

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
März 2016
ISSN 1434-3460

5/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 13 – Wortgleiche Passagen innerhalb ein und derselben Niederschrift; Anlagen; Notwendigkeit einer doppelten Verlesung; analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG
WEG §§ 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 15 – Zweckbestimmung bzw. Gebrauchsregelung betreffend eine Teileigentumseinheit; Abschluss einzelner Nutzungen bzw. einzelner Gewerbebezüge

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 308 Nr. 1; BNotO § 19 – Notarhaftung wegen Verwendung unbefristeter Fortgeltungsklauseln

EGBGB Art. 11; GmbHG § 2 Abs. 1 – Keine Beurkundung der GmbH-Gründung durch einen Schweizer Notar (Kanton Bern)

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 13 Wortgleiche Passagen innerhalb ein und derselben Niederschrift; Anlagen; Notwendigkeit einer doppelten Verlesung; analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG

I. Sachverhalt

Es sollen mehrere Kaufverträge über Geschäftsanteile an einer GmbH abgeschlossen werden.

Zu diesem Zweck wird eine Rahmenurkunde aufgenommen. Der Rahmenurkunde werden verschiedene Anlagen beigefügt. Die Anlagen enthalten den Text der jeweiligen Geschäftsanteilskaufverträge. Die Verträge sind bis auf einige Einzelheiten (Name der Zielgesellschaft, Kaufpreis, Fälligkeiten) wortgleich.

II. Frage

Ist es ausreichend, wenn Teile einer einzigen Niederschrift (insbesondere einzelne Anlagen), die ganz oder teilweise übereinstimmen, nur einmal vorgelesen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Beurkundungspflicht des Geschäftsanteilskaufvertrags

Der Geschäftsanteilskaufvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der **notariellen Beurkundung** (§ 15 Abs. 4

S. 1 GmbHG). Die Beurkundungspflicht erstreckt sich auf die Anlagen der Urkunde, sofern die in ihnen enthaltenen Erklärungen Bestandteil der Verpflichtung über die Anteilsabtretung sind. Ob es sich bei den Erklärungen um Haupt- oder Nebenabreden handelt, spielt keine Rolle (vgl. BGH DNotZ 2001, 952, 954 = DNotI-Report 2001, 952; OLG Frankfurt RNotZ 2012, 296; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rn. 30; Hermanns, DNotZ 2012, 9, 14; Michalski/Ebbing, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 89). Im vorliegenden Fall sind nicht nur Nebenabreden, sondern sogar die Hauptabreden der Verträge in den Anlagen enthalten. Die Anlagen sind daher zu beurkunden.

2. Verlesung von Anlagen

Die in der **Anlage** enthaltenen Erklärungen sind gem. §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG zu **verlesen**. Es handelt sich um den Fall einer sog. **echten Verweisung**. Eine bloße **Bezugnahme** (Beifügen zu Informationszwecken) genügt nicht, um die Erklärungen zum Inhalt der beurkundeten Niederschrift zu machen und das Beurkundungserfordernis zu erfüllen (vgl. BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.2.2016, § 311b Rn. 265 ff.; Piegsa, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 9 BeurkG Rn. 33 ff.).

Fraglich ist, ob die **wortgleichen Anlagen** nur einmal verlesen werden. § 13 Abs. 1 BeurkG verlangt grundsätzlich die Verlesung der **gesamten** Niederschrift und lässt nicht erkennen, dass von diesem Erfordernis textliche Wiederholungen ausgenommen sind.

a) Verlesung mehrerer wortgleicher Niederschriften
Möglicherweise ist die doppelte Verlesung der Anlagen nach § 13 Abs. 2 S. 1 BeurkG entbehrlich. Hiernach genügt es, die übereinstimmenden Teile der Niederschrift einmal zu verlesen, wenn „**mehrere Niederschriften**“ aufgenommen werden. § 13 Abs. 2 S. 1 BeurkG normiert eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass stets die **gesamte** Niederschrift vorzulesen ist (vgl. Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 13 Rn. 4; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 13 Rn. 28; Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 4 f.; Riedel/Feil, BeurkG, 1970, § 13 Rn. 4).

