

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 1/2

MittRhNotK

Januar/Februar 1990

Versicherungsrechtliche Fragen in der notariellen Praxis bei Grundstücksgeschäften

(von Notarassessor Hans Joachim Schaller, Köln)

- A. Einleitung
- B. Relevante Versicherungssparten
- C. Rechtsquellen
- D. Veräußerung der versicherten Sache (§§ 69–73 VVG)
 - I. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 VVG
 - 1. Veräußerung
 - a) Gesamtrechtsnachfolge
 - b) Originärer Erwerb
 - c) Teilveräußerungen
 - d) Vollendungszeitpunkt
 - e) Rechtswirksamkeit
 - 2. Sache
 - 3. Rechtswirksamer Versicherungsvertrag
 - 4. Veräußerung durch Versicherungsnehmer
 - II. Ausnahmen von §§ 69 ff. VVG
 - 1. Versicherung für fremde Rechnung und für „wen es angeht“ (§ 80 Abs. 2 VVG)
 - 2. Ausschluß durch Parteivereinbarung (§ 72 VVG)
 - 3. Sonderstatus öffentlich-rechtlicher Versicherungsanstalten (§ 192 VVG)
 - III. Rechtsfolgen der §§ 69 ff. VVG
 - 1. Eintritt des Erwerbers in bestehendes Versicherungsverhältnis (§ 69 Abs. 1, 2 VVG)
 - 2. Gesamtschuldnerische Prämienhaftung (§ 69 Abs. 2 VVG)
- E. Sonderfragen
 - I. Begründung und Veräußerung von Sondereigentumsrechten
 - II. Begründung und Veräußerung von Erbbaurechten
 - III. Nießbrauch und Versicherung
 - IV. Grundpfandrechte zugunsten von Lebensversicherungsgesellschaften
 - V. Versicherungsleistung, Abtretbarkeit und Drittberechtigung
 - 1. Abtretungsbeschränkung (§ 98 VVG)
 - 2. Zugehörigkeit zum Haftungsverband (§§ 1127 f. BGB; 99 ff. VVG)
- F. Vertragsgestaltung des Notars
 - I. Abtretung von künftigen Versicherungsansprüchen
 - II. Regelung des wirtschaftlichen Übergangs
- G. Belehrungspflicht des Notars
- H. Zusammenfassung

A. Einleitung

Versicherungsrechtlichen Fragen wird in der notariellen Vertragsgestaltung erfahrungsgemäß geringe Beachtung geschenkt: Bei der Finanzierung über eine Lebensversicherung ist der Notar in der Regel nur mit der Beurkundung der abstrakten Grundschuld beauftragt, im Einzelfall verbunden mit dem Darlehnsvertrag, der dann jedoch ebenfalls keine spezifisch versicherungsrechtlichen Problemstellungen in sich birgt. Die Beurkundungspraxis bei Grundstücksverträgen erwähnt solche Fragen meist nur im Zusammenhang mit der Regelung des wirtschaftlichen Übergangs: Mit diesem Zeitpunkt wird dem Käufer im Innenverhältnis die Prämienlast übertragen. Regelmäßig belehrt der Notar darüber hinaus schriftlich oder mündlich über den gesetzlichen Übergang des Versicherungsverhältnisses gem. § 69 Abs. 1 VVG und über die einmonatige Kündigungsfrist, die dem Käufer im Regelfall – Ausnahme öffentlich-rechtliche Brandkassen – nach Eigentumsumschreibung durch § 70 Abs. 2 VVG eröffnet wird.

Die vorgenannte Praxis erklärt und rechtfertigt sich dadurch, daß die gesetzliche Regelung der §§ 69 ff. VVG bei den hauptsächlich relevanten Versicherungssparten das Versicherungsverhältnis ohne weiteres Zutun der Parteien übergehen läßt

und auf diese Weise einen möglichst lückenlosen Versicherungsschutz gewährleistet. Mangelnde Information und Untätigkeit der Parteien führen also im Normalfall höchstens dazu, daß der Käufer es versäumt, sich vor Ablauf der Kündigungsfrist nach dem für ihn günstigsten Versicherer auf dem Markt umzusehen. Die Erfahrung des Verfassers, daß trotz besonderen Hinweises in der Beurkundung fast alle Grundstückskäufer diesen Fragen nur untergeordnete Bedeutung zumessen, dürfte ohne weiteres zu verallgemeinern sein. Dessenungeachtet können jedoch im Einzelfall durch Unkenntnis verursachtes Fehlverhalten der Parteien oder mangelnde Einigung über wesentliche Fragen schwerwiegende Folgerungen nach sich ziehen:

- Wird die Veräußerungsanzeige an den Versicherer versäumt, so führt dies im Extremfall zu dessen Leistungsfreiheit gem. § 71 Abs. 1 S. 2 VVG.
- Wird ein abgebranntes Gebäude zum Wiederaufbau veräußert, so kann ohne angemessene Regelung im Kaufvertrag streitig werden, wem die Versicherungsleistung, insbesondere der zu diesem Zeitpunkt regelmäßig noch nicht ausgezahlte Neuwertanteil der Entschädigung, zustehen soll.
- Eignet sich ein Versicherungsfall während der Abwick-

lung eines Grundstückskaufvertrages, so sollten nicht nur die Berechtigung an der Versicherungsleistung, sondern auch die Aktivlegitimation der jeweiligen Partei gegenüber dem Versicherer geregelt sein, da – wie noch zu zeigen sein wird – die gesetzliche Regelung nicht immer mit den wirtschaftlichen Erfordernissen konform geht¹.

Im jeweiligen Einzelfall kann der Notar folglich durchaus in die Lage kommen, versicherungsrechtliche (Vor-)Fragen prüfen zu müssen, sie bei der Vertragsgestaltung zu beachten und hierüber zu belehren. Dabei mögen die nachfolgenden Ausführungen eine Hilfe sein.

B. Relevante Versicherungssparten

Das Versicherungsrecht kennt eine Vielzahl sich teilweise überschneidender Einteilungen von Versicherungssparten. So unterscheidet das VVG zwischen der Schadenversicherung einerseits und der Personenversicherung mit den Untergruppen Lebens- und Unfallversicherung andererseits. Letztere zählen zum Bereich der Summenversicherung, die den Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles zur Zahlung einer a priori determinierten Leistung unabhängig von einer etwa eingetretenen Vermögensminderung verpflichtet. Demgegenüber ist Charakteristikum der Schadenversicherung der Ersatz einer konkreten Vermögensminderung bei grundsätzlicher Geltung eines Bereicherungsverbot. Hauptfälle der Schadenversicherung sind die Haftpflicht- und die Sachversicherung.

Die mit Grundstücksgeschäften in Verbindung zu bringenden Versicherungen sind naturgemäß in aller Regel Sachversicherungen, bei denen als Versicherungsfall der Verlust oder die Beschädigung der versicherten Sachen aufgrund der Verwirklichung einer versicherten Gefahr vereinbart wird². Der Begriff „Sache“ ist hierbei im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Bei Lichte besehen sind jedoch nicht die versicherten Sachen oder Sachinbegriffe Gegenstand der Versicherung, sondern die geldwerten Interessen an diesen Sachen³. Deren stärkstes ist das Eigentum, doch ist auch das Interesse an fremden Sachen versicherbar⁴.

Zu den Sachversicherungen im klassischen Sinne gehören als Einzel(gefahren)versicherungen die Feuerversicherung, Diebstahlversicherung, Leitungswasserversicherung, Hagel- und Sturmversicherung; häufiger sind heutzutage – zumindest im privaten Bereich⁵ – die kombinierten Versicherungen gegen mehrere Gefahren, insbesondere die Hausrat- und die damit verbundene Wohngebäudeversicherung. Bei letzterer werden i. d. R. die Sonderbedingungen für die Versicherung zum gleitenden Neuwert vereinbart, wodurch dem Versicherungsnehmer in gewohnheitsrechtlich tolerierter Abweichung vom Bereicherungsverbot der §§ 55, 88 VVG⁶ nicht der Zeitwert, sondern der Neuwert zu ersetzen ist. Ergänzt wird die klassische Sachversicherung für den unternehmerischen Bereich – auch in der Landwirtschaft – durch die Betriebsunterbrechungsversicherung in ihren verschiedenen Formen (kleine⁷/große⁸), die über das Wiederbeschaffungs- bzw. Wiederherstellungsinteresse hinaus auch den verloren gegangenen Ertragswert ersetzt⁹. Keine Sachversicherung ist die Haftpflichtversicherung, auch nicht, soweit sie die aus bestimmten Sachen resultierenden Gefahren¹⁰ abdeckt. Dies ergibt sich schon aus obiger Definition der Sachversicherung: Zwar kann der Haftpflichtversiche-

rungsfall u. a. auch eintreten, wenn eine Sache verloren geht oder beschädigt wird, doch darf es sich dabei nicht um eine eigene Sache des Versicherungsnehmers, sondern es muß sich um die Sache eines Dritten handeln, dessen Ersatzansprüche dann vom Haftpflichtversicherer abgedeckt werden. Der Unterschied zwischen Sach- und Haftpflichtversicherung liegt also darin, daß die Haftpflichtversicherung das Vermögen des Versicherungsnehmers durch das Auffangen entstehender Passiva schützt, während die Sachversicherung Aktiva des Versicherungsnehmers besichert. Das Versicherungsrecht unterscheidet folglich auch systematisch zwischen Aktiven- und Passivenversicherung¹¹.

C. Rechtsquellen

Bedeutendste Rechtsquelle des Versicherungsrechts ist das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) vom 30. Mai 1908. Es gliedert sich in insgesamt fünf Abschnitte, deren erster (§§ 1–48) und letzter (§§ 186–194) die für sämtliche Versicherungszweige gültigen Vorschriften enthalten, während sich der zweite Abschnitt (§§ 49–158 k) mit der Schadenversicherung befaßt, und zwar in einem „Allgemeinen Teil“ (§§ 49–80) mit Vorschriften für die gesamte Schadenversicherung und in einem „Besonderen Teil“ (§§ 81–158 k) mit Sonderregelungen für die einzelnen Schadenversicherungszweige. Das VVG hat bis heute nur wenige Änderungen erfahren, da der Gesetzgeber in weiser Selbstbeschränkung die komplexe Materie des Versicherungsverhältnisses nur sehr allgemein behandelt hat.

Demgegenüber richtet sich der Versicherungsvertrag als „Garantievertrag mit Chancencharakter... auf ein unsicheres zukünftiges Ereignis und bedarf der exakten Umschreibung“¹². Das versicherte Risiko und der Eintritt des Versicherungsfalles sind möglichst genau zu definieren, um Streitigkeiten bei einem künftigen Schadenereignis tunlichst zu vermeiden. Nicht nur die etwaige Hauptleistung des Versicherers ist von den bei Vertragsschluß festzulegenden Parametern abhängig, auch die übrigen vertraglichen Pflichten und Obliegenheiten der Vertragsparteien bedürfen der Festlegung.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, daß nicht zuletzt aus Gründen der Rationalisierung für die einzelnen Versicherungszweige vorformulierte Vertragsklauseln, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), existieren. Das VVG erkennt die Notwendigkeit solcher AVB selbst indirekt an, da es neben zwingenden und halb zwingenden Normen eine Vielzahl von Vorschriften kennt, die dispositiver Natur sind und das VVG den AVB „öffnen“¹³ oder ihr Bestehen voraussetzen¹⁴. Neben denjenigen AVB, die eine standardisierte Regelung für das Massengeschäft enthalten, existieren noch Sonder- und Zusatzbedingungen, durch die das Versicherungsverhältnis für den jeweiligen Einzelfall weitgehend „maßgeschneidert“ werden kann, wenn nicht doch auf Individualvereinbarungen zurückgegriffen werden soll. Die verschiedenen Klauselwerke unterliegen nach h. M. der Inhaltskontrolle durch das AGBG¹⁵. Sie müssen zudem von der Versicherungsaufsicht genehmigt sein, § 5 Abs. 1, 2, 3 Nr. 2 VAG, welche bei der Prüfung dieselben Kriterien zugrunde zu legen hat wie der Zivilrichter¹⁶. Als wichtigste AVB im Bereich der Sachversicherung sind zu nennen die

- Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB)
- Allgemeinen Einbruchdiebstahlversicherungsbedingungen

1 Siehe unten Abschn. F.I.

2 Martin, Sachversicherungsrecht, 2. Aufl. 1986, A I, Rd.-Nr. 1.

3 Elkan, Die Bedeutung des Interesses für die Veräußerung der versicherten Sache, 1928, 13; Martin, a.a.O., A I, Rd.-Nr. 3.

4 BGHZ 10, 376, 383; z. B. in Gestalt der vom Mieter/Nießbraucher abgeschlossenen Gebäudeversicherung oder der Bauwesenversicherung des Bauunternehmers.

5 Martin, a.a.O., A II, Rd.-Nrn. 9 f.

6 BGHZ 9, 195, 203; Martin, a.a.O., Q III, Rd.-Nr. 9.

7 Durch Einbeziehung in die Sachversicherung gem. § 53 VVG i. V. m. den Zusatzbedingungen für die einfache Betriebsunterbrechungsversicherung (ZKBU 80); Martin, a.a.O., A I, Rd.-Nr. 6.

8 Selbständige Versicherung nach den Allgemeinen Feuer-Betriebsunterbrechungs-Versicherungsbedingungen (FBUB); Martin, a.a.O., A I, Rd.-Nr. 7.

9 Martin, a.a.O., A I, Rd.-Nrn. 5 ff.

10 Bekanntestes Beispiel: Kfz-Haftpflichtversicherung; hier interessierend etwa die Grundstücks-/Gebäudehaftpflichtversicherung.

11 Sieg, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 1984, 39 ff.

12 Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 1984, § 5, Rd.-Nr. 38.

13 Z. B. §§ 40 Abs. 2 S. 2; 174; 176; 189 VVG; Sieg, a.a.O., 31.

14 Siehe §§ 6; 32; 64; 184 VVG.

15 Hübner, Allgemeine Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, 1984, 3; Sieg, a.a.O., 34 ff.; Martin, a.a.O., A V, Rd.-Nrn. 2 ff.

16 BVerwG VersR 1981, 221, 223.

(AEB) mit den Sonderbedingungen für die Beraubungsver-sicherung (SBR)

- Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung gegen Schäden durch Einbruchdiebstahl und Raub (AERB)
- Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung gegen Leitungswasserschäden (AWB)
- Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung gegen Sturmschäden (ASTB)
- Allgemeinen Bedingungen für die Neuwertversicherung des Hausrats gegen Feuer-, Einbruchdiebstahl-, Beraubungs-, Leitungswasser-, Sturm- und Glasbruchschäden (VHB 1966)
- Allgemeinen Hausratversicherungsbedingungen (VHB 84)
- Allgemeinen Bedingungen für die Neuwertversicherung von Wohngebäuden gegen Feuer-, Leitungswasser- und Sturmschäden (VGB).

Neben VVG und AVB sind als weitere Rechtsquellen das Versicherungs-aufsichtsgesetz (VAG) sowie §§ 1045; 1127 ff. BGB; § 21 Abs. 5, S. 3 WEG und §§ 2 Ziff. 2; 23 ErbbauVO zu erwähnen, worauf nachfolgend jeweils näher einzugehen sein wird.

D.

Veräußerung der versicherten Sache (§§ 69–73 VVG)

Den häufigsten, ja alltäglichen Berührungspunkt von Grund-stücksge-schäften mit dem Versicherungsrecht stellt der nota-rielle Kaufvertrag dar. So gut wie jedes zu veräußernde – be-baute – Objekt dürfte vom Veräußerer versichert worden sein, und zwar nicht nur der Altbau, sondern auch das vom Bauträger soeben erstellte oder gar noch zu erstellende Objekt von der er-sten Bauphase an. Dies ist eine Folge nicht zuletzt der dahin-gehenden berechtigten Forderungen der Finanzierungsgläubiger, die sich insoweit auch auf § 1134 Abs. 2 S. 2 BGB stützen können, aus dem sich nach der Rspr. des BGH eine Pflicht des Eigentümers zum Abschluß einer Feuerversicherung für das beliebige Objekt ergibt¹⁷. Eine öffentlich-rechtlich begründete Feuerversicherungspflicht besteht hingegen im Bereich der Rheinischen Notarkammer nicht, wohl aber in anderen Teilen der Bundesrepublik; hierauf soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden¹⁸.

Das VVG regelt den Fall der Veräußerung der versicherten Sache in den §§ 69–73. Diese Bestimmungen gelten grundsätz-lich nur für die Sachversicherung im obigen Sinne¹⁹, nicht aber für die Haftpflichtversicherung, und zwar auch nicht für die sachbezogene Haftpflichtversicherung²⁰, denn auch sie wird nicht gegen Verlust oder Beschädigung einer Sache oder eines Sachinbegriffs, sondern gegen die Belastung des gesamten Vermögens genommen²¹. Der Gesetzgeber hat die §§ 69–73 VVG aber in besonderen Vorschriften auch für Teilbereiche der Haftpflichtversicherung für entsprechend anwendbar erklärt, so in § 151 Abs. 2 VVG für die Betriebshaftpflichtversicherung und in § 158 h VVG für die Pflichtversicherung.

I. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 VVG

§ 69 Abs. 1 VVG knüpft den Übergang des Versicherungsver-hältnisses vom Veräußerer auf den Erwerber an die Veräuße-

rung einer versicherten Sache durch den Versicherungsneh-mer.

1. Veräußerung

Nach allg. A. ist der Veräußerungsbegriff des BGB insoweit für das VVG zu übernehmen, als ein Eigentumsübergang durch rechtsgeschäftliche Einzelrechtsnachfolge erfolgen muß²². Ein Wechsel in der Person des Eigentümers wird nicht gefordert²³, was von Bedeutung sein kann bei der Erbaueinandersetzung zu Bruchteilen²⁴ oder der Einbringung in eine GbR. Anhand die-ser Definition können bestimmte Rechtsvorgänge unschwer vom Anwendungsbereich der §§ 69 ff. VVG ausgeschlossen werden.

a) Gesamtrechtsnachfolge

Dies gilt z. B. für alle Gesamtrechtsnachfolgen. In deren beson-dere gesetzliche Regelung sollte durch die Vorschriften des Versicherungsvertragsrechts nicht eingegriffen werden²⁵. So tritt der Erbe nicht aufgrund § 69 Abs. 1 VVG, sondern gem. § 1922 Abs. 1 BGB in das mit dem Erblasser bestehende Versi-cherungsverhältnis ein. Ebenso verhält es sich grundsätzlich im Falle der Vor- und Nacherbfolge. Ein Sonderproblem in Ge-stalt einer Gesetzeslücke stellt sich jedoch, wenn die Versiche-rung der Nachlasssache nicht vom Erblasser, sondern vom Vor-erben abgeschlossen worden ist. Bei Eintritt des Nacherbfalls geht das Versicherungsverhältnis nicht nach § 1922 Abs. 1 BGB auf den Nacherben über, da dieser als solcher nicht Erbe des Vorerben wird. Die besonderen Vorschriften über die Nacherb-folge, §§ 2100 ff. BGB, enthalten für diese Frage keine Regel-ung. Eine entsprechende Anwendung des § 2135 BGB, dessen Verweisung auf § 1056 BGB die vom Vorerben in bezug auf Nachlaßgegenstände eingegangenen Miet- und Pachtverhält-nisse betrifft, wird von der h. M.²⁶ wohl zu Recht abgelehnt. Die genannte Vorschrift ist auf die Besonderheiten des Versiche-rungsvertrags nicht zugeschnitten, etwa im Hinblick auf die zeitliche Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten, die be-dingte Leistungsfreiheit des Versicherers und die gesamt-schuldnerische Prämienhaftung. Dem ist nicht entgegenzuhal-ten, daß diese Fragen im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ebenso ungeregt blieben. Die Interessenlage wird dort regel-mäßig eine andere sein, weil die versicherte Sache nicht isoli-ert, sondern im ursprünglichen Vermögensverbund des Versi-cherungsnehmers den Eigentümer wechselt, so daß die für die Einräumung des Kündigungsrechts, der bedingten Leistungs-freiheit und der gesamtschuldnerischen Prämienhaftung maß-gebenden Aspekte²⁷ vernachlässigt werden können.

Schließlich sind aber auch die §§ 69 ff. VVG nicht anwendbar; eine Veräußerung liegt jedenfalls deshalb nicht vor, weil das Ei-gentum kraft Gesetzes und nicht kraft Rechtsgeschäfts auf den Nacherben übergeht²⁸. Der Fall dürfte letztlich dahin zu lösen sein, daß zugunsten des Vorerben bzw. seiner Erben die Vor-schriften über den dauernden Wegfall des Interesses – § 68 Abs. 2 VVG – zur schnellstmöglichen Beendigung des Versi-cherungsvertrags führen und der Nacherbe seinerseits die Sa-che umgehend neu versichern muß. Etwas anderes gilt aller-dings dann, wenn der Nacherbe zugleich Alleinerbe des Vorer-ben wird.

Fällt das Vermögen eines Vereins oder einer Stiftung nach der Auflösung gem. §§ 45, 46, 88 BGB an den Fiskus, so tritt Ge-samtrechtsnachfolge ein, § 69 VVG findet keine Anwendung²⁹.

17 BGH ZIP 1988, 1411, 1413.

18 Überblick über die Monopolversicherungsanstalten bei Wille, Sonderrechte öffentlich-rechtlicher „Wettbewerbsanstalten“ auf dem Gebiet der Gebäude-Feuerversicherung im Lichte von Gesetz, Rechtsprechung und Praxis, ZfV 1986, 240, Fn. 1; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 41, 205.

19 Verlust oder Beschädigung der Sache als Versicherungsfall.

20 Lenski, Zur Veräußerung der versicherten Sache, 1965, 65.

21 Vgl. oben bei Fn. 10.

22 Bruck/Möller/Sieg, 8. Aufl. 1980, § 69 VVG, Anm. 2; Prölss/Martin, 24. Aufl. 1988, § 69 VVG, Anm. 2.

23 RGZ 56, 96, 100; 57, 432, 434; BGH VersR 1965, 425, 427.

24 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 88 und 2.

25 Was aber auch dazu führt, daß die beiderseitigen Kündigungsrechte nicht entstehen, obwohl auch hier Interessenlagen denkbar sind, die diese Rechte wünschenswert oder sogar erforderlich erscheinen lassen.

26 Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechtes, III, 1922, 274; Lenski, a.a.O., 41; Elkan, a.a.O., 47.

27 Gefahrerhöhung durch neuen Versicherungsnehmer/Eigentümer; Insol-venzrisiko.

28 Elkan, a.a.O., 47.

29 Lenski, a.a.O., 41; Bruck, Das Privatversicherungsrecht, 1930, 567.

Eine Universalsukzession findet weiterhin statt bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, so etwa bei der Verschmelzung von AG durch Aufnahme, § 346 Abs. 3 S. 1 AktG, oder durch Neubildung, § 353 Abs. 5 S. 2 AktG, bei den entsprechend zu behandelnden Verschmelzungen unter Beteiligung von KG aA (§ 354 Abs. 2 AktG), GmbH (§§ 355 und 356 AktG) und berechtigten Gewerkschaften (§ 357 AktG) sowie der Verschmelzung von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen (§ 358 a AktG). Ebenso verhält es sich bei der Verschmelzung nach den Vorschriften des KapErhG gem. §§ 25 Abs. 2 S. 1; 32 Abs. 4 S. 2 KapErhG. In all diesen Fällen liegt keine Veräußerung i. S. d. VVG vor. §§ 69 ff. VVG sind nicht anzuwenden³⁰, so daß die für Gesellschaftsvermögen abgeschlossenen Sachversicherungen nach allgemeinen Vorschriften übergehen. Gleichfalls ist eine Gesamtrechtsnachfolge gegeben bei der Vermögensübertragung gem. §§ 359 ff. AktG³¹, den Umwandlungen gem. §§ 362 ff. AktG wie auch in den Fällen des UmwG³².

Der Erbschafts Kauf gem. §§ 2371 ff. BGB ist kein Fall der Gesamtrechtsnachfolge³³, denn der Vertrag bedarf der dinglichen Erfüllung und verleiht dem Käufer keine Erbenstellung. Daher sind entgegen anderslautender Stimmen in der älteren Lit.³⁴ die §§ 69 ff. VVG anzuwenden. Hofübergabeverträge zum Zwecke der vorweggenommenen Erbfolge sind für das Versicherungsverhältnis entgegen einer älteren Schrifttumsmeinung³⁵ ebenfalls nicht der Erbfolge gleichzusetzen, so daß hier die §§ 69 ff. VVG eingreifen³⁶. Die Begründung von Gütergemeinschaft unter Eheleuten wird im Schrifttum teilweise als Fall der Gesamtrechtsnachfolge bezeichnet³⁷. So zog denn auch die versicherungsrechtliche Lit. den Schluß, §§ 69 ff. VVG seien auf diesen Fall nicht anzuwenden. Die Wertung, es handle sich bei § 1416 BGB um eine Gesamtrechtsnachfolge, ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben. So vermochte das BayObLG³⁸ dem nicht zu folgen mit der Begründung, es trete keine Rechtsnachfolge, sondern lediglich eine Inhaltsänderung der in das Gesamtgut fallenden Rechte ein. Dieser Argumentation ist beizutreten, soweit sie die Unterschiede zur allumfassenden Gesamtrechtsnachfolge etwa gem. § 1922 BGB hervorhebt. Sie rechtfertigt aber nicht den Schluß, es liege eine Veräußerung vor und das Versicherungsverhältnis könne bei der Begründung von Gütergemeinschaft nach § 69 VVG auch auf den „erwerbenden“ Ehegatten übergehen. Dem widerspräche, daß § 69 VVG eine rechtsgeschäftliche Veräußerung der versicherten Sache fordert, während gem. § 1416 Abs. 2 BGB gerade keine rechtsgeschäftliche Übertragung stattfindet; die Anwendbarkeit des § 69 VVG ist somit höchst zweifelhaft. Dieser Umstand spricht entscheidend dafür, das Versicherungsverhältnis, welches eine in das Gesamtgut gelangende Sache betrifft, nach den besonderen Regeln des Familienrechts – hier also §§ 1416, 1437, 1459 ff. BGB – zu behandeln³⁹. Daraus folgt aber kein Eintritt des bisher nicht beteiligten Ehegatten. Das Versicherungsverhältnis besteht mit dem ursprünglichen Versicherungsnehmer/Ehegatten fort; lediglich die Rechte aus dem Versicherungsvertrag stehen nunmehr nach § 1416 BGB auch dem anderen Ehegatten zu, und dieser haftet unter den Voraussetzungen der §§ 1437, 1459 BGB für die Zahlung der Prämien⁴⁰, ohne daß ihm die Disposition über den Fortbestand des Versicherungsvertrages zukäme oder der Versicherer ein Kündigungsrecht hätte.

b) Originärer Erwerb

Eine zweite Gruppe von Eigentumsübergängen, die aufgrund der obigen Definition nicht von den §§ 69 ff. VVG erfaßt werden, bilden diejenigen, bei denen der Erwerb nicht auf einem Rechtsgeschäft basiert. Hierzu zählt vor allem der originäre Erwerb⁴¹. Das Eigentum an Grundstücken oder Grundstücksbestandteilen wird originär und damit ohne Eingreifen der §§ 69 ff. VVG erworben in den Fällen

- Ersitzung (§ 900 BGB)
- Aneignung (§ 928 Abs. 2 BGB)
- Verbindung (§§ 946, 947 BGB)⁴²
- Fruchterwerb (§ 955 BGB).

Der Fruchterwerb gem. §§ 954, 956 BGB dürfte hingegen – obwohl originär – den §§ 69 ff. VVG unterfallen, da es sich hier im Grunde nur um eine Übereignung i. S. d. § 929 BGB handelt mit der Besonderheit, daß es sich um künftige Sachen handelt.⁴³ Insofern sind die Parallelen zur rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung zu groß, um ignoriert werden zu können, wie auch der Vergleich mit dem Fall zeigt, daß der Veräußerer sich die versicherten Früchte zunächst selbst aneignet und sie dann erst überträgt. Hierfür spricht schließlich die Sonderregelung in §§ 114, 115 VVG, wonach im Bereich der Hagelversicherung die §§ 69 ff. VVG auf die Bestellung des Rechts zum Fruchterwerb – Verpachtung, Nießbrauchbestellung – entsprechend anzuwenden sind.

Keine Veräußerung ist der Eigentumserwerb aufgrund eines Hoheitsaktes, etwa durch Enteignung. Auf den gleichfalls originären Erwerb in der Zwangsversteigerung sind die §§ 69 ff. VVG jedoch gem. § 73 VVG entsprechend anwendbar.

c) Teilveräußerungen

Nach ganz allg. A. bedeutet Veräußerung nicht notwendig den Übergang des gesamten versicherten Eigentümerinteresses⁴⁴, auch eine Teilveräußerung ist denkbar:

- bei Veräußerung eines realen Teils der versicherten Sache, etwa einer Grundstücksteilfläche, wenn eine einheitliche Feuerversicherung für die mehreren auf den nunmehr selbständigen Grundstücken aufstehenden Gebäulichkeiten abgeschlossen war. In diesem Fall tritt eine Vertragsspaltung ein, das Versicherungsverhältnis geht hinsichtlich des übereigneten Teils auf den Erwerber über⁴⁵ und verbleibt im übrigen beim Veräußerer. Anders verhält es sich naturgemäß, wenn nur der veräußerte reale Teil versichert war; hier geht das Versicherungsverhältnis insgesamt über.
- bei Veräußerung eines ideellen Bruchteils, etwa eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, wenn nicht dieser als solcher, sondern nur die ungeteilte Sache versichert ist.

