

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24/1995 · Dezember 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 312 - Angebot zum Abschluß eines Erbschafts Kaufvertrages mit einem Gläubiger des Verkäufers zu Lebzeiten des Erblassers; Umgehung des § 312 BGB
EGBGB Art. 11; GmbHG § 15; UmwG § 6 - Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Verträgen durch ausländische Notare

Rechtsprechung

BGB §§ 127, 182 - Formbedürftigkeit der Zustimmung zur Vertragsübernahme
GBO §§ 13, 19, 30, 31 S. 1 - Übereinstimmung von Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung
SachRBerG § 78; ZPO § 867 - Eintragung einer Sicherungshypothek und

Verfügungsverbot nach SachRBerG

EGBGB Art. 235 § 1; BGB § 2100 - Vorerbschaft in der ehemaligen DDR
BeurkG § 17 - Umfang der Belehrungspflichten des Notars
KSStG § 8 Abs. 3 S. 2 - Verdeckte Gewinnausschüttung wegen Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot

Aktuelles

Verordnung über den Erwerb land- und forstwirtschaftlicher Flächen, das Verfahren sowie den Beirat nach dem Ausgleichleistungsgesetz (Flächenerwerbsverordnung - FlErwV)

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 312

Angebot zum Abschluß eines Erbschafts Kaufvertrages mit einem Gläubiger des Verkäufers zu Lebzeiten des Erblassers; Umgehung des § 312 BGB

I. Sachverhalt

Der durch Erbvertrag zum Alleinerben eingesetzte Sohn des noch lebenden Erblassers beabsichtigt, seiner Bank zur Absicherung von Forderungen den Abschluß eines Erbschafts Kaufvertrages anzubieten.

II. Frage

1. Verstößt ein solches Angebot zu Lebzeiten des Erblassers gegen die Bestimmungen des § 312 BGB?
2. Gibt es Möglichkeiten zur Umgehung des § 312 BGB?

III. Rechtslage

1. Zum gesetzlichen Verbot nach § 312 Abs. 1 BGB:

Nach § 312 Abs. 1 S. 1 BGB ist ein **Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig**. Das Gesetz mißbilligt Verträge über den Nachlaß, den Erbteil am Nachlaß oder den Pflichtteil aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Es geht davon aus, daß der Abschluß derartiger Geschäfte über das Vermögen eines Lebenden, die in der Erwartung seines Todes geschlossen werden, sittlich verwerflich ist und in den meisten Fällen nur zu leichtsinniger Vermögensverschleuderung und zur Ausbeutung solchen Leichtsinns führt

(BGHZ 37, 319, 323). Für die Anwendung des § 312 Abs. 1 BGB ist es ohne Bedeutung, ob im konkreten Fall gegen den abgeschlossenen Vertrag im übrigen keine rechtlichen Bedenken bestehen und er im ganzen nach seiner Ziel- und Zwecksetzung von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird. Es ist nicht zulässig, für den einzelnen Fall zu prüfen, ob etwa nach seinen besonderen Umständen von einer Unsittlichkeit der Einzelabrede nicht gesprochen werden könne und § 312 Abs. 1 BGB aus diesem Grund unanwendbar sei. Das Gesetz verbietet Verträge der genannten Art schlechthin (BGHZ 37, 319, 324). Es kommt weiterhin **nicht darauf an, ob der lebende Dritte dem Vertrag zugestimmt hat, da das Gesetz für diesen Fall keine Ausnahme zuläßt** (BGHZ 37, 319, 324).

Der BGH (BGHZ 26, 320, 327) versteht § 312 Abs. 1 BGB als eine besondere Ausprägung des in § 138 Abs. 1 BGB zugrunde gelegten Grundsatzes, wonach sittenwidrige Rechtsgeschäfte nichtig sind. Darüber hinaus sieht der BGH (BGHZ 26, 320, 328) in der Regelung des § 312 Abs. 1 BGB ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.

2. Zur Ausnahmeregel in § 312 Abs. 2 BGB:

Nach § 312 Abs. 2 S. 1 BGB finden die Vorschriften des § 312 Abs. 1 BGB **keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird**. Die Ausnahmeregelung des § 312 Abs. 2 BGB soll eine vorgezogene Auseinandersetzung zwischen gesetzlichen Erben ermöglichen, weswegen alle Vertragsschließenden „künftige gesetzliche Erben“ sein müssen (Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl. 1995, § 312 Rn. 5). § 312 Abs. 2 BGB setzt allerdings nicht voraus, daß die Vertragsschließenden später auch tatsächlich gesetzliche Erben des Erblassers werden. Der Ausdruck

„künftige gesetzliche Erben“ besagt vielmehr nur, daß sie zur Zeit des Vertragsschlusses in einem Verhältnis zum Erblasser stehen müssen, wie es in den §§ 1924 ff. BGB bestimmt ist (BGH NJW 1956, 1151, 1152). Entgegen ihrem Wortlaut setzt die Vorschrift des § 312 Abs. 2 S. 1 BGB auch nicht voraus, daß Gegenstand des Vertrages gerade der gesetzliche Erbteil ist. Vielmehr kann die Ausnahmeregel des § 312 Abs. 2 BGB auch im Fall gewillkürter Erbfolge eingreifen (BGHZ 104, 279, 284; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 312 Rn. 6), wobei jedoch die Möglichkeit zum Abschluß eines Vertrages über die künftige Erbschaft quantitativ auf den gesetzlichen Erbteil begrenzt ist (BGH, a.a.O., 284).

3. Der vorliegende Fall - Umgehung des § 312 BGB:

Da nach Ansicht des BGH (BGHZ 104, 279 f.) die Ausnahmeregel des § 312 Abs. 2 BGB auch im Fall gewillkürter Erbfolge eingreifen kann, ergibt sich im vorliegenden Fall ein Problem nicht bereits daraus, daß der Sohn, der seine Erbschaft verkaufen möchte, durch Erbvertrag zum Alleinerben eingesetzt ist. **Die Ausnahmeregel des § 312 Abs. 2 BGB kann hier allerdings deshalb nicht eingreifen, weil das Kreditinstitut, dem die Erbschaft als Sicherheit angeboten werden soll, nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben gem. §§ 1924 ff. BGB gehört.** Ein Vertrag mit dem Kreditinstitut über den Nachlaß des noch lebenden Erblassers wäre somit gem. § 312 Abs. 1 BGB ohne weiteres nichtig. Die Lösung des vorliegenden Problems kann deshalb nicht in dem Ausnahmetatbestand des § 312 Abs. 2 BGB gesucht werden. Vielmehr ist zu fragen, ob durch eine entsprechende Gestaltung erreicht werden kann, daß bereits die Verbotsregel des § 312 Abs. 1 BGB nicht eingreift.

a) Angebot zu Lebzeiten, Annahme erst nach dem Tod des Erblassers:

Die Vorschrift des § 312 Abs. 1 BGB regelt die Nichtigkeit eines Vertrages über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten. **Wenn der Vertrag jedoch erst nach dem Tod des Dritten zustande kommt, weil erst dann das zu seinen Lebzeiten gemachte Angebot angenommen wird, dann sind die Voraussetzungen der Verbotsnorm des § 312 Abs. 1 BGB - formal betrachtet - nicht erfüllt, denn es wurde kein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten geschlossen.** Nach unserer Einschätzung läßt sich die Regelung des § 312 BGB durch eine solche Gestaltung aber nicht umgehen. Das Angebot wäre u. E. als Teil eines Rechtsgeschäftes, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gem. § 134 BGB nichtig (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 134 Rn. 6). Das Angebot wäre nämlich auf den nach § 312 Abs. 1 BGB verbotenen Abschluß eines Vertrages über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten gerichtet (während die Voraussetzungen der Ausnahmeregel des § 312 Abs. 2 BGB nicht vorliegen). Wie der BGH (BGHZ 26, 320, 328) ausgeführt hat, handelt es sich bei der Vorschrift des § 312 Abs. 1 BGB um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Schließlich richtet sich die Vorschrift gerade gegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes, also den Abschluß des Vertrages über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 134 Rn. 1, m. w. N.).