Sind die Erklärungen nicht in verschiedenen Anlagen **einer** Rahmenurkunde und Niederschrift, sondern in **unterschiedlichen Niederschriften** enthalten, ist § 13 Abs. 2 S. 1 BeurkG unmittelbar einschlägig. Der vorliegende Fall unterscheidet sich hiervon insoweit, als die wortgleichen Anlagen **Teil** nur **einer** und nicht mehrerer Niederschriften sind. Seinem Wortlaut nach ist § 13 Abs. 2 S. 1 BeurkG daher nicht einschlägig.

b) Analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG

Ob der Gedanke des § 13 Abs. 2 BeurkG auch auf den Fall mehrerer wortgleicher Teile ein und derselben Niederschrift analog anzuwenden ist, ist noch nicht geklärt.

aa) Die Kommentarliteratur steht zum Teil auf dem Standpunkt, dass „**textidentische Passagen**, insbesondere Angaben, die die Urkunde in Zahlen und in Worten enthält“, nicht zweimal verlesen werden müssen (Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 5; Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion). Auch wenn dieses Zitat insbesondere auf wiederholende Elemente wie Zahlen Bezug nimmt, dürfte es sich in dem Sinne verstehen lassen, dass auch wiederholende Abschnitte keiner erneuten Verlesung bedürfen. Zum Teil findet sich in der Literatur jedoch nur der Hinweis, dass „**textidentische Elemente**“ innerhalb ein und derselben Niederschrift nicht zweimal verlesen werden müssen (Renner, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, § 13 BeurkG Rn. 5).

bb) Die Einführung des § 13 Abs. 2 BeurkG im Jahre 1969 entsprach der damals bereits zuvor gängigen und von der wohl h. M. gebilligten Praxis. Bei **Sammelbeurkundungen** sollte im Hinblick auf den Zweck der Beurkundung ein **einmaliges Verlesen** zulässig sein (Saage, DNotZ 1959, 340, 345; Keidel, DNotZ 1959, 347, 348; Höfer/Huhn, Allgemeines Urkundenrecht, 1968, § 52 Rn. 3). Das Beurkundungsverfahren dürfe nicht zu einem „**leeren Formalismus** herabgewürdigt“ werden (Keidel, DNotZ 1959, 347, 348). In einem Bericht des für den Gesetzentwurf mitverantwortlichen Regierungsdirektors heißt es, dass die Einführung des § 13 Abs. 2 BeurkG „überwiegend nur klarstellende Bedeutung“ habe (Mecke, DNotZ 1968, 584, 603). Aus der amtlichen Gesetzesbegründung selbst lässt sich dies jedoch nicht herleiten. Dort wird nur auf die Sammelbeurkundung als solche Bezug genommen (vgl. BT-Drs. 5/3282, S. 30). Aus der Gesetzesentstehungsgeschichte ergibt sich daher kein eindeutiges Ergebnis.

cc) Entscheidend muss es auf den **Normzweck** von § 13 Abs. 1 u. 2 BeurkG ankommen.

Das Verlesen der Niederschrift führt den Beteiligten den Inhalt der von ihnen abgegebenen Erklärungen vor Augen. Es dient damit der Warnfunktion, steht aber zugleich

mit der notariellen Beratung und Belehrung in engem Zusammenhang. Außerdem gewährleistet das Verlesen eine erhöhte Kontrolle und materielle Richtigkeitsgewähr, da es die Ermittlung des Willens der Beteiligten fördert (vgl. OLG Hamm DNotZ 1978, 54, 57; BNotK, Rundschreiben Nr. 19/97 v. 3.7.1997, ZNotP 1997, 91; Kanzleiter, DNotZ 1997, 261, 262; Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 3; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 13 Rn. 2 m. w. N.). Wenn der Text nur einmal vorgelesen wird, kann eine eingehendere allgemeine Beratung durch den Notar erfolgen. Es können mehr Fragen als bei einer Einzelbeurkundung erörtert werden (Winkler, § 13 Rn. 32). Vor diesem Hintergrund ist auch § 13 Abs. 2 BeurkG zu betrachten. Es sollen unnötige Wiederholungen vermieden werden; die Funktionen des Beurkundungsverfahrens werden durch die einmalige Verlesung gewährleistet.