Veräußert der Miteigentümer an einen Dritten, so liegt nach h. M. ein Fall des § 69 VVG vor. Der Dritte tritt in das Versicherungsverhältnis ein mit der Maßgabe, daß ein einheitliches Versicherungsverhältnis mit mehreren Versicherungsnehmern entsteht⁴⁶, die gesamtschuldnerisch für die Zahlung der Prämien haften⁴⁷. Umstritten ist allerdings die Frage, wie sich der Anspruch der einzelnen Miteigentümer

30 Lenski, a.a.O., 41 f.

31 Lenski, a.a.O., 42 zu § 243 AktG a.F.; Kisch, a.a.O., 274 zu § 304 HGB a.F.

32 Prölls/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 2 c); Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 3; die differenzierende Ansicht von Lenski, a.a.O., 44 f., ist durch die Neufassung des UmwG weitgehend überholt, betrifft allerdings noch Fälle, in denen eine faktische Umwandlung im Wege der Einzelrechtsübertragung vorgenommen wird, hier greifen die §§ 69 ff. VVG ein.

33 Palandt/Edenhofer, 48. Aufl. 1989, Überbl. v. § 2371 BGB, Anm. 2; Soergel/Damrau, 11. Aufl. 1983, vor § 2371 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, vor § 2371 BGB, Rd.-Nr. 29 f.

34 Nachweise bei Lenski, a.a.O., 40.

35 Nachweise bei Elkan, a.a.O., 47.

36 Lenski, a.a.O., 39; Kisch, a.a.O., 273, Fn. 28; Bruck, a.a.O., 567, Fn. 35; Elkan, a.a.O., 47.

37 Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. 1980, 547; Soergel/Gaul, 12. Aufl. 1989, § 1416 BGB, Rd.-Nr. 2.

38 MittRhNotK 1975, 751, 754.

39 So im Ergebnis die absolut h. M.: Prölls/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 2 c); Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 3; Lenski, a.a.O., 47; Kisch, a.a.O., 274 f.; Elkan, a.a.O., 48 f.; Bruck, a.a.O., 568.

40 Lenski, a.a.O., 47.

41 Zum gutgläubigen Erwerb nachfolgend bei Fn. 88.

42 Nicht unstrittig, Lenski, a.a.O., 31 m. w. N.

43 Lenski, a.a.O., 34.

44 RGZ 56, 96, 100; BGH VersR 1965, 425, 427; Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 36; Prölls/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 C.; Lenski, a.a.O., 48.

45 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 37.

46 Lenski, a.a.O., 49; Bruck, a.a.O. 565; Kisch, a.a.O., 291, 352.

47 Kisch, a.a.O., 353; Bruck, a.a.O., 565.

auf die Versicherungsleistung gestaltet. Zu denken wäre hier an eine Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB, die Mitgläubigerschaft mit der Berechtigung des einzelnen, gem. § 432 BGB Leistung des Versicherers an alle Miteigentümer zu fordern, oder an Teilgläubigerschaft in Höhe des jeweiligen Miteigentumsanteils an der Sache. Gegen die generelle Annahme einer Gesamtgläubigerschaft spricht, daß die Bindungen und das Vertrauensverhältnis der jeweiligen Miteigentümer untereinander nicht zwingend so eng sein müssen, daß es gerechtfertigt wäre, nach Zahlung des Versicherers an einen Miteigentümer die anderen auf den bloßen Ausgleichsanspruch mit dem damit verbundenen Insolvenzzisiko zu verweisen. Vorzuziehen sind daher die beiden anderen Lösungswege. Eine Anwendung des § 432 BGB würde voraussetzen, daß die Leistung des Versicherers unteilbar wäre, was auch bei einer Geldleistung der Fall sein kann⁴⁸, wenn ein gemeinschaftlicher Verwendungszweck gegeben ist⁴⁹. So könnte argumentiert werden, daß nur bei Einsatz aller (Teil-)Versicherungsleistungen sämtlicher Miteigentümer der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes möglich sei. Anders mag es sich verhalten, wenn der Zusammenschluß der Miteigentümer nur lose ist und die Wiederherstellung der versicherten Sache nicht in Betracht gezogen wird. In diesem Fall mag Teilgläubigerschaft vorliegen. Demnach ist die Frage nach der Aktivlegitimation der Miteigentümer hinsichtlich der Versicherungsleistung stets im Einzelfall nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis der Miteigentümer untereinander zu beurteilen⁵⁰, wobei in Ansehung der Versicherung von Gebäuden jedoch der Mitgläubigerschaft gem. § 432 BGB generell der Vorzug zu geben sein dürfte⁵¹. Veräußert der Miteigentümer dagegen seinen Bruchteil an einen anderen Miteigentümer, so ist dies ebenfalls eine gem. § 69 VVG zu behandelnde Veräußerung, und zwar auch dann, wenn hierdurch beim Erwerber Alleineigentum entsteht; dieser ist dann alleiniger Versicherungsnehmer und Versicherter⁵².

- bei der Veräußerung eines Miterbenanteils am versicherten Nachlaß. Dort tritt der Erwerber gem. § 69 VVG in das mit den Miterben bestehende Versicherungsverhältnis ein⁵³.
- bei der Einzelveräußerung von Zubehör, welches nur durch die Versicherung der Hauptsache versichert ist. Hier liegt zwar keine Teilveräußerung vor, da die Zubehörsache kein realer oder ideeller Teil der Hauptsache ist, doch ist der Fall hiermit völlig vergleichbar wegen der starken rechtlichen und wirtschaftlichen Anbindung an die Hauptsache. Auch hier geht also mit der Übereignung des Zubehörs die Versicherung für das Zubehör auf den Erwerber über⁵⁴, es tritt eine Vertragsspaltung ein.

d) Vollendungszeitpunkt

Während über diese Fragen weitgehend Einigkeit besteht, ist umstritten, wann der Tatbestand der Veräußerung vollendet ist. Die höchstrichterliche Rspr. übernimmt seit den Zeiten des RG auch insoweit den Veräußerungsbegriff des BGB, verlangt also einen sachenrechtlich vollzogenen Eigentumsübergang („formelle Theorie“)⁵⁵. Demgegenüber argumentiert ein Teil des Schrifttums, daß nicht das Eigentum an der Sache, sondern das wirtschaftliche Interesse an ihr versichert sei⁵⁶. Aufgrund dessen sei für die Frage der Veräußerung nicht auf die – vollendete – Eigentumsübertragung, sondern auf den Übergang des „wirtschaftlichen Eigentumsinteresses“ abzustellen. Letzteren setzte eine ältere Ansicht⁵⁷ mit dem Übergang der

Gefahr gleich, während vor allem Bruck⁵⁸ der Auffassung ist, daß der Interessenübergang nicht notwendig mit dem Gefahrübergang zusammenfallen müsse. Von Bedeutung ist die abweichende Literaturmeinung für Fallkonstellationen, bei denen typischerweise das wirtschaftliche Eigentumsinteresse und das Vollrecht – zumindest zeitweise – voneinander getrennt werden, vor allem beim Eigentumsvorbehalt, bei der Treuhands – insbesondere der Sicherungsübereignung – und bei erheblicher zeitlicher Divergenz zwischen Verpflichtungsgeschäft und dinglicher Erfüllung. Die beiden erstgenannten Fälle spielen für die Praxis der Grundstücksgeschäfte so gut wie keine Rolle. Der Eigentumsvorbehalt im technischen Sinne ist bei Grundstücken wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung unzulässig⁵⁹, und der – für bewegliche Sachen als „besitzloses Pfandrecht“ entwickelten – Sicherungsübereignung sind bei Immobilien die gesetzlich vorgegebenen Grundpfandrechte im Hinblick auf Steuer- und Kostenfolgen derart vorzuziehen, daß die Sicherungsübereignung eines Grundstücks wohl als große Ausnahme angesehen werden muß⁶⁰, klammert man Sonderfälle wie den treuhänderisch gebundenen „Strohmann“-Eigentümer einmal aus. Von hoher praktischer Bedeutung ist bei Grundstücksgeschäften jedoch der letztgenannte Fall einer deutlichen zeitlichen Trennung zwischen Kaufvertragsabschluß und Eigentumsübergang. Dies folgt nicht nur aus dem Sicherungsinteresse des Verkäufers, dem durch Umschreibungssperre oder Hinausschieben der Auflassungserklärung genügt werden soll, sondern einfach aus der gesetzlichen Regelung des § 873 Abs. 1 BGB i. V. m. der Bearbeitungspraxis der GBA.

Wie beantwortet sich nun die Frage nach den versicherungsrechtlichen Ansprüchen des Verkäufers und/oder Käufers, wenn in den verschiedenen Stadien der Kaufvertragsabwicklung am verkauften Objekt ein Versicherungsfall eintritt?

Nach der formellen Theorie bleibt der Verkäufer bis zum Eigentumsübergang, also bis zur Umschreibung, Partner des Versicherungsvertrags. Tritt der Versicherungsfall vorher ein, so ist der Verkäufer mithin aus der Versicherung berechtigt und verpflichtet. Er hat nicht nur Anspruch auf die Versicherungsleistung, sondern er muß auch bis zur Umschreibung – grundsätzlich allein⁶¹ – die Prämien bezahlen, den Schaden melden, dem Versicherer die benötigten Informationen verschaffen, alles Zumutbare zur Schadensminderung unternehmen usw. Dieses Ergebnis ist interessengerecht, solange der Verkäufer trotz des geschlossenen Kaufvertrages nicht nur formeller, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer des Grundbesitzes ist und ihn der Versicherungsfall wie jeden anderen Eigentümer trifft.

Mit fortschreitender Abwicklung des Kaufvertrags reduziert sich jedoch die Eigentümerposition des Verkäufers zu einer lediglich formalen Rechtsstellung. Die Rechte des Käufers dagegen verdichten sich zu einem „wirtschaftlichen Eigentum“ bis hin zu der extremen Konstellation, daß bei Eintritt des Versicherungsfalles Besitz und Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen sind, der Kaufpreis bezahlt und die Umschreibung auf den Käufer in Ausnutzung der zu dessen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung beantragt ist. Die Rspr. hatte einen solchen Fall bisher noch nicht zu entscheiden. Wiewohl sie ihn mehrfach als denkbare Ausnahme von der streng formellen Theorie erwog, konnte sie seine Lösung stets dahingestellt sein lassen⁶². Im konkreten Fall war nämlich regelmäßig ein letztes Restrisiko auf Seiten des Verkäufers auszumachen, welches als Argument dafür herangezogen wurde, daß die Position des Verkäufers noch nicht auf eine formale Eigentümerstellung reduziert gewesen sei. Der BGH⁶³ vertrat die Auffassung, daß es

48 BGH NJW 1958, 1723; 1969, 839.

49 Palandt/Heinrichs, § 432 BGB, Anm. 1 a).

50 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 93.

51 Anders Lenski, a.a.O., 50, der stets Teilgläubigerschaft annimmt, weil mit dem Versicherungsfall der gemeinsame Zweck entfalle.

52 Lenski, a.a.O., 50 f.; zu den Besonderheiten hinsichtlich des Kündigungsrechts in diesen Fällen s. unten bei Fn. 135.

53 Lenski, a.a.O., 51 f.; Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 5.

54 Lenski, a.a.O., 52; Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 35.

55 RG JW 1934, 552; RGZ 84, 409, 413; BGH VersR 1955, 225.

56 Vgl. oben bei Fn. 3.

57 Nachweise bei Lenski, a.a.O., 6 ff.

58 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 20 f.; Möller, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl. 1977, 49.

59 §§ 455, 925 Abs. 2 BGB.

60 Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II/1. Die einfache Sicherungsübereignung, 1965, 18 ff.

61 Von den nur im Innenverhältnis wirkenden besonderen Regelungen bzgl. des wirtschaftlichen Übergangs im Kaufvertrag einmal abgesehen.

62 RGZ 84, 409, 413; RG JW 1934, 552; BGH VersR 1955, 225.

63 VersR 1955, 225.

– solange der Kaufpreis ganz oder teilweise noch nicht bezahlt sei – auf die Zahlungsfähigkeit des Käufers nicht ankomme⁶⁴, da das aus dem Eigentum fließende Interesse durch das Bestehen einer noch so liquiden Kaufpreisforderung nicht ausgeschlossen werde. Das OLG Hamm verneinte eine nur noch formale Eigentümerstellung des Verkäufers, als dieser zwar den gesamten Kaufpreis erhalten und den Besitz übergeben hatte, der zugrundeliegende Kaufvertrag jedoch formunwirksam und eine Heilung vor Eintritt des Versicherungsfalls noch nicht erfolgt war⁶⁵. Die Rspr. hält demnach streng an der formellen Theorie fest, läßt aber die Möglichkeit offen, das Versicherungsverhältnis bei nur noch formaler Eigentümerposition des Verkäufers vorzeitig übergehen zu lassen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bleibt jedoch auch von der h. M. nicht unberücksichtigt. Es wäre schließlich nicht interessengerecht, wenn dem Verkäufer bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Gefahrübergang die Versicherungsleistung zusätzlich zum Kaufpreisanspruch verbliebe. Daher wendet die h. M. § 281 Abs. 1 BGB an mit der Folge, daß der Verkäufer dem Käufer gegenüber zur Herausgabe der Versicherungsleistung verpflichtet ist⁶⁶. Einigkeit besteht darüber, daß der Sachversicherer bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Gefahrübergang nicht die Leistung mit dem Argument verweigern kann, dem Veräußerer – dem der volle Kaufpreisanspruch verbleibe – sei kein Schaden entstanden. Das wirtschaftliche Interesse des Käufers ist zu diesem Zeitpunkt bereits mit versichert⁶⁷.

Nach der Literaturmeinung⁶⁸ – Lehre vom wirtschaftlichen Eigentumsinteresse bzw. Gefahrträgertheorie – wären i. d. R. mit dem Gefahrübergang auch die Rechtswirkungen des § 69 Abs. 1 VVG verknüpft gewesen, d. h. der Käufer hätte bei einem Versicherungsfall zwischen Gefahrübergang und Eigentumswechsel bereits eigene Ansprüche gegen den Versicherer. Dies kann für ihn im Einzelfall von entscheidender Bedeutung sein, wenn § 281 Abs. 1 BGB versagt, weil der Verkäufer zwischenzeitlich in Konkurs gefallen oder nach Erhalt des Kaufpreises nicht mehr willens ist, sich noch um die Durchsetzung der Versicherungsforderung zu kümmern. Sofern der Käufer – wie in diesen Fällen regelmäßig – bei Schadenseintritt bereits unmittelbarer Besitzer des Kaufobjekts war, wird er im übrigen auch viel besser als der Verkäufer über Schadensumfang und Schadensentstehung informiert und zur Erstattung einer ordnungsgemäßen Meldung in der Lage sein.

Vor diesem Hintergrund scheint die Literaturmeinung zumindest praktische Vorzüge gegenüber der h. M. zu besitzen, wenngleich sie mit dem Wortlaut des § 69 VVG schwerlich in Einklang zu bringen ist. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß die h. M. den Vorteil hat, mit der Terminologie des Sachenrechts konform zu gehen und auf dieser Basis zu einem stets exakt zu definierenden Übergangszeitpunkt gelangt. Demgegenüber bedingt die Literaturmeinung jeweils die Einzelabwägung, wann sich die Rechtsstellung des Käufers so verdichtet hat, daß auch der Übergang des Versicherungsverhältnisses angezeigt erscheint. Auf das Konkursrisiko kann weder für die eine noch die andere Ansicht entscheidend abgestellt werden, denn es besteht auch bei Anwendung der Gefahrträgertheorie – nunmehr allerdings für den Verkäufer – sofern diese im Einzelfall das Versicherungsverhältnis vor vollständiger Kaufpreiszahlung übergehen läßt. Mithin ist im Interesse einer klaren, einzelfallunabhängigen Regelung der h. M. der Vorzug zu

geben. Der Schutz des Käufers vor dem Konkurs des Verkäufers kann durch eine Abtretung der versicherungsrechtlichen Ansprüche des Verkäufers an den Käufer, bedingt durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises, erreicht werden⁶⁹.

e) Rechtswirksamkeit

„Veräußerung“ wurde eingangs definiert als rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb durch Einzelrechtsnachfolge. Nun sind verschiedene Gründe denkbar, aus denen das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft (oder auch zunächst nur die schuldrechtliche causa) von vornherein oder nachträglich, dann entweder ex tunc oder ex nunc, unwirksam ist oder wird. Es fragt sich, welche Auswirkungen solche Umstände auf den Übergang des Versicherungsverhältnisses haben.

Ist das dingliche Geschäft ausnahmsweise nichtig, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit, Sittenwidrigkeit, Vorliegens eines Scheingeschäfts oder Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, so findet § 69 VVG keine Anwendung. Das Versicherungsverhältnis geht nicht auf den Scheinerwerber über⁷⁰. Stellt sich die anfängliche Nichtigkeit erst später heraus, etwa bei unerkennbarer Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils, so dürfte das Scheinversicherungsverhältnis mit dem Erwerber nach allgemeinen Regeln rückabzuwickeln sein⁷¹. Zum Schutz des Versicherers, der zwischenzeitlich Versicherungsleistungen an den Scheinerwerber erbracht hat, wird man § 409 BGB heranzuziehen haben, der allerdings nicht hilft, wenn die Veräußerungsanzeige vom geschäftsunfähigen Veräußerer gemacht wurde⁷² oder die Veräußerung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist⁷³.

Wird das dingliche Geschäft angefochten, so wird wegen § 142 Abs. 1 BGB der Übergang des Versicherungsverhältnisses ex tunc unwirksam⁷⁴. Konstruktiv findet nicht etwa ein Übergang mit späterem Rückfall des Versicherungsverhältnisses statt. Die §§ 69 ff. VVG sind entgegen älterer Literaturmeinungen nicht anwendbar⁷⁵. Auch in diesem Fall ist der Versicherer, der an den Zwischenerwerber Versicherungsleistungen erbracht hat und die Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen mußte, durch § 409 BGB und zusätzlich durch § 142 Abs. 1 BGB geschützt⁷⁶.

Ist das dingliche Erfüllungsgeschäft wirksam, aber das Kausalgeschäft unwirksam oder vernichtbar⁷⁷, so ist § 69 VVG – nach wirksamer Eigentumsübertragung auf den Erwerber – anwendbar. Wird das Verfügungsgeschäft wegen mangelnder causa rückabgewickelt, so liegt versicherungsrechtlich eine weitere Veräußerung vor, auf die § 69 VVG wiederum anzuwenden ist. Der Veräußerer muß also beispielsweise das Versicherungsverhältnis in dem Zustand übernehmen, in dem es zuletzt gegenüber dem Erwerber bestand⁷⁸.

Die Veräußerung ist ferner schwebend unwirksam, wenn sie der Genehmigung, etwa des Vormundschaftsgerichts oder einer vollmachtlos vertretenen Vertragspartei, bedarf. In diesen Fällen wird der Übergang des Versicherungsverhältnisses erst mit Erteilung der Genehmigung wirksam. Da die Genehmigung rückwirkende Kraft hat, kann grundsätzlich auch die Versicherung als mit der Verfügung übergegangen gelten⁷⁹. Bei Grundstücksgeschäften dürfte diese Möglichkeit allerdings Theorie bleiben, da die Eigentumsumschreibung nicht vor Erteilung der

64 Anders RG JW 1934, 552.

65 OLG Hamm VersR 1974, 154.

66 BGH VersR 1955, 225; BGH DNotZ 1987, 749 f.; Elkan, a.a.O., 23; Kisch, a.a.O., 264 ff.

67 OLG Hamburg VersR 1978, 1138; Prölls/Martin, a.a.O., vor § 51 VVG, Anm. 7 A b cc, § 69 VVG, Anm. 3; Martin, a.a.O., J II, Rd.-Nrn. 13 f.

68 Nachweise bei Lenski, a.a.O., 6 ff.; Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 20 f.; Möller, a.a.O., 49.

69 Vgl. unten Abschn. F.I.

70 RG JR 1927, 1362; Lenski, a.a.O., 73; Kisch, a.a.O., 227; Bruck, a.a.O., 564; Elkan, a.a.O., 42.

71 Näher Kisch, a.a.O., 278 f.

72 Palandt/Heinrichs, § 409 BGB, Anm. 2 a).

73 BGHZ 56, 339, 349.

74 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 11.

75 Lenski, a.a.O., 74; Kisch, a.a.O., 282.

76 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 12.

77 Z. B. durch Rücktritt, Wandelung, Anfechtung oder auch einverständliche Aufhebung.

78 BGH DNotZ 1982, 364; Lenski, a.a.O., 75 f.; Kisch, a.a.O., 283; Elkan, a.a.O., 42.

79 Lenski, a.a.O., 76 f.

Genehmigung erfolgt. Bei der Schenkung eines Grundstücks an einen Minderjährigen ist zu beachten, daß der gesetzliche Übergang der Versicherung mit der gesamtschuldnerischen Haftung für die Prämien der laufenden Versicherungsperiode nichts daran ändert, daß das Geschäft für den Minderjährigen rein vorteilhaft ist. S. d. § 107 BGB, da die Haftung und das Versicherungsverhältnis mit sofortiger Wirkung durch Kündigung zum Erlöschen gebracht werden können⁸⁰.

2. Sache

Der Begriff der versicherten Sache i. S. d. § 69 VVG ist im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. So nennt § 2 AFB 85 als versicherte Sachen die im Versicherungsvertrag bezeichneten Gebäude, sonstigen Grundstücksbestandteile und beweglichen Sachen. § 2 VGB nennt als versicherte Sachen die „im Versicherungsschein aufgeführten Gebäude mit ihren Bestandteilen, aber ohne Zubehör“.

Die Regelung des § 69 Abs. 1 VVG geht ihrem Wortlaut nach davon aus, daß die versicherte Sache oder Sachgesamtheit in toto veräußert wird. Denkbar und nicht selten ist jedoch der Fall, daß nur ein Teil der versicherten Sache(n) den Eigentümer wechselt. Nach allg. A. sind auch diese Rechtsvorgänge gem. § 69 VVG zu behandeln, etwa die Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils, eines Bestandteils oder eines Trennstücks mit Aufbauten, wenn alle Gebäude der Ursprungspartelle unter dem gleichen Versicherungsschein gedeckt waren. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen wurden bereits erläutert⁸¹: Das Versicherungsverhältnis geht entweder ganz oder teilweise auf den Erwerber über.

Anders verhält es sich, wenn eine einzelne Sache aus einem versicherten Inbegriff i. S. d. § 54 VVG veräußert wird. Da die Sache nicht als solche, sondern nur als Teil des Inbegriffs versichert ist, verliert sie diesen Status und ihre Versicherung endet, sobald sie veräußert oder räumlich von dem Inbegriff getrennt wird; dies geschieht im letztgenannten Fall sogar völlig unabhängig von einer Veräußerung, wenn also der Eigentümer der Sache gar nicht wechselt⁸².

Beispiele eines versicherten Inbegriffs sind der Hausrat oder die Betriebseinrichtung⁸³, beide mögen im Rahmen eines Grundstücks- oder Unternehmenskaufvertrags auch einmal zum Gegenstand notarieller Vertragsgestaltung werden. Wird der Inbegriff insgesamt veräußert, ist § 69 VVG anwendbar⁸⁴ mit der Folge, daß die Versicherung übergeht. Bei der Hausratversicherung ist dies jedoch in aller Regel Theorie, da der Veräußerer kaum jemals seinen Hausrat restlos einem Dritten übereignen und den Hausrat dadurch restlos zu dessen Hausrat in dessen Wohnung machen wird⁸⁵.

3. Rechtswirksamer Versicherungsvertrag

§ 69 VVG setzt voraus, daß die Sache rechtswirksam versichert ist. Ist der Versicherungsvertrag im Einzelfall auflösend oder aufschiebend bedingt, so geht das Versicherungsverhältnis in dieser Schwebelage auf den Erwerber über. Die Veräußerung selbst kann nicht als auflösende Bedingung vereinbart werden, da dies eine Umgehung des § 72 VVG beinhalten würde⁸⁶. Ist der Versicherungsvertrag anfechtbar, so geht er auf den Erwerber über, wenn die Anfechtung nicht erklärt wird. Stand das Anfechtungsrecht dem Veräußerer zu, so verliert er es mit dem Übergang des Versicherungsverhältnisses auf den Erwerber. Anfechten kann nur noch der Erwerber allein oder der Veräußerer mit Zustimmung des Erwerbers⁸⁷. Wenn der Versicherer

anfechtungsberechtigt ist, so hat er die Anfechtung gegenüber dem Erwerber zu erklären, wenn er von der Veräußerung weiß, im anderen Falle genügt die Anfechtung gegenüber dem Veräußerer, § 69 VVG i. V. m. § 407 BGB.

4. Veräußerung durch den Versicherungsnehmer

§ 69 VVG geht davon aus, daß der Versicherungsnehmer – in Person oder durch seinen Vertreter – die versicherte Sache veräußert. Hierher gehört ebenfalls die Veräußerung durch das später genehmigte Auftreten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht. Ein Eigentumserwerb ohne Rechtsgeschäft zwischen Versicherungsnehmer (Eigentümer) und Erwerber liegt vor beim gutgläubigen Erwerb gem. § 892 BGB. Hierbei sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden, je nachdem, wer Versicherungsnehmer ist:

Hat der wahre Eigentümer die Sache versichert und verliert er das Eigentum durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten, so greift § 69 Abs. 1 VVG jedenfalls deshalb nicht ein, weil keine Veräußerung durch den Versicherungsnehmer vorliegt⁸⁸, unabhängig von der Frage, ob der Erwerb des Gutgläubigen originär oder derivativ erfolgt⁸⁹.

Hat hingegen der Nichteigentümer sein angebliches Eigentümerinteresse versichert und dann einem gutgläubigen Dritten das Eigentum an der nunmehr versicherten Sache verschafft, so geht nach der wohl h. M. das Versicherungsverhältnis in – zumindest analoger – Anwendung des § 69 VVG auf den Erwerber über⁹⁰.

II. Ausnahmen von §§ 69 ff. VVG

1. Versicherung für fremde Rechnung und für „wen es angeht“ (§ 80 Abs. 2 VVG)

Gem. § 74 Abs. 1 VVG kann der Versicherungsnehmer im eigenen Namen eine Versicherung für einen bestimmten anderen nehmen, die sog. Versicherung für fremde Rechnung. Wird dagegen für beide Teile des Versicherungsvertrags erkennbar offen gelassen, ob eigenes oder fremdes Interesse versichert sein soll, für wen also die Versicherung genommen wird, so liegt eine Versicherung für „wen es angeht“ i. S. d. § 80 Abs. 2 VVG vor.

Ein Beispiel der Versicherung für fremde Rechnung ist es, wenn der Mieter⁹¹, Pächter oder Nießbraucher das von ihm genutzte Gebäude zugunsten des (bestimmten) Eigentümers versichert. Wird das Mietobjekt veräußert, so sind nach dem Wortlaut des § 69 Abs. 1 VVG dessen tatbestandliche Voraussetzungen nicht erfüllt, da keine Veräußerung durch den Versicherungsnehmer – den Mieter, Pächter oder Nießbraucher – vorliegt, sondern eine Veräußerung durch den Versicherten. Nach wohl h. M.⁹² ist jedoch auch dieser Fall entsprechend § 69 VVG zu behandeln. Der Erwerber tritt also als neuer Versicherter in das Versicherungsverhältnis ein. Die §§ 69 ff. VVG sind aber nur insoweit anzuwenden, als sie auf diesen Fall passen⁹³. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Veräußert der Versicherte die versicherte Sache an einen außenstehenden Dritten, so hat der Erwerber, da er als Versicherter nicht Vertragspartei des Versicherungsverhältnisses ist, kein Kündigungsrecht. Verweigert er jedoch seine Zustimmung zur Versicherung gem. § 76 Abs. 3 VVG mit der Folge, daß der Versicherer nicht mehr zur Zahlung an den Versicherungsnehmer verpflichtet ist, so liegt Interessewegfall i. S. d. § 68 Abs. 2

80 Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 3 a unter Hinweis auf OLG Hamburg VersR 1963, 225; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 18; zu beachten ist allerdings, daß sich aus der vertraglichen Regelung des Besitzübergangs etwas anderes ergeben kann, vgl. Abschn. D. III. 2.

81 Abschn. D. I. 1. c).

82 Lenski, a. a. O., 95 f.; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 38; Pröls/Martin, a. a. O., § 54 VVG, Anm. 1.

83 Dazu § 2 Ziff. 4 AFB 85.

84 Lenski, a. a. O., 96; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 38 f.

85 Vgl. §§ 6 Nr. 1 VHB 74, 10 Nr. 2 VHB 84; Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 1 D.

86 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 50.

87 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 51.

88 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 57; Lenski, a. a. O., 36.

89 Nur bei derivativem Erwerb – Ausnahme Zwangsversteigerung wegen § 73 VVG – liegt eine rechtsgeschäftliche Veräußerung i. S. d. § 69 Abs. 1 VVG vor.

90 Kisch, a. a. O., 272; Lenski, a. a. O., 38; Eikan, a. a. O., 45.

91 So der Fall RGZ 161, 23.

92 BGHZ 26, 134, 137 f.; KG VersR 1957, 593 f.; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 54; Lenski, a. a. O., 82 f.; a. A. OLG Hamm VersR 1966, 299 f.; Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 1 B.

93 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 54.

VVG vor; das Versicherungsverhältnis endet und der Versicherer hat nur noch Anspruch auf eine zeitanteilige Prämie. Der Versicherungsnehmer hat kein Kündigungsrecht, da er weder Erwerber ist noch etwa ein Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen ist⁹⁴.

