf einen Anspruch hatte. Daran bestehen immerhin Zweifel. Die Parteien hatten die Auflassung bereits in dem Notarvertrag erklärt und dem Notar die Anweisung zur Umschreibung erteilt. Voraussetzung für die Vollzugsreife war allein der vom Kläger zu führende Nachweis vollständiger

Zahlung, nicht aber eine von der Beklagten noch abzugebende Erklärung. Den ihm obliegenden Nachweis konnte der Kläger erbringen, wenn auf eine von ihm erhobene Feststellungsklage durch Feststellungsurteil geklärt war, dass der Beklagten keine Restforderung mehr zustand. Eine solche Klage hätte zweifellos einen Streitwert von 65,60 DM gehabt.

bb) Jedenfalls geht auch das mit dem vorgelegten Klageantrag verfolgte Interesse des Klägers wertmäßig nicht wesentlich über den genannten Betrag hinaus. Bei dieser Bewertung geht der Senat durchaus davon aus, dass sich der Streitwert nicht danach bestimmt, welches Rechtsschutzziel der Kläger richtiger- oder vernünftigerweise hätte verfolgen müssen, sondern danach, welches Ziel er tatsächlich verfolgt hat. Auch mit dem in der Klageschrift enthaltenen Klageantrag sollte indes lediglich die Klärung der Frage erreicht werden, ob der Kläger die Kosten der gegen die Beklagte ausgebrachten Zwangsvollstreckung, insbesondere der Vorpfändung, als notwendige Kosten entsprechend § 788 ZPO von der Beklagten erstattet verlangen und deshalb mit dem Herauszahlungsbetrag verrechnen konnte. Ein anderes Klageziel lässt sich verständlich nicht darstellen.

(1) Keinesfalls handelte es sich um eine auf Auflassung gerichtete Klage. Die Auflassung war bereits erklärt, der Notar war auch bereits angewiesen, sie zu vollziehen, wenn die Vollzugssperre beseitigt war. Der Streitfrage, ob bei Klagen, die die Auflassung betreffen, der Streitwert gemäß § 6 ZPO nach dem vollen Grundstückswert zu bemessen ist, auch wenn die Parteien nur um eine geringfügige noch offene Kaufpreisforderung streiten (so etwa OLG Münch NJW-RR 1998, 142 f.; NJW-RR 1996, 1471 f.; ablehnend etwa OLG Düsseldorf, JurBüro 1987, 1380 f. mit Anm. von E. Schneider in KostRsp. ZPO § 6 Nr. 114; OLG Frankfurt am Main, 23. Zivilsenat, NJW-RR 1996, 636 f.; jeweils m.w.N.), muss deshalb ebenso wenig nachgegangen werden, wie der Frage, inwieweit die insoweit auf § 3 ZPO abstellende Rechtsprechung zum Gebührenstreitwert auf den Zuständigkeitsstreitwert anwendbar ist. Sofern der Klageantrag nicht auf Auflassung, sondern darauf gerichtet ist, den Notar zum Vollzug der Auflassung zu veranlassen, bestimmt sich der Streitwert jedenfalls nach § 3 ZPO (vgl. auch OLG Bamberg, KostRsp. ZPO § 3 Nr. 633 mit Anm. von E. Schneider; OLG Karlsruhe, JurBüro 1984, 1235; Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 11. Auflage, Rdnr. 328 f.).

(2) Der angekündigte Klageantrag kann auch nicht maßgeblich von dem Ziel des Klägers bestimmt gewesen sein, die Eintragung und damit den Eigentumsübergang auf ihn (§ 873 Abs. 1 BGB) zu veranlassen oder zu beschleunigen. Die Eintragung konnte binnen weniger Tage erreicht werden, wenn der Kläger den – im Verhältnis zu dem Vorauszahlungsbetrag und dem Betrag der übernommenen Grundpfandrechte absolut geringfügigen – Betrag von 65,60 DM an die Beklagte zahlte und dem Notar diese Zahlung nachwies, wobei die Notwendigkeit der durch die Zwangsvollstreckung verursachten Kosten im Vollstreckungsverfahren geklärt werden konnte. Es kann schlechterdings nicht angenommen werden, der Kläger habe unter diesen Umständen einen zumindest einige Monate dauernden Rechtsstreit in Angriff genommen, wenn ihm an einer (raschen) Umschreibung gelegen war, die umso dringender erscheinen musste, weil er auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung verzichtet und den Kaufpreis unstreitig fast vollständig bezahlt hatte. Nachvollziehbar ist die vorliegende Klageerhebung nur, wenn es dem Kläger – aus welchen, evtl. emotionalen Gründen auch immer – darum ging, der Beklagten das Eingeständnis vollständiger

Zahlung abzuverlangen und dabei die Notwendigkeit der Kosten der Zwangsvollstreckung klären zu lassen. Dann aber ist der Wert seines mit der Klage verfolgten Interesses weder nach dem Grundstückswert noch nach dem Interesse an einer alsbaldigen Umschreibung, sondern nach seinem Interesse daran zu bemessen, feststellen zu lassen, ob der noch offen stehende Restbetrag von ihm bezahlt werden musste oder nicht. Ob dieses Interesse exakt mit dem Betrag der noch offenen Forderung zu bewerten ist, kann dahin stehen. Jedenfalls geht es wertmäßig nicht über den Betrag von 600,00 DM (niedrigste Gebührenstufe gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 GKG) hinaus.

Kostenrecht

19. KostO §§ 16 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 156; GmbHG §§ 7 Abs. 1, 8, 54 Abs. 1 Satz 1 und 2 (*Einreichung einer Satzungsänderung der Vor-GmbH zum Handelsregister*)

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung muss nicht förmlich zum Handelsregister angemeldet werden. Es reicht stattdessen aus, dass die erforderlichen Unterlagen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch die Geschäftsführer formlos vorgelegt werden.

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 12.9.2000 – 3 W 178/00

Aus den Gründen:

(...)

2. (...)

a. Der Beteiligte zu 1) ist im Zusammenhang mit einer Satzungsänderung tätig geworden, die sich auf eine noch nicht im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung bezog. Neben den Gebühren für die Beurkundung der Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 42 KostO) und der Zusammenstellung der Satzung (§ 147 Abs. 2 KostO), die nicht Gegenstand des Verfahrens der Beschwerde und der weiteren Beschwerde sind, hat er für den Entwurf der Registeranmeldung und die Beglaubigung der Unterschrift des anmeldenden Geschäftsführers gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO eine halbe Gebühr berechnet. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

b. Die von dem Beteiligten zu 1) entworfene Anmeldung und die von ihm vorgenommene Beglaubigung der Unterschrift waren überflüssig und stellten eine unrichtige Sachbehandlung dar, für die gemäß § 16 Abs. 1 KostO Kosten nicht erhoben werden dürfen.

aa. Die registerrechtliche Behandlung einer vor der Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgenommenen Änderung des Gesellschaftsvertrages ist in Rechtsprechung und Schrifttum in ihren Einzelheiten strittig. Weitgehende Einigkeit besteht zwar darüber, dass dem Registergericht – wie auch hier geschehen – in entsprechender Anwendung von § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine mit Notarbescheinigung versehene vollständige Fassung des Gesellschaftsvertrages vorzulegen ist (vgl. OLG Köln GmbHR 1973, 11; OLG Schleswig GmbHR 1975, 183; OLG Hamm GmbHR 1986, 311; BayObLG Betrieb 1988, 2354; *Hachenburg/Ullmer*, GmbHG 8. Aufl. § 54 Rdnr. 4; *Meyer-Landrut/Müller*/

Niehus, GmbHG § 54 Rdnr. 6; Lutter/Hommelhoff GmbHG 15. Aufl. § 2 Rdnr. 23; Rowedder/Zimmermann, GmbHG 3. Aufl. § 54 Rdnr. 2; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht 5. Aufl. Rdnr. 731, jeweils m.w.N.). Streitig ist aber, ob die vor Eintragung der Gesellschaft vorgenommene Satzungsänderung darüber hinaus auch einer förmlichen Anmeldung zum Handelsregister bedarf. In der Literatur wird dies zum Teil bejaht, weil auch die Regelung in § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entsprechend anzuwenden sei (vgl. Rowedder/Zimmermann a.a.O.; Hachenburg/Ulmer a.a.O.; Scholz/Priester, GmbHG 8. Aufl. § 54 Rdnr. 4; Bayerische Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung 4. Aufl. Rdnr. 514). Nach anderer Ansicht muss eine Änderung des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der Gesellschaft nicht förmlich zum Handelsregister angemeldet werden; es soll stattdessen ausreichen, dass die erforderlichen Unterlagen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch die Geschäftsführer formlos vorgelegt werden (BayObLG MittBayNot 1978, 22 und MittBayNot 1974, 228; für den Verein auch BayObLGZ 1972, 29, 35; Lutter/Hommelhoff a.a.O.; Keidel/Schmatz/Stöber a.a.O.; Gustavus DNotZ 1971, 229, 232).

bb. Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung. Für eine analoge Anwendung von § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG besteht kein Anlass. Die Vorschrift betrifft ihrem Wortlaut nach die Eintragung von Satzungsänderungen bei bereits in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaften. Damit unterscheidet sie sich von der hier vorliegenden Fallkonstellation, bei der die Gesellschaft zwar angemeldet (§ 7 Abs. 1 GmbHG), aber noch nicht eingetragen worden ist. Gemäß § 8 GmbHG müssen der Anmeldung der Gesellschaft die Urkunden beigelegt sein, die über den Gründungsvorgang Auskunft geben und dem Registerrichter die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung der Gesellschaft ermöglichen. Diesem Erfordernis muss spätestens zum Zeitpunkt der Eintragung genügt sein. Bis dahin können unvollständige Urkunden nachgereicht werden. Einer Änderung oder Ergänzung der Anmeldung bedarf es dafür nicht. Voraussetzung ist lediglich, dass die – formlos mögliche – Vorlage der fehlenden Urkunden durch die allein zur Anmeldung befugten Geschäftsführer erfolgt (vgl. zu alledem BayObLG MittBayNot 1974 und 1978, jeweils a.a.O.).