Werden die wortgleichen Textpassagen einer Niederschrift nur einmal vorgelesen, ist mit Blick auf die vorgenannten Normzwecke nicht ersichtlich, dass die Funktionen des Verlesens (Warnung, Beratung, Belehrung und Kontrolle) nicht in gleicher Weise wie im Falle der doppelten Verlesung verwirklicht würden. Der Notar hat den Beteiligten den Inhalt der von ihnen abgegebenen Erklärungen vor Augen geführt und mit ihnen den Sachstand besprochen. Eine erneute Verlesung wäre eine **unnötige Förmerei**, die auch den Beteiligten kaum zu erklären sein dürfte. Die Parallele zu § 13 Abs. 2 BeurkG liegt damit auf der Hand. Wenn es sogar möglich ist, niederschriftsübergreifend auf eine doppelte Verlesung zu verzichten, muss dies **erst recht** für die Verlesung von wortgleichen Passagen innerhalb ein und derselben Niederschrift gelten. Außerdem wäre es auch beurkundungsrechtlich möglich, innerhalb derselben Niederschrift auf die vorherige Anlage in einem Satz zu verweisen, ohne sie erneut vorlesen zu müssen. Auch in diesem Fall wäre dem Beurkundungserfordernis Genüge getan. Dann kann es aber nicht schaden, wenn innerhalb der Niederschrift aus redaktionellen Gründen anstelle eines Verweises die entsprechende Passage wortgleich eingefügt wird.

Auch wenn es möglich ist, die Problematik mit einem **urkundeninternen Verweis** zu lösen, dürfte auch ein anerkanntes **praktisches Bedürfnis** für eine doppelte Verwendung des wortgleichen Textes erkennbar sein. Aus redaktionellen Gründen kann eine solche Urkundengestaltung nämlich durchaus angezeigt sein: Dies gilt insbesondere, wenn mehrere Anlagen errichtet und der Übersicht halber identische Textbausteine verwendet werden sollen, weil die Beteiligten nur auszugsweise Ausfertigungen erhalten. Denkbar ist auch, dass bei der Wiedergabe des Grundbuchstands aus Gründen der Klarheit textidentische Belastungen an mehreren Stellen wiedergegeben werden. Ein Bedürfnis für eine textliche Wiederholung von Passagen innerhalb einer Niederschrift lässt sich daher nicht abstreiten.

dd) Für eine analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG spricht außerdem eine Parallele zur Problematik des **Vorlesens von Neuausdrucken**. Die h. M. nimmt insoweit an, dass nicht der gesamte Ausdruck, sondern nur die geänderten Textteile vorzulesen sind. Sie stützt sich hierbei auf eine analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG (BNotK, Rundschreiben Nr. 19/97 v. 3.7.1997, ZNotP 1997, 91; Heinemann, § 13 Rn. 8; Kanzleiter, DNotZ 1997, 261, 266 ff.; Mihm, NJW 1997, 3121, 3125; Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 10; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl. 2003, 13 BeurkG Rn. 4; Winkler, § 13 Rn. 15; a. A.

BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.8.2015, § 13 BeurkG Rn. 1). Es sei maßgeblich, dass Schriftstücke mit übereinstimmendem Inhalt vorliegen. Die Interessenlage entspreche dem Fall der Beurkundung mehrerer Niederschriften. Es gehe darum, einen bereits verlesenen inhaltsgleichen Text nicht erneut verlesen zu müssen, sondern lediglich auf seine Übereinstimmung zu kontrollieren (BNotK, a. a. O.; Mihm, NJW 1997, 3121, 3124 f.). Dies verdeutlicht, dass es sich bei § 13 Abs. 2 BeurkG nicht um eine abschließende Sondervorschrift, sondern um eine analogiefähige Norm handelt.

c) Schlussfolgerung

Unseres Erachtens ist eine **erneute Verlesung** der wortidentischen Passagen innerhalb derselben Niederschrift **nicht erforderlich**. Der Notar muss die wortgleichen Passagen der Anlagen nur einmal verlesen. Wir gehen davon aus, dass **§ 13 Abs. 2 BeurkG** im vorliegenden Fall **analog anzuwenden** ist.