Veräußert der Versicherte die Sache dagegen an den Versicherungsnehmer⁹⁵, so wandelt sich die Fremdversicherung zur Eigenversicherung. Auch dann sollen nach Sieg⁹⁶ die Voraussetzungen einer Veräußerung i. S. d. § 69 VVG gegeben sein, so daß das Kündigungsrecht gem. § 70 Abs. 2 VVG entstände. Nach der Gegenmeinung von Martin⁹⁷ findet § 69 VVG bei der Fremdversicherung überhaupt keine Anwendung unabhängig davon, ob der Versicherte an einen Dritten oder an den Versicherungsnehmer veräußert. Es trete – so diese Meinung – stets Interessewegfall i. S. d. § 68 Abs. 2 VVG ein⁹⁸, wenn nicht der Versicherungsnehmer die Sache selbst erwerbe⁹⁹. In diesem Fall habe der Versicherungsnehmer aber auch kein Kündigungsrecht¹⁰⁰.

Die Ansicht von Martin erscheint wenig praxisgerecht. Es ist nicht einzusehen, warum der Mieter, Pächter oder Nießbraucher einen neuen Versicherungsvertrag abschließen soll, nur weil das versicherte Gebäude veräußert und im Versicherungsvertrag der Versicherte bestimmt bezeichnet worden ist. Hierdurch ändert sich weder für den Versicherer noch für den nach wie vor in gleicher Weise nutzenden¹⁰¹ Versicherungsnehmer etwas. Der Versicherungsnehmer dürfte insbesondere aufgrund seiner Rechtsbeziehung auch zum neuen Eigentümer in aller Regel verpflichtet sein, das Objekt versichert zu halten. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte in derartigen Fällen der Übergang des Versicherungsverhältnisses entweder mit der h. M. durch analoge Anwendung des § 69 VVG oder dadurch erreicht werden, daß das vom Mieter, Pächter oder Nießbraucher abgeschlossene Versicherungsverhältnis regelmäßig nicht als Fremdversicherung, sondern als Versicherung für „wen es angeht“ i. S. d. § 80 Abs. 2 VVG qualifiziert wird, die von vornherein zumindest auch für das Interesse des jeweiligen Eigentümers genommen ist¹⁰². Dann wirkt sich die Veräußerung nämlich keinesfalls auf das Versicherungsverhältnis aus, da es gerade für wechselnde, unbestimmte Interessen genommen worden ist, weswegen § 69 VVG nach allg. A. bei einer Versicherung für „wen es angeht“ nicht einschlägig ist¹⁰³.

2. Ausschluß durch Parteivereinbarung (§ 72 VVG)

§ 72 S. 1 VVG verbietet dem Versicherer, sich auf eine Bestimmung des Versicherungsvertrags zu berufen, die von den §§ 69 bis 71 VVG zum Nachteil des Erwerbers abweicht. Eine Ausnahme wird nur zugelassen in bezug auf die Vereinbarung der Schriftform der Veräußerungsanzeige und der Kündigung des Erwerbers. Demzufolge kann im Versicherungsvertrag zwischen Versicherer und – späterem – Veräußerer nicht der Übergang des Versicherungsverhältnisses nach Maßgabe der §§ 69 ff. VVG ausgeschlossen oder das Kündigungsrecht des Erwerbers beschnitten werden¹⁰⁴. Wohl aber kann im Kaufvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber eine Regelung getroffen werden, daß der Erwerber sich gegenüber dem Veräußerer verpflichtet, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch oder auch keinen Gebrauch zu machen, wenn das eine oder andere etwa im besonders gelagerten Einzelfall für den Veräußerer von Interesse ist. Aufgrund einer solchen Absprache dürfte der Versicherer jedoch nur dann ein entsprechendes Verhalten des Erwerbers beanspruchen können, wenn die kaufvertragliche Absprache ausdrücklich als Vertrag zugunsten des Versicherers

gem. § 328 BGB getroffen wird¹⁰⁵. Daneben sind naturgemäß der einseitige Kündigungsverzicht des Versicherers oder des Erwerbers sowie dahingehende Vereinbarungen zwischen ihnen ohne weiteres möglich¹⁰⁶.

3. Sonderstatus öffentlich-rechtlicher Versicherungsanstalten (§ 192 VVG)

Gem. § 192 Abs. 2 VVG gelten die in diesem Gesetz vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht für Versicherungen, die bei einer nach Landesrecht errichteten öffentlichen Anstalt genommen werden. Beispiel für eine solche Anstalt im rheinischen Bereich ist die „Provincial-Feuerversicherungsanstalt der Rheinprovinz“ mit Sitz in Düsseldorf. Sie ist gem. § 1 ihrer Satzung „eine juristische Person des öffentlichen Rechts i. S. d. preußischen Gesetzes betreffend die öffentlich-rechtlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. 7. 1910“ und hat „die ihr nach diesem Gesetz zustehenden Rechte und Pflichten“. § 2 des genannten Gesetzes verpflichtet die öffentlichen Feuerversicherer u. a., den in ihrem Gebiet belegenen Gebäuden Versicherung gegen Feuersgefahr zu gewähren und die Gebäudeversicherung zur Sicherung des „Grundkredits“ auch im Falle des Besitzwechsels und nicht pünktlicher Zahlung der Prämien fortzusetzen. Was bedeutet nun die Entbindung der so verpflichteten öffentlichen Feuerversicherer von den im VVG vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Falle der Veräußerung des versicherten Objekts?

Die einschlägigen Versicherungsbedingungen der „Provincial“ lauteten bisher in § 13 Ziff. 1 S. 3 der VGB: „Weder die Provinzial noch der Erwerber ist berechtigt, aus Anlaß der Veräußerung die Feuerversicherung zu kündigen.“ § 72 S. 1 VVG verbietet jedoch dem Versicherer, sich auf eine Bestimmung des Versicherungsvertrags zu berufen, die zum Nachteil des Erwerbers von den §§ 69–71 VVG abweicht. Die zitierte Bestimmung in den Provinzial-VGB, die das in § 70 Abs. 2 VVG normierte Kündigungsrecht des Erwerbers entgegen § 72 VVG ausschloß, war mithin nur rechtswirksam, wenn auf sie das Privileg der öffentlichen Feuerversicherer in § 192 Abs. 2 VVG zutraf. Dies war bislang trotz einer bejahenden Entscheidung des RG¹⁰⁷ im Schrifttum stark umstritten. Im wesentlichen wurde argumentiert, das Verbot, in Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Versicherer (d. h. im Versicherungsvertrag) das gesetzliche Kündigungsrecht des Erwerbers auszuschließen, folge nicht erst aus § 72 VVG, sondern aus dem allgemeinen Rechtssatz der Unzulässigkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter. Damit handle es sich also nicht um eine im Versicherungsvertragsgesetz angeordnete Beschränkung der Vertragsfreiheit, wie sie § 192 VVG anspreche¹⁰⁸ mit der Folge, daß der Ausschluß des Kündigungsrechts unwirksam sei. Demgegenüber wurde von der Gegenmeinung der Standpunkt vertreten, der Erwerber, der kraft Gesetzes in das Versicherungsverhältnis eintrete, sei nicht „Dritter“, ebensowenig wie ein Zessionar oder Schuldübernehmer¹⁰⁹. Hierfür spreche, daß die Regelung des § 69 VVG ja selbst schon eine gesetzliche Durchbrechung des Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter sei, da sie den Erwerber zwingt, in ein fremdes Vertragsverhältnis einzutreten, wenn auch im Normalfall mit Kündigungsrecht. Folge man hingegen der Auffassung, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen Veräußerer und Versicherer keine Abweichung von § 69–71 VVG vereinbaren könnten, so wäre § 72 VVG überflüssig. In diesen Meinungsstreit ist nunmehr Bewegung gekommen durch oberlandesgerichtliche Urteile, die den Ausschluß des Erwerberkündigungsrechts im Hinblick auf § 9 AGBG für unwirksam erklärt haben, da er den Erwerber entgegen den

94 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 54; Lenski, a.a.O., 105; Kisch, a.a.O., 557.

95 Also der Eigentümer beispielsweise an den Mieter.

96 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 55.

97 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 B.

98 Martin, a.a.O., J V, Rd.-Nr. 12.

99 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 B.

100 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 B; AG Ravensburg VersR 1957, 53.

101 Endet zufolge der Veräußerung die Nutzung der versicherten Sache durch den Versicherungsnehmer, liegt allerdings Interessewegfall gem. § 68 Abs. 2 VVG vor. Bonsmann, Die Veräußerung der versicherten Sache, DB 1973, Beilage Nr. 14 Seite 16.

102 In diesem Sinne wohl auch Martin, a.a.O., IV, Rd.-Nr. 12.

103 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 55; Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 B.

104 Vgl. aber D. II, 3.

105 Lenski, a.a.O., 126 f., 130.

106 Lenski, a.a.O., 125 und 130.

107 RGZ 145, 143, 151; dem folgend aus neuerer Zeit AG Siegburg VersR 1985, 1077; ebenso Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 27.

108 So schon Bruck, a.a.O., 597; Prölss/Martin, a.a.O., § 72 VVG, Anm. 1; Martin, a.a.O., A IV, Rd.-Nr. 5.

109 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 27.

Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteilige und mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sei¹¹⁰. Dieser Argumentation ist allerdings entgegenzuhalten, daß auch die Regelung des § 192 Abs. 2 VVG in die Beurteilung der wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung einbezogen werden muß, und zwar unabhängig von der Frage, ob diese Privilegierung heute noch als zeitgemäß empfunden wird. Insgesamt erscheint sie nicht unbillig, da die öffentlichen Versicherer nach den für sie geltenden Vorschriften i. d. R. zum Abschluß der Versicherung verpflichtet sind und auf ihr Kündigungsrecht im Falle der Veräußerung verzichten¹¹¹.

Ungeachtet dessen hat die „Provinzial“ nunmehr aufgrund der zitierten Rspr. ihre allgemeinen Versicherungsbedingungen angepaßt. Sie akzeptiert das außerordentliche Kündigungsrecht des Erwerbers gem. § 70 Abs. 2 VVG und hat darüber hinaus verlauten lassen, sich auch bei Altverträgen entsprechend zu verhalten. Demgemäß kann der Erwerber in der Praxis auch dann vorbehaltlos auf das Kündigungsrecht hingewiesen werden, wenn der Veräußerer die Sachversicherung bei der „Provinzial“ genommen hatte.

III. Rechtsfolgen der §§ 69 ff. VVG

1. Eintritt des Erwerbers in bestehendes Versicherungsverhältnis (§ 69 Abs. 1, 2 VVG)

Der Erwerber tritt in das Versicherungsverhältnis ein in der Form, in der es mit dem Veräußerer zuletzt bestand¹¹². Er muß also die vor dem Eigentumsübergang vom Versicherer oder Veräußerer in Lauf gesetzten Fristen¹¹³, auch gestaltende Maßnahmen wie etwa Kündigung, gegen sich gelten lassen, eine Unterbrechung der Fristen tritt durch den Übergang nicht ein. Ist das Versicherungsverhältnis vor der Veräußerung wegen nachträglichen Interessewegfalls gem. § 68 Abs. 2 VVG erloschen¹¹⁴, so hat der Erwerber auch dies gegen sich gelten zu lassen. Hier stellt sich nun die Frage, ob ein solcher Interessewegfall schon dann zu bejahen ist, wenn Besitz und Gefahr auf den Erwerber übergegangen sind, die Umschreibung auf ihn aber noch nicht erfolgt ist. Man könnte der Ansicht sein, das Interesse des Veräußerers sei erloschen, da er auf jeden Fall den Kaufpreisanspruch gegen den Käufer habe, vor allem dann, wenn der Kaufpreis bereits voll bezahlt sei. Das Ergebnis würde sein, daß der Versicherer im Schadenfall leistungsfrei wäre, obwohl die Prämie gezahlt und keine Gefahrerhöhung ersichtlich wäre, was nicht nur extrem unbillig wäre und den Grundgedanken der §§ 69 ff. VVG pervertieren würde¹¹⁵, sondern auch den Käufer zwänge, für die Übergangszeit zumindest eine i. d. R. unwirtschaftliche Kurzversicherung abzuschließen. Angesichts dessen ist das Interesse des Käufers an der – noch – fremden Sache für die Zeit zwischen Gefahrübergang und Eigentumserwerb als mitversichert anzusehen¹¹⁶.

Der Erwerber hat künftig die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers zu erfüllen; etwaige Obliegenheitsverletzungen des Veräußerers wirken auch gegen ihn, so z. B. eine Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht, §§ 16 ff. VVG oder eine Gefahrerhöhung i. S. d. §§ 23 ff. VVG durch seinen Vorgänger¹¹⁷. Der Erwerber tritt aber auch in die Rechte des Versicherungsnehmers ein. So steht ihm vor allem der Anspruch auf die Versicherungsleistung zu, soweit der Versicherungsfall

nach der Veräußerung eingetreten ist¹¹⁸. Für ein vor der Veräußerung eingetretenes Schadenereignis bleibt aber der Veräußerer auch nach dem Eigentumsübergang gegenüber dem Versicherer aktivlegitimiert¹¹⁹. Ihm allein steht also die Versicherungsleistung zu, was zu Problemen führen kann, wenn bei der Grundstücksveräußerung im Schadenfall Besitz und Gefahr bereits übergegangen sind. Hier hilft die h. M. – wie bereits dargelegt¹²⁰ – über § 281 BGB, wonach der Veräußerer dem Erwerber zur Herausgabe der Versicherungsleistung verpflichtet ist, der Erwerber aber das Insolvenzrisiko des Veräußerers trägt¹²¹. Eignet sich ein Gebäudebrand am Tage der grundbuchlichen Eigentumserschreibung und läßt sich nicht ermitteln, ob der Brand vor oder nach der Umschreibung ausgebrochen ist, so sollen nach einer Meinung in der Lit. die §§ 420, 741 BGB anzuwenden und Veräußerer und Erwerber gegenüber dem Versicherer zu gleichen Teilen berechtigt sein¹²². Im Innenverhältnis dürfte dann § 281 BGB zugunsten des Käufers eingreifen.

Zugunsten des Versicherers gelten aufgrund der Verweisung in § 69 Abs. 3 VVG die Schuldnerschutzvorschriften der §§ 406 bis 408 BGB entsprechend, im übrigen muß er die Rechtsfolgen der Veräußerung erst dann gegen sich gelten lassen, wenn er von ihr Kenntnis erlangt hat. Daraus folgt, daß der Versicherer in Ankenntnis der Veräußerung noch mit befreiender Wirkung an den Veräußerer leisten kann, auch wenn der Versicherungsfall nach der Veräußerung eingetreten ist. Gleichfalls kann er dem Erwerber Rechtsgeschäfte mit dem Veräußerer und ein im Rechtsstreit mit diesem ergangenes Urteil entgegenhalten, und ihm bleibt die Aufrechnungsmöglichkeit gem. § 406 BGB mit Forderungen gegen den Veräußerer. Der Kenntnis des Versicherers ist das „Kennenmüssen“ nach allg. A. nicht gleichgestellt. Der Versicherer ist nicht verpflichtet, sich nach einer eventuellen Veräußerung zu erkundigen.

2. Gesamtschuldnerische Prämienhaftung (§ 69 Abs. 2 VVG)

Gem. § 69 Abs. 2 VVG haften Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner für die Prämie, die auf die zum Zeitpunkt der Veräußerung laufende Versicherungsperiode entfällt, i. d. R. also für die Jahresprämie¹²³, und zwar auch dann, wenn Ratenzahlung vereinbart war. Ob sich die „Prämien“haftung auch auf Rechtsverfolgungskosten des Versicherers erstreckt – zumindest soweit diese bis zur Veräußerung bereits entstanden sind – ist streitig¹²⁴. Dafür spricht, daß der Erwerber das Schuldverhältnis im bestehenden Zustand übernehmen muß¹²⁵. Sind ihm die Rechtsverfolgungskosten zu hoch, so steht es ihm frei zu kündigen, wodurch die gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers gem. § 70 Abs. 3 VVG erlischt. Dies gilt allerdings nur cum grano salis, sofern der Kaufvertrag die übliche Abwälzung der Prämienlast auf den Käufer mit dem Zeitpunkt des Besitzübergangs enthält. Danach ist der Käufer zwar nicht gegenüber dem Versicherer, wohl aber gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, letzteren von der Prämienzahlungspflicht für den Rest der laufenden Versicherungsperiode freizustellen. Bei einer entsprechenden Klausel im Kaufvertrag sollte der Käufer darauf hingewiesen werden, daß er sein Kündigungsrecht tunlichst erst zum Ende der laufenden Versicherungsperiode ausüben möge, um einer Doppelzahlung zu entgehen. Diese Art der Kündigung dürfte ohnehin die wirtschaftlich vernünftigste sein, da der Versicherer seinen Prämienanspruch für diese Phase jedenfalls behält.

110 OLG Koblenz VersR 1989, 363; OLG Düsseldorf DB 1988, 1592.

111 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 70 VVG, Anm. 28; Kisch, a. a. O., 346 bei Fn. 1.

112 Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 4.

113 Etwa die Klagefrist gem. § 12 Abs. 3 VVG oder die Frist für die Folgeprämie gem. § 39 VVG.

114 Z. B. durch Feuertotalschaden am versicherten Gebäude, Martin, a. a. O., J.V., Rd.-Nr. 4.

115 Ein erloschenes Versicherungsverhältnis könnte nicht mehr auf den Erwerber übergehen; s. auch Pröls, Anm. zu OLG Celle, NJW 1954, 679.

116 OLG Hamburg VersR 1978, 1138; Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 3 b; Martin, Anm. zu OLG Hamm, VersR 1974, 253; ders., Deckung des Haftpflichtrisikos in der Sachversicherung – zugl. Anm. zu BGH, VersR 1974, 535 – VersR 1974, 825.

117 Lenski, a. a. O., 85.

118 Lenski, a. a. O., 85 f.; Kisch, a. a. O., 302, 306; Bruck, a. a. O., 576.

119 RGZ 162, 269, 272; Lenski, a. a. O., 86; Kisch, a. a. O., 306, Anm. 11.

120 S. oben bei Fn. 66.

121 Zur Möglichkeit, dieses Risiko durch Abtretung zu minimieren, vgl. Abschn. F. I.

122 Lenski, a. a. O., 86.

123 Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 5; Lenski, a. a. O., 87; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 79.

124 Verneinend LG Lüneburg VersR 1952, 271; dem folgend Pröls/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 5 unter Hinweis auf § 425 BGB und Lenski, a. a. O., 87; bejahend Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 80.

125 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 80 f.

Der Erwerber eines Handelsgeschäfts kann gem. § 25 HGB seine Haftung für Verbindlichkeiten des Veräußerers ausschließen. Dieser Ausschluß tangiert nach allg. A. aber nicht die Haftung des Erwerbers aus § 69 Abs. 3 VVG¹²⁶, da § 69 VVG als Spezialnorm unabhängig neben § 25 Abs. 2 HGB stehe und die Prämienzahlungsverpflichtung nicht übernommen werde, sondern in der Person des Erwerbers selbständig entstehe. Diese Ansicht erscheint auch interessengerecht, da es der Erwerber in der Hand hat, sich durch Kündigung völlig aus der Prämienhaftung zu lösen. Andererseits soll nach ebenso einhelliger Meinung der Erwerber über § 69 Abs. 2 VVG hinaus gem. § 25 Abs. 1 HGB auch für Prämienrückstände früherer Versicherungsperioden haften, sofern sie nur als zum Handelsgeschäft gehörig anzusehen seien und der Erwerber von der Möglichkeit des § 25 Abs. 2 HGB keinen Gebrauch mache¹²⁷. Auch aus § 419 BGB kann sich im übrigen eine über § 69 Abs. 2 VVG hinausgehende Prämienhaftung ergeben¹²⁸.

3. Kündigungsrechte (§ 70 VVG)

§ 70 VVG eröffnet dem Versicherer wie dem Erwerber die Möglichkeit, sich durch Kündigung von dem gesetzlich aufgekündigten Vertragsverhältnis bzw. von dem neuen Vertragspartner zu lösen. Dem Veräußerer steht kein Kündigungsrecht zu. Die Kündigung gem. § 70 VVG ist nach allgemeinen Regeln eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und grundsätzlich formlos. Die AVB sehen jedoch für die Kündigung durch den Erwerber regelmäßig die Schriftform vor, was § 72 S. 2 VVG ausdrücklich für zulässig erklärt. Die Kündigung des Versicherers ist an den Erwerber oder dessen gesetzliche oder zur Empfangnahme befugte rechtsgeschäftliche Vertreter zu richten. Abgeben kann sie der Abschlußvertreter gem. § 45 VVG. Die Kündigung des Erwerbers kann wiederum außer ihm selbst auch der gesetzliche oder entsprechend bevollmächtigte Vertreter aussprechen. Zur Annahme berechtigt ist auf Seiten des Versicherers auch jeder Versicherungsvertreter, § 43 Ziff. 2 VVG. Die Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht oder gegenüber einem solchen kann gem. § 180 BGB nur wirksam werden, wenn der andere Vertragsteil dessen Einschaltung nicht beanstandet.

An die inhaltliche Bestimmtheit der Erklärung werden keine speziellen Anforderungen gestellt. Es muß sich – notfalls im Wege der Auslegung gem. § 133 BGB – der Kündigungswille ergeben. Die bloße Veräußerungsanzeige¹²⁹ wie auch das Bestreiten der Prämienzahlungspflicht¹³⁰ können nicht in eine wirksame Kündigungserklärung umgedeutet werden.

Die Frist zur Erklärung der Kündigung beträgt für den Versicherer wie für den Erwerber einen Monat. Die Frist beginnt für den Versicherer mit der Kenntnis von der Veräußerung und der Person des Erwerbers¹³¹. Hat der Erwerber Kenntnis von der bestehenden Versicherung, so beginnt für ihn die Frist mit dem Erwerb, ansonsten mit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung. „Erwerb“ ist gleichzusetzen mit der Veräußerung gem. § 69 VVG, sachenrechtlicher Eigentumsübergang ist also erforderlich. Probleme können sich hieraus ergeben, wenn der Erwerber erst nach Ablauf eines Monats von der erfolgten grundbuchlichen Umschreibung Kenntnis erhält. Die Kündigungsfrist ist dann verstrichen, und eine verfrühte, vor Eintragung des Eigentumswechsels erfolgte Kündigung ist nach allg. A. unwirksam¹³² und bedarf der Betätigung innerhalb der Frist. Je nach Schnelligkeit der Grundbuchkanzlei könnte der Erwerber also in der Durchsetzung seines Kündigungsrechts beschränkt

werden, was sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. In der Praxis dürfte jedoch aufgrund der veröffentlichten Haltung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen¹³³ kein Versicherer die Kündigung des Erwerbers als verfristet zurückweisen, wenn der Erwerber nachweist, daß er sie unverzüglich nach Erhalt der Umschreibungsnachricht abgesandt hat.

§ 70 Abs. 2 VVG läßt dem Erwerber die Wahl, die Kündigung mit sofortiger Wirkung oder auf den Schluß der laufenden Versicherungsperiode¹³⁴ zu erklären. Gibt der Erwerber in der Kündigung keinen Endtermin an, so dürfte die Kündigung als auf den Schluß der aktuellen Versicherungsperiode ausgesprochen auszulegen sein, da der Veräußerer gem. § 70 Abs. 3 VVG zur Zahlung der Prämie bis zu diesem Zeitpunkt verpflichtet und nicht einzusehen ist, warum dem Versicherer die Prämie ohne Risikoübernahme zugestanden werden sollte¹³⁵.

Für das Kündigungsrecht des Versicherers und des Erwerbers sind Besonderheiten zu beachten, wenn nicht die gesamte versicherte Sache veräußert wird und daher nicht das gesamte Interesse übergeht. Der Erwerber eines ideellen Bruchteils einer insgesamt versicherten Sache hat nach wohlh. M. kein eigenes Kündigungsrecht; Kündigungen können nur erfolgen gegenüber allen Eigentümern durch den Versicherer oder durch alle Eigentümer in ihrer neuen personellen Zusammensetzung gegenüber dem Versicherer¹³⁶.

4. Anzeigepflichten (§ 71 VVG)

Gem. § 71 S. 1 VVG ist dem Versicherer die Veräußerung unverzüglich anzuzeigen. Diese Verpflichtung trifft sowohl den Veräußerer wie auch den Erwerber. Es genügt jedoch die Anzeige eines von ihnen, welche mindestens die Tatsache der Veräußerung und die Person des Erwerbers nebst Anschrift enthalten muß¹³⁷. Die Anzeige ist gesetzlich formfrei, üblicherweise schreiben die AVB in Ausnutzung der ausdrücklichen Gestattung des § 72 S. 2 VVG aber die Schriftform vor. Eine Frist zur Erstattung der Anzeige nennt das Gesetz nicht, sie hat vielmehr „unverzüglich“ i. S. d. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfolgen, mithin ohne schuldhaftes Zögern. Gem. § 43 Ziff. 2 VVG ist zum Empfang der Anzeige grundsätzlich jeder für den Versicherungszweig bestellte Agent legitimiert¹³⁸. Dennoch sollte die Anzeige in der Praxis tunlichst unmittelbar an den Versicherer selbst – Hauptverwaltung Vertragsabteilung – gerichtet werden.

5. Verletzung der Anzeigepflicht und Leistungsfreiheit des Versicherers

Der Versicherer wird gem. § 71 Abs. 1 S. 2 VVG von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn weder Veräußerer noch Erwerber die Veräußerungsanzeige unverzüglich erstatten und sich der Versicherungsfall nach Verstreichen der Mindest-Kündigungsfrist des Versicherers ereignet, d. h. nach Ablauf eines Monats gerechnet von dem fiktiven Zeitpunkt, zu dem die Veräußerungsanzeige dem Versicherer bei pflichtgemäßem Handeln von Veräußerer und Erwerber zugegangen wäre. Gem. § 71 Abs. 2 VVG tritt die Leistungsfreiheit jedoch nicht ein, wenn der Versicherer zu diesem fiktiven Zeitpunkt bereits aus anderen Quellen Kenntnis von der Veräußerung hatte oder wenn er nach späterer Kenntnisnahme die Kündigungsfrist des § 70 Abs. 1 VVG ungenutzt verstreichen ließ. Die Rspr. hat sich in der Vergangenheit stets bemüht, die äußerst gravierende Folge der völligen Leistungsfreiheit, die § 71 VVG anordnet, durch einschränkende Auslegung der Vorschrift in den Griff zu bekom-

126 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 8; Lenski, a.a.O., 87; Kisch, a.a.O., 304, Anm. 6; Bruck, a.a.O., 578, Anm. 80.

127 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 8; Lenski, a.a.O., 88.

128 OLG Hamburg VersR 1963, 225; Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 8.

129 Lenski, a.a.O., 106.

130 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 9; Prölss/Martin, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 6.

131 Prölss/Martin, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 2.

132 LG Bielefeld VersR 1967, 27; Prölss/Martin, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 5; Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen, (VerBAV), 1964, 185.

133 VerBAV 1964, 185.

134 In aller Regel das Versicherungsjahr, auch wenn etwa im Wege der Stundung monatliche oder vierteljährliche Prämienzahlung vereinbart ist, s. § 8 AFB 85; zur Parallelfraße im Bereich des § 69 Abs. 2 VVG s. Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 5 unter Bezugnahme auf OLG Hamburg VersR 1963, 225; der Versicherer hat also Anspruch auf die volle Jahresprämie; ebenso Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 79.

135 Prölss/Martin, a.a.O., § 70 VVG, Anm. 6.

136 Prölss/Martin, a.a.O., § 69 VVG, Anm. 1 C a); a. A. Kisch, a.a.O., 352.

137 BGH VersR 1953, 102; Prölss/Martin, a.a.O., § 71 VVG, Anm. 1.

138 Bruck/Möller/Sieg, a.a.O., § 71 VVG, Anm. 10.

men. So ließ sie, obwohl der Wortlaut der Vorschrift hierzu nur durch die Verwendung des Wortes „unverzüglich“ einen Anhaltspunkt bietet, Leistungsfreiheit nur eintreten, wenn Veräußerer und/oder Erwerber die Versäumung der Anzeige verschuldet hatte(n).

Eine Entscheidung des BGH aus jüngster Zeit¹³⁹ stellt nunmehr an die Leistungsfreiheit des Versicherers noch deutlich erhöhte Anforderungen. Diese Rechtsfolge, so der BGH, dürfe nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Verstoßes gegen die Anzeigepflicht stehen. Es müsse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Abwägung stattfinden, bei der auf Seiten des Versicherers zu berücksichtigen sei, wieweit seine Interessen – Kenntnis des neuen Prämien(gesamt)schuldners, Prüfung der Ausübung des Kündigungsrechts – in ernster Weise beeinträchtigt seien, auf Seiten des Versicherungsnehmers, in welchem Umfang ihn ein Verschulden an der Versäumung der Anzeige treffe und welches u. U. existenzbedrohende Gewicht die Entziehung der Versicherungsleistung für ihn habe. Martin¹⁴⁰ nennt als Beispiel für geringes Verschulden den Fall, daß der Veräußerer Versicherungsnehmer und Prämienschuldner bleiben will, was in der notariellen Praxis zum Beispiel bei Übertragungsverträgen unter Nießbrauchs- oder Wohnrechtsvorbehalt häufig der Fall sein dürfte. In diesen Fällen kann der Hinweis des Notars auf die Anzeigepflicht nützlich sein, obwohl angesichts der neuen Rspr. des BGH eine Leistungsfreiheit des Versicherers gem. § 71 VVG ausscheiden dürfte.