Diese Grundsätze gelten auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der Gesellschaft. Die insoweit nachzureichenden Unterlagen sind letztlich nur Beilagen zu der aufrechterhaltenen und daher fortwirkenden Anmeldung der Gesellschaft (BayObLG jeweils a.a.O.).

cc. Die von der Gegenansicht zur Rechtfertigung ihres Standpunktes gegebene Begründung vermag nicht zu überzeugen. Sie erschöpft sich letztlich in einer Bezugnahme auf diejenige Rechtsprechung, die sich mit der analogen Anwendung von § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG auf die Fälle der Satzungsänderung vor Eintragung der Gesellschaft befasst (wie etwa OLG Köln, OLG Schleswig, OLG Hamm, BayObLG Betrieb 1988, jeweils a.a.O.). Aus dieser Rechtsprechung lässt sich für eine entsprechende Anwendung von § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG indes nichts herleiten. Die Verpflichtung, den Gesellschaftsvertrag bei seiner Änderung nach Anmeldung aber vor Eintragung der Gesellschaft in einer mit Notarbescheinigung versehenen vollständigen Fassung vorzulegen, besagt nicht, dass die Satzungsänderung auch einer eigenen formellen Anmeldung bedarf (BayObLG MittBayNot 1978 a.a.O.). Vielmehr ist auch ein den Anforderungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entsprechender Gesellschaftsvertrag nur eine Beilage zu der fortwirkenden Anmeldung der Gesellschaft. Auch

er kann formlos nachgereicht werden (BayObLG MittBayNot 1978 a.a.O.).

c. Nach alledem war im hier zu entscheidenden Falle eine förmliche Registeranmeldung entbehrlich. Der Beteiligte zu 1) hat dies nicht beachtet und dadurch seine Verpflichtung zur billigsten Sachbehandlung verletzt (vgl. dazu *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO 14. Aufl. § 16 Rdnr. 4). Seine Kostenrechnung vom 27.2.1998 ist deshalb aufzuheben.

Anmerkung:

Die Entscheidung befasst sich anlässlich einer Beschwerde gegen die Kostenrechnung eines Notars mit der Frage, ob bei einer nachträglichen Änderung einer GmbH-Satzung vor Eintragung der Gesellschaft eine formelle Registeranmeldung zu erfolgen hat. Der Notar hatte bei einer Satzungsänderung vor Eintragung der Gesellschaft u. a. die diesbezügliche Registeranmeldung entworfen und die Unterschriften der Geschäftsführer unter der Anmeldung beglaubigt. Der Senat vertritt im vorliegenden Beschluss die Auffassung, dass der Notar hierfür keine Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO habe berechnen dürfen und begründet diese Entscheidung mit der Feststellung, die entworfene Anmeldung und die vorgenommene Beglaubigung seien überflüssig gewesen. Der Notar habe dies nicht beachtet und damit gegen seine Verpflichtung zur billigsten Sachbehandlung verstoßen. Die Kostenrechnung wurde insoweit aufgehoben. Das Pfälzische Oberlandesgericht schließt sich mit dieser Entscheidung der bereits älteren Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts¹ an.

Die Entscheidung gibt jedoch in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Entgegnung:

1. Zunächst ist fraglich, ob die Feststellung, eine Änderung der Satzung vor Eintragung der Gesellschaft bedürfe nicht der erneuten Anmeldung, in der Sache zutreffend ist. Der Senat könnte die Bedeutung der Anmeldung zum Handelsregister unzutreffend gewürdigt haben. Es ist daher nach dem Sinn und Zweck der Registeranmeldung zu fragen. Sinn der Anmeldung der Gesellschaft gem. § 7 GmbHG i. V. m. § 12 HGB ist die Einleitung eines registergerichtlichen Verfahrens, an dessen Ende die Eintragung der neugegründeten Gesellschaft steht. Die Anmeldung ist also ein verfahrensrechtlicher Antrag auf Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister². Die Geschäftsführer, und zwar alle Geschäftsführer höchstpersönlich, § 7 GmbHG, bestimmen mit diesem gestellten Antrag Umfang und Gegenstand der Prüfung durch das Registergericht und verantworten den Eintragungsantrag³. Dies äußert sich auch in der Befugnis bereits eines Geschäftsführers, den Antrag aller jederzeit widerrufen zu können⁴. Gegenstand der Anmeldung ist zwar nach § 7 GmbHG „die Gesellschaft“. Dies kann jedoch nur die Gesellschaft in der Verfassung sein, wie sie in der Anmeldung durch die Geschäftsführer bezeichnet (oder in Bezug genommen) ist. Denn bei anderer Betrachtungsweise können Zurechnungsprobleme im Hinblick auf die Antragsbefugnis für den Verfahrensantrag auf

¹ MittBayNot 1974, 228; 1978, 22; a. A. Notarkasse, Streifzug, 4. Auflage, Rdnr. 514, *Scholz/Priester*, GmbHG, 8. Auflage, Rdnr. 4 zu § 54.

² *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl., Rdnr. 12 zu § 7; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Auflage, Rdnr. 17 zu § 7; *Rowedder/Rittner*, GmbHG, 2. Auflage, Rdnr. 4 zu § 7.

³ *Scholz/Priester*, GmbHG, 8. Auflage, Rdnr. 4 zu § 54.

⁴ *Scholz/Winter* a.a.O.; *Hachenburg/Ulmer*, a.a.O., Rdnr. 18.

Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, § 78 GmbHG, nicht ausgeschlossen werden.

Hier hilft auch die vom Senat für erforderlich gehaltene „Einreichung“ der abgeänderten Fassung der Satzung nebst Bescheinigung des Notars analog § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG durch alle Geschäftsführer, eine Art „Anmeldung light“, nicht weiter. Denn diese genügt nicht den Erfordernissen, die an ein ordnungsgemäßes Eintragungsverfahren gestellt werden müssen. Der Gesetzgeber hat nämlich mit § 7 GmbHG i.V.m. § 12 HGB bewusst die Anmeldung zum Handelsregister als erforderliche Verfahrensform zur Anbringung von Anträgen, die zur Eintragung in das Register führen⁵, normiert. Diese Formvorschrift, nach der Anmeldungen zum Handelsregister nur in öffentlich beglaubigter Form erfolgen können, soll die Überprüfung der Antragsbefugnis der Anmeldenden durch das Registergericht ermöglichen und sicherstellen. Es soll somit ausgeschlossen werden, dass Unbefugte Eintragungsanträge zum Handelsregister stellen⁶. Was aber für das „Ob“ der Anmeldung gilt, muss auch für deren Inhalt und Umfang gelten. Auf die GmbH bezogen bedeutet das: Was für die Erstanmeldung einer Gesellschaft gilt, muss auch für die Änderungen deren Satzung gelten. Hierbei kann es aber aufgrund der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer, den Umfang des Verfahrensanspruches zu bestimmen, keinen Unterschied machen, ob es sich um eine Änderung der Satzung vor oder nach Entstehung der Gesellschaft handelt. Insbesondere muss der Wille der Geschäftsführer, den Eintragungsantrag auf die Satzung in geänderter Fassung zu erstrecken, in eindeutiger Weise erkennbar und zurechenbar geäußert werden. Dies wird hingegen bei Zulassung eines formlosen Nachreichens durch die Geschäftsführer, das im Gegensatz zur Anmeldung nach § 7 GmbHG i.V.m. § 12 HGB auch noch delegierbar sein soll, nicht gewährleistet.

An folgendem Beispiel lässt sich verdeutlichen, dass die gesonderte Anmeldung einer nachträglichen Änderung auch vor Entstehung der Gesellschaft geboten ist: Bei der Erhöhung des Stammkapitals durch nachträgliche Aufnahme eines Gesellschafters vor Entstehung der Gesellschaft wird niemand ernsthaft bezweifeln wollen, dass die Geschäftsführer diese Änderung erneut anzumelden haben. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 GmbHG, wonach die Geschäftsführer *in der Anmeldung* die Versicherung abzugeben haben, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die Änderung des Stammkapitals vor Eintragung der Gesellschaft unterscheidet sich in ihrer Auswirkung auf den Eintragungsantrag aber in keiner Weise von Änderungen anderer Satzungsbestandteile, die ebenfalls gem. § 10 Abs. 1 GmbHG in das Handelsregister eingetragen werden müssen. Eine solche Angabe ist aber auch das Datum des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, mithin bei dessen nachträglicher Ergänzung auch das Datum des Nachtrags. Folglich ist auch die nachträgliche Änderung einer GmbH-Satzung vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erneut formell anzumelden⁷ und die entgegenstehende Feststellung des Senats damit unzutreffend.

⁵ Roth in Koller/Roth/Morck, HGB, Anm. 2 zu § 12.

⁶ Roth, a.a.O., Anm. 6 zu § 12.

⁷ So auch Scholz/Priester, GmbHG, Rdnr. 4 zu § 54; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Auflage, Rdnr. 514; Hachenburg/Ulmer, Rdnr. 4 zu § 54; Rowedder/Zimmermann, Rdnr. 2 zu § 54.

2. Aber auch wenn man die Richtigkeit der zuvor behandelten Feststellung des Senats einmal unterstellt, trägt diese Begründung nicht das Ergebnis der Entscheidung:

Der Senat lässt unberücksichtigt, dass der Notar nicht nur eine Pflicht zur billigsten⁸, sondern auch eine Pflicht zur sichersten Sachbehandlung⁹ hat. Der Notar hat zwar die Entstehung unnützer Kosten zu vermeiden. Das bedeutet aber nur, dass er von mehreren gleich geeigneten Wegen nicht den teureren wählen und ohne Anlass keine kostenpflichtige Amtstätigkeit vornehmen darf¹⁰. Kosten, die dadurch entstehen, dass der Notar den sichereren oder richtigeren Weg geht, sind nicht unnütz. Der höhere Aufwand an Kosten ist immer dann gerechtfertigt, wenn eine zuverlässige Betreuung, die Sicherheit oder Schnelligkeit für einen anderen als den billigeren Weg sprechen¹¹. Vorliegend ist es jedoch gerade streitig, ob die Änderung der Satzung vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister der erneuten formellen Anmeldung bedarf¹² oder ob eine formlose Einreichung durch die Geschäftsführer (die in der Praxis ohnehin meist den Notar mit der Einreichung beauftragen werden) genügt¹³.

Bis zur jetzigen Entscheidung des Pfälzischen Oberlandesgerichts gab es mit den Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des LG Kleve¹⁴ erkennbar nur wenige Stimmen in der Rechtsprechung, die von der Überflüssigkeit der erneuten Anmeldung ausgegangen sind. Andererseits sprechen sich maßgebliche Stimmen in der Literatur für die Erforderlichkeit der erneuten Anmeldung aus¹⁵. Wie das Pfälzische Oberlandesgericht und zuvor ein mit einem Eintragungsantrag befasster Registerrichter die vorliegende Rechtslage beurteilen würden, war daher nicht vorhersehbar. Somit hatte der Notar sich zu entscheiden zwischen bloßer Einreichung der aktualisierten Satzung nebst Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG als billigstem Weg und der vorsorglichen Fertigung einer Registeranmeldung und Beglaubigung der Unterschriften als sichererem Weg.