3. Weitere Hinweise

Unberührt bleibt die notarielle **Verschwiegenheitspflicht** (vgl. § 13 Abs. 2 S. 2 BeurkG, § 18 BNotO). Das bedeutet, dass die Beteiligten mit dem Verfahren einverstanden sein müssen (vgl. Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 24; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG/BNotO, 3. Aufl. 2011, § 13 BeurkG Rn. 15). Die individuellen Teile (z. B. Kaufpreis) sind grundsätzlich in Abwesenheit der insoweit nicht Beteiligten zu verlesen, es sei denn dass sie hierauf verzichten und sich mit einer gemeinsamen Verlesung einverstanden erklären (Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2012, Vor §§ 127a und § 128 (BeurkG) Rn. 368; Lerch, § 13 Rn. 28; Winkler, § 13 Rn. 36).

Der **verlesene Wortlaut** muss mit den anderen Anlagen **übereinstimmen** (vgl. Winkler, § 13 Rn. 17). Fehlt es an einer Übereinstimmung, kommen die Voraussetzungen von § 13 Abs. 2 BeurkG nicht zum Tragen. Das Rechtsgeschäft ist dann insoweit nichtig, als es nicht verlesen und damit nicht wirksam beurkundet wurde. Dies kann zu seiner Gesamtnichtigkeit führen (vgl. Winkler, § 13 Rn. 18, 25a).

Allen Beteiligten muss außerdem **vor der Beurkundung bewusst** sein, dass der Text **nur einmal verlesen** wird (vgl. BGH DNotZ 2000, 512 = DNotI-Report 2000, 84; OLG Frankfurt 1999, 141, 142 = DNotI-Report 1999, 113).

Einen **Hinweis** auf das Verfahren nach § 13 Abs. 2 BeurkG muss die Niederschrift nach Auffassung der Literatur nicht enthalten (vgl. Limmer, § 13 BeurkG Rn. 15; Heinemann, § 13 Rn. 17; Piegsa, § 13 BeurkG Rn. 24; Winkler, § 13 Rn. 31). In einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 hat sich auch das OLG Frankfurt dieser Auffassung angeschlossen, ergänzend aber ausgeführt, dass es naheliegend sei, einen entsprechenden Vermerk in die Urkunde aufzunehmen. Ein Vermerk könne im Rahmen der Beweiswürdigung von Bedeutung sein (OLGR Frankfurt 1999, 141, 142 = DNotI-Report 1999, 113).

Abschließend ist auf die **berufsrechtlichen Regelungen** für die Zulässigkeit von Sammelbeurkundungen und auf die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer gem. § 78 Abs. 1 Nr. 5 BNotO vom 28.1.1999 hinzuweisen (DNotZ 1999, 258, 260). Hiernach ist die „gleichzeitige Beurkundung von mehr als fünf Niederschriften bei verschiedenen Beteiligten“ in der Regel unzulässig. Nach den bayerischen Richtlinien trifft dies in der Regel auf mehr als drei Niederschriften bei gleichzeitiger Beurkundung mit ver-

schiedenen Beteiligten zu (vgl. Amtliches Mitteilungsblatt der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkasse 1999, Nr. 3, 1, Ziff. II. 1. lit. e).

WEG §§ 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 15 Zweckbestimmung bzw. Gebrauchsregelung betreffend eine Teileigentums- einheit; Ausschluss einzelner Nutzungen bzw. einzelner Gewerbebezüge

I. Sachverhalt

Ein Bauträger will ein kleines Wohn- und Geschäftshaus mit insgesamt acht Einheiten bauen. Die Teileigentumseinheiten sollen als Büro, freiberufliche Praxis, Laden oder zu anderen gewerblichen Zwecken genutzt werden können. Eine Einheit wird sich der Bauträger zurückbehalten und nicht verkaufen; diese wird er als Büro für seine Bauträgerfirma nutzen.