Soweit ersichtlich, ist die Frage, ob § 312 Abs. 1 BGB durch die „Angebotskonstruktion“ zu umgehen ist, noch nicht Gegenstand einer Gerichtsentscheidung gewesen. In der Literatur hat sich - soweit ersichtlich - allein Staudinger/Wufka (BGB, 13. Aufl. 1995, § 312 Rn. 6) zu der „Angebotskonstruktion“

geäußert. Staudinger/Wufka führt allerdings nur ohne nähere Begründung aus, daß auch ein bindendes Angebot - obwohl noch nicht Vertrag - unter die Vorschrift des § 312 Abs. 1 BGB falle. Wir halten diese Aussage aus den genannten Gründen für richtig. Die Vorschrift des § 312 BGB würde praktisch leerlaufen, wenn man sie einfach dadurch umgehen könnte, daß zu Lebzeiten des Erblassers nur ein den künftigen Erben bindendes Angebot abgegeben wird, das dann erst nach dem Tod des Erblassers angenommen wird.

b) Vorvertrag, sonstige Umgehungsmöglichkeiten:

Der BGH will es nicht zulassen, daß das Verbot des § 312 Abs. 1 BGB durch besondere rechtliche Gestaltungen umgangen wird (BGHZ 26, 320, 325). Im Hinblick darauf, daß der BGH den Zweck der Verbotsnorm des § 312 BGB neben der Verhinderung leichtsinniger Vermögensverschleuderung auch darin sieht, daß Erbschaftsverträge zu Lebzeiten des Erblassers wegen der damit verbundenen Spekulation auf den Tod des Erblassers sittlich verwerflich sind (vgl. 1.), müßten nach unserer Einschätzung **jegliche Umgehungsgestaltungen, insbesondere also auch Vorverträge, nach § 312 Abs. 1 BGB oder nach § 134 BGB nichtig sein.** Schließlich werden alle derartigen Vereinbarungen in Erwartung des Todes des Erblassers geschlossen, und insoweit hat der Gesetzgeber eben die Wertung vorgegeben, daß solche Verträge sittlich zu mißbilligen sind. Deshalb dürften u. E. auch zurückhaltend formulierte Vorverträge hinsichtlich der zu erwartenden Erbschaft nichtig sein. Auch durch eine vom künftigen Erben erteilte unwiderrufliche Vollmacht zur Verfügung über den Nachlaß kann § 312 BGB nicht umgangen werden (Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1990, § 312 Rn. 6, unter Hinweis auf RGRnZ 1914 Nr. 2628). Nach der Rechtsprechung des BGH und der Literatur darf aber wohl das gesetzliche Verbot des § 312 Abs. 1 BGB nicht ganz so streng gesehen werden. **So soll nicht jedes Rechtsgeschäft, das sich irgendwie auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten bezieht und das deshalb auf dessen (baldigen) Tod spekuliert, nichtig sein.** Zulässig ist nach Ansicht des BGH (BGHZ 26, 320, 325) und von Staudinger/Wufka (a.a.O., § 312 Rn. 10) eine Vereinbarung, in der die Zahlung einer festen Rente versprochen wird, auch wenn die Zahlungspflicht u. a. davon abhängt, daß „von Seiten des Vaters die ererbten Kapitalien zu gleichen Teilen vermacht werden“ (BGHZ 26, 320, 325). Die Vorschrift des § 312 Abs. 1 BGB sei unanwendbar, weil eine feste Rente versprochen wurde. Eine solche Verpflichtung sei keine „Beteiligung“. Sie sei zudem (Schutzzweck) überschaubar (Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 10).

Für den vorliegenden Fall ist damit allerdings nicht viel gewonnen, weil schließlich „die Erbschaft“, so wie sie im Zeitpunkt des Erbfalles besteht, übertragen werden soll und der Sohn nicht etwa eine bestimmte Zahlungspflicht unter der Voraussetzung eingehen will, daß er Erbe wird. Die genannte Rechtsprechung des BGH läßt es nur zu, eine Verpflichtung zur Zahlung aus dem eigenen Vermögen einzugehen und dabei auch eine Beziehung zu der erwarteten Erbschaft herzustellen. § 312 BGB läßt es jedoch nicht zu, den Erwerber durch die Begründung einer solchen Zahlungspflicht am Nachlaß des noch lebenden Dritten „zu beteiligen“ (Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 10); es darf also, wie der BGH (BGHZ 26, 320, 329) ausführt, der erwartete Vermögenszuwachs aus dem Nachlaß nicht den Umfang und die Fälligkeit der Zahlungspflicht bestimmen.

c) Veräußerung einzelner Nachlaßgegenstände statt Verkauf der Erbschaft:

Eine Möglichkeit zulässiger „Umgehung“ des § 312 BGB soll darin liegen, **daß nicht die Erbschaft, sondern vielmehr einzelne Vermögensgegenstände verkauft werden, die aus dem Nachlaß zu erwarten sind** (BGHZ 26, 320, 325; BGH MDR 1960, 575; OGH Köln NJW 1949, 623; MünchKomm-Thode, BGB, 3. Aufl. 1994, § 312 Rn. 9; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 11).

Nach Ansicht von Staudinger/Wufka (a.a.O., § 312 Rn. 11) ist ein Vertrag über einzelne Nachlaßgegenstände auch dann gültig, wenn der Nachlaß durch die aufgezählten Einzelgegenstände erschöpft wird. Durch die konkrete Benennung der einzelnen Gegenstände werde die Verpflichtung abschätzbar und überschaubar. Der Schutzzweck des § 312 BGB werde in solchen Fällen nicht mehr berührt. MünchKomm-Thode (a.a.O., § 312 Rn. 9) meint demgegenüber, daß Verträge über einzelne Gegenstände des künftigen Nachlasses dann von § 312 Abs. 1 BGB erfaßt würden, wenn die Gegenstände praktisch den gesamten Nachlaß erschöpften. Auch der BGH (MDR 1960, 575) vertritt die Ansicht, daß § 312 BGB auf die Veräußerung einzelner Gegenstände des künftigen Nachlasses des noch lebenden Dritten zwar grundsätzlich nicht anwendbar sei, daß etwas anderes jedoch dann gelte, wenn (ähnlich wie bei § 419 BGB) sich der Nachlaß wertmäßig ganz oder im wesentlichen in diesen Gegenständen erschöpfe. Für die Berechnung des wertmäßigen Anteils der veräußerten Einzelgegenstände am Gesamtwert des Nachlasses soll nach Ansicht des BGH (MDR 1960, 575) allerdings auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen sein, so daß (unkalkulierbare) Wertveränderungen beim Nachlaß nicht berücksichtigt werden müssen. Sowohl nach Ansicht von Staudinger/Wufka (a.a.O., § 312 Rn. 11) als auch nach Ansicht von MünchKomm-Thode (a.a.O., § 312 Rn. 9) darf jedoch durch die Veräußerung von Einzelgegenständen nicht das gesetzliche Verbot des § 312 Abs. 1 BGB umgangen werden. Die Veräußerung der Einzelgegenstände würde also jedenfalls dann von § 312 Abs. 1 BGB erfaßt, wenn sich ein Parteiwille feststellen ließe, wonach in Wahrheit eine Übertragung des Nachlasses gewollt war und man die Übertragung von Einzelgegenständen nur zwecks Umgehung des § 312 Abs. 1 BGB wählte.

EGBGB Art. 11; GmbHG § 15; UmwG § 6 Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Verträgen durch ausländische Notare

I. Sachverhalt

Bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, insbesondere Übertragung von Gesellschaftsanteilen und beim Abschluß von Verschmelzungsverträgen, nimmt die Tendenz zu, daß die Urkundsbeteiligten die Beurkundung im Ausland wegen der dort niedrigeren Gebühren in Anspruch nehmen. Es stellt sich hier insbesondere die Frage, inwieweit solche Beurkundungen durch einen ausländischen Notar im Inland wirksam sind und Grundlagen für registergerichtliche Eintragungen darstellen können.

II. Frage

Ist die Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen (z. B. Abtretung von Geschäftsanteilen, Verschmelzungsverträgen) durch einen ausländischen Notar auch im Inland wirksam?