Angesichts der für die Beteiligten u.U. bestehenden erheblichen Risiken zwischen Gründung und Entstehung der Gesellschaft liegt die beschleunigte Eintragung einer neugegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung im besonderen Interesse der Gründer.

Wenn der Notar sich angesichts der unsicheren Rechtslage und der Gefahr von Verzögerungen für den Gang des sichereren Weges entscheidet und vorsorglich die Registeranmeldung entwirft sowie die Unterschriften der Geschäftsführer beglaubigt, kann es keine unrichtige Sachbehandlung sein, die die Aufhebung der Kostenrechnung rechtfertigen würde.

⁸ Bengel in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 14. Auflage, Rdnr. 49 zu § 16.

⁹ Bengel a.a.O., Rdnr. 50.

¹⁰ Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Auflage, Rdnr. 571.

¹¹ BGH LM § 19 BNotO Nr. 1 (Nr. 41); OLG Hamm, DNotZ 1979, 236, 239; Vetter in Schippel, BNotO, 7. Auflage, Rdnr. 12 zu § 17.

¹² So Scholz/Priester, GmbHG, Rdnr. 4 zu § 54; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Auflage, Rdnr. 514; Hachenburg/Ulmer, Rdnr. 4 zu § 54; Rowedder/Zimmermann, Rdnr. 2 zu § 54.

¹³ BayObLG, MittBayNot 1974, 228 und 1978, 22; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Auflage, Rdnr. 23 zu § 2.

¹⁴ MittRhNotK 1977, 184.

¹⁵ Vgl. Fn. 12.

Mit Blick auf die notarielle Praxis lässt sich zusammenfassend sagen, dass durch die vorgenannten Entscheidungen sowohl des Pfälzischen Oberlandesgerichts als auch des Bayerischen Obersten Landesgerichts zwar eine gewisse Erleichterung des Arbeitsablaufs bei Änderung einer GmbH-Satzung vor Eintragung der Gesellschaft eintreten wird, aber auf Kosten der Sicherheit des Handelsregisterverkehrs und ohne die rechtsuchende Bevölkerung wenigstens in kostenrechtlicher Hinsicht zu entlasten. Denn was die Beteiligten durch den Wegfall der erneuten Registeranmeldung ersparen, wird künftig gem. § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung des „Einreichungsschreibens“ der Geschäftsführer und die Übernahme der Einreichung beim Handelsregister im Auftrag der Geschäftsführer kostenrechtlich anzusetzen sein, sofern nicht ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 147 Abs. 4 Nr. 1 oder Nr. 2 KostO vorliegt. Letztlich bleibt nur die Gewissheit auf der Strecke, ob die konkrete Verfassung der zur Eintragung gelangenden Gesellschaft auch bei zwischenzeitlicher Änderung der Satzung von den die ursprüngliche Anmeldung unterzeichnenden Geschäftsführern im Zeitpunkt der Eintragung (noch) in vollem Umfang verantwortet wird oder nicht, § 78 GmbHG. Deregulierung auf Kosten der Sicherheit des Rechtsverkehrs ist aber abzulehnen.

Notarassessor *Martin Naumann*, Kaiserslautern

Steuerrecht

20. GrEStG i.d.F. des JStG 1997 § 1 Abs. 2a, § 23 Abs. 3 (*Zeitlicher Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2a GrEStG*)

Im Rahmen des Fünfjahreszeitraums des § 1 Abs. 2a GrEStG liegende Änderungen im Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft, die vor dem 1.1.1997 vorgenommen worden sind, dürfen gemäß § 23 Abs. 3 GrEStG bei der Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht berücksichtigt werden.

BFH, Urteil vom 8.11.2000 – II R 64/98

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Mit Vertrag vom 5.12.1995 erwarb sie ein Grundstück, um – ihrem Gesellschaftszweck entsprechend – dort ein Gebäude zu errichten und dieses anschließend durch Vermietung und Verpachtung zu nutzen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages waren nur die beiden Gründungsgesellschafter an der Klägerin beteiligt; diese hatten sich zu Beiträgen von je 25 000 DM verpflichtet. Es war vorgesehen, so lange Gesellschafter aufzunehmen, bis eine Gesamtbeitragspflicht von 5 460 000 DM begründet war.

Nach dem Gesellschaftsvertrag sollte sich die Beteiligung eines jeden Gesellschafters aus dem Verhältnis seiner Beitragspflicht zur Summe aller von den Gesellschaftern übernommenen Beitragspflichten ergeben. Bis zum 31.12.1996 traten der Klägerin weitere Gesellschafter bei, so dass bis zu diesem Zeitpunkt Beitragspflichten in Höhe von 5 294 898 DM begründet worden waren, was einem Anteil von 96,975 v.H. bezogen auf die vorgesehene Summe der Beitragspflichten entsprach. Im Jahre 1997 trat der Klägerin ein weiterer Gesellschafter bei, der eine Beitragspflicht in Höhe von 165 150 DM übernahm und damit eine Beteiligung in Höhe von 3,025 v.H. erwarb.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) vertrat die Auffassung, dass sich der Gesellschafterbestand durch den Beitritt der neuen Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren wesentlich geän-

dert habe und deshalb gemäß § 1 Abs. 2a des Grunderwerbsteuergesetzes in der vom 1.1.1997 bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I 1996, 2049 – GrEStG –) ein auf die Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft anzunehmen sei. Er setzte deshalb mit Bescheid vom 6.4.1998 Grunderwerbsteuer in Höhe von 554 969 DM fest. Zur Bemessungsgrundlage rechnete er die Summe der Beitragspflichten (5 460 000 DM) sowie die von der Klägerin aufgenommenen Grundschulden. In Höhe des Anteils der Gründungsgesellschafter an den Beitragspflichten ließ er die Steuer gemäß § 6 Abs. 1 und 3 GrEStG unerhoben.

Die von der Klägerin mit Zustimmung des FA erhobene Sprungklage hatte Erfolg. Das Finanzgericht (FG) hob den Grunderwerbsteuerbescheid mit der Begründung auf, vor dem 31.12.1996 vorgenommene Anteilsübertragungen dürften gemäß § 23 Abs. 3 GrEStG bei der Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht berücksichtigt werden. Das Urteil des FG ist auszugsweise in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1999, 138 abgedruckt.

Aus den Gründen:

Das FG hat im Ergebnis zu Recht in seiner Entscheidung darauf abgestellt, dass vor dem 1.1.1997 erfolgte Änderungen im Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft gemäß § 23 Abs. 3 GrEStG bei der Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht berücksichtigt werden dürfen.

1. Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich bei ihr innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand vollständig oder wesentlich, gilt dies gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG als auf die Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft.

a) Das FG ist davon ausgegangen, im Streitfall habe das Grundstück zum Vermögen der Klägerin gehört, weil diese es mit Kaufvertrag vom 5.12.1995 erworben habe. Das FG hat nicht erörtert, ob § 1 Abs. 2a GrEStG voraussetzt, dass in den Fällen, in denen sich der Gesellschafterbestand in mehreren Schritten (vollständig oder wesentlich) ändert, das Grundstück während des gesamten Zeitraums der Änderungen zum Vermögen der Personengesellschaft gehört haben muss. Demzufolge hat das FG nicht geprüft, ob das Grundstück aus dem Vermögen der Klägerin wieder ausgeschieden ist. Zu einer solchen Prüfung hätte an sich Anlass bestanden, weil sich aus dem Beteiligungsangebot und den allgemeinen Vertragsbedingungen ergibt, dass das Grundstück in das Eigentum einer Treuhänderin übergegangen ist und die Klägerin den für den Fall der Auflösung des Treuhandverhältnisses bestehenden Übereignungsanspruch an die kreditfinanzierende Bank abgetreten hatte. Der Senat kann diese Frage jedoch dahinstehen lassen, weil sich die Entscheidung des FG selbst dann als richtig erweist, wenn das Verbleiben des Grundstücks im Vermögen der Klägerin während des maßgeblichen Zeitraums unterstellt wird.

b) Das FG ist zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass die im Jahre 1996 vollzogenen Beitritte zur Klägerin bis zur Grenze von 96,975 v.H. der Anteile nicht zur Erfüllung des Tatbestands des § 1 Abs. 2a GrEStG herangezogen werden können.

aa) Dieses Ergebnis könnte allein deshalb zu bejahen sein, weil der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG (insbesondere Satz 3) mit Überschreiten der Grenze von 95 v.H. der Anteile bis zum Ende des Jahres 1996 und damit vor In-Kraft-Treten des Gesetzes vollständig erfüllt sein könnte. Als Folge dessen könnte sich ergeben, dass der im Jahre 1997 nach In-Kraft-Treten des Gesetzes erfolgte restliche Anteilserwerb bis zur Grenze von 100 v.H. nicht mit den Anteilserwerben des Jah-

res 1996 zu einem Tatbestand zusammengefasst werden könnte und deshalb als solcher, d.h. mit der Änderung im Gesellschafterbestand von nur 3,025 v.H. der Anteile, den § 1 Abs. 2a GrEStG nicht erfüllen könnte (vgl. dazu gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 24.6.1998, BStBl I 1998, 921 [= MittBayNot 1998, 383] Tz. 13, Beispiel 1, wonach die die Grenze von 95 v.H. übersteigenden Anteilsübertragungen noch zur Bemessungsgrundlage des zuvor erfüllten Tatbestands herangezogen werden sollen).