Aus diesem Grund ist ihm sehr daran gelegen, dass die übrigen Teileigentumseinheiten nicht als Spielsalon, Sexshop oder als Handwerksbetrieb (Schreinerei, Metzgerei, Schlosserei etc.) genutzt werden können.

Der Notar hat vorgeschlagen, in die Gemeinschaftsordnung als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter aufzunehmen, dass

- die Wohnungseigentumseinheiten nur zu Wohnzwecken und
- die Teileigentumseinheiten nur als Büro oder freiberufliche Praxis genutzt werden können.

Dann würde jede abweichende Nutzung der Zustimmung aller übrigen Sondereigentümer bedürfen.

Das ist dem Bauträger aber zu weitreichend; er will in der Gemeinschaftsordnung alle Nutzungsarten offenhalten, aber nur einzelne Gewerbebezüge (Spielsalon etc.) von der Nutzung ausschließen.

II. Frage

Kann man die Nutzung zu gewerblichen Zwecken bzw. als Laden in der Gemeinschaftsordnung erlauben, dann aber bestimmte Gewerbebezüge bzw. eine bestimmte Art von Läden verbieten oder von der Zustimmung der übrigen Sondereigentümer abhängig machen?

III. Zur Rechtslage

1. Zweckbestimmung im engeren Sinne

Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine *Zweckbestimmung im weiteren Sinne* (Wohnungseigentum gem. § 1 Abs. 2 WEG versus Teileigentum gem. § 1 Abs. 3 WEG), sondern um die inhaltliche Ausgestaltung der *Zweckbestimmung im engeren Sinne*, die als **Vereinbarung gem. §§ 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 15 WEG** die konkrete Nutzung des Sondereigentums festlegen soll. Es ist anerkannt, dass den Sondereigentümern bzw. dem aufteilenden Alleineigentümer hierbei ein **weiter Regelungs- und Gestaltungsspielraum** zusteht. Nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG können die Sondereigentümer von den Vorschriften des WEG abweichende Vereinbarungen treffen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Die §§ 13 bis 15 WEG enthalten indes keine ausdrückliche Beschränkung der Regelungsfreiheit. Letztlich sind nur die allgemeinen Grenzen der Rechtsordnung, nament-

lich §§ 134, 138, 242 BGB, zu beachten. Im Übrigen steht es den Sondereigentümern bzw. dem aufteilenden Alleineigentümer frei, im Rahmen der Privatautonomie das Verhältnis der Wohnungs-/Teileigentümer untereinander nach eigener Entscheidung auszugestalten (vgl. Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl. 2015, § 15 Rn. 4; Jennißen/Schultzky, WEG, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 11 ff.; BeckOK-WEG/Hügel, Std.: 1.11.2015, § 15 Rn. 3, 9 ff.; Heyn, WEG, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2; MünchKommBGB/Commichau, 6. Aufl. 2013, § 15 WEG Rn. 9; Sauren, WEG, 6. Aufl. 2014, § 15 Rn. 6; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl. 2010, § 15 Rn. 36).

Die Zweckvereinbarung kann in der Weise erfolgen, dass entweder bestimmte Nutzungen ausgeschlossen (sog. **negative** Zweckvereinbarung) oder solche ausdrücklich vereinbart (sog. **positive** Zweckvereinbarung) werden. Im Falle einer negativen Zweckvereinbarung besteht die Notwendigkeit, den Kreis der ausgeschlossenen Nutzungen hinreichend konkret zu bezeichnen, denn anderenfalls muss erst im Wege der Auslegung – letztverbindlich durch ein Gericht – entschieden werden, in welcher Weise das Sondereigentum genutzt werden darf (vgl. Bärmann/Pick, § 15 Rn. 37, der unter Vertragsgestaltungsgesichtspunkten tendenziell zu einer positiven Zweckvereinbarung rät).