III. Rechtslage

1. Die kollisionsrechtliche Ausgangslage

Die Formwirksamkeit eines Vertrages bestimmt sich gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB nach deutschem internationales Privatrecht alternativ nach dem **Geschäftsrecht, d. h. dem Recht, dem das zugrundeliegende Rechtsgeschäft unterliegt, oder nach dem Ortsrecht, d. h. dem Recht des Ortes der Vornahme des Rechtsgeschäfts**. Art. 11 Abs. 1 EGBGB bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft dann formgültig ist,

* wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (**sog. Geschäftsrecht**),

* oder wenn es die Formerfordernisse des Rechtes des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (**sog. Ortsform**).

Während im Schuldrecht diese Alternativität der Form ohne Zweifel gilt, also auch etwa für einen Grundstückskaufvertrag die Ortsform genügt (also auch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar und sogar ein privatschriftlicher Vertrag, wenn dies nach der Ortsform für Grundstückskaufverträge genügend ist), ist im Hinblick auf **gesellschaftsrechtliche Vorgänge umstritten, ob die Beachtung der Ortsform grundsätzlich ausreichend ist** oder ob bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen immer zwingend die Form des Geschäftsrechtes, also des Rechtes, dem die Gesellschaft nach dem internationalen Privatrecht unterliegt, eingehalten werden muß.

Diese Frage, inwieweit Art. 11 Abs. 1 EGBGB uneingeschränkt auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge anwendbar ist, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Die Begründung zum Regierungsentwurf des IPR-Gesetzes wies darauf hin, daß in Art. 11 EGBGB die Form von Vorgängen nicht geregelt ist, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen (Bundestagsdrucksache 10/504, S. 49). Im Gesetz kommt diese Einschränkung allerdings nicht zum Ausdruck. Es ist daher **ein Teil der Literatur der Auffassung, daß Art. 11 Abs. 1 EGBGB uneingeschränkt auch auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge anwendbar sei** (so Palandt/Heldrich, 54. Aufl., Art. 11 EGBGB Rz. 1; Erman/Hohloch, 9. Aufl., Art. 11 EGBGB Rz. 3; MünchKomm-Spellenberg, 2. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 92). Demgegenüber beruft sich ein Teil der Literatur auf Art. 37 Nr. 2 EGBGB, der ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschrift über das Schuldrecht nicht auf Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Zwar stehe Art. 37 in einem anderen Unterabschnitt des EGBGB als Art. 11, doch müsse man aus der Zusammenschau des Wortlauts von Art. 37 Nr. 2 EGBGB und der Entstehungsgeschichte folgern, daß Art. 11 EGBGB keine Anwendung auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge finde (so Lichtenberger DNotZ 1986, 653; Heckschen DB 1990, 161; Schervier NJW 1992, 593, 594; Bredthauer BB 1986, 1864; Brambring NJW 1975, 1255, 1266).

Auch die Oberlandesgerichte sind zur Frage der Wirksamkeit der Ortsform bei der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen unterschiedlicher Auffassung.

Das OLG Hamm (NJW 1974, 1057, mit zustimmender Anm. van Randenborgh BB 1974, 483) hat sich bei der Beurkundung einer Satzungsänderung dagegen ausgesprochen, daß auch die Ortsform genüge. Auch das OLG Karlsruhe (RIW 1979, 567) war der Auffassung, daß die Ortsform nicht genüge.

Demgegenüber haben sich das OLG Stuttgart (NJW 1981, 1176), das OLG Düsseldorf (GmbH-Rundschau 1990, 169), das OLG Frankfurt (DB 1981, 1456), das BayObLG (DB 1977, 2320), das OLG Köln (RIW 1989, 565, 655) und das LG Köln (GmbH-Rundschau 1990, 171) ebenfalls für die Ortsform ausgesprochen. Diese Urteile lassen jedenfalls dann die Ortsform genügen, wenn ein ausländischer „Notar“ eingeschaltet werde. Das OLG Düsseldorf (WM 1989, 643, 644) ist der Auffassung, daß nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB Orts- und Geschäftsrecht gleichberechtigt seien. Ein besonderes Interesse an der Ortsform sei nicht zu fordern. Die Analogie zu Art. 11 Abs. 5 EGBGB als Gegenargument trage nicht, weil die Änderung der Satzung kein Verfügungsgeschäft sei. Der Gesetzgeber habe den Vorschlag des Deutschen Rates für internationales Privatrecht bewußt nicht aufgegriffen, daraus sei zu folgern, daß ein Ausschluß der Ortsform für Rechtsgeschäfte, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche.

2. Analyse

Bei der Frage, ob die Ortsform ausreicht oder das Geschäftsrecht beachtet werden muß, ist zu beachten, daß es hier noch nicht um die Frage der Gleichwertigkeit der Beurkundung durch den ausländischen Notar geht. Grundsätzlich stellen sich nämlich bei der Beurteilung von ausländischen Beurkundungen **zwei unterschiedliche Fragestellungen**:

* Zuerst stellt sich die Frage, die unter 1. behandelt wurde: Genügt die Ortsform? Ist man der Auffassung, daß die Ortsform genügt, dann kann selbstverständlich ein Notar, der am Ort ansässig ist, die Beurkundung, die nach seinem eigenen Recht wirksam ist, vornehmen.

* Nur wenn man diese Frage verneint, also zu dem Ergebnis kommt, daß zwingend die Geschäftsform erforderlich ist, stellt sich die weitere Frage der sog. Substitution. Es stellt sich dann die Frage, ob die nach deutschem Gesellschaftsrecht notwendige Beurkundung nach deutschem Recht auch durch einen ausländischen Notar erfüllt werden kann.

Es geht also bei der zweiten Frage nicht darum, welches Recht die Form bestimmt, sondern um die Frage, welche Anforderungen das deutsche Recht, wenn dieses als Geschäftsrecht ausschließlich anwendbar ist, an den Begriff der notariellen Beurkundung als Formvoraussetzung stellt und ob diese Form des Geschäftsrechts auch von ausländischen Urkundspersonen erfüllt werden kann (vgl. zu diesem Anerkennungsproblem Kropholler ZHR 140 (1976), 394 ff.; Mayer-Reimer BB 1974, 1280; Winkler NJW 1974, 1032 ff.; Wolfsteiner DNotZ 1978, 532 ff.; Schervier NJW 1992, 593).

3. Die Auffassung des BGH zur Frage: Ortsform oder Geschäftsform?

Der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 16.02.1981 (BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160) die Frage - Ortsform oder Geschäftsrecht - letztendlich offengelassen, allerdings darauf hingewiesen:

„Es spricht viel für die Richtigkeit der Ansicht des OLG Stuttgart, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gelte generell, also auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge. Doch braucht der Senat die streitige Rechtsfrage nicht zu entscheiden.“

Der BGH hat die Vorfrage deswegen offengelassen, weil er die zweite Frage - **Gleichwertigkeit der Beurkundung** durch einen ausländischen Notar - bejahte, **also der Auffassung war, daß ein Notar der Züricher Altstadt auch die deutschen Formerfordernisse erfülle**. Die Frage, ob das Ortsrecht oder Geschäftsrecht erforderlich ist, ist daher immer noch im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung offen, wenngleich der BGH doch in der Tendenz wohl auch die Ortsform für genügend hält. Ausdrücklich entschieden hat er diese Frage allerdings noch nicht.

4. Substitution durch einen ausländischen Notar

Es stellt sich dann weiter die Frage, inwieweit der ausländische Notar, wenn man der Auffassung ist, daß das Geschäftsrecht eingehalten werden muß, also eine Beurkundung nach deutschem Recht erforderlich ist, diese Erfordernisse erfüllen kann.

Der BGH hat in der grundlegenden Entscheidung vom 16.02.1981 eine sog. **Gleichwertigkeitsprüfung** vorgenommen. Voraussetzung sei, daß die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig sei (BGHZ 80, 78). Gleichwertigkeit sei gegeben, **wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübe und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche**. Im konkreten Fall war der BGH der Auffassung, daß dies bei Züricher Notaren der Fall sei.