Ist im Einzelfall gleichwohl Leistungsfreiheit wegen schuldhaft unterlassener Veräußerungsanzeige eingetreten, so wird diese nicht rückwirkend dadurch beseitigt, daß der Versicherer die Kündigungsfrist ungenutzt verstreichen läßt, nachdem er erst nach oder weniger als einen Monat vor dem Versicherungsfall Kenntnis von der Veräußerung erlangt hatte¹⁴¹.

E. Sonderfragen

I. Begründung und Veräußerung von Sondereigentumsrechten

Die Begründung von Wohnungseigentum durch Teilungserklärung¹⁴² und wohl auch diejenige durch vertragliche Einräumung von Sondereigentum¹⁴³ werden in der Lit. und in einer Entscheidung des AG Bonn aus dem Jahre 1984¹⁴⁴ als „Veräußerung“ bezeichnet. Es erscheint fraglich, ob dies schon zutrifft, wenn der Alleineigentümer oder die Miteigentümergeinschaft das schon bestehende, einheitlich versicherte Gebäude in Wohnungseigentum aufteilen, ohne daß im letzteren Falle eine betragsmäßige Änderung der Miteigentumsanteile eintritt und bevor Veräußerungen von Sondereigentum an Dritte vorgenommen werden. Die Ansicht, es handle sich um eine Veräußerung, wird im wesentlichen damit begründet, die Umwandlung von Alleineigentum in Miteigentum sei zivilrechtlich und damit auch im Rahmen des § 69 Abs. 1 VVG eine Veräußerung¹⁴⁵. Jedoch dürfte es unabhängig von der dogmatischen Einordnung des Wohnungseigentums schwerfallen, in der Vorratsteilung oder der vertragsmäßigen Einräumung von Sondereigentum einen „Eigentumsübergang im Wege der Einzelrechtsnachfolge“ zu erblicken, obwohl anerkanntermaßen ein Eigentumswechsel für die Veräußerung nicht wesensnotwendig ist¹⁴⁶. Auch die Rechtsfolgen der § 69 ff. VVG treffen auf die genannten Fälle nicht zu. Einen neuen Prämienschuldner gibt es nicht, und ein Grund für die Eröffnung der beiderseitigen Kündigungsrechte

oder gar der Leistungsfreiheit des Versicherers mangels Anzeige ist nicht ersichtlich. Wegen der zumindest mißverständlichen Literaturstimmen dürfte es aber anzuraten sein, daß sich der teilende Eigentümer oder die teilende Miteigentümergeinschaft anlässlich der Teilung mit dem Versicherer in Verbindung setzen. Immerhin kann diese Gelegenheit dazu genutzt werden – wo noch nicht erfolgt – den Versicherungsvertrag den zukünftigen Bedürfnissen bei Abveräußerung einzelner oder aller Wohnungen und der Entstehung einer auch aus neuen Mitgliedern zusammengesetzten Wohnungseigentümergeinschaft anzupassen, insbesondere durch zusätzliche Vereinbarung der sog. Wohnungseigentumsklausel Nr. 841 in den AVB.

Das WEG erklärt in § 21 Abs. 5 Ziff. 3 die Feuerversicherung des gemeinschaftlichen Eigentums zum Neuwert zu einer Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung. Regelmäßig enthält die Gemeinschaftsordnung die Verpflichtung der Wohnungseigentümer, eine einheitliche Versicherung zumindest für das gemeinschaftliche Eigentum, meist aber auch für das der gemeinschaftlichen Verwaltung eigentlich nicht unterliegende Sondereigentum abzuschließen¹⁴⁷. Rechtlich wäre es ebenso denkbar, daß jeder Wohnungseigentümer seinen Miteigentumsanteil an der versicherten Sache und das damit verbundene Sondereigentum separat versichert. Dies ist aber schon deshalb nicht sinnvoll, weil durch eine einheitliche Versicherung des gesamten Gebäudes eine Aufsplitterung der versicherten Interessen mit den daraus folgenden Abgrenzungsschwierigkeiten im Schadenfall¹⁴⁸ vermieden wird und durch die einheitliche Verwaltung im Rahmen des § 27 WEG die Kontrolle der Einhaltung der Versicherungspflicht erleichtert wird¹⁴⁹. Aus diesem Grund drängen in aller Regel auch die Versicherer darauf, eine einheitliche Versicherung für das Gesamtgebäude abzuschließen¹⁵⁰. Nur in diesem Fall ist auch die vorerwähnte Wohnungseigentumsklausel anwendbar, die bei gemeinschaftlicher Versicherung aller Wohnungseigentümer die Wiederherstellungsmöglichkeit sichert, auch wenn wegen des Verhaltens einzelner Wohnungseigentümer für den Versicherer diesen gegenüber eigentlich Leistungsfreiheit bestünde, etwa wegen Verletzung von vorvertraglichen Anzeigepflichten, Sicherheitsvorschriften oder von Schadensanzeige- und -minderungspflichten¹⁵¹. Diverse Gerichtsentscheidungen auch aus jüngerer Zeit lassen es angezeigt erscheinen darauf hinzuweisen, daß die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Verwalters gem. § 27 i. V. m. § 21 Abs. 5 S. 3 WEG zwar den Abschluß von Versicherungsverträgen, nicht aber die Kündigung bestehender Versicherungsverhältnisse umfaßt¹⁵². Die Kündigung stellt nämlich wegen § 21 Abs. 5 S. 3 WEG a priori keine ordnungsmäßige Verwaltung dar. Der Verwalter bedarf also zur Kündigung des Versicherungsvertrags einer besonderen Ermächtigung¹⁵³ durch Beschl. oder Vereinbarung der Wohnungseigentümer.

Für die Kündigung des Versicherungsverhältnisses durch den Erwerber eines Sondereigentums gilt das oben Gesagte¹⁵⁴. Eine Einzelkündigung für das einheitliche Versicherungsverhältnis kann nur die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in ihrer neuen Zusammensetzung und der Versicherer nur ihr gegenüber aussprechen.

II. Begründung und Veräußerung von Erbbaurechten

Ist bei Begründung des Erbbaurechts ein versichertes Gebäude bereits vorhanden, so geht das Versicherungsverhältnis in entsprechender Anwendung der §§ 69 ff. VVG auf den Erwerber über, arg. § 12 Abs. 1 S. 2 ErbbauVO¹⁵⁵. Gleiches gilt bei

139 VersR 1987, 477.

140 Prölss/Martin, a. a. O., § 71 VVG, Anm. 3 A unter Bezugnahme auf BGH VersR 1976, 577.

141 BGH VersR 1987, 705 f.; Prölss/Martin, a. a. O., § 71 VVG, Anm. 3 B.

142 AG Bonn RuS 1985, 90 (nur LS); Prölss/Martin, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 2 a).

143 Zweifelfind Ausborn, Die privatrechtliche Gebäudeversicherung bei Wohnungseigentümergeinschaften, 1963, 144.

144 RuS 1985, 90.

145 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 27.

146 RGZ 56, 96, 100; BGH VersR 1965, 425, 427.

147 Ausborn, a. a. O., 34 f.

148 Ausborn, a. a. O., 33.

149 Ausborn, a. a. O., 33.

150 Ausborn, a. a. O., 21; s. Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl. 1987, § 16 WEG, Rd.-Nr. 124.

151 Vgl. die AVB-Zusatzklausel Wohnungseigentum (Nr. 841) und §§ 8, 9, 10, 15, 18 VGB.

152 LG Essen VersR 1979, 80 mit Anm. Martin; AG Erlangen VersR 1984, 634.

153 Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 27 WEG, Rd.-Nr. 16.

154 Vgl. oben bei Fn. 136.

155 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 29.

späterer Veräußerung des Erbbaurechts oder bei dessen Heimfall¹⁵⁶. In diesen Fällen ist gleichgültig, ob der Erbbauberechtigte die Versicherung freiwillig genommen hatte oder aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern.

Gem. § 2 Ziff. 2 ErbbauVO kann die Versicherungspflicht zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden¹⁵⁷. Der Versicherer ist gem. § 23 ErbbauVO verpflichtet, dem Grundstückseigentümer den Eintritt des Versicherungsfalls anzuzeigen. Hierdurch soll der Eigentümer davor geschützt werden, daß die Versicherungsleistung ohne sein Wissen an Dritte ausbezahlt wird. Anders als der Grundpfandrechtsgläubiger hat der Eigentümer jedoch keine Rechte an der Versicherungsforderung¹⁵⁸.

III. Nießbrauch und Versicherung

Die Bestellung eines Nießbrauchs ist nach der oben gegebenen Definition keine Veräußerung i. S. d. § 69 Abs. 1 VVG, weil ein Eigentumsübergang nicht stattfindet. Eine vom Besteller abgeschlossene Sachversicherung geht also grundsätzlich nicht automatisch auf den Nießbraucher über¹⁵⁹. Da aber der von den wirtschaftlichen Nutzungen der Sache abgeschnittene Eigentümer nach dem gesetzlichen Leitbild nicht die laufenden Kosten der Sache tragen soll, verpflichtet § 1045 Abs. 1 BGB den Nießbraucher, die im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft angemessenen Sachversicherungen abzuschließen, wozu bei bebauten Grundstücken stets die üblichen Feuer-, Sturm- und Leitungswasserschadensversicherungen gehören dürften¹⁶⁰, beim Nießbrauch an landwirtschaftlich genutzten Flächen wohl auch die Hagelversicherung¹⁶¹. Da die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zustehen soll, § 1045 Abs. 1 S. 1 BGB, ist das – fremde – Interesse des Eigentümers zu versichern, es handelt sich mithin um eine Fremdversicherung i. S. d. §§ 74 ff. VVG mit allen sich daraus ergebenden Folgerungen für die Gestaltung des Versicherungsverhältnisses¹⁶². Ist die Sache bei Bestellung des Nießbrauchs bereits vom Eigentümer versichert, so bleibt dieser nach dem oben Gesagten Versicherungsnehmer, der Nießbraucher hat ihm jedoch die Kosten der Versicherung zu erstatten, § 1045 Abs. 2 BGB. Endet der Nießbrauch, so liegt ebenfalls kein Fall der Veräußerung i. S. d. § 69 VVG vor¹⁶³, denn das versicherte Eigentum wird nicht übertragen, sondern nur von einer Beschränkung befreit. Eine vom Nießbraucher abgeschlossene Versicherung geht also nicht auf den Eigentümer über. Da das unverändert bleibende Eigentümerinteresse versichert ist, liegt auch kein Interessewegfall i. S. d. § 68 Abs. 2 VVG vor, der zur Beendigung des Versicherungsverhältnisses führen würde. Will also der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauchs nicht auf eine ordentliche Kündigung verwiesen sein, so tut er demzufolge gut daran, die Fremdversicherung nur auf die Dauer des Nießbrauchs abzuschließen, unter Umständen durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder durch Vereinbarung des Eintritts des Eigentümers in die Versicherung. Die Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung an einen Dritten ändert nichts daran, daß gem. § 1045 BGB der dinglich Berechtigte zur Versicherung verpflichtet und Versicherungsnehmer bleibt.

Handelt es sich bei dem nießbrauchbelasteten Grundstück um eine landwirtschaftlich genutzte Fläche, so kann die Sonderregelung des § 115 VVG Bedeutung erlangen, wonach entgegen dem oben Gesagten der Nießbraucher, aber auch der Pächter oder aus einem vergleichbaren Rechtsverhältnis Verpflichtete hinsichtlich der versicherten Bodenerzeugnisse dem Erwerber

i. S. d. §§ 69 ff. VVG gleichgestellt werden, obwohl keine „Veräußerung“ vorliegt. Der Nießbraucher tritt also insoweit mit der Nießbrauchbestellung in das vom Eigentümer abgeschlossene Versicherungsverhältnis ein.

IV. Grundpfandrechte zugunsten von Lebensversicherungsgesellschaften

Versicherungsgesellschaften haben häufig die zu ihren Gunsten bestellten Grundpfandrechte in den Deckungsstock einzustellen, der gem. §§ 70 ff. VAG von einem Treuhänder überwacht wird. Über das Grundpfandrecht darf sodann nur mit Zustimmung des Treuhänders verfügt werden. Der Treuhänder ist zur Herausgabe von Deckungsstockwerten gem. § 72 Abs. 2 S. 2 VAG i. V. m. § 31 Abs. 2, 3 HypBG jedenfalls dann verpflichtet, wenn der Schuldner wegen völliger oder teilweiser Rückzahlung Aushändigung des Briefes oder dessen Vorlegung beim GBA oder Notar zwecks Abschreibung des Teilbetrags oder Herstellung eines Teilbriefes verlangen kann¹⁶⁴.

Die Überwachung wird grundbuchlich abgesichert durch den Treuhändervermerk aufgrund § 72 Abs. 1 VAG. Das GBA darf bei Vorhandensein dieses Vermerks eine zustimmungspflichtige Eintragung nur vornehmen, wenn der Treuhänder in der Form des § 29 GBO zustimmt¹⁶⁵. Der Vermerk hat insoweit nur deklaratorische Wirkung, als die Verfügungsbeschränkung bereits kraft Gesetzes mit Zuführung des Grundpfandrechts zum Deckungsstock eintritt¹⁶⁶. Wird das Grundpfandrecht erst nachträglich in den Deckungsstock eingestellt oder ist die Eintragung des Treuhändervermerks zunächst versehentlich unterblieben, so ist das Grundbuch unrichtig und auf formlosen Antrag zu berichtigen, wenn in öffentlicher Form die Zugehörigkeit zum Deckungsstock nachgewiesen wird, etwa durch Bescheinigung der Aufsichtsbehörde, Erklärung des Vorstandes oder des Treuhänders¹⁶⁷. Dieses Nachweises bedarf es nicht, wenn der Eigentümer zugleich mit der Bestellung des Grundpfandrechts oder nachträglich Eigentümer und Gläubiger in Form der Berichtigungsbewilligung die Eintragung des Vermerks bewilligen¹⁶⁸.

Je nachdem, wie die Fälligkeitsvoraussetzungen im Kaufvertrag beschrieben sind, kann es zu Problemen kommen, wenn der Treuhänder sich weigert, die kompletten Lösungsunterlagen (d. h. insbesondere den Brief) treuhänderisch dem Notar zu übersenden. Es kommt vor, daß lediglich eine Lösungsbevollmächtigung mit der Bemerkung übersandt wird, der Brief werde nach Ablösung unmittelbar dem GBA zugeleitet. Ist ein derartiger Fall aufgrund eines Sperrvermerks im Grundbuch bereits abzusehen, so hilft eine entsprechend großzügigere Formulierung der Fälligkeitsvoraussetzungen¹⁶⁹, die bei einem institutionellen Gläubiger zulässig sein sollte, über diese Schwierigkeit hinweg. Es dürfte sich jedoch empfehlen, den konkreten Sachverhalt im Fälligkeits Schreiben mitzuteilen, um jegliche Haftung für Verzögerungen auszuschließen, die etwa durch den Verlust des Grundschuldbriefes auf dem Postwege eintreten können.

V. Versicherungsleistung, Abtretbarkeit und Drittberechtigung

In bestimmten Fällen ist der Grundstückseigentümer/Versicherungsnehmer nicht frei in der Verwendung der Versicherungsleistung, etwa weil mit dem Versicherer ihre Verwendung zum Wiederaufbau vereinbart wurde oder Realgläubiger sie als Haftungssurrogat beanspruchen.

156 Von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 1987, 43; Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 29.

157 Näher von Oefele/Winkler, a. a. O., 134, Rd.-Nr. 66.

158 Von Oefele/Winkler, a. a. O., 43.

159 Etwas anderes gilt für die Hagelversicherung und die Betriebshaftpflichtversicherung aufgrund der Sonderregelungen in §§ 115, 151 Abs. 2 VVG.

160 Staudinger/Promberger, 12. Aufl. 1981, § 1045 BGB, Rd.-Nr. 4.

161 Staudinger/Promberger, a. a. O., § 1045 BGB, Rd.-Nr. 7.

162 Vgl. Abschn. D. II. 1.

163 Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 32.

164 Fleischmann/Bellinger/Kerl, 3. Aufl. 1979, § 31 HypBG, Anm. 6.

165 § 72 Abs. 3 VAG; Haegle/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl. 1986, Rd.-Nr. 4065.

166 Haegle/Schöner/Stöber, a. a. O., Rd.-Nr. 2006.

167 Prölss/Schmidt/Frey, 9. Aufl. 1983, § 72 VAG, Rd.-Nr. 7.

168 Prölss/Schmidt/Frey, a. a. O., § 72 VAG, Rd.-Nr. 7.

169 Etwas des Inhalts, daß die Lösungsunterlagen dem Notar nicht vorliegen müssen, sondern die Löschung sichergestellt ist.

1. Abtretungsbeschränkung (§ 98 VVG)

Ist bei der üblichen Vereinbarung der Wiederaufbauklausel gem. § 97 VVG der Versicherer nur verpflichtet, zwecks Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen, so kann die Forderung auf die Entschädigungssumme in Höhe des Zeit- oder Neuwertes¹⁷⁰ vor Wiederherstellung des Gebäudes nur an den Erwerber des Grundstücks oder an bauausführende oder -finanzierende Gläubiger abgetreten werden, § 98 VVG. Handelt es sich um eine Neuwertversicherung, so erwirbt der Versicherungsnehmer den Anspruch auf den Neuwertanteil der Entschädigung¹⁷¹ sogar erst, „wenn und soweit er das Gebäude an der bisherigen Stelle wiederhergestellt oder die Verwendung der Entschädigung zu diesem Zweck sichergestellt hat“¹⁷². Diese Regelung muß bei der Abfassung eines Grundstückskaufvertrags über ein Grundstück mit brandgeschädigten Aufbauten beachtet werden. Stellt nämlich der Erwerber das Gebäude wieder her, so entsteht der Anspruch auf den Neuwertanteil erst in seiner Person, wenn nicht zuvor schon die Verwendung zur Wiederherstellung gesichert war¹⁷³, was selten der Fall sein dürfte. Folglich erfaßt eine kaufvertragliche Regelung, wonach der „etwaige Anspruch gegen die Feuerversicherung auf Zahlung des Brandschadens“ an eine abzulösende Grundpfandgläubigerin abgetreten wird, regelmäßig nicht den Neuwertanteil¹⁷⁴. Würde der Käufer im Vertrag seinen künftigen Anspruch auf den Neuwertanteil an die Grundpfandgläubigerin abtreten, so dürfte diese Regelung an § 98 VVG scheitern¹⁷⁵, wenn nicht zumindest das Wirksamwerden der Abtretung zusätzlich durch die Wiederherstellung des Gebäudes bedingt würde.

Aber auch wenn der Kaufvertrag nichts über die Zuordnung der Versicherungsleistung aussagt, sollte dieser Punkt im Beratungsgespräch berührt werden, da die für den Laien überraschende und von dem oben gefundenen Ergebnis¹⁷⁶ abweichende Regelung etwa bei der Berechnung des Kaufpreises berücksichtigt werden muß.

2. Zugehörigkeit zum Haftungsverband (§§ 1127 f. BGB; 99 ff. VVG)

Den Interessen der Grundpfandgläubiger an der Werthaltigkeit ihrer dinglichen Sicherung hat der Gesetzgeber durch Einbeziehung der Versicherungsleistung in den Haftungsverband in §§ 1127–1130 BGB i.V.m. §§ 97–107 c VVG Rechnung getragen. Nach diesen Vorschriften genießt der Gläubiger¹⁷⁷ verschieden starken Schutz, je nachdem, ob er dem Versicherer sein Recht angemeldet hat oder nicht: Mangels Anmeldung des Rechts beim Versicherer kann dieser nur dann mit befreiender Wirkung leisten, wenn die Leistung entweder dem Wiederaufbau dient, § 1130 BGB, oder der Versicherer dem Gläubiger die beabsichtigte Zahlung angezeigt¹⁷⁸ und dieser ihr nicht innerhalb eines Monats nach Erhalt der Anzeige¹⁷⁹ widersprochen hat, § 99 VVG. Hat der Gläubiger seine Forderung dagegen beim Versicherer angemeldet, so kann letzterer nur dann mit befreiender Wirkung leisten, wenn die Verwendung zum Wiederaufbau gesichert ist oder der Gläubiger der Zahlung schriftlich zugestimmt hat, § 100 VVG.

Soweit zum Haftungsverband gem. § 1120 BGB auch Zubehörstücke oder Früchte zählen und diese selbständig¹⁸⁰ sachtversichert sind, setzt ein Zugriff des Gläubigers auf die Versiche-

lungsleistung die Beschlagnahme gem. §§ 1129; 1123 Abs. 2 S. 1; 1124 Abs. 1, 3 BGB voraus. Vor der Beschlagnahme kann der Versicherer also frei an den Versicherten leisten, letzterer kann auch in jeder anderen Weise über die Versicherungsforderung verfügen¹⁸¹. Die Geltendmachung der Rechte des Gläubigers ist gegenüber dem vorrangigen Vormerkungsberechtigten unwirksam, nach dem Erwerb des Eigentums kann der Berechtigte daher von dem Gläubiger, der die Versicherungsforderung eingezogen hat, deren Herausgabe nach Bereicherungsgrundsätzen verlangen¹⁸².

§§ 101–107 VVG enthalten Vorschriften, die dem Grundpfandgläubiger Einfluß auf die Dauer des Versicherungsverhältnisses und sogar Leistungsansprüche selbst für den Fall eröffnen, daß der Versicherer wegen Obliegenheitsverletzungen oder Prämienverzug des Versicherten diesem gegenüber leistungsfrei geworden ist. In einem solchen Fall geht gem. § 104 VVG das Grundpfandrecht auf den Versicherer über, wenn er den Gläubiger befriedigt.

F.

Vertragsgestaltung des Notars

I. Abtretung von künftigen Versicherungsansprüchen

Wie oben¹⁸³ gezeigt, gebührt dem Grundstückserwerber als neuem Träger des versicherten Interesses die Versicherungsleistung für zwischen Gefahr- und Eigentumsübergang eingetretene Versicherungsfälle, der Versicherer hat jedoch an den Veräußerer als „Noch-Versicherungsnehmer“ auszuzahlen. Zum Schutz des Käufers vor Insolvenz oder fehlendem Herausgabewillen des Veräußerers kann im Kaufvertrag vereinbart werden, daß der Veräußerer unter der Bedingung der restlosen Kaufpreiszahlung und mit Wirkung zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs dem Käufer sämtliche Ansprüche aus den das Kaufobjekt betreffenden Sachversicherungen abtritt oder sich zu dieser Abtretung zumindest verpflichtet¹⁸⁴.

Wird allerdings ein Objekt nach Eintritt des Versicherungsfalles zum Wiederaufbau veräußert, so kann hinsichtlich der Abtretung die Frage der Berechtigung an dem Neuwertanteil der Entschädigung zum Thema werden¹⁸⁵ oder die Forderung – noch – nicht frei abtretbar sein, etwa gem. § 98 VVG, der die Abtretung uneingeschränkt nur an den Grundstückserwerber oder die den Bau finanzierenden bzw. ausführenden Gläubiger zuläßt¹⁸⁶. Anhand dieser Beispiele empfiehlt es sich zu formulieren, daß die Abtretung „im Rahmen gesetzlicher oder vertraglicher Beschränkungen“ erfolgt¹⁸⁷.

II. Regelung des wirtschaftlichen Übergangs

Die vertragliche Regelung des wirtschaftlichen Übergangs im Grundstückskaufvertrag läßt regelmäßig die Prämienzahlungspflicht im Innenverhältnis mit dem Gefahrübergang auf den Käufer übergehen¹⁸⁸. Dies sollte in geeigneter Form ausdrücklich klargestellt werden, um Streitigkeiten über die Frage vorzubeugen, ob die Prämien für privatrechtliche Versicherungen zu den Lasten des Grundstücks i. S. d. § 103 BGB zählen¹⁸⁹. Formuliert man etwa, daß Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr einschließlich der Prämienzahlungspflicht aus etwaigen Versicherungsverhältnissen übergehen, so ergibt sich hieraus gleichzeitig der Hinweis für den Käufer, daß er trotz

170 Je nach Vereinbarung im Versicherungsvertrag.

171 D. h. jenen Teil, der in Abweichung von dem in der Schadenversicherung allgemein geltenden Bereicherungsverbot (§ 55 VVG) über den Zeitwert hinausgeht, um den volkswirtschaftlich erwünschten Wiederaufbau zu sichern.

172 So etwa § 7 Abs. 3 VGB.

173 BGH VersR 1988, 925.

174 BGH VersR 1988, 925.

175 Offen gelassen BGH VersR 1988, 925 f.

176 Daß im Regelfall für vor Eigentumsübergang eingetretene Versicherungsfälle der Verkäufer aktiv legitimiert bleibt, vgl. oben bei Fn. 119.

177 § 107 b VVG stellt Reallast-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger dem Hypothekengläubiger gleich.

178 Wenn die Anzeige nicht im Einzelfall untunlich ist, § 99 Abs. 3 VVG a. E., etwa wenn sie unangemessene Kosten oder Mühe verursacht, Prölls/Martin, a. a. O., § 99 VVG, Anm. 3.

179 Falls Anzeige untunlich war, nach Fälligkeit der Entschädigung.

180 Also nicht als Gebäudeteil.

181 MünchKomm/Eickmann, 2. Aufl. 1986, § 1129 BGB, Rd.-Nr. 5.

182 BGH DNotZ 1987, 749.

183 S. oben bei Fn. 66.

184 Bonsmann, DB 1973, Beilage Nr. 14 Seiten 15, 17; Prölls, NJW 1954, 679; Reimer Schmidt, Anm. zu BGH BB 1955, 398 f.

185 So im Fall BGH VersR 1988, 925.

186 Dazu Abschn. E. V. 1.

187 Reimer Schmidt, BB 1955, 398 f.

188 Zu solchen Vereinbarungen Bruck/Möller/Sieg, a. a. O., § 69 VVG, Anm. 89 und § 70 VVG, Anm. 56.

189 Streitig, bejahend Palandt/Heinrichs, § 103 BGB Anm. 1 b) aa) unter Berufung auf OLG Düsseldorf NJW 1973, 146.

sofortiger Kündigung des Versicherungsvertrags nach Eigentumsumschreibung für die restliche Versicherungsperiode anstelle des Veräußerers gem. § 70 Abs. 3 VVG prämienzahlungspflichtig bleibt und er deshalb zur Vermeidung einer Doppelversicherung und Doppelzahlung sein Kündigungsrecht tunlichst zum Ende der laufenden Versicherungsperiode ausüben sollte.

G.

Belehrungspflicht des Notars

Gem. § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, also darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der erstrebte rechtliche Erfolg eintritt und welche unmittelbaren Rechtsfolgen sich an ihn knüpfen¹⁹⁰. Eine Belehrungspflicht hinsichtlich § 571 BGB, der für die §§ 69 f. VVG Vorbildfunktion hatte, wird in der Lit. bejaht¹⁹¹. Angesichts der Parallelität der Regelungen dürfte eine Belehrungspflicht auch für §§ 69 f. VVG zu bejahen sein, wengleich § 571 BGB wegen der damit verbundenen Nutzungsbeschränkung für den Käufer regelmäßig wirtschaftlich bedeutsamer sein dürfte als § 69 VVG.

H.

Zusammenfassung

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß die gesetzliche Regelung der §§ 69 ff. VVG die bei der Grundstücksveräußerung auftretenden Fragen im wesentlichen zufriedenstellend löst und eine umfassende kautelarjuristische „Nachbesserung“ nicht erforderlich ist. Auch ein gesteigertes Bedürfnis nach notarieller Belehrung ist nicht zu konstatieren, da §§ 69 ff. VVG in der Laiensphäre einen hohen Bekanntheits- und Akzeptanzgrad erreicht haben, wengleich ein Hinweis auf die Anzeigepflicht und den Beginn der Kündigungsfrist nicht obsolet sein dürfte. Der Notar sollte jedoch im Hinblick auf die fehlende Aktivlegitimation des Käufers für nach Gefahrübergang, aber vor Eigentumsübergang eingetretene Versicherungsfälle durch Abtretung der Ansprüche an den Käufer gestaltend eingreifen. Des weiteren ist der Notar gefordert bei der Lösung seltener Spezialfälle, etwa der Abtretung von Versicherungsansprüchen, und zwar insbesondere bei der Veräußerung beschädigter Objekte. Hier sollte auch stets geklärt werden, wem nach der Kalkulation der Parteien der Neuwertanteil der Entschädigung zukommen soll.

Auslandsbeurkundung und Richtigkeitsgewähr

(von Notarassessor Dr. Heribert Heckschen, Meerbusch)*

- I. Problematik
- II. Ausgangslage
- III. Das Verfahren vor dem LG Köln
 1. Die Entscheidung des AG Köln
 2. Die Beschwerdeentscheidung
 3. Entwicklung der Rechtsprechung
 4. Kritik an der Entscheidung des LG Köln
- IV. Richtigkeitsgewähr notarieller Beurkundung
- V. Richtigkeitsgewähr und Enthaltungserklärung
- VI. Fazit

„Die Änderung des Gesellschaftsvertrages unterliegt aus Beweissicherungsgründen – und damit Rechtssicherungsgründen –, aber auch zum Zwecke der materiellen Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundungspflicht“¹.

I.