Der Senat kann diese Frage unentschieden lassen. Selbst wenn die über die Grenze von 95 v.H. der Gesellschaftsanteile hinausgehenden Anteilsübertragungen und -erwerbe noch als Teil der Tatbestandserfüllung durch die bis zu dieser Grenze vorgenommenen Änderungen im Gesellschafterbestand angesehen werden müssen, ergibt sich für den Streitfall aus § 23 Abs. 3 GrEStG, dass die im Jahre 1996 erfolgten Anteilerwerbe bei der Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht berücksichtigt werden dürfen.

bb) Die Frage nach der Berücksichtigung von vor dem In-Kraft-Treten der Vorschrift vorgenommenen Änderungen im Gesellschafterbestand ergibt sich nicht aus einer gesetzlichen Übergangsvorschrift, die besondere Regelungen für einen Zeitraum nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes normiert. Anders als in der Begründung des Bundesrats zu seinem Gesetzesvorschlag zu § 1 Abs. 2a GrEStG (BTDrucks 13/5359, Anl. 2, S. 116) vorgesehen, enthält das verabschiedete Gesetz keine Übergangsregelung.

cc) Das Gesetz regelt in § 23 Abs. 3 GrEStG den zeitlichen Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG. Danach ist die Vorschrift erstmals auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die die Voraussetzungen der Norm nach dem 31.12.1996 erfüllen. Der in § 23 Abs. 3 GrEStG verwendete Begriff *Rechtsgeschäft* hat den gleichen Inhalt wie in § 1 Abs. 2a GrEStG. Dies folgt zwingend aus dem engen Zusammenhang der beiden Vorschriften, d.h. der Funktion des § 23 Abs. 3 GrEStG als Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs des Steuertatbestands.

dd) Gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG „gilt“, wenn zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück gehört und sich bei ihr innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand vollständig oder wesentlich ändert, „dies als auf die Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft“. Die Vorschrift enthält demnach die Fiktion eines (auf Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichteten) Rechtsgeschäfts.

Die Fiktion auslösende Grundlage kann ein einzelner Rechtsvorgang sein, der den Tatbestand erfüllt. Das fingierte Rechtsgeschäft kann aber auch aus einer Summe von Teilakten bestehen, die zusammen die vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft ausmachen. Dies kann sich über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren hinziehen und in eine unbegrenzte Zahl von Teilakten zerfallen, die zusammen genommen tatbestandserfüllend sind und deren letzter die wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes endgültig herbeiführt.

Rechtsgeschäft i.S. des § 1 Abs. 2a und damit auch des § 23 Abs. 3 GrEStG ist demnach nicht die letzte, zur Vollständigkeit oder Wesentlichkeit führende Veränderung im Gesellschafterbestand, sondern die Summe aller Rechtsakte, die die vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes bedeuten. Dieser Beurteilung des Rechtsgeschäfts als eines umfassenden Rechtsvorgangs entspricht die Rege-

lung der Bemessungsgrundlage in § 9 Abs. 1 Nr. 8 GrEStG. Danach gehören zur Gegenleistung *sämtliche* Leistungen für die Erlangung der Gesellschafterstellung.

ee) Gemäß § 23 Abs. 3 GrEStG ist § 1 Abs. 2a GrEStG erstmals anwendbar auf Rechtsgeschäfte, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a nach dem 31.12.1996 erfüllen. Da – wie vorstehend dargelegt – das Rechtsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift aus der Summe seiner Teilakte besteht, müssen alle Teilakte nach dem 31.12.1996 erfüllt worden sein. Die Besteuerung darf demnach nicht an Änderungen des Gesellschafterbestandes anknüpfen, die vor dem 1.1.1997 vorgenommen worden sind. Die in den Erlassen vom 24.6.1998 1998 (BStBl I 925 [= MittBayNot 1998, 383] Tz. 5) vertretene gegenteilige Ansicht stellt keine zutreffende Auslegung des Gesetzes dar.

2. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung des Senats sprechen auch verfassungsrechtliche Gesichtspunkte. Die sich nach der Ansicht der Finanzverwaltung aus § 23 Abs. 3 GrEStG ergebende nachträgliche Verschlechterung von Rechtspositionen würde einen einschneidenden Eingriff in die Erwartung der betroffenen Gesellschaften und Gesellschafter ergeben, dass der getätigte Anteilerwerb steuerfrei bleibe. Bei diesem Eingriff handelt es sich nicht nur um die Beseitigung einer begünstigenden Besteuerungsregel, sondern um die Schaffung eines gänzlich neuen Steuertatbestandes. Ein solcher Eingriff in Rechtspositionen bedarf einer ausdrücklichen und klaren gesetzlichen Anordnung, unabhängig davon, ob diese Regelung als echte Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) oder als unechte Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung) im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. z.B. Beschluss vom 3.12.1997 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, BVerfGE 97, 67, Neue Juristische Wochenschrift 1998, 1547; vgl. BFH-Urteil vom 14.3.2000 X R 46/99, Der Betrieb 2000, 1054) zu beurteilen wäre.

Vor dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes) bedarf es besonderer Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert. Auch soweit die Rechtsfolgen eines Gesetzes zwar erst nach Verkündung der Norm eintreten, deren Tatbestand aber Sachverhalte erfasst, die bereits vor Verkündung des Gesetzes verwirklicht worden sind, ist der Eingriff in Grundrechte der Betroffenen nur zulässig, wenn die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage überwiegen.

In beiden Fällen gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die in die Vertrauensschutzpositionen eingreifenden Vorschriften in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so klar zu formulieren, dass die Rechtslage für den Betroffenen erkennbar ist und er sein Verhalten danach einrichten kann. Dies spricht dagegen, der unklaren und auslegungsbedürftigen Vorschrift des § 23 Abs. 3 GrEStG den Norminhalt beizumessen, dass vor dem Stichtag liegende Veränderungen des Gesellschafterbestandes tatbestandserfüllend sind.

Anmerkung:

1. Das Urteil weicht von der in den gleich lautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24.6.1998 vertretenen Ansicht¹ ab, indem es § 1 Abs. 2a GrEStG nur für an-

¹ Vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24.6.1998, MittBayNot 1998 S. 385, Tz 5; ebenso *Pahlke/Franz*, § 23 Rdnr. 14.

wendbar erklärt, wenn alle Teilakte, die zur Tatbestandserfüllung erforderlich sind, nach dem 31.12.1996 erfüllt werden. Die Besteuerung darf somit nicht an Änderungen des Gesellschaftersbestandes anknüpfen, die vor dem 1.1.1997 vorgenommen wurden.

Da der BFH keine Differenzierung zwischen derivativen und originären Erwerben vornimmt, ist davon auszugehen, dass die Entscheidung für beide Konstellationen gleichermaßen gilt.

2. In Fällen derivativen Erwerbs, d. h. der Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf neue Gesellschafter, hat dies zur Folge, dass zur Berechnung der 95 %-Grenze lediglich Gesellschafterswechsel berücksichtigt werden dürfen, die seit dem 1.1.1997 eingetreten sind. Die 5-Jahres-Frist kann frühestens zu diesem Zeitpunkt begonnen haben.

Beispiel:

Ende des Jahres 1996 wurden 10 % der Gesellschaftsanteile auf neue Gesellschafter übertragen. Anfang 2001 ist eine Abtretung weiterer 85 % der Beteiligungen beabsichtigt.

Lösung:

Es liegt kein steuerpflichtiger Vorgang vor, obwohl binnen fünf Jahren 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. Dies folgt daraus, dass die Übertragungen des Jahres 1996 nicht zu berücksichtigen sind.

3. In Fällen originären Erwerbs, d. h. dem Erwerb zusätzlicher Geschäftsanteile durch neu hinzu kommende Gesellschafter, dürfte das Urteil so zu verstehen sein, dass bei der Prüfung der wesentlichen Veränderung des Gesellschaftersbestandes sämtliche Gesellschafter, welche vor dem 1.1.1997 beigetreten sind, als „Altgesellschafter“ i. S. d. § 1 II a GrEStG gelten². Die Beteiligungsquote der neuen Gesellschafter (Beitritte seit 1.1.1997) muss im Verhältnis zu den Beteiligungen dieser „Altgesellschafter“ (Beitritte bis zum 31.12.1996) 95 % erreichen, damit ein steuerpflichtiger Vorgang vorliegt.

Beispiel:

A und B gründen 1996 mit einer Beteiligung von je 5.000,- DM eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Gesellschaft sollen weitere Gesellschafter beitreten, bis die Kapitalaufstockung entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung auf insgesamt 4 Mio DM vollzogen ist. Entsprechend dieser Finanzierungsplanung beteiligt sich C bereits im Jahr 1996 mit einer Einlage von 200.000,- DM. Ab dem Jahr 1997 treten weitere Gesellschafter bei, bis die gesamte Kapitalaufstockung auf 4 Mio DM erreicht ist.

Lösung:

Es fällt entgegen der bisherigen Verwaltungsmeinung³ keine Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2 a GrEStG an, da bei Inkraft-Treten der Vorschrift am 1.1.1997 bereits ein Kapitalstock von 210.000,- DM (durch die Beteiligungen von A, B und C) erreicht war und folglich die Beteiligungen der danach beitretenden neuen Gesellschafter im Verhältnis zur Beteiligungsquote der bisherigen Gesellschafter die 95 %-Grenze nicht mehr erreichen konnten.

² Vgl. zum bisherigen Begriff des Altgesellschafters *Pahlke/Franz*, § 1 Rdnr. 288.

³ Vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24.6.1998, *MittBayNot* 1998, S. 385, Bsp. 2 und Tz 5.

Dies verdeutlicht, dass das BFH-Urteil insbesondere für im Jahr 1996 anplazierte Immobilienfonds von Bedeutung ist, bei denen nur unter Einbeziehung der Beitritte von Anlegern vor dem 1.1.1997 ein wesentlicher Gesellschafterswechsel eintreten würde.

Zu beachten ist außerdem, dass der Anwendungsbereich des durch das Jahressteuergesetz 1997 neu in das Gesetz eingefügten § 1 Abs. 2 a GrEStG erst durch das am 1.1.2000 in Kraft getretene Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 auf mittelbare Gesellschafterswechsel ausgedehnt wurde⁴. Insofern dürfte aus der Gerichtsentscheidung zu § 1 Abs. 2 a GrEStG a. F. auch abzuleiten sein, dass Teilakte, die lediglich eine *mittelbare* Änderung im Personenstand einer Gesamthand darstellen, bei der Frage der Erfüllung des § 1 Abs. 2 a GrEStG n. F. keine Bedeutung haben können, sofern sie vor dem 1.1.2000 verwirklicht wurden⁵.

Notar Dr. Gottwald, Pappenheim

⁴ Vgl. *Hörger/Mentel/Schulz* DStR 1999, S. 574; *Gottwald* MittBayNot 1999, S. 339.

⁵ Ebenso BFH-Richter *Viskorf* anlässlich der Tagung des DAI zu „Grunderwerb und Umwandlung“ am 2.3.2001 in München.