Das OLG Karlsruhe (RIW 1979, 567) und das OLG Hamm (NJW 1974, 1057) waren allerdings anderer Auffassung als der BGH. Sie lehnten die Gleichwertigkeit ab, da die Prüfungs- und Belehrungspflicht des deutschen Notars eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts erfordere, die der ausländische Notar regelmäßig nicht besitze, so daß von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung nicht gesprochen werden könne.

Dieser Argumentation ist der BGH nicht gefolgt. Er ist der Auffassung, daß zwangsläufige Folge dieser Begründung wäre, daß die Urkunden ausländischer Notare niemals deutschen Anforderungen genügen würden. **Außerdem ist der BGH der Auffassung, daß die Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern verzichtbar sei**.

Im Beschluß vom 22.05.1989 (GmbHR 1990, 25, 28 = WM 1989, 1221) hat der BGH die grundsätzliche Gleichwertigkeit auch für den Fall der **Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils** bejaht, wenn die Beurkundung in der Schweiz stattgefunden

den hat. Er hat sich dabei allerdings ohne weitere Begründung auf die BGH-Entscheidung im 80. Band gestützt.

5. Die Gegenbewegung der Literatur und der Untergerichte

a) Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Insbesondere ein Teil der Literatur übte bereits frühzeitig Kritik an der Entscheidung des BGH zur Anerkennung von Beurkundungen durch Schweizer Notare. Hier wurde insbesondere vorgebracht, daß Beurkundungen durch einen Züricher oder Baseler Notar nicht den deutschen Normen entsprechen würden (so Schervier NJW 1992, 597; Heckschen Rpfleger 1990, 122, 123; Bredthauer BB 1986, 1864). Die Literatur wies darauf hin, daß zum einen bereits die **persönlichen Voraussetzungen** für die Bestellung zum Notar im Kanton Zürich oder Basel in keiner Weise den Qualitätsanforderungen des Deutschen Notariats entsprechen würden. Im übrigen würde auch das **Beurkundungsverfahrenrecht** in Zürich nicht dem des Beurkundungsgesetzes entsprechen. Hier wurde insbesondere darauf hingewiesen, daß bei beabsichtigtem Gebrauch der Urkunde im Ausland die Züricher Notare regelmäßig die Unterzeichnung einer sog. Entlastungserklärung verlangten, in der die Urkundsperson und die Stadt Zürich von jeder Haftung entlastet würden, falls die öffentliche Urkunde im Ausland nicht anerkannt werden sollte oder aus dem Wortlaut der Urkunde irgendwelche Streitigkeiten, z. B. wegen Unklarheiten wie Widersprüchen, Auslegungsfragen etc., entstehen sollten. Der zuständige Notar würde hierbei also einen Haftungsausschluß vereinbaren, der nach deutschem Recht nicht zulässig wäre.

b) Die Beschlüsse des AG Köln und des AG Fürth

Die untergerichtliche Rechtsprechung hat sich durch diese Literaturkritik überzeugen lassen und war daher der Auffassung, daß insbesondere schweizerische Beurkundungen nicht der deutschen gleichwertig seien und daher auch nicht Grundlage für die Eintragung in das Handelsregister sein könnten. So hat das AG Köln (GmbHR 1990, 171) entschieden, daß der Züricher Notar weder an Ausbildung noch persönlicher Stellung einem deutschen Notar gleichgestellt sei. Darüber hinaus sei auch das Beurkundungsverfahren nicht gleichwertig. Unabhängig davon habe der BGH zur Beurkundungs- und Eintragungspflicht für die Wirksamkeit von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen ausgeführt, daß auch bei für den Gründungsvorgang geltenden Vorschriften zum Zweck der notariellen Richtigkeitsgewähr und somit aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen eine Prüfung und Belehrung zu erfolgen habe. Das AG war nicht davon überzeugt, daß diese durch einen Züricher Notar ordnungsgemäß erfolgen könne. In einem weiteren Beschluß bestätigte das AG Köln seine Auffassung, daß bei der Gleichwertigkeitsprüfung weder der Züricher Notar noch das Züricher Verfahrensrecht dem deutschen Beurkundungsgesetz genügen würden (AG Köln GmbHR 1990, 172). Das LG Köln (GmbHR 1990, 171) folgte diesen Ausführungen nicht. Es ließ für den Verschmelzungsvertrag die „Beurkundung“ durch den Züricher Notar genügen. Das sei ein Gebot der Rechtssicherheit, weil die Praxis auf den Standpunkt des BGH vertraue.

Die gleichen Bedenken äußerte auch das AG Fürth gegenüber der Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages durch einen Baseler Notar (AG Fürth GmbHR 1991, 24). Das LG Nürn-

berg-Fürth (WM 1992, 950) sah jedoch die Beurkundung als gleichwertig an, weil Vorbildung des Notars und Verfahren den deutschen Anforderungen gleichwertig seien. Genaue Kenntnisse des deutschen Rechts seien nicht nötig, weil die Parteien durch Wahl des ausländischen Notars auf Prüfung und Belehrung verzichtet hätten.

c) Der „Supermarktbeschuß“ des BGH

Insbesondere die neuere Literatur und auch das AG Köln bezogen sich in ihrer Argumentation auf die Entscheidung des BGH zu Unternehmensverträgen, dem sog. „Supermarktbeschuß“ (BGHZ 105, 324 = GmbHR 1989, 25). In dieser Entscheidung führte der BGH wörtlich aus:

„Die Änderung des Gesellschaftsvertrages unterliegt aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen ... aber auch zum Zwecke der materiellen Richtigkeitsgewähr ... sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion ... der Beurkundungspflicht“.

In dieser Entscheidung entwickelte der BGH im GmbH-Recht im Wege der freien Rechtsfortbildung die Beurkundungs- und Eintragungspflicht im Handelsregister von Unternehmensverträgen mit der GmbH, die gesetzlich nicht geregelt ist. Wie diese Ausführungen zeigen, war auch die **besondere Richtigkeitsgewähr**, die mit der notariellen Beurkundung verbunden ist, für die Entscheidung maßgebend. Wenngleich der BGH in dieser Entscheidung selbstverständlich nicht über die Frage der Auslandsbeurkundung entschied, so zeigt sie doch deutlich, **daß der BGH der Belehrungs- und Prüfungsfunktion des Notars im Gesellschaftsrecht eine erhebliche Bedeutung beimißt**. Mit diesen Aussagen sind die Aussagen des BGH im 80. Band, in denen er die Belehrung für verzichtbar hält, nur schwer vereinbar. Ob der BGH allerdings aus seinen Ausführungen aus dem „Supermarktbeschuß“ auch die Konsequenz ziehen würde, ausländische Beurkundungen, zumindest Schweizer Notare, für unwirksam zu erklären, bleibt zweifelhaft. Das AG Köln und das AG Fürth und auch die notarrechtliche Literatur haben die Ausführungen des BGH im Supermarktbeschuß als Argument gesehen, insbesondere Schweizer Beurkundungen die Gleichwertigkeit abzuspochen.

d) Die Entscheidung des OLG Hamburg

Die neueste Entscheidung zu diesem Problemkreis kommt vom OLG Hamburg (NJW-RR 1993, 1317, Anm. von Bar/Krothe IPRax 1994, 270), welches die Möglichkeit, die **Hauptversammlung durch einen ausländischen Notar zu beurkunden, unter Berufung auf eine fehlende Gleichwertigkeit verneinte**. Das OLG Hamburg führt hierbei folgendes wörtlich aus (NJW-RR 1993, 1317 = MittBayNot 1994, 80):

„Entscheidend für die Auffassung des Senats ist die in § 130 AktG über die in der Hauptversammlung aufzunehmende notarielle Niederschrift getroffene Regelung, die Spezialvorschriften gegenüber dem BeurkG enthält. Nach diesen Bestimmungen, die zwingendes Recht sind, ist insbesondere die Beurkundung von Beschlüssen und Minderheitsverlangen in bestimmter Weise vorgeschrieben. Über die in § 130 AktG enthaltenen Vorschriften hinaus ist anerkannt, daß den Notar bei seiner Mitwirkung in einer Hauptversammlung zwar wohl nicht mangels Beurkundung von Willenserklärungen die Aufklärungs- und Belehrungspflicht gem. § 13 BeurkG trifft, wohl aber eine Vielzahl von Hinweis- und Prüfungspflichten für einzelne Situationen der Hauptversammlung. Insgesamt **hat der Notar in der Hauptversammlung eine wichtige Funktion, in der er auch öffentliche Interessen wahrt. Die dem Notar zugewiesenen Aufgaben können bei Stattfinden der Hauptversammlung im Ausland regelmäßig nicht vollständig erfüllt werden.**“