Problematik

Seit Anfang der 70er Jahre wird eine heftige und äußerst kontroverse Diskussion über die Frage geführt, ob und wann

gesellschaftsrechtliche Verträge und Beschlüsse wirksam auch im Ausland beurkundet werden können². Anlaß für die Auseinandersetzung ist das Verhalten deutscher Unternehmen und Privatpersonen, die, um deutsche Beurkundungskosten und ein als mühselig empfundenenes Verfahren (Vorlesen) zu umgehen, in die Schweiz – vor allem nach Zürich – fahren und dort die Beurkundung vornehmen³. Bei Anteilsübertragungen tritt zum Teil die Überlegung hinzu, steuerpflichtige Rechtsgeschäfte dem Fiskus verheimlichen zu können, da der ausländische Notar keine Anzeigepflicht gegenüber dem deutschen FA hat⁴.

Der Schweizer Notar berät die Parteien nicht. Die Urkunde, die er regelmäßig im Termin erstmals sieht, übernimmt er ungeprüft und liest sie den Parteien nicht vor⁵. Seine Tätigkeit beschränkt sich darauf, vor der Beurkundung die Unterzeichnung einer Enthaltungserklärung zu verlangen und – wenn überhaupt – die Identität der Erschienenen festzustellen. Schon die Vertretungsberechtigung der Erschienenen liegt ausweislich der von ihm verlangten Enthaltungserklärung außerhalb seiner Überprüfungsspflicht. Auch im übrigen nimmt er bei Beteiligung juristischer Personen keine Einsicht in die entsprechenden Register. Sein wesentlicher Beitrag besteht in der Unterzeichnung der Urkunde und dem Aufdrücken seines Stempels. Entscheidende Bestandteile der von ihm den Parteien abverlangten Enthaltungserklärung sind die eigene Freistellung von allen Ansprüchen, die sich etwa aus der Lückenhaftigkeit, aus Widersprüchen und Unklarheiten der Urkunde ergeben. Das geschilderte „Beurkundungsverfahren“ wird bei Anteilsübertragungen, der Beurkundung von organisationsrechtlichen Verträgen und der Zustimmung zu ihnen (Verschmelzung, Beherrschungs-/Gewinnabführungsverträge) sowie bei der Proto-

190 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B. 12. Aufl. 1986, § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 15.

191 Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rd.-Nr. 16 unter Bezugnahme auf Reithmann, Belehrungspflicht, Beratung und Betreuung bei der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen, DNotZ 1969, 70, 82.

* Nachdruck des bereits in der Zeitschrift „Der Betrieb“ 1990, 161 erschienenen Beitrags mit freundlicher Genehmigung des Verlags.

1 BGH DB 1988, 2623 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261 – sog. „Supermarktbeschuß“.

2 Nachweise finden sich bei: Staudinger/Großfeld, BGB, 12. Aufl., Int. GesellR, Rd.-Nrn. 290 ff.; Scholz/H. P. Westermann, 7. Aufl., Einl., GmbHG, Rd.-Nr. 94; Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 69; Palandt/Heldrich, BGB,

49. Aufl., Art. 11 EGBGB, Anm. 2 C bb und 2 d, bb; Bredthauer, Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zürich, BB 1986, 1864; Jakobs, Gleichwertigkeit von Beurkundungen in der Schweiz, MittRhNotK 1985, 57; Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Rd.-Nrn. 308 ff.

3 Vgl. auch Strobel, Handelsblatt v. 28. 10. 1986 Nr. 207, 5 (Neue Heimat-Fall); zur Problematik vgl. auch Handelsblatt v. 2. 5. 1989.

4 Darauf verweist Strobel, a.a.O.

5 Nach § 25 NotariatsVO i.V.m. § 240 EGzZGB ist der Züricher Notar ebenso wie seine übrigen Schweizer Kollegen zum Verlesen nicht verpflichtet und unterläßt dies auch in aller Regel.

kollierung von statuarischen Gesellschafterbeschlüssen praktiziert. Für seine Mitwirkung, die nach deutschem Beurkundungsverfahren einer Unterschriftsbeglaubigung gem. § 40 BeurkG entspricht (Höchstgebühr 500,- DM), vereinbart der Züricher Notar zwischen 5.000,- und 10.000,- Franken⁶.

II. Ausgangslage

Sedes materiae ist Art. 11 EGBGB. Formgültig ist danach ein Rechtsgeschäft, wenn es entweder nach den Vorschriften, die auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis Anwendung finden – sog. Geschäftsrecht oder Wirkungsstatut – oder nach dem Recht am Ort der Vornahme – sog. Ortsrecht oder Ortsform – wirksam ist. Abweichend davon ist jedoch für sachenrechtliche Rechtsgeschäfte ausschließlich das Recht der belegenden Sache maßgeblich, Art. 11 Abs. 5 EGBGB.

Streitig ist, ob für gesellschaftsrechtliche Vorgänge ebenso wie für sachenrechtliche Rechtsgeschäfte ausschließlich das Personalstatut der jeweiligen Gesellschaft entscheidend ist. Verlangt man die Einhaltung des nach dem Personalstatut maßgeblichen Geschäftsrechts – für deutsche Gesellschaften also das deutsche Recht – so schließt sich die Frage an, wann eine ausländische Beurkundung den deutschen Formvorschriften entspricht – sog. Gleichwertigkeitsprüfung. Die Auffassungen lassen sich grob skizzieren – ohne daß man eindeutig eine h. M. bestimmen könnte – wie folgt zusammenfassen⁷:

(1) Das Gesetz sieht für gesellschaftsrechtliche Vorgänge keine Abweichung von Art. 11 Abs. 1 EGBGB vor. Gleichgültig, ob es sich um Anteilsübertragungen, Organisationsakte und sonstige statusrechtliche Geschäfte handelt, die Ortsform ist immer ausreichend. Auf eine Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung kommt es nicht an⁸.

(2) Für alle gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen gilt Art. 11 Abs. 5 EGBGB entsprechend. Maßgeblich ist immer das Recht am Sitz der Gesellschaft. Ausländische Beurkundungen können in diesem Bereich der deutschen Beurkundung nicht gleichwertig sein⁹.

(3) Für Anteilsübertragungen ist die Ortsform ausreichend, da hier die Funktion notarieller Beurkundung nicht in einer Richtigkeitsgewähr liegt und den Urkunden keine Publizitätsfunktion zukommt. Für statusrechtliche Rechtsgeschäfte (Gründung) und Beschlüsse (Satzungsänderung) sowie für die Zustimmung zu körperschaftlichen Organisationsverträgen (Ver-

schmelzung, Unternehmensvertrag) ist das Geschäftsrecht maßgeblich. Es ist jeweils zu prüfen, ob die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist¹⁰.

(4) Wie (3) aber mit der Einschränkung, daß für die Beurkundung von Verfassungsakten deutscher Gesellschaften ausschließlich der deutsche Notar zuständig sei. Eine Gleichwertigkeitsprüfung entfällt. Dies sei durch das besondere öffentliche Interesse, das solche Geschäfte genießen, die im Handelsregister eingetragen werden, gerechtfertigt¹¹.

(5) Letztlich wird aus der amtlichen Begründung zur Neuregelung des Art. 11 EGBGB gefolgert, daß die Ortsform für Rechtsakte, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen, nicht zur Verfügung stehe¹². In der amtlichen Begründung ist dargelegt, daß Art. 11 EGBGB nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem Standort nicht die Form von Vorgängen regelt, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen¹³.

Die letztgenannte Ansicht konnte sich bisher nicht durchsetzen, da der Gesetzentwurf im weiteren darauf verweist, daß es bei den allgemeinen Regelungen, die bisher entwickelt wurden, verbleiben solle¹⁴. Während die Vertreter der unter (1) genannten Auffassung neben dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB vor allem die Freizügigkeit des Rechtsverkehrs anmahnen¹⁵, weist die Gegenmeinung auf den Sinn der Beurkundungsvorschriften hin¹⁶.

Beratung, Belehrung und die Gewährleistung für eine dem jeweils anwendbaren Recht entsprechende Beurkundung könne nur der mit diesem Recht vertraute Notar sicherstellen. Man verweist darauf, daß auch im benachbarten Ausland abschließliche Beurkundungszuständigkeiten der dortigen Notare vorgesehen sind¹⁷. Zudem sei es widersprüchlich, einerseits an den deutschen Notar immer höhere Anforderungen (Belehrung, Prüfung) zu stellen und die Haftung ständig auszuweiten¹⁸, andererseits Auslandsbeurkundungen in vermehrtem Maß zuzulassen¹⁹.

III. Das Verfahren vor dem LG Köln

1. Die Entscheidung des AG Köln²⁰

Das AG Köln hatte – wie schon das OLG Hamm²¹ in einer älteren Entscheidung – einen in Zürich beurkundeten Verschmelzungsvertrag, der die Verschmelzung von fünf GmbHS auf eine neugegründete GmbH, § 32 KapErHG, und den entsprechenden Gesellschaftsvertrag der neugebildeten GmbH zum Ge-

6 Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf gem. § 45 KostO ist in Deutschland mit höchstens 250,- DM zu berechnen.
7 Neben den unter Fn. 2 zitierten Stellen finden sich Übersichten bei Kropholler, Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht, ZHR 140 (1976), 394; Geimer, Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht – Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 16. 2. 1981 – II ZB 8/80, DNotZ 1981, 406; Hachenburg/Behrens, 7. Aufl., Einl. GmbHG, Rd.-Nr. 98; BayObLG Rpfleger 1978, 58 = DNotZ 1978, 170.
8 Palandt/Heldrich, a.a.O. (Fn. 2); Bokelmann, GmbH-Gesellschafterversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notare, NJW 1972, 1729; Bernstein, Erwerb und Rückerwerb von GmbH-Anteilen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, ZHR 140 (1976), 414; MünchKommSpellenberg, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 19; Soergel/Kegel, 11. Aufl., Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 21 je m. w. N.
9 Brambring, Zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung bei Geltung des deutschen Rechts, NJW 1975, 1255; Winkler, ZAP 1989, 194; ders., GmbH-Gesellschafterversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notare, NJW 1973, 222; ders., Beurkundung gesellschaftlicher Akte im Ausland, NJW 1974, 1032; Wolfsteiner, Auslandsbeurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH, DNotZ 1978, 532; Firsching, IPRax 1983, 80; H. Schmidt, Beurkundungen im Ausland – Anm. zu und Folgerungen aus dem Beschl. des OLG Hamm v. 1. 2. 1974, DB 1974, 1216; van Randenborgh (Anm. zu OLG Hamm, Beschl. v. 1. 2. 1974 – 15 Wx 6/74 – BB 1974, 338 f. = DB 1974, 669), BB 1974, 483; in dieser Richtung auch: Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nrn. 69 ff.; Staudinger/Großfeld, a.a.O. (Fn. 2); Staudinger/Firsching, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 97 will bei Anteilsübertragungen die Substitutionsfrage – Gleichwertigkeitsprüfung – stellen.
10 Bredthauer, BB 1986, 1864; Staudinger/Großfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 311 will zwar nicht die Ortsform ausreichen lassen, bei der Gleichwertigkeitsprüfung aber geringere Anforderungen stellen.

11 Vgl. etwa Kropholler, a.a.O. (Fn. 7).
12 Lichtenberger, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privat-Rechts, DNotZ 1986, 644, 653 f.
13 Amtl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 10/504, 49.
14 BT-Drucks. a.a.O.
15 So etwa Stephan, Zum internationalen Beurkundungsrecht, NJW 1974, 1596; Maier-Reimer, Veräußerung von GmbH-Anteilen vor Schweizer Notaren, BB 1974, 1230; Müller-Gindullis (Buchbesprechung), RabelsZ 38 (1974), 640.
16 Winkler, a.a.O. (Fn. 9); Brambring, a.a.O. (Fn. 9) sowie die weiteren in Fn. 9 genannten Autoren.
17 So ausdrücklich mit Verweis auf die Regelungen in Österreich, der Schweiz, Luxemburg und Frankreich Brambring, a.a.O.; Winkler, Beurkundungen im Ausland bei Geltung deutschen Rechts, NJW 1972, 981; Blumenwitz, Zum Kollisionsrecht der notariellen Urkunde, DNotZ 1968, 712.
18 Eine Übersicht über die insoweit extensive Rspr. findet sich bei Haug, Die Amtshaftung des Notars. 1989; der Notar soll jetzt auch dafür haften, daß er den Hinweis auf steuerrechtliche Konsequenzen des beurkundeten Rechtsgeschäfts unterlassen hat, BGH DNotZ 1989, 452 = MittRhNotK 1989, 85.
19 Auf diese Diskrepanz weist ausdrücklich hin: Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 72; Geimer, DNotZ 1981, 409.
20 DB 1989, 2014 = MittRhNotK 1990, 21.
21 NJW 1974, 1057 = DNotZ 1974, 476 = DB 1974, 669 m. zust. Anm. van Randenborgh, BB 1974, 483; H. Schmidt, DB 1974, 1216; Winkler, NJW 1974, 1032; abl.: Wuppermann, Auslandsbeurkundungen von Gesellschafterbeschlüssen im Widerstreit zwischen Kostenersparnis und Rechtssicherheit, AWD 1974, 255; Stephan, a.a.O. (Fn. 15); Maier-Reimer, BB 1974, 1230; differenzierend Mann, Zur Auslegung des Art. 11 EGBGB, ZHR 138 (1974), 448.

genstand hatte, für formunwirksam erklärt²². Die bei der Verschmelzung durch Neubildung²³ zu beachtenden Beurkundungsanforderungen gem. §§ 33, 21 Abs. 4 KapErhG; 2 Abs. 1 GmbHG, seien nicht gewahrt. Das AG hatte dargelegt, für Rechtsgeschäfte, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, sei das Ortsstatut nicht maßgebend. Art. 11 Abs. 5 EGBGB sei entsprechend anzuwenden und daher die Ortsform nicht ausreichend. Die Form des Rechtsgeschäfts bestimme sich nach dem Personalstatut der Gesellschaft. Dies ergebe sich daraus, daß die Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge „in erster Linie der materiellen Richtigkeitsgewähr (dient) und bezweckt, die Rechtmäßigkeitsprüfung nicht allein dem Registerrichter aufzuerlegen“²⁴.

Die Beurkundung in Zürich sei im übrigen auch nicht gleichwertig. Der Notar sei von seiner Vorbildung dem deutschen Notar nicht vergleichbar und das Beurkundungsverfahren bleibe deutlich unter den in Deutschland geltenden Anforderungen²⁵. Die in der Tendenz abweichende Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1981 sei durch die inzwischen gewonnenen Erkenntnisse über das Schweizer Notariatswesen überholt²⁶. Sie lasse sich mit dem Beschluß des gleichen Senats vom 24.10.1988²⁷ nicht in Einklang bringen.

2. Die Beschwerdeentscheidung²⁸

Das LG Köln geht auf die Frage, ob die Ortsform ausreicht, nicht ein. Die Beurkundung in der Schweiz sei gleichwertig. Das Gericht bezieht sich ohne nähere Stellungnahme auf das Urteil des BGH aus dem Jahre 1981²⁹. Inwieweit die gegen dieses Urteil vorgebrachten Bedenken gerechtfertigt seien, müsse dahingestellt bleiben. Es sei davon auszugehen, daß im Vertrauen auf diese Entscheidung inzwischen zahlreiche Beurkundungen in der Schweiz erfolgt seien. Halte man an diesem Urteil nicht fest, seien „alle diese Beurkundungen unwirksam“. Eine darauf beruhende Rechtsverwirrung dürfe nicht zugelassen werden. („Was nicht sein darf, das nicht sein kann.“)

3. Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rspr. differenzierte bisher. Die Instanzgerichte sehen überwiegend Anteilsübertragungen, die der entsprechenden Ortsform genügen, für wirksam an, sofern eine vergleichbare Gesellschaftsform im Ausland existiert³⁰. Bis 1981 entsprach es auf der anderen Seite der h. M. in der Rspr., den Status betreffende Beschlüsse nur bei Einhaltung des Geschäftsrechts anzuerkennen³¹. Der BGH ließ die Frage 1981 offen, erklärte aber basierend auf der objektiv unzutreffenden Annahme, das Beurkundungsverfahren entspreche dem deutschen Recht, eine Beurkundung in Zürich sei einer deutschen Beurkundung gleichwertig³². Unberücksichtigt blieb, daß das Schweizer

Recht keine Pflicht zum Verlesen einer Urkunde kennt³³. In Deutschland ist das Verlesen aber sinnvollerweise ein unverzichtbares Merkmal der Beurkundung, § 13 BeurkG. Wird die Urkunde nicht verlesen, ist sie nichtig. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, daß bei Fehlen dieses Merkmals nicht von einer Beurkundung gesprochen werden kann³⁴. Der Sinn und die Bedeutung des Verlesens der Urkunde zeigen sich tagtäglich in der Praxis. Kaum eine Urkunde wird letztlich ohne eine vorherige handschriftliche Abänderung, deren Notwendigkeit – wenn auch oftmals aus formalen Gründen – sich im Termin ergibt, unterzeichnet.

Beiläufig hat der BGH sein Urteil aus dem Jahre 1981 in einer neuen Entscheidung bestätigt. Erneut geht er trotz der inzwischen veröffentlichten Kritik auf die Unterschiede des Beurkundungsverfahrens nicht ein³⁵. Das OLG Düsseldorf³⁶ läßt es dahingestellt, ob die Beurkundung in den Niederlanden der deutschen Beurkundung gleichwertig ist. Auch für Beurkundungen, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, sei die Ortsform ausreichend. Dies soll sich aus der Neufassung des Art. 11 EGBGB ergeben³⁷. Ein Argument, das offensichtlich unzutreffend ist.

Ein Blick in die bereits dargelegte Gesetzesgeschichte zeigt dies ohne weiteres, wie auch das AG Köln in einer weiteren Entscheidung v. 14. 8. 1989 zu Recht betont³⁸. Der Gesetzgeber wollte gerade die bisher offene Frage, ob Art. 11 Abs. 5 EGBGB auf Vorgänge, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, anzuwenden ist, nicht regeln. In der letztgenannten AG-Entscheidung, die nicht angefochten wurde, legt das Gericht detailliert dar, aus welchen Gründen die Zustimmung zu Organisationsverträgen – Unternehmensvertrag – nicht der Ortsform, sondern entsprechend Art. 11 Abs. 5 EGBGB dem Personalstatut unterliegt. Entscheidend sei die Richtigkeitsgewähr und Publizitätsfunktion, die in solchen Fällen der Beurkundung zukomme. Die Beurkundung in Zürich sei zudem nicht gleichwertig. Die zum Schutze der Öffentlichkeit, der Gläubiger und Anteilseigner mit der notariellen Beurkundung beabsichtigte Richtigkeitsgewähr und die im Interesse aller – und nicht nur der Parteien – liegende Gewährleistung einer umfassenden Prüfung und Belehrung könne der Züricher Notar nicht sicherstellen³⁹.

4. Kritik an der Entscheidung des LG Köln

Das LG Köln läßt alle mit der Frage der Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen verbundenen Fragen offen. Es erkennt zwar, daß die Kritik an der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1981 nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist. Auf die Berechtigung dieser Kritik soll es aber nicht ankommen. Halte man nämlich die Entscheidung des BGH für unzutref-

22 Ob auch die Zustimmungsbeschlüsse zum Vertrag in der Schweiz beurkundet wurden, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Bei der Verschmelzung durch Neubildung ist neben dem Verschmelzungsvertrag und den entsprechenden Zustimmungsbeschlüssen der Gesellschaftsvertrag der neugegründeten aufzunehmenden Gesellschaft zu beurkunden, § 32 Abs. 3 KapErhG. Bisher nicht entschieden ist die Frage, ob auch die Verschmelzung durch Aufnahme von GmbH's in eine GmbH, § 19 KapErhG, in der Schweiz beurkundet werden kann, obwohl die Schweiz ein derartiges Rechtsinstitut nicht kennt. Zur Verschmelzung durch Neugründung vgl. Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989, 47; ders., MittRhNotK 1989, 69, 98.

23 Zur Verschmelzung insgesamt vgl. Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989.

24 BGH DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261 = DB 1988, 2623 mit Anm. Heckschen, DB 1989, 29; ders., DB 1989, 1273.

25 AG Köln DB 1989, 2014 = MittRhNotK 1990, 21 unter Bezug auf die detaillierten Ausführungen von Bredthauer, BB 1986, 1864.

26 BGH NJW 1981, 1160 = DNotZ 1981, 451 bezog sich auf IPG-Gutachten 1971 Nr. 41 Köln). Dieses Gutachten hatte sich eigentlich nur mit der Frage der Gleichwertigkeit einer in der Schweiz vorgenommenen Beglaubigung (Übernahmeerklärung) zu befassen, vgl. Brambring, a.a.O. (Fn. 2). Die Tatsache, daß in der Schweiz Urkunden nicht vorgelesen werden müssen, übergeht das Gutachten.

27 BGH, a.a.O. (Fn. 24).

28 LG Köln DB 1989, 2214 = WM 1989, 1769 = MittRhNotK 1990, 21.

29 BGH a.a.O. (Fn. 26).

30 BayObLG NJW 1978, 500 = DNotZ 1978, 170; OLG Frankfurt WM 1981, 946 = DNotZ 1982, 188; LG Bonn IPRspr. 1971 Nr. 170; abweichend LG München

DNotZ 1976, 501 m. Anm. Brambring; LG Stuttgart IPRspr. 1976 Nr. 5 A; LG Konstanz IPRspr. 1970 Nr. 144.

31 OLG Karlsruhe RIW/AWD 1979, 567; OLG Hamm, a.a.O. (Fn. 21); a. A. OLG Stuttgart NJW 1981, 1176, im Vorlagebeschl. zu der nachzitierten BGH-Entscheidung.

32 BGH NJW 1981, 1160 = DNotZ 1981, 451 mit abl. Anm. Geimer, DNotZ 1981, 406 und Bredthauer, BB 1986, 1864.

33 Vgl. Fn. 5 sowie die ausführlichen Darstellungen bei Bredthauer, a.a.O. (Fn. 2) und Jakobs, a.a.O. (Fn. 2).

34 So zutreffend Brambring NJW 1975, 1258 unter Hinweis auf BT-Drucks. V 3282, Einl. 1.1. In der Kommentarliteratur zu § 13 BeurkG ist es unbestritten, daß das Verlesen der Urkunde unverzichtbares Wesensmerkmal der Beurkundung ist, da nur so sichergestellt sei, daß der Notar und die Beteiligten die Urkunde in vollem Umfang wahrgenommen und überprüft haben: Huhn/von Schuckmann, 2. Aufl., § 13 BeurkG, Rd.-Nrn. 4 ff.; Jansen, FGG, 2. Aufl., § 13 BeurkG, Rd.-Nrn. 8 ff.; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 13 BeurkG, Rd.-Nr. 2.

35 BGH ZIP 1989, 1052 mit krit. Anm. Heckschen, WuB II C. § 161 HGB 1.89. Die detaillierte Kritik insbes. von Bredthauer, BB 1986, 1864 bleibt völlig unberücksichtigt. Der Fall betraf eine Anteilsübertragung.

36 DB 1989, 569 mit krit. Anm. Winkler, ZAP 1989, 194.

37 OLG Düsseldorf, a.a.O.

38 DB 1989, 2423 = WM 1989, 1810 = MittRhNotK 1990, 22 mit zust. Anm. Heckschen, EWIR Art. 11 EGBGB 1/90, 55. Das AG weist zutreffend auf die auch von Lichtenberger (Fn. 12) zitierte Gesetzesbegründung hin (vgl. Fn. 13).

39 AG Köln a.a.O.; ähnlich hatten bereits das OLG Hamm (Fn. 21) und das OLG Karlsruhe (Fn. 31) argumentiert.

fend, so seien alle im Ausland vorgenommenen Beurkundungen unwirksam. Dies könne nicht hingenommen werden. Es ist dem Beschwerdegericht zwar zu konzidieren, daß es Rechtsfragen – seien sie auch noch so bedeutend – offen lassen kann, wenn sie nicht streitentscheidend sind. Bevor man aber eine möglicherweise unrichtige Auffassung mit dem Argument des Vertrauensschutzes – auf eine nicht einmal im Ansatz gefestigte Rspr. – aufrecht erhält, hätten die Fragen nahegelegen, ob

- (1) es für den zu entscheidenden Fall auf diesen Aspekt überhaupt ankam,
- (2) Vertrauensschutz und Rechtssicherheit nicht anderweitig gewährleistet sind.

Liest man die entsprechende Passage der Beschwerdeentscheidung, so drängt sich der Eindruck auf, das LG habe seine Funktion verkannt. Das LG hatte im Beschwerdeverfahren ausschließlich darüber zu entscheiden, ob das Registergericht zu Recht die Eintragung eines kurz zuvor in der Schweiz beurkundeten Verschmelzungsvertrages abgelehnt hatte. Der einzige „Schaden“, der den Beteiligten drohte, bestand darin, die in der Schweiz aufgewandten Kosten unnütz investiert zu haben. Die Parteien wären gezwungen, die Beurkundung in Deutschland nachzuholen. Gesichtspunkte eines etwaigen Vertrauensschutzes spielten für den zu entscheidenden Sachverhalt keine Rolle. Die Überlegungen des LG liegen somit neben der Sache. Entscheidend ist aber – insofern muß man die Entscheidung als oberflächlich kritisieren –, daß das LG vor dem zweiten nicht den ersten Schritt tat. Die – eigentlich nicht streitentscheidende – Frage nämlich, ob Auslandsbeurkundungen aus der Vergangenheit, die andere Sachverhalte betreffen, ohne weiteres unwirksam sind, läßt sich nicht so ohne jede Mühe beantworten. Nimmt man zunächst einmal Anteilsübertragungen von der Prüfung aus, da hier die Frage der Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen möglicherweise anders zu beurteilen ist, so ist darauf hinzuweisen, daß in allen anderen Fällen schon über die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ein – wenn auch auf die Vergangenheit beschränkter – Vertrauensschutz gewährleistet ist⁴⁰.

Vielfach ist aber bereits spezialgesetzlich eine Heilung formnichtiger Beschlüsse durch die Eintragung vorgesehen. Zu nennen sind die §§ 352 a AktG; 25 Abs. 4 KapErhG⁴¹. Zumindest mit diesen anläßlich des zu entscheidenden Sachverhaltes – Verschmelzung – naheliegenden Normen hätte sich das LG zu befassen gehabt, wenn es schon der Auffassung ist, ein „obiter dictum“ sprechen zu müssen. Im Aktienrecht wird die mangelnde Form von Verschmelzungsvertrag und Zustimmungsbeschlüssen durch die Eintragung geheilt, §§ 352, 352 a AktG. Für die GmbH gilt dies gem. § 25 Abs. 4 KapErhG unzweifelhaft für den Verschmelzungsvertrag. Im übrigen hat zwar der Gesetzgeber bei der Reform des Verschmelzungsrechts aus nicht nachvollziehbaren Gründen eine umfassende Heilungsvorschrift, die auch die Zustimmungsbeschlüsse umfaßt, nicht ins Gesetz aufgenommen⁴². Inwieweit eine analoge Anwendung des § 352 a AktG zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt⁴³. Entscheidend ist, daß das LG übersehen hat, daß nach ganz h. M. Formmängel durch die Eintragung geheilt werden⁴⁴. Dies ist für formfehlerhafte Beschlüsse unbestritten und wird aus einer Analogie zu § 242 AktG hergeleitet. Für formfehlerhafte Gründungen entspricht dies ebenfalls der zuvor zitierten h. M. Die gesamte Argumentation des LG bricht – und dies zeigt ein Blick in jeden der einschlägigen Kommentare – schnell

in sich zusammen. Was bleibt, ist dann noch die vermeintliche „normative Kraft des Faktischen“. Allein aus einer tatsächlichen Übung über einen Zeitraum von acht Jahren hinweg, die zudem auf einer einzelnen Entscheidung fußt, dürfte sich aber sicherlich kein „Gewohnheitsrecht“ herausbilden.

Hilfreicher wäre es gewesen, wenn sich das LG mit der Auffassung des AG auseinandergesetzt hätte, angesichts der Richtigkeitsgewähr und Publizitätsfunktion notarieller Beurkundung müsse eine Anerkennung von Auslandsbeurkundungen ausscheiden.

IV.

Richtigkeitsgewähr notarieller Beurkundung

Die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung von Satzungsänderungen und Zustimmungsbeschlüssen zu körperschaftlichen Strukturentscheidungen wird ganz wesentlich mit der Richtigkeitsgewähr, die diesem Verfahren zukomme, begründet⁴⁵. Der BGH hat in dem eingangs zitierten Beschluß ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 53 GmbHG auf Zustimmungsbeschlüsse zu Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen gerade mit dieser Funktion notarieller Beurkundung gerechtfertigt. Richtigkeitsgewähr bedeutet, daß der Notar durch seine Belehrung und Prüfung ganz allgemein auf die Abfassung materiell richtiger Urkunden hinwirkt. Bei der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen hat er insbesondere auf die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung, die Einhaltung von Stimmverboten und sonstigen Abstimmungshindernissen und den ordnungsgemäßen Hergang der Beschlußfassung zu achten⁴⁶. Der BGH weist ausdrücklich darauf hin, daß nicht lediglich das Einhalten formaler Voraussetzungen sichergestellt werden solle, sondern die Mitwirkung des Notars der Einhaltung des materiellen Rechts diene⁴⁷. Zu berücksichtigen ist, daß das deutsche Registerwesen auf zwei Stützen aufgebaut ist: Der Vorprüfung durch den Notar und die aus seiner Prüfung folgende Gewähr für die Richtigkeit des Beurkundeten. In einem zweiten Schritt erfolgt dann die Überprüfung durch das Registergericht.