21. UmwStG § 24 Abs. 3 Sätze 2 und 3, § 28 Abs. 6; EStG § 16 Abs. 4, § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 1; GG Art. 20 Abs. 3 (*Besteuerung des Einbringungsgewinns bei Aufnahme eines Sozius*)

- 1. Wird in eine Einzelpraxis ein Sozius aufgenommen, so ist die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i. V. m. §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3, 34 Abs. 1 EStG bei einer Einbringung zu Teilwerten auch insoweit anzuwenden, als eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden erfolgt (entgegen Tz. 24.08 ff. des Umwandlungssteuer-Erlasses, BStBl I 1998, 268).**
- 2. Ein bei der Einbringung zu Teilwerten entstehender Gewinn im Sonderbetriebsvermögen des Einbringenden ist nach § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG nicht tarifbegünstigt.**

BFH, Urteil vom 21.9.2000 – IV R 54/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr (1994) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Der Kläger war bis 1993 als Rechtsanwalt in einer Einzelkanzlei freiberuflich tätig.

Am 9.10.1992 schloss der Kläger mit dem bei ihm angestellten Rechtsanwalt R einen Vertrag, der im Wesentlichen folgenden Inhalt hatte:

„Das Bruttogehalt von Rechtsanwalt R beträgt ab Januar 1993 monatlich 6 500 DM. Der Anstellungsvertrag mit ihm endet am 31.12.1993.

Am 1.1.1994 erwirbt Rechtsanwalt R einen Halbbanteil an der Rechtsanwaltspraxis des Rechtsanwalts L. Zu diesem Zweck gründen beide eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in die Rechtsanwalt L seine Praxis einbringt. Auch andere Modalitäten sind möglich. Eine endgültige Festlegung hat noch zu erfolgen.

Der Erwerb des Praxisanteils erfolgt nach den Regeln der Praxisbewertung des Ausschusses Praxisbewertung der Bundesrechtsanwaltskammer ...

Die Rechtsanwälte sind sich einig, dass hinsichtlich der Vereinbarung der Gesellschaftsgründung zum 1.1.1994 ... noch ein ausführlicher

Vertrag ausgearbeitet und geschlossen werden muss. Dies soll möglichst bis zum 31.12.1992 geschehen.“

Am 31.12.1993 unterzeichneten der Kläger und R einen detaillierten Vertrag über die Gründung einer Sozietät zum 1.1.1994, in dem u. a. festgelegt ist, dass der Überschuss der Sozietät unter die Sozien hälftig verteilt wird. R zahlte dem Kläger entsprechend der Vereinbarung in §§ 1, 2 dieses Vertrags 192 665 DM als Gegenleistung für einen halben Anteil an der eingebrachten Büroeinrichtung und für die Hälfte des ideellen Praxiswerts.

Die Sozietät setzte das Betriebsvermögen in ihrer Eröffnungsbilanz mit dem Teilwert an.

In der gemeinsamen Einkommensteuererklärung für das Kalenderjahr 1994 erklärte der Kläger infolge der Einbringung des Betriebsvermögens zu Teilwerten einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 385 330 DM, für den er in vollem Umfang die Steuerbegünstigung nach § 24 Abs. 3 des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG) i. V. m. §§ 16, 34 des Einkommensteuergesetzes (EStG) beantragte.

Mit Einkommensteuerbescheid vom 14.11.1996 sah der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) den erklärten Veräußerungsgewinn unter Hinweis auf das StMBG in vollem Umfang als laufenden Gewinn an. Der hiergegen eingelegte Einspruch führte zu einer Teilabhilfe. Das FA besteuerte einen Teilbetrag des Veräußerungsgewinns in Höhe von 192 665 DM nach der Tarifiermäßigung des § 34 EStG, da der Kläger zur Hälfte an dem Gesamthandsvermögen der Sozietät beteiligt sei. Im Übrigen wurde der weiter aufrecht erhaltene Einspruch als unbegründet zurückgewiesen.

Die Klage blieb erfolglos. Die hiergegen eingelegte Revision blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Änderung der Steuerfestsetzung. Das FA hat die Tarifbegünstigung nach § 24 Abs. 3 UmwStG i. V. m. §§ 16, 34 EStG zutreffend nur für den hälftigen Gewinn aus der Einbringung in die Gesellschaft gewährt und für die Einbringung in das Sonderbetriebsvermögen vollständig versagt. Die Übergangsvorschrift des § 28 Abs. 6 UmwStG i. d. F. des StMBG genügt verfassungsrechtlichen Anforderungen.

a) Das FA hat die Tarifbegünstigung nach § 24 Abs. 3 UmwStG i. V. m. §§ 16, 34 EStG für die Einbringung in das Gesellschaftsvermögen im Streitjahr 1994 im zutreffenden Umfang gewährt.

aa) Der Kläger brachte seine bisherige Einzelkanzlei in die neu gegründete Sozietät ein und wurde Mitunternehmer dieser Gesellschaft (§ 24 Abs. 1 UmwStG). Da der Kläger, der in seiner Einzelpraxis den Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG ermittelte, für den Einbringungszeitpunkt eine Einbringungsbilanz erstellte und die Sozietät das eingebrachte Betriebsvermögen in ihrer Eröffnungsbilanz zu Teilwerten ansetzte (vgl. zu dem Erfordernis einer Einbringungs- und Eröffnungsbilanz im Falle einer Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG Senatsurteil vom 5.4.1984 IV R 88/80, BStBl II 1984, 518), lagen die Voraussetzungen eines tarifbegünstigten Einbringungsgewinns nach § 24 Abs. 2 und 3 UmwStG dem Grunde nach vor.

bb) Bei einer Einbringung zu Teilwerten ist die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i. V. m. §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3, 34 Abs. 1 EStG auch insoweit anzuwenden, als eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden erfolgt. Bei einer solchen Einbringung werden alle stillen Reserven in dem Betriebsvermögen des eingebrachten Unternehmens aufgelöst. Die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 UmwStG setzt – ebenso wie die Vorgängervorschrift des § 22 UmwStG 1969 – nicht voraus, dass für die Einbringung des Betriebs ausschließlich Gesellschaftsrechte gewährt werden (so zu § 22

UmwStG 1969 Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 23.6.1981 VIII R 138/80, BStBl II 1982, 622; vgl. auch BFH-Urteile vom 29.7.1981 I R 2/78, BStBl II 1982, 62, und in BStBl II 1984, 518, die ebenfalls davon ausgehen, dass bei einem Teilwertansatz unbeschadet einer Zuzahlung in das Privatvermögen eine Tarifbegünstigung des gesamten Einbringungsgewinns möglich ist). Vielmehr ist diese Tarifbegünstigung nach dem Zweck der Vorschrift immer dann zu gewähren, wenn alle stillen Reserven des eingebrachten Betriebs aufgelöst werden, unabhängig davon, ob und ggf. inwieweit die Gegenleistung des Erwerbers in das Betriebsvermögen der neu gegründeten Gesellschaft fließt.

Das Urteil des erkennenden Senats vom 8.12.1994 IV R 82/92 BStBl II 1995, 599) steht dem nicht entgegen. In diesem Urteil hat der Senat entschieden, dass ein Gewinn, der durch eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden entsteht, nicht durch Erstellung einer negativen Einbringungsbilanz vermieden werden kann. Es gelte vielmehr der Grundsatz, dass realisierte Gewinne in dem Zeitpunkt zu versteuern sind, in dem es zu der Realisierung gekommen ist (ebenso Beschluss des Großen Senats des BFH vom 18.10.1999 GrS 2/98, BStBl II 2000, 123).

Eine davon zu unterscheidende Frage ist jedoch, ob bei einer Einbringung zu Teilwerten die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i. V. m. §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3, 34 Abs. 1 EStG auch im Falle einer Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden zu gewähren ist. Diese Frage stellte sich dem Senat in seinem Urteil in BStBl II 1995, 599 nicht. Allerdings wurde aus der Formulierung, dass die Tatbestände der Veräußerung und der Einbringung von Betriebsvermögen miteinander verbunden werden könnten und sich die Vorschrift des § 24 UmwStG nicht auf diesen Veräußerungsvorgang beziehe, geschlossen, der erkennende Senat sei von dem Urteil des VIII. Senats in BStBl II 1982, 622 abgewichen (so *Wacker*, Beilage 8 zum Betriebs-Berater – BB – 1998 S. 32; *Paus FinanzRundschau – FR –* 2000, 606).

Die Finanzverwaltung vertritt in Tz. 24.08 des Umwandlungssteuer-Erlasses (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen – BMF – betr. UmwStG 1995; Zweifels- und Auslegungsfragen vom 25.3.1998 IV B 7 – S 1978 – 21/98, IV B 2 – S 1909 – 33/98, BStBl I 1998, 268 [= *MittBayNot*, Sonderbeilage zu Heft 4/1998, 19 ff.]) ebenfalls die Auffassung, § 24 UmwStG sei nur anwendbar, soweit der Einbringende als Gegenleistung für die Einbringung Gesellschaftsrechte erwirbt. Bei einer Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden handle es sich dagegen um eine Veräußerung von Eigentumsanteilen an den Wirtschaftsgütern des Betriebs, die der Einbringung zeitlich vorgehe (Tz. 24.09 und 24.11 des Umwandlungssteuer-Erlasses). Gleichzeitig wurde für den Geltungsbereich des UmwStG 1995 in Tz. S.06 des Umwandlungssteuer-Erlasses die frühere Verwaltungsanweisung aufgehoben, die der Wertung des o. g. BFH-Urteils in BStBl II 1982, 622 folgte, dass bei Einbringung zu Teilwerten die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i. V. m. §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3, 34 Abs. 1 EStG auch anzuwenden sei, soweit eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden erfolgt (BMF-Schreiben vom 15.10.1982, IV B 2 – S 1909 – 24/82, BStBl I 1982, 806).

Das nunmehr – ebenso wie vor dem BFH-Urteil BStBl II 1982, 622 – von der Finanzverwaltung vertretene Verständnis der zeitlichen Reihenfolge des – bei natürlicher Betrachtung – praktisch zeitgleich erfolgenden Einbringungs- und Veräußerungsvorgangs ist zwar zivilrechtlich denkbar (vgl. *Offerhaus* in *Festschrift für Siegfried Widmann*, 2000, S. 441, 446 f.).