Das OLG Hamburg grenzt sich auch von der Entscheidung des BGH im 80. Band deutlich ab:

„Auch diese Entscheidung (des BGH) rechtfertigt vorliegend keine andere Beurteilung. In jenem Fall ging es um die Beurkundung eines Beschlusses des einzigen Gesellschafters der GmbH. Die Hinzuziehung eines Notars durch ihn sollte nur einen bestimmten Satzungsakt ermöglichen und bedeutete keinen allgemeinen Verzicht auf die Wahrnehmung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion gem. § 17 BeurkG wie vorliegend der Beschluß der Hauptversammlung vom ..., bezogen auf die etwas andersartige Aufgabe des Notars in der Hauptversammlung der AG. Die Bedeutung der Beteiligung eines Notars, der jener Aufgabe gerecht wird, hat der BGH im Beschluß vom 24.10.1988 (BGHZ 105, 324, 338) für den Fall der Satzungsänderung einer GmbH hervorgehoben; danach **unterliegt die Änderung des Gesellschaftsvertrages aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen, aber auch zum Zwecke materieller Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundungspflicht.** Diese Gesichtspunkte gelten gleichermaßen für die Mitwirkung des Notars in der Hauptversammlung der AG. Die eingeschränkte Wahrnehmung der Funktion des Notars würde zudem zu einer Ausdehnung der Aufgabe des Registergerichts führen, wenn es Satzungsänderungen, wie zu ihrer Wirksamkeit nötig, im Handelsregister einzutragen hat.“

Das OLG Hamburg war bisher das einzige Obergericht, das sich dezidiert mit der Entscheidung des BGH im 80. Band auseinandersetzte und diese im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des BGH im „Supermarktbeschuß“ zumindest in großen Teilen einschränkte. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß auch diese Entscheidung des OLG Hamburg in der Literatur Kritik erfahren hat (vgl. von Bar/Grothe IPRax 1994, 270; Bungert WIB 1995, 806).

e) Die Beurkundungspflicht nach neuem Umwandlungsrecht

Das neue Umwandlungsrecht enthält u. E. weitere Argumente, die gegen eine Beurkundung durch einen Schweizer, insbesondere Züricher Notar sprechen. Die Begründung zum Regierungsentwurf zu § 13 UmwG hat folgenden Wortlaut (vgl. Bundesratsdrucksache 75/94 v. 04.02.1994 zu § 13, abgedruckt

bei Limmer, Text- und Dokumentationsband Umwandlungsrecht, S. 281):

„Die in Abs. 3 Satz 1 vorgesehene notarielle Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses dient der Rechtssicherheit durch die Kontrolle des Notars, der die Verantwortung dafür übernimmt, daß die Versammlung der Anteilseigner ordnungsgemäß abgewickelt wird. ... der Verschmelzungsbeschluß ist jedoch ein wirtschaftlich und rechtlich sehr bedeutsamer Vorgang. Bei übertragenden Rechtsträgern führt er zur Auflösung, bei übernehmenden Rechtsträgern zur Übernahme von u. U. erheblichen Verbindlichkeiten. Deshalb ist eine Überwachung durch den Notar schon allgemein wünschenswert ...“

Der Gesetzgeber weist daher selbst bei der Begründung zum Beurkundungserfordernis der Verschmelzungsbeschlüsse - Gleiches gilt wohl auch für den Verschmelzungsvertrag - darauf hin, **daß die notarielle Beurkundung Aufgaben der Rechtssicherheit und auch der Präventivkontrolle hat.** Diesem Erfordernis wird u. E. eine Beurkundung durch einen Züricher Notar nicht gerecht, der in der Regel keine Verantwortung für den Text der Urkunde übernimmt. Es bleibt abzuwarten, ob aus dieser Gesetzesbegründung weitergehende Schlußfolgerungen zur Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen zu ziehen sind. Es wäre wünschenswert, wenn die Rechtsprechung klare und strengere Kriterien an die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundungen stellen würde, dies gilt um so mehr, als die Anforderungen an den inländischen Notar aufgrund Haftungsrechtsprechung auch immer größer werden. Es wäre hier wünschenswert, wenn zumindest ein gewisser Gleichklang zwischen Auslands- und Inlandsbeurkundung garantiert wäre.

6. Zusammenfassung der Argumente

Der Notar nimmt insbesondere bei der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen verschiedenste Funktionen wahr:

- * Beweisfunktion,
- * Belehrungs- und Prüfungsfunktion,
- * vorbeugende Richtigkeitskontrolle und damit Entlastung der Registergerichte,
- * Gewährleistung materieller Richtigkeitsgewähr im Hinblick auf Minderheitsgesellschafter.

Mit dieser Vielzahl von Funktionen der Beurkundung im Gesellschaftsrecht ist es nicht vereinbar, wenn ausländische Beurkundungen anerkannt werden, die nicht einmal annähernd diesen Kriterien entsprechen, wenn etwa auf Prüfungs- und Belehrungsfunktion verzichtet und auch keine Haftung übernommen wird. In der Literatur, wohl auch der notarrechtlichen, scheint sich daher die Tendenz zu verfestigen, daß zwar grundsätzlich gegen eine Anerkennung von Auslandsbeurkundungen nichts spricht, daß aber eine **Anerkennung immer eine Einzelfallprüfung im Hinblick auf die Gleichwertigkeit des Notars und des Beurkundungsvorganges voraussetzt** (vgl. zuletzt Schervier NJW 1992, 593 ff.; Staudinger/Großfeld, 13. Aufl. 1993, Internationales Gesellschaftsrecht, Rz. 432 ff.):

* **Persönliche Gleichwertigkeit:** Der ausländische Notar muß nach Vorbildung und Aufgabenstellung einen entsprechenden Rang wie ein deutscher Notar haben. Dafür kommt es nicht nur auf die typische Vorbildung an, sondern entscheidend auch auf die Einordnung in entsprechende disziplinäre und haftungsrechtliche Zusammenhänge.

* **Sachliche Gleichwertigkeit des Beurkundungsvorganges:** Die Beurkundung muß den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entsprechen. Dies setzt anders als die BGH-Entscheidung nicht nur voraus, daß der Notar die wesentlichen formellen Kriterien erfüllt: Verlesen der Urkunde, Unterschriftenzeichnung etc. Er muß auch die inhaltlichen Kriterien der Beurkundung erfüllen: Prüfungs- und Belehrungspflicht, Garantie materieller Richtigkeitsgewähr durch Haftungsübernahme.

Rechtsprechung

BGB §§ 127, 182

Formbedürftigkeit der Zustimmung zur Vertragsübernahme

Die Zustimmung zur Vertragsübernahme ist weder eine Änderung noch eine Ergänzung des übernommenen Vertrages. Sie bedarf daher nicht der für Vertragsänderungen und -ergänzungen vereinbarten Form.

BGH, Urt. v. 18.10.1995 - VIII ZR 149/94

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Problem

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war eine sog. Vertragsübernahme. Es handelte sich um einen Nutzungs- und Verwertungsvertrag zwischen den Beteiligten A und B. In diesem Vertrag war bestimmt, daß Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen. Dieser Vertrag sollte durch den Beteiligten C übernommen werden. Eine **Vertragsübernahme** kann nach h. M. entweder **durch dreiseitigen Vertrag** (hier A, B und C) oder durch **Vereinbarung zwischen der ausscheidenden (B) und der eintretenden Vertragspartei (C) und der Zustimmung des anderen Teils (A) vorgenommen werden** (BGHZ 95, 88; 96, 302). Hier wählten die Beteiligten die zuletzt genannte Variante. Es war nun fraglich, ob die Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei (A) von der Wahrung der vereinbarten Schriftform abhängt.