Die eindeutigen Darlegungen des BGH in seinem Beschluß vom 24. 10. 1988⁴⁸ zeigen, daß der Senat von dem mißverständlichen Schlußsatz der Entscheidung vom 16. 2. 1981⁴⁹ abrückt. Dort hatte er noch angedeutet, auch aus der Publizitätsfunktion notarieller Urkunden, die im Handelsregister vollzogen würden, folge nicht zwingend, daß diese im Inland beurkundet werden müßten. Dritte seien durch die Prüfung des Registergerichts geschützt. Schon damals mußte man sich fragen, warum dann überhaupt noch an dem Erfordernis notarieller Beurkundung festgehalten wird. Auch einige derjenigen, die sich im übrigen für eine möglichst weitgehende Anerkennung ausländischer Urkunden einsetzen, sehen ein, daß dort, wo Publizitätsfunktion und Richtigkeitsgewähr Funktionsmerkmale der Beurkundung sind, eine Einschränkung geboten ist. Dem Funktionieren des deutschen Registerrechts sei hier der Vorrang einzuräumen. Für die materielle Richtigkeit einer Urkunde kann nur derjenige einstehen, der mit dem anzuwendenden Recht vertraut ist. Gerade der Sachverhalt, der der Entscheidung des AG Köln⁵⁰ zugrunde lag, zeigt dies auf. Die Frage, ob und wann Zustimmungsbeschlüsse zu Unternehmensverträgen zu beurkunden sind, läßt sich noch nicht einmal ohne weiteres bei Kenntnis des deutschen GmbH-Rechts beurteilen. Der ausländ-

40 So ausdrücklich zuletzt der BGH mit Entscheidung vom 14. 12. 1987 zur Frage der Folgen eines möglicherweise unwirksamen Unternehmensvertrages, DB 1988, 596 = DNotZ 1988, 621 = MittRhnNotK 1988, 69.

41 Vgl. dazu Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989, 61 m. w. N.

42 Vgl. dazu Heckschen, a. a. O.

43 Gegen analoge Anwendung Scholz/Priester, Anh. Umw., § 25 KapErhG, Rd.-Nrn. 20 f.; Hachenburg/Schilling/Zult, GmbHG, 7. Aufl., § 25 KapErhG, Rd.-Nr. 11; Heckschen, a. a. O.; a. A. Rowedder/Zimmermann, Anh., GmbHG, Rd.-Nr. 417.

44 Vgl. etwa Hachenburg/Ulmer, ErgBd., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 20; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 15; (zum formnichtigen Gesellschaftsvertrag m. w. N.); ders., Anh. § 47 GmbHG, Rd.-Nrn. 36 ff.; Gegenstimmen sind – soweit ersichtlich – nicht erkennbar, was die Heilung formnichtiger Beschlüsse betrifft. Kritisch bei Auslandsgründungen Winkler, NJW 1974, 1032.

45 Vgl. AG Köln, a. a. O. (Fn. 20, 38); BGH, a. a. O. (Fn. 1).

46 KK/Zöllner, § 130 AktG, Rd.-Nrn. 62 ff.; Röhl, Die Beurkundung von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen, DNotZ 1979, 644, 652 f.

47 A. a. O. (Fn. 24).

48 A. a. O. (Fn. 24).

49 BGH NJW 1981, 1160.

50 A. a. O. (Fn. 38).

dische Notar kann die vom BGH mit der Beurkundung verfolgten Zwecke nicht wahrnehmen.

Es ist nur allzu verständlich, daß sich die Registergerichte dagegen wehren, Arbeit und Funktionen des Notars zu übernehmen, nur um deutschen Unternehmen Beurkundungskosten sparen zu können⁵¹. Die auf die Registergerichte abgewälzte Mehrarbeit geht letztlich zulasten aller anderen an einem schnellen und einwandfreien Funktionieren des Registerwesens interessierten Beteiligten. Es ist begrüßenswert, daß das AG Köln in beiden zitierten Entscheidungen⁵² ausdrücklich aufzeigt, daß ein Verzicht auf Belehrung und Prüfung durch den Notar dort unbeachtlich ist, wo diese Tätigkeit des Notars nicht nur im Interesse der Parteien liegt und die Beurkundung Zielsetzungen verfolgt, die über den Schutz der Parteien hinausgehen.

Gerade das vom LG Köln entschiedene Verfahren ist kennzeichnend für die Mängel, die durch die Beurkundungen im Ausland provoziert werden. Man hat dort schlicht übersehen, daß die übertragende Gesellschaft Zweigniederlassungen hatte und insofern keine Regelungen getroffen. Verschmelzungen von GmbHs kennt das Schweizer Recht im übrigen nicht und daher verwundert es nicht, wenn gerade in diesem Bereich die Urkunden häufig mangelhaft sind.

V.

Richtigkeitsgewähr und Enthaltungserklärung

Bisher in der Rspr. nicht diskutiert ist die Frage, welche Wirkung den umfassenden Enthaltungserklärungen, die die Beteiligten standardmäßig in allen Schweizer Notariaten abzugeben haben, zukommt. Wie eingangs beschrieben, zeichnet sich der Notar durch diese Erklärung von jeder Verantwortung für die Urkunde frei. Von all den Aufgaben, die die beurkundende Tätigkeit des deutschen Notars als Organ der Rechtspflege prägen, bleibt nichts. Der Notar läßt sich eben bestätigen, daß er weder prüft noch belehrt noch für die formale oder materielle Richtigkeit der Urkunde einsteht oder überhaupt die Urkunde auf ihre Richtigkeit hin überprüft hat.

Diese globale Freizeichnung steht im Wertungswiderspruch zur Rspr. des BGH in anderen Bereichen. Lehnt z. B. ein Anwalt jegliche Verantwortung für einen von ihm unterzeichneten Schriftsatz ab, so wird seine Unterschrift unter dem Schriftsatz als unwirksam behandelt⁵³. Bereits das RG hatte klargestellt, daß die Unterschrift unter einer Klageschrift im Anwaltsprozeß, § 129 ZPO, oder einer Berufungsbegründung, § 519 ZPO, unbeachtlich sei, wenn der Anwalt die ihm als Organ der Rechtspflege zugedachte Funktion, den Schriftsatz zu überprüfen und für ihn die Verantwortung zu übernehmen, ablehnte⁵⁴. Ergibt sich also aus einem Zusatz unter dem Schriftsatz oder aus anderen Umständen, daß der Anwalt sich von jeder Haftung für den Inhalt des eingereichten Schriftsatzes freizeichnet, so gilt die Klage/Berufungsbegründung als nicht eingereicht. Die Parallele zu der hier behandelten Problematik der Enthaltungserklärung von ausländischen Notaren ist offensichtlich. Auch diese lehnen die Übernahme der Aufgaben ab, die eine Beurkundung überhaupt erst sinnvoll machen und die Einschaltung dieses Organs der Rechtspflege rechtfertigen.

Der Hinweis darauf, daß auch deutsche Notare in begrenztem Umfang von der Belehrungspflicht freigestellt sind, § 17 Abs. 3 BeurkG, hilft nicht weiter. Schon Brambring⁵⁵ hat aufgezeigt, daß aus der Beschränkung der Belehrungspflicht des deutschen Notars keine Rückschlüsse darauf zu ziehen sind, ob seine Urkunde im Ausland anerkannt wird. Darüber hinaus ist zu beachten, daß der deutsche Notar zwar nicht zur Belehrung über ausländisches Recht verpflichtet ist, sehr wohl aber die Urkunde auf Widerspruchsfreiheit, Genauigkeit und die Einhal-

tung etwa ihm vorliegenden Satzungen zu überprüfen hat. Trotz fehlender Belehrung über ausländisches Recht übernimmt der deutsche Notar also Verantwortung und Haftung für die von ihm beurkundete Niederschrift und geht über die bloß beglaubigende Mitwirkungshandlung seines Schweizer Kollegen hinaus.

Denjenigen, die für eine nur beschränkte Anerkennung von Auslandsurkunden eintreten, wird immer wieder vorgeworfen, sie verstünden die Zeichen der Zeit nicht, da sie die Freizügigkeit des Rechtsverkehrs behindern wollten. Der Begriff „Freizügigkeit des Rechtsverkehrs“ ist i. d. S. ein oft mißverständenes Schlagwort: Wer sich gegen eine schrankenlose Freizügigkeit aller Rechtsakte ausspricht, setzt sich in der Diskussion allzu leicht dem Vorwurf aus, in überholtem nationalistischem Denken befangen zu sein, also „den Zug der Zeit verpaßt zu haben“⁵⁶. Nach wie vor bestimmen weltweit nationale Rechtsordnungen den Rechtsverkehr. Von einem europäischen oder gar weltweiten „Einheitsrecht“ kann auf Jahrzehnte hinaus – realistisch eingeschätzt – nicht die Rede sein. „Freizügigkeit“ kann und darf nicht die bestehenden Ordnungen einfach verwischen, ohne neue Rechtskonturen – dann einheitlich – an deren Stelle zu setzen. „Freizügigkeit im Rechtsverkehr“ kann also im gegenwärtigen Zeitpunkt nur anstreben, jedem Menschen zu ermöglichen, sich in jedem Land (nach dessen Rechtsordnung) frei zu bewegen. Es muß also – konkret gesprochen – möglich sein, daß ein Ausländer über deutsche Rechtsverhältnisse oder Vermögensrechte wie ein Deutscher unter zumutbaren Einschränkungen jederzeit frei verfügen kann und darf. Die heutigen Verkehrsverhältnisse und Kommunikationsmöglichkeiten, zumindest in Europa, gestatten dies in allzeit zumutbarer Weise. Warum sollte es also einem Schweizer oder Portugiesen unzumutbar oder gar unmöglich sein, sich für deutsche Rechtsakte der Mitwirkung oder Hilfe eines deutschen Notars zu bedienen, der mit Sicherheit die Erfordernisse oder Auswirkungen eines „deutschen“ Rechtsgeschäfts besser erkennen kann als ein ausländischer Kollege? Bevor die Rechtssysteme nicht so weit angeglichen sind, daß Notare im Ausland die Funktionen übernehmen können und wollen, die dem Notar von der jeweils einschlägigen Rechtsordnung zugedacht sind, solange ist für Freizügigkeit kein Raum. Die Tatsache, daß sich in den letzten Jahren scharenweise deutsche Staatsbürger auf den Weg in die Schweiz (zum Notar) begeben haben, gerade um dort deutsche Rechtsgeschäfte zu tätigen, zeigt doch deutlich, daß der angeblich so mühsame Weg offenkundig doch zumutbar ist, wenn es gilt, der eigenen Rechts- oder Steuerordnung ein Schnippchen zu schlagen. Daß es sich dabei durchweg nicht um soziale Härtefälle handelt, sei nur am Rande erwähnt. Mit dem Postulat der Freizügigkeit im Rechtsverkehr ist dieser unbefriedigende Zustand nicht zu begründen, der letztlich auf eine bloße Aushöhlung oder Umgehung deutscher Rechtsvorschriften hinausläuft.

Praktische Konsequenz der Entscheidungen des AG Köln und der hier vertretenen Auffassung ist, daß Rechtspfleger und Registergericht ausländische Urkunden in jedem Falle dann als unwirksam zu behandeln haben, wenn entweder aus der Urkunde selbst oder auf Nachfrage festzustellen ist, daß der Notar eine umfassende Enthaltungserklärung hat unterzeichnen lassen. Es dürfte gerichtsbekannt sein, daß in der Schweiz ohne Enthaltungserklärung keine Beurkundung vorgenommen wird. Die Registergerichte können von dem beurkundenden Notar eine entsprechende Erklärung verlangen.

In welchem eklatanten Gegensatz die Vorstellung des BGH von den Aufgaben notarieller Beurkundung, die sich in dem eingangs wiedergegebenen Zitat ausdrückt, zu dem Verfahren des Schweizer Notars steht, mag das Beispiel einer Enthaltungserklärung verdeutlichen, wie sie so oder ähnlich standardmäßig verwendet wird⁵⁷:

51 Zu den mit der Verschmelzung verbundenen Beurkundungskosten in Deutschland vgl. Heckschen, a.a.O. (Fn. 22), 73, sowie aktuell BayObLG DB 1989, 2424 m. Anm. Heckschen, EWIR, § 27 KostO 1/89, 1223.

52 A.a.O. (Fn. 20, 38).

53 RGZ 65, 82; RG JW 1935, 777.

54 Vgl. RG, a.a.O. und auch Stein/Jonas/Leipold, 20. Aufl., § 129 ZPO,

Rd.-Nr. 8 sowie alle weiteren Kommentierungen zu §§ 129, 130, 519 ZPO. A.a.O. (Fn. 2).

55 So etwa ohne jede Auseinandersetzung mit der Frage, was Freizügigkeit bedeutet, Müller-Gindullis, RabelsZ 38 (1974), 643; Stephan, NJW 1974, 1596.

57 Vgl. auch die fast gleichlautende Formulierung bei Winkler, NJW 1973, 222, 225.

(1) Die Parteien bestätigen, daß der beurkundete Wortlaut von ihnen ausdrücklich in der vorliegenden Fassung verlangt wurde.

(2) Die Unterzeichnenden erkennen sich gegenseitig als der Person nach ordnungsgemäß ausgewiesen, handlungsfähig und vertretungsberechtigt an und stellen Urkundspersonen und Staat Zürich diesbezüglich und hinsichtlich jeder Haftung, falls diese öffentliche Beurkundung im Ausland nicht anerkannt werden sollte und/oder falls auf den Wortlaut der Urkunde irgendwelche Streitigkeiten, sei es wegen Unklarheiten, Widersprüchen, Auslegungsfragen, entstehen sollten, frei.

VI. Fazit

(1) Die Entscheidung des LG Köln vom 13. 10. 1989 ist abzuleh-

nen. Die Begründung ist oberflächlich und unzutreffend. Die entscheidenden Probleme werden verkannt.

(2) Zumindest Beurkundungen, die den Status einer deutschen Gesellschaft betreffen, können nur bei einem Notar im Land des Geschäftssitzes der Gesellschaft vorgenommen werden. Dies folgt aus der Richtigkeitsgewähr und Publizitätsfunktion deutscher Beurkundungen und ergibt sich als Folge der Entscheidung des BGH vom 24. 10. 1988.

(3) Soweit sich der Notar im Ausland eine umfassende Enthaltungserklärung unterzeichnen läßt, stellt seine Amtstätigkeit allenfalls eine Beglaubigung, nicht aber eine Beurkundung dar.

(4) Die Freizügigkeit des Rechtsverkehrs ist in diesem Zusammenhang ein mißverständenes Schlagwort. Solange die Rechtsordnungen nicht aneinander angegliedert sind, kann sie nicht dazu führen, daß die Prinzipien einer bestehenden Rechtsordnung ersatzlos aufgegeben werden.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Prüfungsbefugnis des GBA bezüglich der Abgeschlossenheitsbescheinigung

(BayObLG, Beschluß vom 23. 11. 1989 – BReg. 2 Z 108/89 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GBO § 18

WEG §§ 3 Abs. 2; 7 Abs. 4

Es ist nicht Aufgabe des GBA, bei der Anlegung von Wohnungsgrundbüchern zu prüfen, ob die Baubehörde bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung die Erfüllung bautechnischer Anforderungen an die Wohnungstrenndecken und -wände überprüft und zutreffend bejaht hat.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. sind Miteigentümer eines Grundstücks, auf dem ein älteres Wohnhaus mit mehreren Wohnungen steht. Mit notarieller Urkunde vom 19. 6. 1989 haben sie das Grundstück nach dem WEG in 12 Miteigentumsanteile, verbunden mit je einer Eigentumswohnung, aufgeteilt. Zugleich haben die Bet. bewilligt und beantragt, die Wohnungseigentumsgrundbücher anzulegen und die Teilung im Grundbuch einzutragen.

Dem Eintragungsantrag haben sie einen Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG vom 14. 2. 1984 beigefügt; diese Bescheinigung trägt den Vermerk: „Der derzeitige Bauzustand entspricht nicht den genehmigten Plänen.“

Mit Zwischenverfügung verlangte das GBA von den Bet. eine Bescheinigung der für die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen zuständigen Behörde, daß die Voraussetzungen der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch unter Berücksichtigung des Urteils des BayVGh (MittRhNotK 1990, 25) vorliegen.

Das LG hat die ihm als Beschwerde vorgelegte Erinnerung der Bet. zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Bet. ist begründet; das vom GBA in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis besteht in Wirklichkeit nicht.

1. Das LG hat ausgeführt:

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 WEG solle Wohnungseigentum nur eingetragen werden, wenn die Wohnungen in sich abgeschlossen sind. Die Abgeschlossenheit sei von der Baubehörde zu bescheinigen. Die vorgelegte Abgeschlossenheitsbescheinigung sei ausgestellt nach der vor dem Urteil des BayVGh üblichen Praxis. Demnach sei von der Baubehörde nicht geprüft worden, ob die Wohnungstrennwände und -decken den im Zeitpunkt der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung geltenden bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Dies sei aber nach dem Urteil des BayVGh nunmehr Voraussetzung für die Abgeschlossenheit einer Wohnung und von den

antragstellenden Grundstückseigentümern nachzuweisen. Das GBA sei im Antragsverfahren zu eigenen Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet; es sei Sache der Ast., die erforderlichen Unterlagen beizubringen. Demgegenüber könne nicht eingewandt werden, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 14. 2. 1984 bestandskräftig und nicht abänderbar sei. Ungeachtet der Frage, wie weit die Prüfungspflicht des GBA gehe, sei das GBA jedenfalls berechtigt zu überprüfen, ob die Baubehörde bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom richtigen Verständnis des Begriffs Abgeschlossenheit ausgegangen sei. Sei dies nicht der Fall, sei das GBA an die Bescheinigung nicht gebunden. Denn das GBA dürfe keine Hilfestellung leisten, daß Wohnungseigentum entstehe, obwohl die Abgeschlossenheit fehle. Hier seien aufgrund eines Schreibens der Baubehörde konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen an Decken und Trennwände nicht nach der heute gültigen Norm geprüft worden sei. Demnach sei denkbar, daß die Wohnungen nicht als abgeschlossen gelten könnten. Damit bestünden Zweifel an der Richtigkeit der vorliegenden Abgeschlossenheitsbescheinigung. Diese Zweifel hätten das GBA zu der beanstandeten Zwischenverfügung berechtigt.

2. Die Entscheidung des LG und damit auch die Zwischenverfügung des GBA halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Eine Zwischenverfügung setzt nach § 18 Abs. 1 GBO voraus, daß der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Der Begriff des Eintragungshindernisses ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Es besteht aber Einigkeit, daß darunter das Fehlen von Eintragungsvoraussetzungen oder ein Umstand fällt, der zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde (z. B. Horber/Demharter, 18. Aufl., Anm. 2 a; KEHE/Herrmann, 3. Aufl., Rd.-Nr. 7; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., Rd.-Nr. 6, je zu § 18 GBO). Das Bestehen eines Eintragungshindernisses ist nicht nur dann zu bejahen, wenn eine Eintragungsvoraussetzung unzweifelhaft nicht vorliegt, sondern auch dann, wenn ernsthaft, auf Tatsachen gegründete Zweifel daran bestehen, ob eine wirksame Eintragungsvoraussetzung vorliegt. Dabei können sich Zweifel auch auf Tatsachen und Erkenntnisquellen außerhalb des Grundbuchs stützen (KEHE/Herrmann, a.a.O., Rd.-Nrn. 9 u. 10; Meikel/Böttcher, a.a.O., Rd.-Nr. 13, je zu § 18 GBO). Wenn das Eintragungshindernis hingegen darin besteht, daß die beantragte Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig machen würde, muß die eintretende Unrichtigkeit sich aufgrund feststehender Tatsachen zur Überzeugung des GBA ergeben; die bloße Möglichkeit oder Befürchtung, das Grundbuch könnte unrichtig werden, vermag ein Eintragungshindernis nicht zu begründen (BayObLGZ 1986, 81, 84 f. = DNotZ 1987, 98; Haegle/Schöner/Stöber, 9. Aufl., Rd.-Nr. 427;

KEHE/Herrmann, a.a.O., Rd.-Nr.10; Meikel/Böttcher, a.a.O., Rd.-Nr.14, je zu § 18 GBO).

b) Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt hier kein Eintragungshindernis vor.

(1) Eintragungsvoraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum sind ein Eintragungsantrag nach § 13 Abs.1 GBO, die Teilungserklärung nach § 8 Abs.1 WEG des voreingetragenen Eigentümers (§ 39 Abs.1 GBO) als Eintragungsbewilligung sowie die in § 7 Abs. 4 S. 1 WEG bezeichneten Anlagen, nämlich ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung (Horber/Demharter, Anh. zu § 3 GBO, Anm. 5 a und b; KEHE/Ertl, § 20 GBO, Rd.-Nr.122).

Keine Eintragungsvoraussetzung ist die Abgeschlossenheit der einzelnen Wohnungen oder sonstigen Räume i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 1 WEG. Das Erfordernis der Abgeschlossenheit ist eine Vorschrift des materiellen Rechts; ihr Fehlen hindert die Entstehung von Wohnungs- oder Teileigentum nicht (BayObLG Rpfleger 1980, 295; OLG Hamm Rpfleger 1976, 317, 319 = DNotZ 1977, 308; Weitnauer, 7. Aufl., Rd.-Nr.8; Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., Rd.-Nr.37; Augustin, Rd.-Nr.56; Palandt/Bassenge, BGB, 48. Aufl., Anm. 2 a a.E.; MünchKomm/Röll, BGB, 2. Aufl., Rd.-Nr.30; je zu § 3 WEG). Für die Eintragung im Grundbuch reicht es deshalb grundsätzlich aus, wenn insoweit die in § 7 Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 WEG vorgesehene Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt. Allerdings darf das GBA nicht dazu beitragen, Wohnungs- oder Teileigentum ohne Abgeschlossenheit entstehen zu lassen. Es ist daher an die von der Baubehörde erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht gebunden, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen eindeutig die Unrichtigkeit der Bescheinigung ergibt (BayObLGZ 1971, 102, 105 = DNotZ 1971, 473; BayObLGZ 1984, 135, 138 f.; OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 312 = DNotZ 1977, 635; KG MittBayNot 1985, 35 = DNotZ 1985, 437; Röll, Rpfleger 1983, 380 f.; Augustin, Rd.-Nr.21; Weitnauer, a.a.O., Rd.-Nr.10 b; Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., Rd.-Nr.75, je zu § 7 WEG).

(2) Mit der Verneinung einer Bindung des GBA an die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, nach welchen Maßstäben es gegebenenfalls selbst die Abgeschlossenheit in Frage stellen darf. Zulässig ist dies in den Fällen, in denen anhand des Aufteilungsplans und der sonstigen Eintragungsunterlagen unschwer beurteilt werden kann, ob das einzutragende Wohnungs- oder Teileigentum gegen andere Raumeigentumseinheiten oder gegen das Gemeinschaftseigentum abgeschlossen ist (BayObLGZ 1971, 102, 105 = DNotZ 1971, 473; BayObLGZ 1984, 136, 138; KG MittBayNot 1985, 35 f. = DNotZ 1985, 437; LG München I Rpfleger 1973, 141 f. = DNotZ 1973, 417).

Darüber hinaus kommt es dem GBA nicht zu, allgemeinen Zweifeln an der Richtigkeit einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nachzugehen (Weitnauer, a.a.O., § 7 WEG, Rd.-Nr.10 b a. E.; Meikel/Böttcher, a.a.O., Anh. zu § 18 GBO, Rd.-Nr.99; anders anscheinend Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., § 7 WEG, Rd.-Nr.75 a. E.). Das ergibt sich aus der Überlegung, daß selbst dann, wenn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge der beantragten Eintragung in Betracht kommt, ein Eintragungshindernis nur dann zu bejahen ist, wenn die Unrichtigkeit mit Sicherheit eintreten wird. Dann muß bei einer materiellrechtlichen Sollvorschrift erst recht gelten, daß ihre Verletzung durch die beantragte Eintragung sicher feststehen muß. Zudem wäre das GBA überfordert, bautechnische und bauordnungsrechtliche Fragen zu beurteilen. Der Sinn der Bescheinigung nach § 7 Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 WEG liegt gerade darin, dem GBA die Prüfung solcher Fragen zu ersparen. Die Prüfungsbefugnis des GBA beschränkt sich deshalb auf erkennbare Widersprüche mit den zum Vollzug vorgelegten Eintragungsunterlagen, insbesondere mit dem Aufteilungsplan. Dagegen ist es nicht Sache des GBA zu prüfen, ob die Baubehörde die für sie einschlägigen bauordnungsrechtlichen Normen und Verwaltungsanordnungen richtig angewendet hat. Eine bestandskräftige Abgeschlossenheitsbescheinigung wieder zu beseitigen, wäre allein Sache der Baubehörde.

(3) Im vorliegenden Fall sind weder aus den Grundakten noch aus den Entscheidungen der Vorinstanzen Tatsachen festzustellen, die den Schluß zulassen, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde unrichtig ist. Aus dem Urteil des BayVGH (MittBayNot 1989, 229 = MittRhNotK 1990, 25) ergibt sich nur, daß eine Abgeschlossenheitsbescheinigung durch die Baubehörde auch bei der Aufteilung von bestehenden Gebäuden in Wohnungseigentum nur dann erteilt werden darf, wenn bestimmte bautechnische Anforderungen an Wohnungstrenndecken und -wände erfüllt sind. Mit der Frage, ob bereits erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigungen möglicherweise unrichtig sind, befaßt sich die Entscheidung nicht. Auch das vom LG zitierte, nicht bei den Akten liegende Schreiben der Baubehörde enthält offenbar keine konkreten Tatsachen, die den Schluß aufdrängen, daß die Abgeschlossenheit fehlt. Die möglicherweise unterlassene Prüfung, ob die Wohnungstrenndecken und -wände den derzeitigen Anforderungen entsprechen, kann die hier bescheinigte Abgeschlossenheit nicht widerlegen.

Im übrigen rechtfertigt allein der Umstand, daß in früheren Jahren, als das in Frage stehende Gebäude gebaut wurde, geringere Anforderungen an den Wärme-, Schall- und Erschütterungsschutz von Wohnungstrenndecken und -wänden gestellt wurden als heute, nicht den Schluß, daß den heutigen Anforderungen tatsächlich nicht genügt ist. Es besteht kein Erfahrungssatz, daß zu allen Zeiten bei Neubauten immer nur die Mindestanforderungen des jeweiligen Baurechts eingehalten wurden. Außerdem besteht die Möglichkeit, daß das Haus umgebaut wurde oder anläßlich der Aufteilung in Wohnungseigentum umgebaut wird. Darauf deutet im vorliegenden Fall der Vermerk in der Abgeschlossenheitsbescheinigung: „Der derzeitige Bauzustand entspricht nicht den genehmigten Plänen.“

c) Demnach besteht das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis nicht. Die Zwischenverfügung ist nicht gerechtfertigt.

2. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Grundbucheklärungen von Behörden

(OLG Frankfurt, Beschluß vom 11. 12. 1989 – 20 W 374/89 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Adolf Pentz, Kronberg)

GBO § 29 Abs. 3

Wenn in einer notariellen Urkunde den Unterschriften der für eine Behörde aufgetretenen Personen lediglich das Siegel dieser Behörde beigedrückt worden ist, liegt darin weder eine Erklärung i. S. v. § 29 Abs. 3 GBO noch der Nachweis ihrer Vertretungsmacht.

Zum Sachverhalt:

In dem vom Notar beurkundeten Grundstückskaufvertrag mit Auflassung sind für die durch ihren Vorstand vertretene Bezirkssparkasse (Bet. zu 2) als Käuferin der Sparkassendirektor A. und der Sparkassenangestellte B. aufgetreten. In der Urkunde ist der Unterschrift dieser beiden Personen das Siegel der Bezirkssparkasse beigefügt worden. Da sich bzgl. ihrer Vertretungsmacht in der Urkunde keinerlei Hinweise befinden, hat das GBA der Bet. zu 2) durch Zwischenverfügung aufgegeben, eine „förmliche Vertragsgenehmigung“ vorzulegen. Hiergegen hat die Bet. zu 2) Erinnerung eingelegt und vorgetragen, die genannten Personen hätten bei Vertragsabschluß als Vertreter der als Behörde geltenden Bezirkssparkasse gehandelt. Die durch Nichtabhilfe durch den Grundbuchrichter als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung hat das LG zurückgewiesen. Grundbuchrichter und LG meinen, solange die Vertretungsbefugnis nicht nachgewiesen sei, bedürfe es der Vorlage einer Vertragsgenehmigung. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 2). Nach ihrer Auffassung haben die beiden für sie aufgetretenen Personen durch Beidrücken des Siegels nicht nur den Inhalt der Urkunde genehmigt, sondern gleichzeitig auch eine Erklärung der Bet. zu 2) i. S. v. § 29 Abs. 3 GBO für diese abgegeben. Wenn ein späteres Genehmigungsschreiben der Bet. zu 2) nach § 29 Abs. 3 GBO von den gleichen Personen unterzeichnet werden dürfe, die bei der Beurkundung mitgewirkt haben, sei nicht einzusehen, daß sie eine solche Erklärung nicht bereits in der Urkunde selbst durch Beidrücken des Siegels abgeben können sollten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, hat aber im Ergebnis keinen Erfolg; die Zwischenverfügung ist lediglich zum Zwecke der Klarstellung neu zu formulieren.