Zivilrechtlich ist es jedoch ebenfalls möglich, in der Veräußerung einen Vorgang zu sehen, der der Einbringung nachfolgt (vgl. *Offerhaus*, a.a.O., S. 450 f.). Eine derartige Auslegung entspricht der privatrechtlichen Interessenlage, die darauf zielt, das Vermögen des bisherigen Einzelunternehmens sofort in das Gesamthandsvermögen zu überführen. Sie entspricht aber auch insbesondere steuerrechtlich der Interessenlage der Beteiligten. Der logische Vorrang der Einbringung gegenüber der Herabsetzung des Kapitalanteils des Einbringenden ermöglicht es dem Einbringenden, die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i.V.m. §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3, 34 Abs. 1 EStG für das gesamte eingebrachte Vermögen in Anspruch zu nehmen. Der Veräußerungsgewinn, der sich bei einer logischen Sekunde nach der Einbringung erfolgenden Teilanteilsübertragung ergibt, tritt beim Ansatz der Teilwerte nicht mehr in Erscheinung; er geht gewissermaßen im Einbringungsgewinn auf (*Offerhaus*, a.a.O.). Diese Auslegung trägt der Tatsache Rechnung, dass § 24 Abs. 3 UmwStG – wie oben dargelegt – nicht voraussetzt, dass für die Einbringung ausschließlich Gesellschaftsrechte gewährt werden. Sie hat zur Folge, dass bei einer Einbringung zu Teilwerten die Tarifbegünstigung des § 24 Abs. 3 UmwStG unabhängig davon zu gewähren ist, ob eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden erfolgt. Bei einer Einbringung zu Buchwerten hat die Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden dagegen eigenständige Bedeutung, da in diesem Fall kein Einbringungsgewinn entsteht, in dem der Veräußerungsgewinn aufgehen könnte. Vielmehr ist der Gewinn aus der der Einbringung nachfolgenden Veräußerung bei einer Buchwerteinbringung nach den allgemeinen Regeln als laufender Gewinn zu besteuern. Er kann nicht durch Erstellung einer negativen Ergänzungsbilanz vermieden werden (vgl. das Senatsurteil in BStBl II 1995, 599, und den Beschluss des Großen Senats des BFH BStBl II 2000, 123).

cc) Auf die von dem Kläger vorgenommene Einbringung seiner früheren Einzelpraxis in die neu gegründete Sozietät ist § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG nach dem Gesetzeswortlaut in der für das Streitjahr 1994 geltenden Fassung anzuwenden.

Durch das StMBG vom 21.12.1993 wurde an § 24 Abs. 3 UmwStG ein neuer Satz 3 angefügt, in dem angeordnet wurde, dass die Begünstigung der §§ 16, 34 EStG nicht anzuwenden ist, soweit der Einbringende selbst an der Personengesellschaft beteiligt ist; insoweit gilt der durch die Einbringung entstehende Gewinn als laufender Gewinn (BGBl I 1993, 2310, 2332). Diese Vorschrift war nach § 28 Abs. 6 UmwStG i. d. F. des StMBG erstmals auf Einbringungen anzuwenden, die nach dem 31.12.1993 vorgenommen wurden (BGBl I 1993, 2310, 2332).

Der Kläger brachte seine Einzelpraxis nach dem Wortlaut der mit R abgeschlossenen Verträge zum 1.1.1994 in die neu gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ein. Der von R zu zahlende Kaufpreis war nach dem Sozietätsvertrag

frühestens zu diesem Termin fällig. Der Zeitpunkt, zu dem eine Rechtsübertragung wirksam werden soll, wird grundsätzlich durch die vertragliche Vereinbarung der Parteien bestimmt. Die eindeutige Vereinbarung, eine Sozietät solle zum 1. Januar eines Jahres begründet werden, die auch entsprechend vollzogen wird, lässt es nicht zu, den Einbringungsvorgang dem 31. Dezember des abgelaufenen Kalenderjahres zuzuordnen (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 23.1.1992 IV R 88/90, BStBl II 1992, 525; vom 22.9.1992 VIII R 7/90, BStBl II 1993, 228; vom 29.4.1993 IV R 107/92, BStBl II 1993, 666). Deshalb ist § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG i. d. F. des StMBG nach dem Gesetzeswortlaut – wie zwischen den Beteiligten unstreitig ist – im Streitfall anzuwenden. Der durch den Ansatz des Teilwerts entstandene Einbringungsgewinn ist nach § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG zur Hälfte nicht tarifbegünstigt, da der Kläger zur Hälfte an der neu gegründeten Sozietät beteiligt war.

b) Das FG hat ebenfalls zutreffend entschieden, dass der Gewinn aus der Einbringung des PKW in das Sonderbetriebsvermögen des Klägers in vollem Umfang als laufender Gewinn zu besteuern ist.

Nach § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung galt der durch die Einbringung entstandene Gewinn insoweit als laufender Gewinn, als „der Einbringende selbst an der Personengesellschaft beteiligt ist“. Durch diese Einschränkung sollte die Tarifbegünstigung insoweit ausgeschlossen werden, als der Einbringende bei wirtschaftlicher Betrachtung den eingebrachten Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil „an sich selbst veräußert“ (so die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks 12/5630, S. 80). Diese Gesetzesänderung richtete sich insbesondere gegen das zuvor vielfach praktizierte sog. Aufstockungsmodell, durch das einerseits ein tarif- und freibetragsbegünstigter Gewinn, andererseits aber zusätzliches Abschreibungsvolumen geschaffen wurde. Um derartige „Steuersparmodelle“ zu verhindern, wurde die Tarifbegünstigung insoweit ausgeschlossen, als die Aufstockung zukünftig den grundsätzlich tarifbesteuerten Gewinn des Einbringenden mindern wird (vgl. z. B. *Groh*, Der Betrieb – DB – 1996, 2356; *Schmidt/Wacker*, Einkommensteuergesetz, 19. Aufl., § 16 Rdnr. 3).

Nach diesem Zweck des § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG ist für die Frage, inwieweit der Einbringende selbst an der Personengesellschaft beteiligt ist, nicht die Gewinnverteilungsquote in der Gesellschaft maßgeblich, sondern die Beteiligung des Einbringenden an dem steuerlichen Betriebsvermögen der Gesellschaft. Ein bei der Einbringung zu Teilwerten entstehender Gewinn im Sonderbetriebsvermögen des Einbringenden ist deshalb nicht tarifbegünstigt, da das hierdurch geschaffene zusätzliche Abschreibungsvolumen in vollem Umfang dem Einbringenden zugute kommt (ebenso *Groh*, DB 1996, 2356, 2358; *Schiffers*, BB 1994, 1471).

(...)

Zuständige Stellen für Erteilung der Apostille in den USA

Nach dem Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl. 1965 II S. 875) tritt an die Stelle der Legalisation die sog. „Apostille“ als standardisierte Überbeglaubigung durch eine staatliche Behörde. Nachfolgend ist eine Auflistung der in den einzelnen Bundesstaaten der Vereinigten Staaten für die Erteilung der Apostille zuständigen Stellen wiedergegeben (Quelle: *Amerikanisches Generalkonsulat*, München). Die angegebenen Namen und Adressen können sich im Lauf der Zeit ändern. Vor den angegebenen Telefon- und Faxnummern ist die Vorwahl für die USA (001) zu wählen.

ALABAMA

Jim Bennett
Secretary of State
State Capitol
600 Dexter Ave.
Montgomery, AL 36130
Tel.: (334) 242-7205
Fax: (334) 242-4993

ALASKA

Fran Ulmer
Lieutenant Governor
State Capitol
P.O. Box 110015
Juneau, AK 99811-0015
Tel.: (907) 465-3520
Fax: (907) 465-5400

AMERICAN SAMOA

Togiola T. Tulafono
Lieutenant Governor
Ofc. of the Lt. Governor
Pago Pago, AS 96799
Tel.: (684) 633-4116
Fax: (684) 633-2269

ARIZONA

Jane Dee Hull
Secretary of State
State Capitol, W. Wing, Ste. 700
1700 W. Washington St.
Phoenix, AZ 85007-2808
Tel.: (602) 542-3012
Fax: (602) 542-1575

ARKANSAS

Sharon Priest
Secretary of State
State Capitol, Rm. 256
Little Rock, AR 72201
Tel.: (501) 682-1010
Fax: (501) 682-3510

CALIFORNIA

Bill Jones
Secretary of State
1500 11th St.
Sacramento, CA 95814
Tel.: (916) 653-7244
Fax: (916) 653-4620

COLORADO

Vikki Buckley
Secretary of State
1560 Broadway, Ste. 200
Denver, CO 80202
Tel.: (303) 894-2200
Fax: (303) 894-7732

CONNECTICUT

Miles S. Rapoport
Secretary of State
State Capitol, Rm. 104
300 Capitol Ave.
Hartford, CT 06106
Tel.: (860) 566-2739
Fax: (860) 566-6318

DELAWARE

Edward J. Freel
Secretary of State
Townsend Bldg.
P.O. Box 898
Dover, DE 19903
Tel.: (302) 739-4111
Fax: (302) 739-3811
E-mail: efreel@state.de.us

DISTRICT OF COLUMBIA

Kathleen Arnold
Secretary of the District
District Bldg., Rm. 504
441 4th St., NW, Ste. 1130
Washington, DC 20004
Tel.: (202) 727-6306
Fax: (202) 727-3582

FLORIDA

Sandra B. Mortham
Secretary of State
The Plz. Level, Rm. 2
The Capitol
Tallahassee, FL 32399
Tel.: (904) 414-5500
Fax: (904) 487-2214
E-mail: smortham@mail.dos.state.fl.us

GEORGIA

Lewis Massey
Secretary of State
214 State Capitol
Atlanta, GA 30334
Tel.: (404) 656-2881
Fax: (404) 657-5804

GUAM

Madeleine Bordallo
Lieutenant Governor
Executive Chambers
P.O. Box 2950
Agana, GU 96910
Tel.: (671) 472-8931
Fax: (671) 477-4826

HAWAII

Mazie Hirono
Lieutenant Governor
State Capitol, 5th Fl.
Honolulu, HI 96813
Tel.: (808) 586-0255
Fax: (808) 586-0231

IDAHO

Pete T. Cenarrusa
Secretary of State
State Capitol, Rm. 203
700 W. Jefferson
Boise, ID 83720
Tel.: (208) 334-2300
Fax: (208) 334-2282

ILLINOIS

George H. Ryan
Secretary of State
213 State House
Springfield, IL 62756
Tel.: (217) 782-2201
Fax: (217) 785-0358

INDIANA

Sue Ann Gilroy
Secretary of State
State House, Rm. 201
200 W. Washington St.
Indianapolis, IN 46204
Tel.: (317) 232-6531
Fax: (317) 233-3283