Lösung

Der BGH weist darauf hin, daß nach dem übernommenen Vertrag Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedurften. Darum gehe es hier indessen nicht. **In der Zustimmung zu einer Vertragsübernahme liege weder eine Änderung noch eine Ergänzung des übernommenen Vertrages.** Die Zustimmung sei vielmehr eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit ihrem Zugang beim Erklärungsempfänger ohne dessen Mitwirkung wirksam werde. Einer Zustimmungsvereinbarung

zwischen dem verbleibenden und dem ausscheidenden (oder dem eintretenden) Vertragspartner bedürfe es nicht. Da im vorliegenden Fall die Zustimmung zur Vertragsübernahme durch A mündlich erteilt wurde, geht der BGH davon aus, daß die Vertragsübernahme wirksam ist.

GBO §§ 13, 19, 30, 31 S. 1

Übereinstimmung von Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung

1. Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung müssen sich grundsätzlich inhaltlich decken; ein teilweise zurückgenommener (eingeschränkter) Antrag kann daher nur vollzogen werden, wenn auch die Bewilligung inhaltlich in gleicher Weise eingeschränkt wird.

2. Die Erklärung, daß ein Eintragungsantrag teilweise zurückgenommen (eingeschränkt) werde, enthält in aller Regel auch die entsprechende Einschränkung der Eintragungsbewilligung. Für beide gilt das Formerfordernis des § 31 S. 1 GBO.

3. Ermächtigen die an einem notariellen Vertrag Beteiligten den Urkundsnotar, „alle zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen“, so erstreckt sich diese Ermächtigung nach ihrem nächstliegenden Sinn auch auf die Einschränkung der Eintragungsbewilligung.

BayObLG, Beschl. v. 09.11.1995 - 2Z BR 85/95

Kz.: L II 3 - § 19 GBO

Problem

Die vorliegende Entscheidung enthält eine Reihe von Ausführungen zu praktischen Fragen des Grundbuchrechts. Gegenstand des Verfahrens war eine Eintragungsbewilligung zur Eintragung einer Reallast, mit der eine monatliche Versorgungsrente gesichert werden sollte. In der Urkunde war der Notar ermächtigt, „alle zum Vollzug des Vertrages im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen“. Ursprünglich hatte das Grundbuchamt den vom Notar gestellten Eintragungsantrag beanstandet, da die Bestimmung, daß die im Rahmen der Reallast vereinbarte Geldleistung der Beteiligten unter dem Vorbehalt des § 323 ZPO analog stehen solle, wobei sie bei einer wesentlichen Änderung standesgemäßer Unterhaltsbedürfnisse der Veräußerer und der Leistungsfähigkeit der Erwerberin angepaßt werden müsse, als Inhalt der Reallast zu unbestimmt sei. Der Urkundsnotar nahm daraufhin den Eintragungsantrag insoweit zurück. Es war nun fraglich, **ob eine Übereinstimmung zwischen Bewilligung und Eintragungsantrag bestand.**

Lösung

Das BayObLG weist darauf hin, **daß sich die Eintragungsbewilligung inhaltlich mit dem Eintragungsantrag decken muß.** Sie darf weder über ihn hinausgehen noch hinter ihm zurückbleiben, anderenfalls kann die beantragte Eintragung nicht vorgenommen werden (BayObLGZ 1991, 97, 102). Anders soll es u. U. dann sein, wenn die Bewilligung ihrem Wortlaut oder Sinn nach die Auslegung zuläßt, daß der Antrag im Umfang hinter ihr zurückbleiben darf. Das BayObLG läßt diese

Frage letztendlich dahingestellt. Es ist nämlich der Auffassung, daß **die vom Notar auf die erste Zwischenverfügung erklärte teilweise Antragsrücknahme dahin auszulegen sei, daß die Beteiligten durch ihren Vertreter damit auch die Eintragungsbewilligung entsprechend eingeschränkt hätten.** Hierzu sei der Notar **aufgrund der Vollzugsvollmacht in der Urkunde bevollmächtigt gewesen.** Eine derartige Vollzugsvollmacht erstreckte sich auch auf Erklärungen im Zusammenhang mit der Eintragungsbewilligung. Die Erklärung, daß der Eintragungsantrag teilweise zurückgenommen werde, sei dahin auszulegen, daß damit auch die Eintragungsbewilligung entsprechend eingeschränkt werde. Es sei in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, **daß ein Eintragungsantrag zugleich die stillschweigend erklärte, zum Vollzug der beantragten Eintragung erforderliche Bewilligung enthalten könne;** der Antrag „ersetze“ dann die Bewilligung. Da die Erklärung des Notars besiegelt und eigenhändig unterschrieben war, erfüllt sie damit nicht nur die Formerfordernisse des § 24 Abs. 3 S. 2 BNotO, sondern auch die der §§ 29 Abs. 1 S. 1, 31 S. 1 GBO.

SachRBERG § 78; ZPO § 867

Eintragung einer Sicherungshypothek und Verfügungsverbot nach SachRBERG

Es liegt ein Fall des § 1 Abs. 2 SachRBERG vor, wenn der Gebäudeeigentümer das Grundstück nach dem Gesetz über den Verkauf volkseigener Gebäude vom 07.03.1990 (sog. Modrow-Gesetz) erworben hat. Dementsprechend gilt auch in einem solchen Fall das Verfügungsverbot gem. § 78 SachRBERG nicht und es kann eine Zwangshypothek lediglich am Grundstück eingetragen werden.

OLG Dresden, Beschl. v. 18.10.1995 - 3 W 827/95
Kz.: L VI 10 - § 78 SachRBERG

Problem

§ 78 Abs. 1 SachRBERG enthält nach überwiegender Meinung ein **absolut wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot**, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern in einer Person vereinigen. Eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstücks ohne das Gebäude ist nach der bisher h. M. nicht mehr zulässig (vgl. Nachweise in DNotI-Report 23/1994, S. 3). Im vorliegenden Fall hatte die Nutzungsberechtigte auf der Grundlage eines staatlichen Nutzungsrechtes ein Gebäude errichtet. Die Nutzungsberechtigte erwarb auf der Grundlage des Gesetzes über den Verkauf volkseigener Gebäude vom 07.03.1990 (Modrow-Gesetz) das Grundstück hinzu und wurde im Grundbuch als Grundstückseigentümerin eingetragen. Ein Gläubiger begehrte die **Eintragung einer Sicherungshypothek** „am Grundbesitz der Schuldnerin“. Das Amtsgericht und auch das Landgericht wiesen den Antrag unter Hinweis auf **§ 867 Abs. 2 ZPO zurück, wonach eine Gesamtbelastung von Gebäude und Grundstück nicht möglich sei.** Eine isolierte Belastung des Gebäudes oder des Grundstücks sei gem. § 78 Abs. 1 SachRBERG nicht zulässig.

Diese Auffassung wurde auch vom BMJ im Ergebnis bestätigt. Es weist ebenfalls darauf hin, daß die Begründung isolierter Sicherungshypotheken am Grundstück, am Gebäude oder an

beiden nach § 78 Abs. 1 SachRBERG nicht zulässig sei. Das SachRBERG erlaube nur die Begründung einer Gesamthypothek, die aber wiederum nach § 867 Abs. 2 ZPO im Rahmen der Zwangsvollstreckung nicht verfügt werden dürfe (vgl. OVSpezial 9/1995, S. 141 = Bundesanzeiger Nr. 54 v. 17.03.1995, S. 2797).

Lösung

Das OLG Dresden folgt mit einer knappen Begründung weder der Vorinstanz noch dem BMJ. Es ist zunächst der Auffassung, daß **im vorliegenden Fall gem. § 1 Abs. 2 SachRBERG überhaupt kein Fall der Sachenrechtsbereinigung vorliege**, weil für die Zusammenführung von Grund- und Gebäudeeigentum bereits andere spezialgesetzliche Bestimmungen, nämlich das sog. Modrow-Gesetz, bestünden. Deshalb stünde dem Eintragungsbegehren des Gläubigers § 78 SachRBERG nicht entgegen. Mit diesem Beschluß, bei dem allerdings die entscheidende Begründung fehlt, scheint das OLG Dresden das erste Gericht zu sein, **das § 78 Abs. 1 SachRBERG auf solche Fälle beschränkt, die im Anwendungsbereich des SachRBERG liegen.** Bisher war die h. M. der Auffassung, daß § 78 Abs. 1 S. 1 SachRBERG unabhängig davon eingreift, ob es sich um einen Fall des SachRBERG handelt. Lediglich Frenz (in: Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz, SachRBERG, § 78 Rz. 9 ff.) hat sich für eine einschränkende Auslegung der Vorschrift ausgesprochen, der nun auch das OLG Dresden, wenngleich auch mit anderer Intention, folgt. Das OLG Dresden entscheidet daher auch gegen den ausdrücklichen Wortlaut der Gesetzesbegründung, die ebenfalls für ein absolut wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot spricht, das unabhängig davon ist, ob ein Fall der Sachenrechtsbereinigung vorliegt (vgl. BT-Drs. 12/5992, S. 158).