Wenn bei der Beurkundung des Vertrages vollmachtlose Vertreter für die Bet. zu 2) tätig geworden sind, würde zur Genehmigung ihrer Erklärung durch die Bet. zu 2) eine mit Unterschrift und Siegel versehene Genehmigungserklärung i. S. v. § 29 Abs. 3 GBO ausreichen. Wenn der Unterschrift der für die Bet. zu 2) aufgetretenen Personen in der Urkunde aber lediglich ein Siegel begedrückt wird, fehlt es an einer Erklärung i. S. v. § 29 Abs. 3 GBO. Das begedrückte Siegel deutet weder darauf hin, daß die beiden Personen ohne Vertretungsmacht gehandelt haben (weil sie über das Dienstsiegel verfügen, liegt das Gegenteil näher), noch daß die Bet. zu 2) eine Erklärung vollmachtloser Personen durch eben diese vollmachtlosen Personen genehmigen wollte. Eine Erklärung nach § 29 Abs. 3 GBO muß als solche erkennbar sein und wie alle im Grundbuchverfahren abzugebenden Erklärungen eindeutig und klar formuliert sein. Eine Genehmigungserklärung liegt damit bisher nicht vor.

Wenn die beiden für die Bet. zu 2) aufgetretenen Personen jedoch bei Abschluß des Vertrages Vertretungsmacht hatten, ist anstelle einer nur für vollmachtlose Vertreter möglichen Genehmigung der Nachweis ihrer Vertretungsmacht erforderlich, weil das begedrückte Siegel ihre Vertretungsmacht noch nicht bekundet. Dieser Gesichtspunkt ist in der Zwischenverfügung bisher nicht klar genug zum Ausdruck gekommen. Dies war deshalb nachzuholen.

3. Gesellschaftsrecht/IPR – Wirksamkeit eines im Kanton Zürich/Altstadt beurkundeten Verschmelzungsvertrages
(LG Köln, Beschluß vom 13.10.1989 – 87 T 20/89 – mitgeteilt von Richter am AG Hermann-Josef Maintzer, Köln)

**EGBGB Art. 11 Abs. 1
KapErhG §§ 19 bis 21**

Ein von einem Notar im Kanton Zürich/Altstadt beurkundeter Verschmelzungsvertrag zwischen deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist rechtswirksam.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Durch den angefochtenen Beschl. hat das Registergericht den Antrag auf Neueintragung der im Wege der Verschmelzung gegründeten GmbH zurückgewiesen. Der Verschmelzungsantrag war vor einem Schweizer Notar des Kantons Zürich/Altstadt beurkundet worden. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, es fehle an einer formgültigen notariellen Beurkundung.

Aus den Gründen:

Die hiergegen von den Ast. eingelegte Beschwerde ist zulässig und begründet. Die vorliegende Beurkundung des Verschmelzungsvertrages durch den Notar des Kantons Zürich/Altstadt ist rechtswirksam. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob sich die Gültigkeit aus dem Ortsstatut herleiten läßt; jedenfalls sind die Voraussetzungen des Wirkungsstatuts erfüllt.

Danach muß die Beurkundung durch den ausländischen Notar derjenigen durch einen deutschen Notar gleichwertig sein; d. h. der ausländische Notar muß nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine dem deutschen Notar entsprechende Funktion ausüben und ein den Grundsätzen des deutschen Rechts entsprechendes Beurkundungsrecht angewendet haben. Das bejaht die Kammer für einen Notar des Kantons Zürich/Altstadt. Sie beruft sich dabei vollinhaltlich auf die allen Bet. bekannte Entscheidung des BGH (NJW 1981, 1160 = DNotZ 1981,

451). Die dortigen Ausführungen gelten nicht nur für den vom BGH entschiedenen Fall einer Satzungsänderung, sondern müssen in gleicher Weise auch für eine Verschmelzung gelten.

Gegen diese Entscheidung des BGH sind in der Lit. insbesondere von Geimer (DNotZ 1981, 406) und Bredthauer (BB 1986, 1864) Bedenken erhoben worden. Sie bezweifeln sowohl die Gleichartigkeit in bezug auf die Person des ausländischen, insbesondere eines Züricher Notars wie auch bzgl. des Beurkundungsvorganges, letztes u. a. mit der Begründung, bei der Beurkundung handele es sich um einen für die Parteien des zu beurkundenden Gesellschaftsvertrages unverzichtbaren Rechtsplegeakt.

Es mag dahinstehen, ob die herausgearbeiteten Unterschiede von derartigem Gewicht sind, daß eine Ungleichwertigkeit vorliegt oder ob es sich lediglich um zu negierende Identitätsabweichungen handelt. Jedenfalls müssen die kritischen Argumente gegenüber dem übergeordneten Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zurücktreten. Die Entscheidung des BGH hat in der Lit. überwiegend Zustimmung gefunden. Sie kann daher als h. M. angesehen werden. Entscheidungen anderer Gerichte seit 1981, welche sich mit den Ausführungen des BGH ablehnend auseinandergesetzt haben, sind nicht bekannt. Im Vertrauen auf diese Rechtslage sind in den letzten Jahren mit Sicherheit zahlreiche gesellschaftsrechtliche Vorgänge von Notaren des Kantons Zürich beurkundet und von den Registergerichten eingetragen worden. Eine Änderung der BGH-Rspr. würde im nachhinein zu der Feststellung führen, daß alle diese Beurkundungen unwirksam seien. Die Rechtsfolgen wären nicht zu übersehen. Sie würden bei vielen Gesellschaften zu tiefgreifenden Einschnitten und rechtlichen Veränderungen führen, da sich die Betroffenen – abgesehen von dem unzulänglichen Schutz des § 15 HGB – nicht auf einen irgendwie gearteten Bestandsschutz berufen könnten. Eine solche Rechtsverwirrung darf nicht zugelassen werden. Das Recht muß insofern für alle beteiligten Kreise kalkulierbar bleiben.

Anm. d. Schriftleitung: Durch diese Entscheidung des LG Köln wurde die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des AG Köln aufgehoben.

4. Gesellschaftsrecht/IPR – Wirksamkeit eines im Kanton Zürich/Altstadt beurkundeten Verschmelzungsvertrages
(AG Köln, Beschluß vom 22. 6. 1989 – 42 AR 468/89 – mitgeteilt von Richter am AG Hermann-Josef Maintzer, Köln)

**EGBGB Art. 11 Abs. 1
KapErhG §§ 19 bis 21**

Ein von einem Notar im Kanton Zürich/Altstadt beurkundeter Verschmelzungsvertrag zwischen deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist nicht rechtswirksam.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die zu 1) bis 5) bet. GmbH betreiben bei dem AG die Neueintragung einer GmbH, die von den Gesellschaften im Wege der Verschmelzung gem. §§ 19 ff. KapErhG durch Neubildung gegründet worden ist.

Der Verschmelzungsvertrag ist im Mai 1989 durch den Notar N. vor dem Notariat Zürich/Altstadt beurkundet worden.

Das AG hat die Bet. angeschrieben und mitgeteilt, daß „Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beurkundung von Verschmelzungsverträgen und des Gesellschaftsvertrages (Neugründung) vor einem Schweizer Notariat bestehen“.

Aus den Gründen:

Der Antrag war zurückzuweisen.

Die Beurkundung durch einen Schweizer Notar ist in vorliegendem Falle unwirksam, weil den gesetzlichen Vorschriften nicht Genüge getan ist. Entgegen der Ansicht der Ast. genügt für die Neugründung der GmbH durch Verschmelzung von Gesellschaften nichts die Ortsform gem. Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Zwar ist gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (Wirkungsstatut) oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (Ortsform). Das gilt nach Art. 11 Abs. 5 EGBGB jedoch nicht für Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches verfügt wird.

Grundgedanke der letzteren Regelung ist das öffentliche Interesse an derartigen Rechtsgeschäften. Dieses besteht in gleicher Weise an Vorgängen, die die Verfassung einer Gesellschaft berühren. Das trifft in besonderem Maße auf Kapitalgesellschaften zu, bei denen die Satzung und ihre Änderungen publizitätspflichtig sind. Ihr Statut muß dem geltenden Recht entsprechen. Hier hat die Beurkundung demgemäß weniger eine Warn- und Beweis- als vielmehr eine Rechtspflegefunktion. Sie dient in erster Linie der notariellen Richtigkeitsgewähr und bezweckt, die Rechtmäßigkeitsprüfung nicht alleine dem Registerrichter aufzuerlegen (Hachenburg/Behrens, GmbHG, 7. Aufl., Einl., Rd.-Nr. 99). Die Beurkundung solcher gesellschaftlicher Vorgänge durch den Notar erfüllt hier sowohl konsultative als auch Publizitätsfunktionen, dient aber auch der Überwachung und nicht zuletzt dem Schutz der Bet. und unterliegt somit dem Wirkungsstatut. Darüber hinaus ist die in der Schweiz beglaubigte Urkunde der von einem deutschen Notar beglaubigten Urkunde nicht gleichwertig. Dies trifft sowohl für die Urkundsperson selbst als auch für den Beurkundungsvorgang zu.

Der Züricher Notar ist ein vom Volk für die Dauer von sechs Jahren gewählter Staatsbeamter. Seine Ausbildung bestimmt sich nach der Notariatsprüfungsverordnung vom 30. 6. 1976. Demgegenüber darf nach deutschem Recht nur ein Notar bestellt werden, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz erlangt hat. Bereits die Gegenüberstellung der persönlichen Voraussetzungen, die die deutschen Notare für die Ausübung ihres Amtes mitbringen, mit den Notaren und Personen mit notariellen Befugnissen im Kanton Zürich zeigt, daß Letztere sowohl in Schulbildung als auch in der fachlichen Ausbildung nicht vergleichbar sind.

Darüber hinaus ist auch das Beurkundungsverfahren nicht gleichwertig. Bezüglich Einzelheiten wird auf die Ausführungen von Bredthauer (BB 1986, 1864) verwiesen.

Zwar hat der BGH in seinem Beschl. aus dem Jahre 1981 (BGHZ 80, 77 = DNotZ 1981, 451) ausgesprochen, daß die nach zürcherischem Beurkundungsverfahren aufgenommenen Urkunden einer deutschen notariellen Urkunde gleichwertig sind; das dem BGH seinerzeit vorgelegte IPG-Gutachten der Universität Köln hat wesentliche Unterschiede zwischen deutschem und Züricher Notariatsrecht unter den Tisch fallen lassen, die nunmehr in der Diskussion der Lit. sorgfältig aufbereitet worden sind. Im übrigen betraf die Entscheidung des BGH einen Fall, in dem die einzige Gesellschafterin einer GmbH, eine AG in Zürich, lediglich die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder änderte.

Unabhängig davon hat der BGH in seinem Beschl. v. 24. 10. 1988 (MittRhNotK 1988, 261) zur Beurkundungs- und Eintragungspflicht für die Wirksamkeit von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen ausgeführt, daß auch bei für den Gründungsvorgang geltenden Vorschriften zum Zwecke der notariellen Richtigkeitsgewähr und somit aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen eine Prüfungs- und Belehrungsfunktion zu erfolgen hat. Das Gericht ist nicht davon überzeugt, daß diese durch einen Züricher Notar ordnungsgemäß erfolgen kann. Nach alledem war der Antrag zurückzuweisen.

Anm. d. Schriftleitung: Diese Entscheidung des AG Köln ist durch die vorstehend unter Nr. 3 abgedruckte Entscheidung des LG Köln aufgehoben worden.

5. Gesellschaftsrecht/IPR – Wirksamkeit einer im Kanton Zürich beurkundeten Zustimmungserklärung zu einem Gewinnabführungsvertrag

(AG Köln, Beschluß vom 14. 8. 1989 – 42 HRB 8123 – mitgeteilt von Richter am AG Hermann-Josef Maintzer, Köln)

EGBGB Art. 11 Abs. 1 GmbHG §§ 53 f.

Eine von einem Notar im Kanton Zürich beurkundete Zustimmungserklärung zu einem Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist nicht rechtswirksam.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Im Jahre 1977 schlossen die Ast. als beherrschtes Unternehmen und die X-GmbH mit Sitz in K. als Organträgerin einen Gewinnabführungsvertrag, der 1987 ergänzt bzw. geändert wurde. Mit Beschl. vom 1. 3. 1989 stimmte die alleinige Gesellschafterin der Ast. diesem Gewinnabführungsvertrag zu. Diese Zustimmungserklärung der Gesellschafterin des beherrschten Unternehmens wurde in notariell beurkundeter Form vor dem öffentlichen Urkundsbeamten des Notariats R.-Zürich in dessen Amtsiokal abgegeben. In notariell beglaubigter Form beantragte alsdann der Geschäftsführer die Eintragung des Gewinnabführungsvertrages in das Handelsregister des beherrschten Unternehmens.

Aus den Gründen:

Der Eintragungsantrag war zurückzuweisen. Die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses vom 1. 3. 1989 durch den Urkundsbeamten des Züricher Notariats ist unwirksam. Ihr fehlt die erforderliche Gleichwertigkeit.

Der zwischen den bet. Gesellschaften abgeschlossene Gewinnabführungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen, die wiederum für das beherrschte Unternehmen in notariell beurkundeter Form erfolgen muß, weil ein Gewinnabführungsvertrag satzungsgleich die rechtliche Grundstruktur des sich der Beherrschung unterwerfenden Unternehmens ändert, so daß die §§ 53 und 54 GmbHG entsprechend anzuwenden sind, also weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen auch eine entsprechende Eintragung im Register des beherrschten Unternehmens ist (vgl. hierzu BGH DB 1988, 2673 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261). Nach Auffassung des Gerichts bestimmt sich die Form für die somit erforderliche notarielle Beurkundung in Übereinstimmung mit der h. M. nicht nach der Ortsform, sondern nach dem für gesellschaftsrechtliche Vorgänge allein maßgeblichen Wirkungsstatut (Personalstatut).

Der BGH hat eine Entscheidung dieser Rechtsfrage zwar offengelassen (BGHZ 80, 77 = DNotZ 1981, 451), aus der Begründung seines Beschlusses aus dem Jahr 1988 (DB 1988, 2673 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261) muß jedoch entnommen werden, daß nunmehr auch der BGH von der Maßgeblichkeit des Personalstatuts für gesellschaftsrechtliche Vorgänge ausgeht. So hat der BGH (a.a.O.) zur Begründung der Beurkundungspflicht und des Eintragungserfordernisses u. a. ausgeführt, die Änderung des Gesellschaftsvertrages unterliege aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen, aber auch zum Zwecke der materiellen Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundungspflicht. Die Notwendigkeit einer Eintragung bestehe zur Unterrichtung der Öffentlichkeit. Nur mit der Eintragung werde man dem Bedürfnis der Öffentlichkeit, der Anteilshaber und potentieller Anteilserwerber an sachgerechter, sicherer und rascher Unterrichtung über die Rechtsverhältnisse der GmbH gerecht. Allein schon aus diesen Ausführungen folgt, welche Bedeutung der BGH einem Unternehmensvertrag mit seinem umfassenden Eingriff in die Unternehmensstruktur beimißt, so daß dieser Bedeutung allein die Anwendung des Personalstatuts gerecht wird (vgl. hierzu u. a.: Bredthauer, BB 1986, 1864; Scholz/Priester, 7. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nrn. 62 ff., 71).

Der Maßgeblichkeit des Wirkungsstatus widerspricht entgegen

der Auffassung des OLG Düsseldorf (DB 1989, 569 f.) insbesondere nicht dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB. In der Begründung des Gesetzentwurfes zum neuen IPR-Gesetz wird hierzu gerade ausgeführt (BT-Drucks. 10/504, 49): „Aus . . . der Entstehungsgeschichte der Bestimmung . . . ergibt sich dagegen, daß Art. 11 nicht die Form von Vorgängen regelt, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen. Insoweit sollen allgemeine Regelungen, die . . . entwickelt worden sind, durch den Entwurf nicht berührt werden.“

Schließlich ergeben sich aus der Entscheidung auch keine Wettbewerbsnachteile oder sonstige Beeinträchtigungen für Unternehmungen, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Eine Gebührenersparnis, die ihre Ursache zudem vorrangig in dem Wegfall einer Belehrungs-, Prüfungs- und Haftungspflicht für den im Kanton Zürich tätigen Notar hat, kann hierbei nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Da somit das Wirkungsstatut maßgeblich ist, fehlt es für die Wirksamkeit der am 1. 3. 1989 vor dem Notariat R.-Zürich vollzogenen Beurkundung an der erforderlichen Gleichwertigkeit. Bei der Gleichwertigkeitsprüfung ist nach Auffassung des Gerichts nicht nur auf die persönlichen Voraussetzungen des beurkundeten Notars abzustellen, sondern vorrangig auf das Beurkundungsverfahrensrecht. Das Züricher Verfahrensrecht ist aber dem deutschen Verfahrensrecht, wie es insbesondere im BeurkG geregelt ist, nicht gleichwertig. Hierzu wird vorab auf die überzeugenden Ausführungen von Bredthauer (a.a.O.) verwiesen. In seiner Entscheidung vom 24. 10. 1988 (DB 1988, 2673 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261) zur Beurkundungspflicht bei Unternehmensverträgen hat es der BGH nicht nur auf die Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründe abgestellt, die sicherlich auch bei der Beurkundung vor einem Züricher Notar gewährleistet sind, sondern vorrangig auf die notarielle Richtigkeitsgewähr und die damit verbundene Gewährleistung einer umfassenden Prüfungs- und Belehrungsfunktion, und zwar wegen eines entsprechenden Bedürfnisses der Öffentlichkeit, der Gläubiger und der Anteilseigner. Gerade in der Erfüllung dieser Funktion aber ist die Beurkundung vor einem Züricher Notar der Beurkundung vor einem deutschen Notar nicht gleichwertig. Denn eine umfassende Prüfung mit Belehrung und damit die nach dem deutschen Beurkundungsrecht erforderliche Wahrung der Publizitätsfunktion und der Überwachungsfunktion erfolgt in Zürich nach dortigem Verfahrensrecht nicht. Wenn der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1981 (BGHZ 80, 77 = DNotZ 1981, 451) ausgeführt hat, auf die Prüfungs- und Belehrungsfunktion könne verzichtet werden, so wird von einem solchen Verzicht jedenfalls nicht die nach deutschem Verfahrensrecht erforderliche Publizitäts- und Überwachungsfunktion erfaßt. Da somit der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterin des beherrschten Unternehmens nicht den Formerfordernissen des § 53 GmbHG entspricht, konnte dem Antrag auf Eintragung nicht stattgegeben werden.

6. Kostenrecht – Gegenstandsgleichheit mehrerer in einer Urkunde niedergelegten Zustimmungsbeschlüsse

(BayObLG, Beschluß vom 21. 9. 1989 – BReg. 3 Z 111/89 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

KapErhG § 20

KostO §§ 27; 44 Abs. 1; 47

Beurkundet ein Notar die Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafter der an einer Verschmelzung beteiligten Gesellschaften in einer Urkunde, so sind die Beschlüsse gegenstandsgleich. Der Notar darf die Gebühr des § 47 KostO nur einmal in Ansatz bringen.

Zum Sachverhalt:

1. Der bet. Notar beurkundete 1986 einen Verschmelzungsvertrag. Die Firma A.-GmbH übertrug ihr Vermögen unter Ausschluß der Abwicklung nach § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KapErhG auf die Bet. unter der Firma B.-GmbH.

Alleinige Gesellschafterin der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften war die Firma C.-GmbH.

In der Nr. IV der Niederschrift beurkundete der Notar eine Gesellschafterversammlung der beteiligten B.-GmbH. Der Geschäftsführer der Alleingesellschafterin stimmte dem Verschmelzungsvertrag zu.

In der Nr. V beurkundete der Notar eine Gesellschafterversammlung der Firma A.-GmbH. Der Geschäftsführer der Alleingesellschafterin stimmte dem Verschmelzungsvertrag zu.

Nach der Nr. VI trägt die Kosten der Beurkundung und ihres Vollzugs die Bet.

Der Notar berechnete für jeden der beiden Zustimmungsbeschlüsse gem. § 47 KostO die Höchstgebühr.

2. Die Prüfungsabteilung der Notarkasse machte Bedenken gegen den zweimaligen Ansatz der Höchstgebühr geltend. Es sei zwar kostenrechtlicher Grundsatz, daß bei Zusammenbeurkundung von Beschlüssen verschiedener Gesellschaften in einer Urkunde getrennte Gebühren nach § 47 KostO zu erheben seien. Dieser Grundsatz erfahre aber eine Ausnahme dann, wenn es sich um Beschlüsse zu einem einheitlichen Rechtsvorgang handle, so z. B. bei Genehmigung von Verschmelzungen durch die beteiligten Gesellschaften. Hier sei die Zusammenbeurkundung aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen zu rechtfertigen mit der Folge, daß § 44 KostO anwendbar sei.

Der Notar konnte sich dieser Auffassung nicht anschließen. § 44 KostO erfasse nur den Fall, daß Erklärungen nach den §§ 36 bis 38, 42 und 43 KostO beurkundet worden seien. Die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen sei nach § 47 KostO zu bewerten. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund hier vom allgemein anerkannten Anwendungsbereich des § 44 KostO abgegangen werden solle.

Der Präsident des LG wies den Notar an, die Entscheidung des LG zur Klärung der zwischen der Notarkasse und dem Notar bestehenden unterschiedlichen kostenrechtlichen Auffassungen herbeizuführen.

Das LG hob die Kostenberechnung des Notars auf und wies den Notar an, die Kosten neu zu berechnen und dabei nach Maßgabe der Entscheidung der Kammer nur einmal eine Höchstgebühr nach § 47 KostO mit 10.000,- DM anzusetzen.

Aus den Gründen:

1. Die Entscheidung des LG hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO; § 550 ZPO) stand.

Gegenstand des Notarkostenbeschwerdeverfahrens ist die Frage, ob der Notar zwei Höchstgebühren nach § 47 KostO in Ansatz bringen durfte oder nur eine.

a) § 27 Abs. 2 S. 1 KostO bestimmt: „Werden in einer Verhandlung mehrere Beschlüsse beurkundet, so gilt § 44 KostO entsprechend.“ Der Notar versteht diese Vorschrift dahin, daß die mehreren in einer Verhandlung beurkundeten Beschlüsse solche sein müßten, die von ein und derselben Gesellschafterversammlung gefaßt worden seien. Handle es sich aber um Beschlüsse von verschiedenen Gesellschafterversammlungen, so sei die angeführte Vorschrift und damit auch § 44 KostO nicht anwendbar.

Der Auffassung des Notars kann nicht gefolgt werden.

(1) Die Kostenvorschrift des § 27 Abs. 2 S. 1 KostO ist in Anlehnung an Vorläuferregelungen in Preußischen Gerichtskosten-gesetzen und in der Reichskostenordnung geschaffen worden. Die früheren Vorschriften sind somit zum Verständnis des § 27 Abs. 2 S. 1 KostO vergleichend heranzuziehen.

§ 48 Abs. 3 S. 1 PrGKG vom 25. 7. 1910 (PrGS, 184, 200) und § 46 Abs. 3 S. 1 PrGKG vom 28. 10. 1922 (PrGS, 363, 377) enthielten die folgende übereinstimmende Regelung: „Werden gleichzeitig mehrere Beschlüsse beurkundet, für deren Gegenstände ein bestimmter Geldbetrag nicht erhellt, so ist für alle Beschlüsse zusammen nur ein Wertbetrag nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen in Ansatz zu bringen.“ In der Begründung zu § 48 Abs. 3 PrGKG 1910 ist ausgeführt worden, gegenüber dem bisherigen Rechtszustand habe die Vorschrift eine erweiterte Fassung dahin erhalten, daß sie „in allen Fällen, in denen mehrere Beschlüsse in einer Urkunde vereinigt seien, nur einen einmaligen Gebührensatz zulasse“ (vgl. KG KGJ 42, B 302, 306 f.). Aus der Gesetzesfassung hat das KG den Grundsatz abgeleitet, daß jede Urkunde gebührenrechtlich als einheitliche Leistung zu behandeln sei, möge sie auch Erklärungen über verschiedene Gegenstände oder solche verschie-

dener Personen in sich zusammenfassen. Bei der Zusammenbeurkundung von Beschlüssen gelte der Satz „eine Urkunde = eine Gebühr“. Die Gebühr des § 48 Abs. 3 S. 1 PrGKG sei z. B. auch dann nur einmal zu erheben, wenn die mehreren gleichzeitig beurkundeten Beschlüsse von verschiedenen Organen einer juristischen Person gefaßt worden seien (KG Das Recht 1911, 268; KG KGJ 42 B 302; vgl. auch KG JR 1927 Nr. 538).

Die am 1. 4. 1936 in Kraft getretene Reichskostenordnung bestimmte in § 41 Abs. 2 S. 2 RKostO: „Werden in derselben Verhandlung mehrere Beschlüsse dieser Art beurkundet, so werden sie für die Gebührenberechnung als eine Einheit angesehen.“ Diese Vorschrift ist in Anlehnung an die angeführten Vorschriften der Preußischen Gerichtskostengesetze geschaffen worden (OLG München DNotZ 1939, 278 f.). Mit dem Ausdruck „in derselben Verhandlung“ ist die Beurkundung „in einer Urkunde“ angesehen worden. Es ist auch im Geltungsbereich des § 41 Abs. 2 S. 2 RKostO in der Rspr. die Auffassung vertreten worden, es könne nur eine Gebühr berechnet werden, wenn in einer Niederschrift die Beschlüsse zweier Organe einer AG beurkundet worden seien (OLG München a.a.O.). In der Lit. ist dieser Meinung zugestimmt worden. Da der Grundsatz gelte, „eine Urkunde = eine Gebühr“, sei es unerheblich, ob die mehreren Beschlüsse, die in eine Urkunde aufgenommen worden seien, von verschiedenen Organen derselben juristischen Person oder von Organen verschiedener juristischer Personen gefaßt worden seien (Jonas/Melsheimer/Hornig/Stemmler, 4. Aufl., § 41 RKostO, Anm. VI 2; Beushausen, Das Deutsche Notariatskostenrecht, 3. Aufl., 658 f.; Beushausen/Küntzel-Kersten/Bühling, § 41 KostO, Anm. 16; Küntzel, DNotZ 1937, 623, 625). Handle es sich um Versammlungen verschiedener Gesellschaften, so werde die Aufnahme einer einheitlichen Niederschrift grundsätzlich abzulehnen sein; dies gelte aber dann nicht, wenn ein einheitlicher Vorgang gegeben sei, wie dies etwa bei der Genehmigung der Verschmelzung mehrerer Gesellschaften mit einer dritten der Fall sei (Jonas/Melsheimer/Hornig/Stemmler, a.a.O.; Beushausen/Küntzel-Kersten/Bühling, a.a.O.; Beushausen, a.a.O., 659). Küntzel (DNotZ 1937, 623, 625) führte weiter aus, dieses Ergebnis sei unbefriedigend. Aus seiner Tätigkeit als Notarrevisor sei ihm bekannt, daß insbesondere gemeinsame Beurkundungen von Generalversammlungen von Tochtergesellschaften vorgenommen worden seien; es sei nicht auszuschließen, daß von Gesellschaften ein Druck auf die Notare ausgeübt werden könnte, durch einheitliche Protokollierung die Gebühren für voneinander unabhängige Beschlüßfassungen erheblich herabzusetzen. Dem § 41 RKostO solle ein Zusatz hinzugefügt werden, wonach bei Beschlüßfassungen verschiedener Organe derselben juristischen Person und bei Beschlüßfassungen von Organen mehrerer juristischer Personen die Gebühren auch dann getrennt zu berechnen seien, wenn diese Beschlüßfassungen in einer Verhandlung aufgenommen worden seien.

(2) Die am 1. 10. 1957 in Kraft getretene KostO 1957 hat zu einer Trennung des Gebührensatzes (Regelung in § 47 KostO) und des Geschäftswertes (Regelung in § 27 KostO) geführt (Ackermann, JurBüro 1975, 443). Hinsichtlich des Geschäftswertes bestimmt § 27 Abs. 2 S. 1 KostO – wie in den Vorgängervorschriften –, daß zum einen die Beurkundung mehrerer Beschlüsse in einer Verhandlung maßgebend ist. Nach früherer Rechtsauffassung war lediglich die Zusammenbeurkundung der mehreren Beschlüsse entscheidend; auf einen inneren Zusammenhang und damit auf einen einheitlichen Vorgang kam es nicht an (vgl. KG KGJ 42 B 302, 307; Küntzel, DNotZ 1937, 623, 625). Nunmehr ist in § 27 Abs. 2 S. 1 KostO zum anderen angeordnet worden, daß bei der Beurkundung mehrerer Beschlüsse in einer Verhandlung § 44 KostO entsprechend anzuwenden ist. Dies bedeutet: Sind die mehreren Beschlüsse i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO gegenstandsgleich, so kommt nur ein Geschäftswert und eine Gebühr nach § 47 KostO in Betracht. Haben die Beschlüsse dagegen einen verschiedenen Gegenstand, so ist der Geschäftswert eines jeden Beschlusses gesondert zu ermitteln; die einzelnen Werte sind dann entsprechend § 44 Abs. 2 KostO zusammenzurechnen (Rohs/Wedewer, 3. Aufl., § 27 KostO, Rd.-Nr. 40). Es kommt aber – wie nach

der früheren Rechtslage – nicht darauf an, ob die Beschlüsse von ein und demselben Organ einer Vereinigung oder von den Organen verschiedener Vereinigungen gefaßt und dann protokolliert worden sind (Beushausen/Küntzel-Kersten/Bühling, 5. Aufl., § 27 KostO, Anm. 7 e; Göttlich/Mümmeler, KostO, 9. Aufl., Erläut., 218 f.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 47 KostO, Rd.-Nrn. 61 f.).