IOWA

Paul Danny Pate
Secretary of State
State Capitol
1007 E. Grand Ave.
Des Moines, IA 50319
Tel.: (515) 281-5204
Fax: (515) 242-5952

KANSAS

Ron Thornburgh
Secretary of State
Corps. Div.
State Capitol Bldg., 2nd Fl.
300 SW 10th St.
Topeka, KS 66612
Tel.: (913) 296-4575
Fax: (913) 296-4570

KENTUCKY

John Y. Brown, III
Secretary of State
State Capitol, Rm. 150
Frankfort, KY 40601-3493
Tel.: (502) 564-3490
Fax: (502) 564-5687

LOUISIANA

W. Fox McKeithen
Secretary of State
Dept. of State
P.O. Box 94125
Baton Rouge, LA 70804
Tel.: (504) 342-4479
Fax: (504) 342-5577

MAINE

Dan Gwadosky
Secretary of State
148 State House Station
Augusta, ME 04333-0148
Tel.: (207) 626-8400
Fax: (207) 287-8598

MARYLAND

John T. Willis
Secretary of State
State House
Annapolis, MD 21401
Tel.: (410) 974-5521
Fax: (410) 974-5190

MASSACHUSETTS

William F. Galvin
Secretary of the Commonwealth
State House, Rm. 337
Boston, MA 02133
Tel.: (617) 727-9180
Fax: (617) 742-4722

MICHIGAN

Candice Miller
Secretary of State
Treasury Bldg., 1st Fl.
430 W. Allegan St.
Lansing, MI 48918
Tel.: (517) 373-2510
Fax: (517) 373-0727

MINNESOTA

Joan Anderson Growe
Secretary of State
180 State Ofc. Bldg.
100 Constitution Ave.
St. Paul, MN 55155-1299
Tel.: (612) 296-2079
Fax: (612) 297-5844
E-mail: secretary.state@state.mn.us

MISSISSIPPI

Eric Clark
Secretary of State
401 Mississippi St.
P.O. Box 136
Jackson, MS 39205-0136
Tel.: (601) 359-1350
Fax: (601) 354-6243

MISSOURI

Rebecca Cook
Secretary of State
208 State Capitol
P.O. Box 778
Jefferson City, MO 65102
Tel.: (573) 751-3318
Fax: (573) 526-4903

MONTANA

Mike Cooney
Secretary of State
State Capitol Bldg., Rm. 225
Helena, MT 59620
Tel.: (406) 444-2034
Fax: (406) 444-3976

NEBRASKA

Scott Moore
Secretary of State
State Capitol, Ste. 2300
P.O. Box 94608
Lincoln, NE 68509-4608
Tel.: (402) 471-2554
Fax: (402) 471-3237

NEVADA

Dean Heller
Secretary of State
State Capitol Bldg.
Capitol Complex
Carson City, NV 89710
Tel.: (702) 687-5203
Fax: (702) 687-3471

NEW HAMPSHIRE

William Gardner
Secretary of State
State House, Rm. 204
107 N. Main St.
Concord, NH 03301
Tel.: (603) 271-3242
Fax: (603) 271-6316

NEW JERSEY

Lonna R- Hooks
Secretary of State
State House, CN300
Trenton, NJ 08625
Tel.: (609) 984-1900
Fax: (609) 292-9897

NEW MEXICO

Stephanie Gonzales
Secretary of State
State Capitol Bldg., Rm. 420
Santa Fe, NM 87503
Tel.: (505) 827-3600
Fax: (505) 827-3634

NEW YORK

Alexander F. Treadwell
Secretary of State
Dept. of State
162 Washington Ave.
Albany, NY 12231
Tel.: (518) 474-0050
Fax: (518) 474-4765

NORTH CAROLINA

Elaine Marshall
Secretary of State
300 N. Salisbury St.
Raleigh, NC 27603-5909
Tel.: (919) 733-5140
Fax: (919) 733-4092

NORTH DAKOTA

Alvin A. Jaeger
Secretary of State
State Capitol, 1st Fl.
600 E. Blvd.
Bismarck, ND 58505-0500
Tel.: (701) 328-2900
Fax: (701) 328-2992
E-mail: sos@pioneer.state.nd.us

NORTHERN MARIANA ISLANDS

Gloria W. Hunter
Special Assistant
Programs & Legislative Review
Ofc. of the Governor
Caller Box 10007
Saipan, MP 96950
Tel.: (670) 664-2287
Fax: (670) 664-2313
E-mail: gov.saplr@saipan.com

OHIO

Bob Taft
Secretary of State
30 E. Broad St., 14th Fl.
Columbus, OH 43266-0418
Tel.: (614) 466-2655
Fax: (614) 644-0649

OKLAHOMA

Tom Cole
Secretary of State
State Capitol Bldg., Rm. 101
2300 N. Lincoln Blvd.
Oklahoma City, OK 73105
Tel.: (405) 521-3911
Fax: (405) 521-3771

OREGON

Phil Keisling
Secretary of State
136 State Capitol 900
Court St., NE
Salem, OR 97310
Tel.: (503) 986-1523
Fax: (503) 986-1616

PENNSYLVANIA

Yvette Kane
Secretary of the Commonwealth
Dept. of State
302 N. Capitol Bldg.
Harrisburg, PA 17120
Tel.: (717) 787-7630
Fax: (717) 787-1734

PUERTO RICO
Norma Burgos Andujar
Secretary of State
Dept. of State
P.O. Box 9023271
San Juan, PR 00902-3271
Tel.: (787) 723-4334
Fax: (787) 725-7303

RHODE ISLAND
James R. Langevin
Secretary of State
218 State House
Providence, RI 02903
Tel.: (401) 277-2357
Fax: (401) 277-1356

SOUTH CAROLINA
James M. Miles
Secretary of State
Wade Hampton Bldg.
P.O. Box 11350
Columbia, SC 29211
Tel.: (803) 734-2170
Fax: (803) 734-2164

SOUTH DAKOTA
Joyce Hazeltine
Secretary of State
State Capitol
500 E. Capitol, Ste. 204
Pierre, SD 57501
Tel.: (605) 773-3537
Fax: (605) 773-6580

TENNESSEE
Riley Darnell
Secretary of State
State Capitol, 1st Fl.
600 Charlotte
Nashville, TN 37243-0305
Tel.: (615) 741-2819
Fax: (615) 741-5962

TEXAS
Tony Garza
Secretary of State
State Capitol, Rm. 1 E.8
1200 Congress Ave.
P.O. Box 12697
Austin, TX 78711
Tel.: (512) 463-5701
Fax: (512) 475-2761

U.S. VIRGIN ISLANDS
Kenneth Mapp
Lieutenant Governor
#18 Kongens Gade
St. Thomas, VI 00802
Tel.: (809) 774-2991
Fax: (809) 774-6953

UTAH
Olene S. Walker
Lieutenant Governor
203 State Capitol Bldg.
Salt Lake City, UT 84111
Tel.: (801) 538-1520
Fax: (801) 538-1557
E-mail: owalker@state.us

VERMONT
Jim Milne
Secretary of State
109 State St.
Montpelier, VT 05609-1101
Tel.: (802) 828-2148
Fax: (802) 828-2496
E-mail: jmilne@sec.state.vt.us

VIRGINIA
Betsy Davis Beamer
Secretary of the Commonwealth
Capitol Sq.
P.O. Box 2454
Richmond, VA 23201
Tel.: (804) 786-2441
Fax: (804) 371-0017

WASHINGTON
Ralph Munro
Secretary of State
Legislative Bldg., 2nd Fl.
P.O. Box 40220
Olympia, WA 98504-0220
Tel.: (360) 753-7121
Fax: (360) 586-5629

WEST VIRGINIA
Ken Hechler
Secretary of State
Bldg. 1, Ste. 157K
1900 Kanawha Blvd., E.
Charleston, WV 25305
Tel.: (304) 558-6000
Fax: (304) 558-0900

WISCONSIN
Douglas J. La Follette
Secretary of State
30 W. Mifflin St., 10th Fl.
P.O. Box 7848
Madison, WI 53703
Tel.: (608) 266-8888
Fax: (608) 266-3159

WYOMING
Diana J. Ohman
Secretary of State
State Capitol Bldg.
Cheyenne, WY 82002
Tel.: (307) 777-5333
Fax: (307) 777-6217

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Franz Beck, Lindau, verst. 30.3.2001

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2001:

Notar Dr. Heinrich Knauß, Nürnberg

Notar Germar Spaett, Altötting

Mit Wirkung vom 1.8.2001:

Notar Dieter Strobel, Regensburg

Mit Wirkung vom 1.10.2001:

Notar Dr. Otto Ullrich, Traunstein

Mit Wirkung vom 1.1.2002:

Notar Ludwig Rothkeppel, Obernburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2001:

Bamberg (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Dr. Peter Wirth (bisher in Staffelstein Notarstelle Richter)
Kaufbeuren	der Notarassessorin Elisabeth Lang (bisher in Schwabmünchen Notarstelle Dr. Pauker)
Nürnberg (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notar Volland)	dem Notarassessor Dr. Jörg Budnick (bisher in Nürnberg Notarstelle Lottner)
Regensburg (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Markus Huber (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/ Dr. Albrecht)

Mit Wirkung vom 1.5.2001:

Kirchheimbolanden	dem Notar Dr. Werner Schulte (bisher in Waldmohr)
Pappenheim	dem Notarassessor Dr. Stefan Gottwald (bisher in Passau Notarstellen Dr. Plen/ Prof. Dr. Reimann)
Straubing	dem Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß (bisher Landesnotarkammer in München)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2001:

Markus Hamp, Ingolstadt (Notarstellen Dr.Ott/Dr. Wegmann)

Michael Ulbricht, Prien am Chiemsee, (Notarstellen Huber/Dr. v. Daumiller)

Mit Wirkung vom 1.4.2001:

Michael Weinsheimer, Gernersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Tobias Aigner, Lauf an der Pegnitz (Notarstelle Haasen)

5. Neueinstellungen von Inspektoren:

Inspektorin Manuela Berthold, Hersbruck (Notarstellen Dr. Vollhardt/Dr. Lenz)

Inspektorin Angelika Bethmann, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Inspektorin Agnes Bolka, Edenkoben (Notarstelle Schlindwein)

Inspektor Thomas Czech, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Inspektorin Gabriele Eckl, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann)

Inspektor Matthias Emser, Kirchenlamitz (Notarstelle Dr. Spanhel)

Inspektorin Alexandra Frankl, Straubing (Notarstelle Dr. Herrmann)