EGBGB Art. 235 § 1; BGB § 2100

Vorerbschaft in der ehemaligen DDR

1. Die von einem nach dem 31.12.1975 und vor dem 03.10.1990 verstorbenen Erblasser mit gewöhnlichem Aufenthalt in der ehemaligen DDR vor dem 01.01.1976 testamentarisch verfügte Vor- und Nacherbfolge, die nach § 8 II EGZGB/DDR wirksam bleibt, ist entsprechend § 2363 I 1 BGB im Erbschein anzugeben. Zu vermerken ist in entsprechender Anwendung des § 2363 I 2 BGB auch, daß die sich aus der Vor- und Nacherbfolge ergebenden Beschränkungen der Verfügungsbefugnis des Vorerben nicht bestehen (§ 8 II 2 EGZGB/DDR).

2. Die Befreiungsvorschrift des § 8 II EGZGB/DDR bedeutet nicht, daß der Vorerbe die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge durch anderweitige eigene letztwillige Verfügung nach Eintritt des Vorerbfalls zum Wegfall bringen kann.

KG, Beschl. v. 25.07.1995 - 1 W 6521/94
Kz.: L VI 6

Problem

Das ZGB hatte in § 371 Abs. 2 grundsätzlich das Rechtsinstitut der Nacherbfolge abgeschafft. Nach der Übergangsvorschrift

des § 8 Abs. 2 EGZGB blieb allerdings eine angeordnete Vor- und Nacherbfolge wirksam, wenn das Testament vor dem 01.01.1976 (Inkrafttreten des ZGB) errichtet wurde. Dies galt allerdings nur mit der Einschränkung, daß die sich aus der Nacherbfolge ergebende Verfügungsbeschränkung für den Vorerben als nicht angeordnet gilt (vgl. DNotI-Report 22/95, S. 197). Im vorliegenden Fall war fraglich, inwieweit eine derartige übergeleitete Nacherbfolge nach dem 03.10.1990 in einem Erbschein anzugeben ist.

Lösung

Auch das KG ist der Auffassung, daß sich die Wirksamkeit einer in einem vor dem 01.01.1976 errichteten Testament angeordneten Vor- und Nacherbfolge nach dem Recht des BGB bestimme. Aus § 8 Abs. 2 EGZGB folge, daß eine solche Anordnung gerade dann wirksam bleibe, wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des ZGB versterbe. § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB setze gerade voraus, daß die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge wirksam bleibe. Hieraus folge, daß § 2363 Abs. 1 BGB auf den Erbschein für den Vorerben entsprechend angewendet und **im Erbschein die Vor- und Nacherbfolge in gleicher Weise vermerkt werden müsse, wie zuvor in den Fällen der unmittelbaren Anwendung des Erbrechts des BGB**. Allerdings sei der Vorschrift des § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB insoweit Rechnung zu tragen, als im Erbschein entsprechend § 2363 Abs. 1 S. 2 BGB in geeigneter Weise zu vermerken sei, daß der Vorerbe in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt sei. Das KG ist weiter der Auffassung, daß sich aus § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB nicht entnehmen lasse, daß der Vorerbe auch insoweit frei sein solle, über die ihm angefallene Vorerbschaft selbst anderweitig letztwillig zu verfügen und die Anordnung der Nacherbfolge jedenfalls dadurch mit dem Tod des Vorerben zum Wegfall zu bringen.

BeurkG § 17

Umfang der Belehrungspflichten des Notars

Der Urkundsnotar hat sich über den Inhalt der von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen zu unterrichten und diesen bei der Errichtung der erbetenen Urkunde zu berücksichtigen, soweit dies die Klärung derjenigen Tatsachen erfordert, die für die Errichtung einer wirksamen, dem Willen der Beteiligten entsprechenden Urkunde bedeutsam sind.

BGH, Urt. v. 19.10.1995 - IX ZR 104/94

Kz.: L III 2 - § 17 BeurkG

Problem

Der beklagte Notar beurkundete einen Vertrag, in dem der Verkäufer Grundstücke von insgesamt 11.000 qm verkaufte. Mitverkauft wurden - in diesem Vertrag nicht im einzelnen aufgeführte - Grundstücksteile von 511 qm, die in zwei - bei der Beurkundung vorliegenden - Auszügen „aus dem Liegenschaftsbuch/Grundbuch“ des Vermessungs- und Liegenschaftsamtes als „Straßenverkehrsflächen“ bezeichnet waren. Dabei handelte es sich um Grundeigentum der Klägerin, das dem öffentlichen Verkehr dient, dies war aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. **Es war nun fraglich, ob der Notar über die Bedeutung dieser Straßenflächen hätte belehren müssen.**

Lösung

Der BGH ist der Auffassung, daß der beklagte Notar gegen seine Prüfungs- und Belehrungspflicht gem. § 17 BeurkG verstoßen habe, indem er aus den bei der Beurkundung vorliegenden amtlichen Auszügen „aus dem Liegenschaftsbuch/Grundbuch“ nicht ersehen habe, daß mitverkaufte Grundstücksflächen Straßenland waren, und die Beteiligten nicht darauf hingewiesen habe. Der Notar müsse den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufklären. Der Notar dürfe sich regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen. Er müsse allerdings bedenken, daß Beteiligte entscheidende Umstände, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen könne, möglicherweise nicht erkennen oder rechtliche Begriffe möglicherweise falsch verstünden. Deswegen habe **der Notar sich über den Inhalt der von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen zu unterrichten und diese bei der Errichtung der Urkunde zu berücksichtigen**. Eine regelungsbedürftige Frage müsse der Notar ansprechen, dazu den Willen der Beteiligten in Erfahrung bringen, die notwendige Belehrung erteilen und bei Bedarf entsprechende Regelungen vorschlagen. Deshalb hätte der Beklagte sich vor der Beurkundung über den Inhalt des ihm damals vorliegenden amtlichen Auszuges „aus dem Liegenschaftsbuch/Grundbuch“ unterrichten müssen.

KStG § 8 Abs. 3 S. 2

Verdeckte Gewinnausschüttung wegen Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot

1. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ist keine geeignete Rechtsgrundlage, um die von einem Gesellschafter für eigene Rechnung ausgeübte Tätigkeit nur deshalb der eigenen GmbH zuzurechnen, weil sie auch unter deren Unternehmensgegenstand fällt (Änderung der Rechtsprechung).

2. Der Alleingesellschafter einer GmbH unterliegt so lange keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot, als er der GmbH kein Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird (Anschluß an BGH-Rechtsprechung und Aufgabe der BFH-Urteile vom 28.06.1989 I R 89/85, BFHE 157, 408, BStBl II 1989, 845; vom 26.04.1989 I R 172/87, BFHE 157, 138, BStBl II 1989, 673; vom 12.04.1989 I R 142-143/85, BFHE 156, 484, BStBl II 1989, 636).

3. Das Erfordernis einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung ist ein steuerliches Kriterium, das nicht zur Beurteilung der Existenz zivilrechtlicher Ansprüche herangezogen werden kann.

4. Das Wettbewerbsverbot eines Gesellschafter-Geschäftsführers hindert denselben nicht, Grundstücke zu verkaufen, die er im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erwirbt.

5. Die Annahme einer vGA i. S. des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG wegen Verstoßes des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen ein Wettbewerbsverbot setzt voraus, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer Informationen oder Geschäftschancen der Kapitalgesellschaft nutzt, für deren Überlassung ein fremder Dritter ein Entgelt gezahlt hätte.