(3) Aus der urkundsrechtlichen Behandlung des Verschmelzungsvertrages und der Zustimmungsbeschlüsse können hier – entgegen der Auffassung des Notars – keine Folgerungen hergeleitet werden. Es ist richtig, daß der Notar beim Verschmelzungsvertrag Willenserklärungen i. S. d. §§ 6 ff. BeurkG und bei Beschlüssen die Tatsache der Beschlüßfassung nach den §§ 36 ff. BeurkG beurkundet (vgl. BayObLGZ 1982, 467, 471 f. = DNotZ 1983, 252 = MittRhNotK 1983, 21; KG DNotZ 1943, 192 f.). Es kommt hier aber nicht darauf an, ob die Willenserklärungen und die Zustimmungsbeschlüsse gegenstandsgleich i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO sind (was allgemein verneint wird, vgl. z. B. BayObLGZ 1980, 317, 321 = DNotZ 1981, 317; Rohs/Wedewer, a.a.O., § 27 KostO, Rd.-Nr. 44), sondern darauf, ob die mehreren Beschlüsse, die beurkundet worden sind, denselben Gegenstand betreffen. Durch § 27 Abs. 2 S. 1 KostO ist nur für die mehreren Beschlüsse, die gleichzeitig gefaßt und beurkundet worden sind, § 44 KostO für entsprechend anwendbar erklärt worden (Beushausen/Küntzel-Kersten/Bühling, a.a.O., § 27 KostO, Anm. 7).

b) Die in den Nrn. IV und V der Niederschrift beurkundeten Beschlüsse haben denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO.

Der Verschmelzungsvertrag (§ 21 KapErhG) wird zwar von den Geschäftsführern der beteiligten Gesellschaften abgeschlossen. Voraussetzung für seine Wirksamkeit ist aber, daß die Gesellschafter jeder der beteiligten Gesellschaften dem Verschmelzungsvertrag zustimmen (§ 20 Abs. 1 KapErhG). Die nach § 35 Abs. 1 GmbHG statuierte Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH ist nach § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG weder durch die Satzung noch durch den Gesellschaftsvertrag noch durch den Anstellungsvertrag oder auf sonstige Weise beschränkbar (Baumbach/Hueck/Zöllner, 15. Aufl., § 37 GmbHG, Rd.-Nr. 20). Die Regelung in § 20 Abs. 1 KapErhG ist eine gesetzlich angeordnete Beschränkung der an sich unbeschränkbar Vertretungsmacht des Geschäftsführers (Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl., Anh. Umw., § 20 KapErhG, Rd.-Nr. 1). Die Zustimmungsbeschlüsse bewirken, daß der zunächst schwebend unwirksame Verschmelzungsvertrag voll wirksam wird. Willenserklärungen sind gegenstandsgleich, wenn sie der Begründung oder Erfüllung ein und desselben Rechtsverhältnisses dienen (BayObLGZ 1986, 235, 238 = DNotZ 1987, 170). Deshalb sind Genehmigungen oder Zustimmungen zu Rechtsgeschäften mit diesen gegenstandsgleich (vgl. z. B. Hartmann, 22. Aufl., § 44 KostO, Anm. 2 B a). Gleiches gilt aber auch für Organbeschlüsse, wenn diese die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes herbeiführen. Es ist deshalb der H. A. in der Kostenrechtsliteratur zuzustimmen, daß Zustimmungsbeschlüsse zu Verschmelzungsverträgen denselben Gegenstand entsprechend § 44 Abs. 1 KostO haben (Göttlich/Mümmeler, a.a.O.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 47 KostO, Rd.-Nr. 62). Die Gebühr des § 47 KostO darf deshalb nur einmal in Ansatz gebracht werden.

2. Die weitere Beschwerde des Notars hat somit in der Sache keinen Erfolg. Sie war als unbegründet zurückzuweisen.

7. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Erbschaftsteuerliche Rückwirkung der Vereinbarung einer Zugewinnsgemeinschaft

(BFH, Urteil vom 28. 6. 1989 – II R 82/86)

ErbStG 1974 § 5 Abs. 1

BGB § 1371 Abs. 2

Gleichberg v. 18. 6. 1957 Art. 8 II Nr. 4 (BGBl. I 1957, 609)

Eheleute können nach Gütertrennung auch mit erbschaftsteuerrechtlicher Wirkung rückwirkend ab dem Tag der Eheschließung – höchstens ab dem Inkrafttreten des GleichberG am 1. 7. 1958 – Zugewinnngemeinschaft vereinbaren.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. streiten um die Höhe des Erwerbes, der gem. § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 nicht der Erbschaftsteuer unterliegt.

Die Kl. ist Alleinerbin ihres 1978 verstorbenen Ehemannes. Die Eheleute hatten 1933 geheiratet und im Laufe der Zeit folgende Güterrechtsverträge abgeschlossen:

1. Mit Vertrag vom 28. 4. 1938 (Vertrag 1) vereinbarten sie Gütertrennung.

2. In einem Vertrag vom 22. 9. 1961 (Vertrag 2) erklärten die Eheleute, einen jetzt noch gültigen Ehevertrag bisher nicht abgeschlossen zu haben. Eine Erklärung nach Art. 8 I Nr. 3 Abs. 2 GleichberG vom 18. 6. 1957 (BGBl. I 1957, 609) habe keiner von ihnen abgegeben, und sie lebten zur Zeit im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Sie schlossen nunmehr den gesetzlichen Güterstand aus und vereinbarten Gütertrennung.

3. Mit Vertrag vom 16. 4. 1964 (Vertrag 3) vereinbarten die Eheleute ab sofort den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und hoben den Vertrag 2 seinem vollen Umfang nach auf. Aus diesem aufgehobenen Vertrag sollten keine Rechtswirkungen entstehen bzw. verbleiben. Für ihre Ehe sollte also der gesetzliche Güterstand „sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft“ maßgebend sein.

Das bekl. FA setzte die Steuer für den Erbanfall fest und vertrat bei der Berechnung des nach § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 steuerfrei bleibenden Erwerbes die Auffassung, die Zugewinnngemeinschaft sei erst mit dem Vertrag 3 am 16. 4. 1964 begründet worden. Maßgebend für die Ermittlung des Zugewinnausgleichs sei daher das Anfangsvermögen (§ 1374 BGB) der Eheleute zu diesem Zeitpunkt.

Die Kl. meint dagegen, der Zugewinnausgleich sei nach dem Anfangsvermögen am 1. 7. 1958 (Inkrafttreten des GleichberG nach dessen Art. 8 II Nr. 4) zu ermitteln.

Das FG wies die Klage ab.

Mit der vom FG zugelassenen Revision verfolgt die Kl. weiterhin ihr Klageziel.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

Das angefochtene Urteil muß aufgehoben werden, weil das FG § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 nicht richtig angewendet hat.

Nach Ansicht des FG können bei der Ermittlung der fiktiven Ausgleichsforderung als Anfangsvermögen i. S. d. § 1374 BGB nur diejenigen Vermögenswerte zugrunde gelegt werden, welche die Eheleute am 16. 4. 1964 hatten. Daß diese mit dem Vertrag 3 die Zugewinnngemeinschaft rückwirkend (ab 1. 7. 1958) vereinbaren wollten, sei unerheblich. § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 nehme nur auf § 1371 Abs. 2 BGB Bezug; er erfasse damit lediglich die dort geregelten gesetzlichen Fälle und nicht auch noch zusätzlich besondere ehevertragliche Regelungen.

Dieser Auffassung schließt sich der Senat nicht an.

Maßgebend für die Höhe der Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 ist die Ausgleichsforderung, welche der überlebende Ehegatte nach § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen könnte. Diese Vorschrift verweist ihrerseits auf die §§ 1373 bis 1383 und 1390 BGB. Dabei ist nach in Rspr. und Lit. anerkannter Ansicht § 1374 BGB u. a. insoweit nachgiebiges Recht, als die Ehepartner den Zeitpunkt für die Berechnung des Anfangsvermögens bestimmen können (vgl. OLG Hamburg NJW 1964, 1076 m. w. N. = DNotZ 1965, 96). Diese Bestimmung des Zeitpunktes kann auch darin bestehen, daß Eheleute nach vorangegangener Gütertrennung diese rückwirkend beseitigen und statt dessen Zugewinnngemeinschaft vereinbaren.

Diese bürgerlich-rechtliche Gestaltungsfreiheit muß auch das Erbschaftsteuerrecht anerkennen, weil § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 mit der Verweisung auf § 1371 Abs. 2 BGB an die Ermittlung der Ausgleichsforderung nach bürgerlichem Recht anknüpft. Erbschaftsteuerrechtliche Grenzen sind dieser Gestaltungsfreiheit erst dort gezogen, wo sie einem Ehepartner eine überhöhte Ausgleichsforderung verschafft. Das kann z. B. dadurch ge-

schehen, daß ein Anfangsvermögen zu einem vor der Eheschließung liegenden Zeitpunkt zugrunde gelegt wird.

Bestätigt wird diese Auffassung durch den Abs. 2 des § 5 ErbStG 1974, der eindeutig auf die (tatsächlich zustehende) bürgerlich-rechtliche Ausgleichsforderung abstellt und daher – abgesehen von der vorgenannten überhöhten Ausgleichsforderung – Einschränkungen nicht zuläßt. Einen Anlaß, die Ausgleichsforderungen der Abs. 1 u. 2 des § 5 ErbStG 1974 nach verschiedenen Maßstäben zu beurteilen, sieht der Senat nicht.

Entsprechend diesen Grundsätzen konnten im vorliegenden Fall die Eheleute auch mit erbschaftsteuerrechtlicher Wirkung durch den Vertrag 3 rückwirkend ab dem 1. 7. 1958, dem Inkrafttreten des GleichberG, die Zugewinnngemeinschaft vereinbaren. Es ist nicht ersichtlich, daß die Kl. dadurch i. S. d. vorstehenden Ausführungen eine überhöhte Ausgleichsforderung erhielt. Die Eheleute haben im Gegenteil durch den Vertrag 3 nur dasjenige vereinbart, was ohne den vorangegangenen Abschluß des Vertrages 2 güterrechtlich schon kraft Gesetzes gegolten hätte.

Das FG hat keine Tatsachen festgestellt, welche die Ermittlung des Anfangsvermögens zum 1. 7. 1958 und damit der fiktiven Ausgleichsforderung nach § 1371 Abs. 2 BGB ermöglichen. Die nicht spruchreife Sache geht daher zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das FG zurück.

Anm. d. Schriftleitung: Vgl. hierzu die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10. 11. 1989, Mitt-RhNotK 1990, 27.

8. Öffentliches Recht/Verwaltungsrecht – Bauliche Voraussetzungen der Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Aufteilung bestehender Gebäude

(BayVGh, Urteil vom 8. 5. 1989 – 2 B 87.01993 – mitgeteilt von Notarassessor Dr. Andreas Albrecht LL.M., München)

WEG §§ 3 Abs. 2 S. 1; 7 Abs. 4 Nr. 2; 59

Die zur Aufteilung bestehender Gebäude in Wohnungseigentum erforderliche Abgeschlossenheitsbescheinigung setzt zwar nicht voraus, daß alle für Wohnungen geltenden bauordnungsrechtlichen Bestimmungen erfüllt sind, doch müssen die für die Ausführung von Wohnungstrenndecken und -wänden geltenden Vorschriften eingehalten sein. Maßgeblich hierbei sind die im Zeitpunkt der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung bestehenden bauordnungsrechtlichen Anforderungen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist Eigentümerin mehrerer Wohnhäuser. Die im Jahre 1939 genehmigten Häuser weisen jeweils Erdgeschoß, zwei Obergeschosse und ein ausgebauten Dachgeschoß auf. In jedem Haus befinden sich acht Wohnungen, deren Trennwände zum Treppenhaus jeweils 25 cm und zwischen den benachbarten Wohnungen ab dem ersten Obergeschoß jeweils 12 cm stark sind und vorgehängte Isolierungen aufweisen.

Die Kl. beantragte im Oktober 1985 für diese Gebäude unter Beifügung entsprechender Aufteilungspläne von der Bekl. die Bescheinigung, daß die jeweils acht Wohnungen pro Gebäude in sich abgeschlossen seien.

Die beantragte Bescheinigung wurde nicht erteilt, weil die Kl. den von der Bekl. geforderten Nachweis über die Erfüllung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen an einen ausreichenden Schall-, Wärme- und Brandschutz nicht erbracht hatte.

Mit ihrer zum VG erhobenen Klage beantragte die Kl., die Bekl. zur Ausstellung der beantragten Bescheinigung zu verpflichten.

Das VG gab der Klage aus folgenden Gründen statt: Die Wohnungen entsprächen den Anforderungen, die das WEG und die nach diesem Gesetz erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift an die Abgeschlossenheit von Wohnungen stellten. Sie hätten jeweils einen eigenen abschließbaren Zugang von einem Treppenhaus; Wasserversorgung, Ausguß und WC lägen innerhalb der Wohnungen. Die Abgeschlossenheit scheitere auch nicht an dem fehlenden Nachweis, daß die Wohnungstrennwände den bauordnungsrechtlichen Anforderungen an den

Schall-, Wärme- und Brandschutz entsprechen. Hierfür bestehe keine rechtliche Grundlage. Zwar stelle die Allgemeine Verwaltungsvorschrift gewisse Mindestanforderungen an die Merkmale der Abgeschlossenheit von Wohnungen, verlange aber nicht die Einhaltung sämtlicher bauordnungsrechtlicher Vorschriften für Wohnungen. Dies gelte auch hinsichtlich der Anforderungen an die Ausgestaltung von Decken und Wänden. Diese seien entsprechend den seinerzeitigen Baugenehmigungen ordnungsgemäß ausgeführt worden. Darüber hinaus könnten keine weiteren Anforderungen gestellt werden.

Gegen das Urteil hat die Bekl. Berufung eingelegt. Sie trägt vor: Sie sei als Bauaufsichtsbehörde berechtigt, bei der Aufteilung bestehender Wohngebäude an Trenndecken und Trennwände Anforderungen zu stellen, die über den genehmigten und bestandsgeschützten Zustand hinausgingen. Nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift sei auch bei bestehenden Gebäuden eine Abgeschlossenheit nur gegeben, wenn Wände und Decken auch hinsichtlich des Schalldämm-Maßes den derzeitigen Anforderungen entsprächen. Da der von der Kl. zu erbringende Nachweis einer ausreichenden Schalldämmung der lediglich 12 cm starken Wohnungstrennwände entsprechend der einschlägigen DIN 4109 nicht vorliege, sei die Bekl. nicht verpflichtet gewesen die beantragte Abgeschlossenheitsbescheinigung zu erteilen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Bekl. ist begründet. Die Kl. hat keinen Anspruch auf die Ausstellung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung von Wohnungen in der beantragten Form.

Nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG ist der zur Bildung von Wohnungseigentum beim Grundbuch vorzulegenden Eintragungsbewilligung als Anlage u. a. eine Bescheinigung der Baubehörde beizufügen, daß die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 WEG erfüllt sind. Danach soll Sondereigentum nur eingeräumt werden, wenn es sich um Wohnungen i. S. d. Gesetzes handelt und wenn die Wohnungen „in sich abgeschlossen sind“. Die Parteien sind sich darüber einig – vernünftige Zweifel können insoweit auch nicht bestehen –, daß die in Sondereigentum überzuführenden Wohnungen den Anforderungen entsprechen, die das WEG hieran stellt. Streitig ist lediglich die Frage, ob die Wohnungen „in sich abgeschlossen“ i. S. v. § 3 Abs. 2 WEG hinsichtlich der Ausgestaltung der Wohnungstrennwände sind. Was unter Abgeschlossenheit im einzelnen zu verstehen ist, regelt das WEG selbst nicht (so ausdrücklich die „Amtliche Begründung zum Wohnungseigentumsgesetz“, BR-Drucks. 75, 51). Dies ist der aufgrund des § 59 WEG erlassenen „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes“ vom 19. 3. 1974 – VwV – (BAnz Nr. 58 vom 23. 3. 1974, 2) zu entnehmen (zur Beachtlichkeit von allgemeinen Verwaltungsvorschriften vgl. BVerfG NJW 1989, 666). Nach Nr. 2 VwV ist dem Antrag eine Bauzeichnung beizufügen, die bei bestehenden Gebäuden eine Baubestandszeichnung sein und bei zu errichtenden Gebäuden den bauaufsichtlichen (baupolizeilichen) Vorschriften entsprechen muß. Gem. Nr. 5 VwV muß aus der Bauzeichnung (neben den Voraussetzungen, daß es sich überhaupt um Wohnungen i. S. d. WEG handelt) weiter ersichtlich sein, daß die Wohnungen in sich abgeschlossen sind. Das ist nach Buchst. a der Fall, wenn eine Wohnung baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen abgeschlossen ist (wortgleiche Verwendung der Definition für abgeschlossene Wohnungen in DIN 283 Bl. 1 Abschn. 1.11 – GMBI. 1951, 79), „z. B. durch Wände und Decken, die den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörden (Baupolizei) an Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken entsprechen und einen eigenen Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einen Vorraum haben“. Hieraus ergibt sich – im Gegensatz zur Auffassung des VG und der Kl. –, daß die Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken den im Zeitpunkt der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung bestehenden bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechen müssen. Das wird verdeutlicht durch den Zusammenhang und die Formulierung der Bestimmungen der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften über die unterschiedlichen Anforderungen, die bei bestehenden Wohnungen einerseits und bei erst zu errichtenden Wohnungen andererseits erfüllt sein müssen. Bei zu errichtenden Wohnungen muß die Bauzeichnung nach Nr. 2 VwV „den bauaufsichtlichen (bau-

polizeilichen) Vorschriften“ entsprechen. Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung ist demzufolge gem. Nr. 8 VwV bei zu errichtenden Wohnungen nicht zu erteilen, wenn die Voraussetzungen für eine bauaufsichtliche Genehmigung des Bauvorhabens nach Maßgabe der eingereichten Bauzeichnungen nicht gegeben sind. Demgegenüber werden bei bestehenden Wohnungen geringere Anforderungen gestellt. In Nr. 4 VwV ist aufgeführt, was als Mindeststandard erfüllt sein muß, um den Wohnungsbegriff des WEG zu erfüllen. Bei zu errichtenden Wohnungen müssen dagegen, wie Nr. 8 VwV zeigt, sämtliche Voraussetzungen erfüllt sein, die die Landesbauordnungen an Wohnungen stellen. Dies geht beträchtlich über das hinaus, was in Nr. 4 VwV verlangt wird. Hinsichtlich der Frage der Abgeschlossenheit müssen jedoch, wie sich aus dem Wortlaut der Nr. 5 VwV, der die Begriffe „Bauaufsichtsbehörden“ und „Baupolizei“ verwendet, ergibt, die Anforderungen der jeweils geltenden Landesbauordnung erfüllt sein. Denn diese Begriffe werden sonst nur im Zusammenhang mit erst zu errichtenden Wohnungen verwendet, für die das Bauordnungsrecht in vollem Umfang Anwendung findet (vgl. Nr. 2 VwV: „... bei zu errichtenden Gebäuden der bauaufsichtlichen [baupolizeilichen] Vorschriften...“). Somit müssen zwar nicht alle für Wohnungen geltenden bauordnungsrechtlichen Bestimmungen erfüllt sein, wohl aber die für die Ausführung von Wohnungstrenndecken und Wohnungstrennwänden insbesondere hinsichtlich des Wärme-, Schall- und Erschütterungsschutzes, damit die Voraussetzungen für die Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegen.

Die Wohnungen sind ab dem 1. Obergeschoß nicht abgeschlossen i. S. v. § 3 Abs. 2 WEG i. V. m. Nr. 5 Buchst. a VwV. Ihre Trennwände entsprechen nicht den bauaufsichtlichen Anforderungen hinsichtlich des Schallschutzes. Gem. Art. 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BayBO müssen Trennwände von Wohnungen schalldämmend sein. Die davon in Art. 28 Abs. 5 enthaltene Ausnahme kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen, weil in den beiden Gebäuden der Kl., für die sie die Abgeschlossenheitsbescheinigung begehrt, mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind. Die Anforderungen, die an das Schalldämm-Maß zu stellen sind, richten sich gem. Art. 3 Abs. 1 S. 3 BayBO nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik. Für den vorliegenden Fall ist die DIN 4109, Ausgabe 1962 Bl. 2 – Schallschutz im Hochbau – (MAB 1963, 621) heranzuziehen, wonach bei Wohnungstrennwänden ein Luftschalldämm-Maß von mindestens 0 dB (entsprechend einem bewerteten Schalldämm-Maß von 52 dB) verlangt wird. Nach dem Gutachten der Sachverständigen wurde anhand von Messungen festgestellt, daß das bewertete Schalldämm-Maß zwischen dem Wohnzimmer der Wohnung K. und dem Schlafzimmer der Wohnung U. im 2. Obergeschoß des Gebäudes A.-Straße 15 sowie zwischen dem Wohnzimmer der Wohnung Ü. und dem Schlafzimmer der Wohnung W. im 1. Obergeschoß des Gebäudes A.-Straße 17 jeweils $R'w = 45$ dB (LSM = -7 dB) beträgt, so daß die Anforderungen der DIN 4109 nicht erfüllt sind. Die Messungen, an deren Ergebnis das Gericht keinen Zweifel hat und das auch von den Parteien nicht beanstandet wird, wurden zwar nur an den Trennwänden zwischen je zwei Wohnungen pro Gebäude durchgeführt. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Ausführung und die Stärke der übrigen Wohnungstrennwände ab dem 1. Obergeschoß anders beschaffen ist, bestehen keine Bedenken, die bei den Messungen ermittelten Schalldämm-Maße auch für die übrigen Wohnungstrennwände anzunehmen. Da somit ein ausreichender Schallschutz nicht gewährleistet ist, fehlt es an dem Merkmal der Abgeschlossenheit der Wohnungen.

Entgegen der Auffassung der Kl. wird durch die Ablehnung nicht in den durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährten Bestandsschutz als Ausfluß der Eigentumsgarantie eingegriffen. Der baurechtliche Bestandsschutz gibt einem Eigentümer lediglich das Recht, ein Gebäude, das im Zeitpunkt seiner Errichtung legal ausgeführt wurde, so wie es besteht, weiter zu nutzen, instandzusetzen und zur Aufrechterhaltung einer zeitgemäßen, funktionsgerechten Nutzung in untergeordnetem Umfang zu ändern oder zu erweitern (vgl. BVerwGE 47, 126). Aus Art. 14

Abs. 1 GG läßt sich dagegen nicht die Befugnis herleiten, rechtliche oder tatsächliche Änderungen vorzunehmen, die mit der im Zeitpunkt der Änderung geltenden Rechtslage nicht übereinstimmen. Der Kl. bleibt es unbenommen, die Anwesen wie

bisher durch Vermietung zu nutzen. Durch die Umwandlung der Gebäude in Wohnungseigentum würde aber eine rechtlich andere Art des Eigentums erst gebildet, dessen Inhalt durch die im Zeitpunkt der Umwandlung geltenden Gesetze bestimmt wird.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Rückwirkend vereinbarte Zugewinnngemeinschaft – Nichtanwendung des BFH-Urteils vom 28. 6. 1989 – II R 82/86 – (DB 1989, 1945 = MittRhNotK 1990, 24)

(FinMin. der Länder, Erlaß vom 10. 11. 1989)

Nach § 5 Abs. 1 ErbStG bleibt beim Erwerb des überlebenden Ehegatten, wenn für die Ehe mit dem verstorbenen Ehegatten der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft galt, ein Betrag in Höhe der Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei, die der überlebende Ehegatte nach § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen könnte, wenn er nicht Erbe geworden wäre und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Nach Auffassung des BFH in seinem Urteil vom 28. 6. 1989 – II R 82/86 – (DB 1989, 1954 = MittRhNotK 1990, 24) ist die zivilrechtlich zulässige rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft auch erbschaftsteuerrechtlich zu berücksichtigen.

Es ist demgegenüber die Auffassung zu vertreten, daß nach dem Sinn und Zweck des § 5 ErbStG und unter Berücksichtigung des allgemeinen Grundsatzes, daß Beteiligte ihre steuerlichen Verhältnisse stets nur für die Zukunft neu gestalten können, nur die fiktive Ausgleichsforderung erbschaftsteuerfrei sein kann, die sich für die Dauer der Zugewinnngemeinschaft ab dem Datum des maßgebenden Vertragsabschlusses ergibt. Der Zugewinn, den jeder Ehegatte in der davor liegenden Zeit erzielt hat, ist Bestandteil seines Vermögens.

Auch beim Tod eines Ehegatten oder einer Scheidung der Ehegatten während der Dauer der Gütertrennung wäre der bis dahin erzielte Zugewinn nicht auszugleichen gewesen.

Das genannte BFH-Urteil ist deshalb nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden, und es wird gleichzeitig darauf hingewiesen, daß keine Bedenken bestehen, bis zur Entscheidung über das weitere zu dieser Frage anhängige Revisionsverfahren mit Zustimmung der Beteiligten die Entscheidung über vergleichbare Rechtsbehelfe sowie die Vollziehung der Steuerbescheide in Höhe der auf die streitigen Ausgleichsforderungen entfallenden Steuerbeträge auszusetzen (§§ 363, 361 AO).

2. Steuerrecht/Einkommensteuer – Anwendung der kleinen Übergangsregelung nach § 53 Abs. 21 S. 4 EStG nach der Trennung von Ehegatten

(OFD Düsseldorf, Verfügung vom 4. 7. 1989 – S 2225 a A – St 11 H 1)

Es ist die Frage gestellt worden, wie im folgenden Fall hinsichtlich der o. a. Übergangsregelung zu verfahren ist: Ehegatten waren je zur Hälfte Miteigentümer eines selbstgenutzten Einfamilienhauses, für das sie 1986 erhöhte Absetzungen nach § 7b EStG und 1987 die entsprechenden Beträge wie Sonderausgaben nach § 52 Abs. 21 S. 4 EStG in Anspruch genommen haben. Nach dauernder Trennung im März 1988 und wegen beabsichtigter Scheidung hat die Ehefrau ihren Eigentumsanteil im September 1988 auf den Ehemann übertragen, der das Haus nunmehr als Alleineigentümer weiterbewohnt. Zu entscheiden ist, *in welchem Umfang* der Ehemann die erhöhten Absetzungen bis zum Ende des Begünstigungszeitraums wie Sonderausgaben fortsetzen kann.

Aus dem Umstand, daß die erhöhten Absetzungen nach § 7b EStG bei der Nutzungswertbesteuerung für 1986 jedem Ehegatten entsprechend seinem Miteigentum anteilig zuzurechnen

wären, könnte geschlossen werden, daß nach dem Wegfall der Nutzungswertbesteuerung beim einzelnen Ehegatten auch nur insoweit der Sonderausgabenabzug nach § 52 Abs. 21 S. 4 EStG in Betracht kommen kann. Die Regelung in Abschn. 62 Abs. 4 S. 2 EStR 1987 würde dann für den vorgetragenen Fall ins Leere gehen. Nach dieser Regelung kann bei Vereinigung der Ehegattenanteile zu Alleineigentum eines Ehegatten der übernehmende Ehegatte – mangels Hinzuerwerbs eines selbständigen Objekts – die erhöhten Absetzungen weiterhin in der Höhe in Anspruch nehmen, in der sie bisher den Eheleuten gemeinsam zu gewähren waren, sofern der eine Ehegatte seinen Eigentumsanteil spätestens in dem Veranlagungszeitraum auf den anderen Ehegatten überträgt, in dem noch die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen.

Der gesetzgeberische Wille, dem Stöpl. die Steuerbegünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung auch nach dem Wegfall der Nutzungswertbesteuerung grundsätzlich in gleicher Höhe wie zuvor zu erhalten, läßt es vertretbar erscheinen, im Rahmen der Übergangsregelung nach § 52 Abs. 21 S. 4 EStG entsprechend zu verfahren, d. h. dem übernehmenden Ehegatten (Alleineigentümer) die Fortsetzung der erhöhten Absetzungen nach § 7b EStG wie Sonderausgaben in voller Höhe zu gestatten.

3. VO über die Gründung und Tätigkeit von Unternehmen mit ausländischer Beteiligung in der DDR

(Verordnung des Ministerrats der DDR vom 25. 1. 1990)

Die Regierung der DDR unterstützt und fördert die Gründung und Tätigkeit von Unternehmen mit ausländischer Beteiligung auf dem Territorium der DDR (im folgenden Unternehmen genannt). Sie garantiert diesen Unternehmen auf der Grundlage der Verfassung der DDR umfassenden Rechtsschutz.

Unternehmen beruhen auf anteilig gebildetem Betriebsvermögen, auf kooperativer Leitung des Unternehmens und freier Verwendung des Gewinns aus der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit nach Maßgabe dieser VO. Die Tätigkeit der Unternehmen dient dem gegenseitigen Vorteil und Nutzen der Beteiligten.

Unternehmen sollen im Interesse ihrer Stabilität und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dann gegründet werden, wenn sie gegenüber sonstigen im internationalen Wirtschaftsverkehr üblichen Formen der Wirtschaftskooperation eine effektivere Lösung der Aufgaben in den Bereichen der Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Absatzes, der Dienst- und Versorgungsleistungen sowie des Umweltschutzes gewährleisten. Es ist anzustreben, Unternehmen in Fortführung bewährter kooperativer Zusammenarbeit vorzubereiten und zu gründen.

Für die Gründung und Tätigkeit von Unternehmen wird folgendes verordnet:

Gründung der Unternehmen

§ 1

Unternehmen können in der DDR wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, soweit dem nicht gesetzliche Verbote entgegenstehen.

§ 2

(1) Beteiligte der DDR an Unternehmen können Kombinate, Betriebe, Einrichtungen, Genossenschaften sowie Handwerker, Gewerbetreibende und andere Bürger sein.