Inspektor Frank Fritz, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Inspektorin Simone Geißendörfer, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Grafberger/Dr. Dörnhöfer)

Inspektorin Simone Gimpl, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Inspektorin Sonja Hafenmeier, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier)

Inspektorin Barbara Hausner, München (Notarstellen Dr. Stummer/Dr. Schalkhaußer)

Inspektorin Birgit Heubuch, München (Notarstelle Dr. Kopp)

Inspektorin Katrin Hofmann, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth)

Inspektorin Nadine Jost, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

Inspektorin Silke Kaschel, Hof (Notarstelle Dr. Schubert)

Inspektorin Christine Kölbl, München (Notarstellen Friedrich/Oberseider)

Inspektorin Elke Kunzelmann, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Höfler)

Inspektorin Isabella Lederer, Landau/Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Inspektorin Claudia Liehr, München (Notarstellen Mittenzwei/Dr. Steinbauer)

Inspektor Christian Loderer, Dachau (Notarstelle Konrad)

Inspektorin Lydia Obermüller, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer)

Inspektorin Manuela Petry, Ludwigshafen (Notarstellen Krebs/Dr. Wilke)

Inspektor Du Thuy Quach, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Adler/Huber)

Inspektorin Silke Redetzki, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter)

Inspektorin Yvonne Schneider, Ludwigshafen (Notarstellen Kämmerer/Malchus)

Inspektor Albert Schwertfirm, Pfaffenhofen (Notarstellen Dr. Bleutge/Saalfeld)

Inspektor Christian Schwürzinger, Ebersberg (Notarstellen Dr. Wich/Zetzl)

Inspektorin Simone Seidel, Bamberg (Notarstellen Weidner/Wolf)

Inspektorin Heike Siegl, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Reinhold)

Inspektorin Verena Sommer, München (Notarstellen Bender/Dr. Brachvogel)

Inspektor Andreas Stampfer, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Inspektorin Anja Steiger, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Inspektor Christian Stiller, Freyung (Notarstelle Burghart)

Inspektorin Angela Weiß, Augsburg (Notarstellen Röder/Dr. Koch)

Inspektor Peter Woll, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

Inspektor Markus Zöllner, Neustadt a. d. Weinstr. (Notarstellen Fuchs/Eisenburger)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Stefan Gutheil, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl), wurde mit Wirkung vom 19.6.2000 promoviert

Notarassessor Lothar Hipler, Bischofsheim (Notarstelle Hans-Frieder Koch), wurde mit Wirkung vom 15.2.2001 promoviert

Notarassessorin Andrea Schmucker, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty), wurde mit Wirkung vom 16.2.2001 promoviert

Notarassessor Martin Schmid, Weilheim, (Notarstelle Döbereiner), ab 1.5.2001 in Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer)

Notarassessorin Cathrin Caspary, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer), ab 15.5.2001 in München (Notarstellen Stummer/Dr. Schalkhauser)

Olin i. N. Susanne Vané, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing), ab 1.4.2001 in Nürnberg (Notarstellen Volland/Dr. Budnick)

OI i. N. Stefan Meier, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 1.4.2001 Riedenburg (Notarstelle Dr. Lindner)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

OAR i. N. Helmut Müller, Neustadt a. d. Weinstr. (Notarstellen Fuchs/Eisenburger), ab 1.11.2000 im Ruhestand

AR i. N. Georg Bernhardt, Eschenbach i. d. Opf. (Notarstelle Dr. Thalhammer), ab 1.3.2001 im Ruhestand

AR i. N. Herbert Polifka, München (Notarstellen Frhr. v. Oefe/Dr. Götte), ab 1.3.2001 im Ruhestand

OAR i. N. Jörg Rüger, Würzburg (Notarstellen Friederich/Dr. Limmer), ab 1.4.2001 im Ruhestand

AR i. N. Konrad Filberth, Prien am Chiemsee (Notarstellen Huber/Dr. v. Daumiller), ab 1.4.2001 im Ruhestand

AR i. N. Friedrich Graf, Eggenfelden (Notarstelle Feller) ab 1.4.2001 im Ruhestand

AR i. N. Konrad Rieger, München (Notarstellen Dr. Ritter/Dr. Reuss), ab 1.4.2001 im Ruhestand

AR i. N. Egon Riepl, Regensburg (Notarstellen Strobel/Dr. Sauer), ab 1.4.2001 im Ruhestand

Oiin i. N. Claudia Zinnecker, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter), Auflösungsvertrag zum 1.4.2001

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 0 89/5 51 66-0, Telefax: 0 89/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 90,- DM zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 20,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges

Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V.

Pressemitteilung (21.3.2001)

Erstmalige Verleihung des Helmut-Schippel-Preises der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Im Jahre 2000 hat die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. erstmals den Helmut-Schippel-Preis für eine herausragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts ausgelobt. Annähernd 20 Bewerbungen sind eingegangen. Aufgrund der großen Zahl und des hohen Niveaus der eingereichten Arbeiten hat der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung beschlossen, den Preis zweifach zu vergeben. Ausgezeichnet wurden Prof. Dr. Christian Armbrüster, Bucerius Law School, Hamburg, für seine Habilitationsschrift „Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften“ und Dr. Joachim Tebben für seine Dissertation zum Thema „Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaften“. Die Preisverleihung erfolgte im Rahmen einer Feierstunde anlässlich der vierten Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung am 16.3.2001 in den Räumen der Universität Halle/Saale.

Ausbildungsplatzprogramm der LfA 2000

Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit bittet die Notarkasse, auf das neue „Ausbildungsprogramm der Landesanstalt für Aufbaufinanzierung 2000“ hinzuweisen.

Das Programm richtet sich an kleine und mittlere Unternehmen und Angehörige der freien Berufe in Bayern, die lernbeeinträchtigte oder sozial benachteiligte Jugendliche in anerkannten Ausbildungsberufen ausbilden. Ausbildungswillige Arbeitgeber können unter bestimmten Bedingungen von der

LfA Förderbank Bayern einen zinsgünstigen Betriebsmittelkredit erhalten.

Für nähere Informationen wenden Sie sich bitte an die Notarkasse (Prüfungs- und Ausbildungsabteilung). Ansprechpartner ist Herr NOR i.N. Bauer (Tel.: 089 - 55 16 62 67).

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstelle Gerhard Weichselbaumer, Hermanstraße 1, 86150 Augsburg, Telefon: 0821/34455-0, Fax: 0821/3445566

Bamberg, Notarstelle Dr. Peter Wirth, Moosstraße 91, 96050 Bamberg, Telefon: 0951/91706-0, Fax: 0951/9170616, email: info@notarwirth.de, internet: www.notarwirth.de

Eichstätt, Notarstelle Dr. Schneider/Philipp, Pedettstraße 17, 85072 Eichstätt, Telefon: 08421/90999-0, Fax: 08421/9099933

Hof, Notarstelle Heinz Wasserthal, Kreuzsteinstraße 13/ I, 95028 Hof, Telefon: 09281/73434-0, Telefax: 09281/7343434

Kronach, Notarstelle Dr. Thum/Büschel, Rodacher Straße 2b, 96317 Kronach, Telefon: 09261/5041-0, Fax: 09261/504125

Moosburg, Notarstelle Brigitte Nachbar, Thalbacher Straße 1, 85368 Moosburg, Telefon: 08761/72797-0, Fax: 08761/61384

München, Notarstelle Dr. Vossius/Dr. Engel, Theatinerstraße 8/III, (Fünf Höfe), 80333 München, Telefon: 089/219979-0, Fax: 089/21997922

Regensburg, Notarstelle Markus Huber, Maximilianstraße 25/I, 93047 Regensburg, Telefon: 0941/50278-0, Fax: 0941/5027822

Veranstaltungen des DAI 2/2001

1. Ausgewählte Fragen des Erbrechts
11. Mai 2001 in Braunschweig
12. Mai 2001 in Frankfurt
2. Gestaltung und Sicherung der typischen Übernehmerpflichten beim Überlassungsvertrag
18. Mai 2001 in Düsseldorf
19. Mai 2001 in Hamburg
3. Personengesellschaften: Gesellschafts- und Steuerrecht
24.–26. Mai 2001 in Fischbachau
4. Deutsch-Schweizer Rechtsverkehr
25. Mai 2001 in Konstanz
5. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht
13. Juli 2001 in Essen
14. Juli 2001 in Wiesbaden
6. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht
19.–21. Juli 2001 in Fischbachau

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V – Fachinstitut für Notare –, Postfach 250254, 44740 Bochum, Telefon 0234/970 64 18, Telefax 0234/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bärmann/Pick, WEG-Kommentar, 15. Auflage 2001, Verlag C. H. Beck, München, 696 Seiten, DM 72,-.
2. Bopp u. a. (Hrsg.), Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 4. Auflage, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 1.338 Seiten, DM 230,-.
3. v. Diringshofen, Internet für Juristen, 3. Auflage, 2000, Luchterhand Verlag, Neuwied, 408 Seiten, DM 38,-.
4. Eickmann, Die Teilungsversteigerung, 5. Auflage, 2001, RWS Verlag, Köln, 88 Seiten, DM 68,-.
5. Jürgens, Betreuungsrecht, 2. Auflage, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 705 Seiten, DM 90,-.
6. Mohr, Praxis-Ratgeber Unternehmertestament: Die 40 wichtigsten Steuer- und Gestaltungsfragen, 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 135 Seiten, DM 58,-.
7. Schmidt, EStG-Kommentar, 20. Auflage, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 2.500 Seiten, DM 168,-.
8. Schömmers, Internationales Erbrecht: Niederlande, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 160 Seiten, DM 48,-.
9. Schömmers, Internationales Erbrecht: Schweiz, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 166 Seiten, DM 48,-.
10. Thode/Uechtritz/Wochner, RWS-Forum 19: Immobilienrecht, 2001, RWS-Verlag, Köln, ca. 350 Seiten, ca. DM 185,-.
11. Verstl, Der internationale Trust als Instrument der Vermögensnachfolge, 2000, Verlag E. Schmidt, Bielefeld, 429 Seiten, DM 136,-.
12. Wilde/Ehmann/Niese/Knoblauch, Bayerisches Datenschutzgesetz, Kommentar und Handbuch für Datenschutzverantwortliche, 6. Lieferung (Stand 1.12.2000), Verlag Jehle-Rehm, DM 78,- (Gesamtwerk: 866 Seiten, DM 98,-).

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F