BFH, Urt. v. 30.08.1995 - I R 155/94

Problem

Nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung liegt eine **verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer gegen ein zivilrechtliches Wettbewerbsverbot verstößt** und die GmbH auf die Geltendmachung ihres Anspruchs auf Schadensersatz bzw. Vorteilsherausgabe verzichtet (vgl. BFH BStBl II 89, 633; BStBl II 90, 595). Vermieden werden konnte eine vGA dadurch, daß eine wirksame Befreiung vom Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Die bisherige BFH-Rechtsprechung knüpfte also formal an die grundsätzlichen Wertungen des Zivilrechts an, d. h. sie erkannte die Existenz des Wettbewerbsverbotes und die Möglichkeit der Befreiung von ihm an. Jedoch verlangte der BFH **für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot eine im voraus getroffene klare Vereinbarung**. Für diese Befreiung war **entweder eine Satzungsbestimmung oder die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich**. Die Tätigkeit eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers außerhalb der Kapitalgesellschaft im Rahmen eines Einzelunternehmens, einer Personengesellschaft oder auch einer weiteren Kapitalgesellschaft wurde steuerlich der GmbH zugerechnet, wenn nicht eine sog. „Betriebsabgrenzung“ im voraus vereinbart war. Diese mußte inhaltlich eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen den Gesellschaften dergestalt beinhalten, daß eine Verlagerung von Geschäftschancen ausgeschlossen war (zu den Einzelheiten ausführlich z. B. Münch NJW 1993, 225 ff.; Spiegelberger GmbHHR 1992, 727 ff.; Mayer DNotZ 1992, 641 ff.; Wassermeyer GmbHHR 1993, 329 ff.). In dem hier vorliegenden Urteil des BFH zum Alleingeschafter einer GmbH ändert dieser seine bisherige Rechtsprechung zur vGA im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot in erheblichen Punkten. Es kann damit gerechnet werden, daß der BFH in noch anhängigen Verfahren zu weiteren Rechtsfragen aus dem Bereich der steuerlichen Behandlung eines Wettbewerbsverbotes Stellung nehmen wird.

Lösung

Zunächst faßt der BFH seine allgemeine ständige Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung zusammen: Danach ist unter einer **vGA im Sinne des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht** (vgl. BFH BStBl II 1994, 479). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (vgl. BFH BStBl III 1967, 626). Ist allerdings der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender, so kann eine vGA auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an ihn erbringt, für die es an einer klaren, im voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (vgl. BFH BStBl II 1990, 795). Schließlich kann die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis auch darin begründet sein, daß das zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesell-

schafter abgeschlossene Rechtsgeschäft zwar für die Kapitalgesellschaft günstig ist, jedoch aus Gründen des Fremdvergleichs zu dem Schluß zwingt, daß es von Anfang an nicht ernstlich gewollt war (vgl. BFH BStBl II 1984, 673, BStBl II 1994, 952).

Unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (z. B. BFH BStBl II 1971, 352; BStBl II 1981, 448; BStBl II 1984, 487) stellt der BFH nun fest, daß § 8 Abs. 3 S. 2 KStG keine geeignete Rechtsgrundlage darstellt, um die von einem Gesellschafter im eigenen Namen und für eigene Rechnung ausgeübten Tätigkeiten nur deshalb der eigenen GmbH zuzurechnen, weil sie auch unter deren Unternehmensgegenstand fallen. So wurde der Verzicht auf die Geltendmachung der Vorteilsherausgabe und/oder des Schadensersatzes im vorliegenden Fall wiederum unter Aufgabe seiner teilweise anders lautenden Rechtsprechung (vgl. z. B. BFH BStBl II 89, 854; BStBl II 89, 672; BStBl II 89, 636) vom BFH nicht als vGA im Sinne des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG bewertet, da in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH **der Alleingeschafter-Geschäftsführer einer GmbH so lange keinem Wettbewerbsverbot unterliegt, als er der GmbH Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird** (BGHZ 122, 333).

Darüber hinaus **verwirft der BFH die Rechtsauffassung des FG, daß jede Betätigung des Alleingeschafter-Geschäftsführers im Bereich des Unternehmensgegenstandes seiner GmbH einen Verstoß gegen ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot darstellt**. Die Annahme eines Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot setze voraus, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer entweder seine Treuepflichten als Gesellschafter oder seine Verhaltenspflichten als Geschäftsführer verletze. Er dürfe z. B. nicht besondere Informationen oder Geschäftschancen der GmbH für sich selbst nutzen. Selbst wenn nach diesen Kriterien ein etwaiger zivilrechtlicher Anspruch gegeben wäre, müßte dieser der Höhe nach auf den Betrag begrenzt werden, den ein fremder Dritter für die Überlassung der Information als Entgelt bezahlt hätte bzw. in dessen Höhe auf Seiten der GmbH ein Schaden eingetreten wäre.

Verordnung über den Erwerb land- und forstwirtschaftlicher Flächen, das Verfahren sowie den Beirat nach dem Ausgleichleistungsgesetz (Flächenerwerbsverordnung - FlErwV) - BR-Drs. 741/95 vom 02.11.1995

Das am 01.12.1994 in Kraft getretene Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz sieht ein Flächenerwerbsprogramm zugunsten von sog. Wieder- und Neueinrichtern land- und forstwirtschaftlicher Betriebe in den neuen Bundesländern vor. Die vorliegende Verordnung regelt materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Einzelheiten des Flächenerwerbs. Der Flächenerwerb trägt bei zur Wiedergutmachung für entschädigungslose SBZ-Enteignungen und zur Bildung von Eigentum derjenigen Personen, die während der DDR-Zeit von eigenbetrieblicher land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit ausgeschlossen waren. Die Verordnung enthält nicht nur Vorschriften zur Prüfung der Berechtigung des Käuferwerbers, den Umfang seiner Berechtigung und zur Ermittlung des Kaufpreises für die zu erwerbenden Flächen, sondern auch umfangreiche **Bestimmungen, die den Inhalt des Grundstückskaufvertrages vorschreiben** (insbesondere § 12) und die Übernahme des in § 3 Abs. 10 S. 1 Ausgleichleistungsgesetzes bestimmten Veräußerungsverbot. **Bei der Beurkundung von Verträgen über den Flächenerwerb ist daher die Verordnung zu berücksichtigen. Die Zustimmung des Bundesrates für die Flächenerwerbsverordnung steht noch aus.** Diese ist Tagesordnungspunkt der Bundesratssitzung am 15.12.1995.

Hinweis: Die Verordnung kann beim DNotI bestellt werden (Kz.: L VI 11 - Allg.).

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Literaturhinweise

Diederichsen, Vermögensauseinandersetzung, 5. Aufl., RWS-Verlag Kommunikationsforum GmbH, Skript 128, Köln 1995.

Das vorliegende aus einer Fortbildung hervorgegangene Skript befaßt sich mit allen Fragen der Vermögensauseinandersetzung bei der Ehescheidung. Im Mittelpunkt der Schrift stehen alle Fragen des Zugewinnausgleichs. Besonders hervorzuheben ist, daß die Vielzahl von Problemen des Zugewinnausgleichs anhand von konkreten Beispielen anschaulich erläutert werden. Das Skript gibt daher einen sehr guten Überblick über alle Fragen des Zugewinnausgleichs.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten, 4. Aufl., RWS-Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln 1995.

Dieses RWS-Skript befaßt sich eingehend mit allen Vereinbarungen zwischen Ehegatten: güterrechtliche Vereinbarungen, Vereinbarung zum Versorgungsausgleich, zum Unterhalt, Rechtswahlvereinbarung bei Auslandsberührung und Fragen der Vermögenszuordnung. Besonders erwähnenswert ist ein Kapitel über parteigerechte Eheverträge, das darlegt, daß ein sachgerechter Ehevertrag nur aufgrund einer individuellen Analyse der Verhältnisse der Beteiligten gestaltet werden kann. Wegen der Vielzahl von Musterformulierungen ist das Werk für die notarielle Praxis besonders zu empfehlen.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333