2. Zulässigkeit des Ausschlusses einzelner Nutzungen

Im vorliegenden Fall soll eine **negative Zweckvereinbarung** dahingehend erfolgen, dass einzelne Nutzungen (nämlich als Spielsalon, Sexshop oder als Handwerksbetrieb i. S. v. Schreinerei, Metzgerei, Schlosserei u. ä.) ausgeschlossen sind. Unseres Erachtens bestehen keine Bedenken gegen einen Ausschluss nur einzelner (enumerativ genannter) Nutzungen, da es sich insoweit um ein **Minus** gegenüber einer zweifellos zulässigen positiven Zweckvereinbarung (z. B. Nutzung nur als Arztpraxis oder zum Zwecke des betreuten Wohnens) handelt und demzufolge die Nutzungsmöglichkeiten des Sondereigentümers weiter sind als im Falle einer positiven Zweckbestimmung. Der Gebrauch des Sondereigentums wird zwar eingeschränkt, aber nicht gänzlich ausgehöhlt, weshalb kein Anhaltspunkt für einen Verstoß gegen die guten Sitten, ein Verbotsgesetz oder gegen Treu und Glauben vorliegt. Es erschiene widersprüchlich, eine positive Zweckbestimmung hinsichtlich des Sondereigentums (z. B. Nutzung nur zum Zweck des betreuten Wohnens) zuzulassen, aber einen weniger einschneidenden Ausschluss einzelner Nutzungen als rechtlich unzulässig anzusehen.

Die Zulässigkeit einer beschränkten negativen Zweckbestimmung auf einzelne konkrete Nutzungsarten kann u. E. auch **im Wege eines Erst-Recht-Schlusses** aus einer Entscheidung des **OLG Hamm** (OLGZ 1990, 34) hergeleitet werden. Das Gericht hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem hinsichtlich der Nutzung einer Teileigentumseinheit Folgendes geregelt war:

„Das Teileigentum wird gewerblich genutzt. Ausgeschlossen ist die Nutzung durch solche Branchen, die geeignet sind, das Ansehen der übrigen Wohnungseigentümer/Teileigentümer zu beeinträchtigen, insbesondere jegliche Nutzung zu Sexzwecken etc.“

Eine Teileigentumseinheit war sodann als Spielautomatenhalle (sog. Spielothek) genutzt worden. Die übrigen Sondereigentümer begeherten die Unterlassung dieser Nutzung und beriefen sich hierzu auf die Zweckbestimmung in der Gemeinschaftsordnung. Sowohl die Vorinstanz als

auch das OLG Hamm gaben dem Unterlassungsbegehren der Antragsteller statt. Wenn demnach eine allgemein formulierte negative Zweckbestimmung zulässig ist, muss dies erst recht gelten, wenn der Gebrauch des Sondereigentums nur hinsichtlich einzelner, konkret benannter Nutzungen ausgeschlossen wird.

3. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir mithin davon aus, dass die ange-dachte **negative Zweckbestimmung zulässig** ist, sofern diese inhaltlich hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2; WEG § 25 Abs. 2

Stimmrecht nach sog. Objekt- oder Wertprinzip; culpa in contrahendo: Aufklärungspflicht des Bauträgers gegenüber Erwerbern, dass ein Investor die Stimmrechtsmehrheit hat

Abruf-Nr.: **145254**

HGB § 12

Belgien: Vertretungsnachweis für Aktiengesellschaften

Abruf-Nr.: **145756**

Rechtsprechung

BGB § 308 Nr. 1; BNotO § 19

Notarhaftung wegen Verwendung unbefristeter Fortgeltungsklauseln

a) **Ist bei einer sukzessiv erfolgenden Beurkundung von Vertragsangebot und Vertragsannahme das Angebot des Käufers einer Eigentumswohnung zum Zeitpunkt der Beurkundung der Annahmeerklärung des Verkäufers nach Ablauf der vertraglichen Bindungsfrist erloschen, obliegt es dem die Annahmeerklärung beurkundenden Notar, in dessen Person nach dem von ihm entworfenen Angebot des Käufers mehrere für den Abschluss und die Durchführung des Vertrags wesentliche Funktionen gebündelt sind, nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO („betreuende Belehrung“), den Käufer über die veränderte Sach- und Rechtslage zu informieren, um die weitere Vorgehensweise zu klären.**

b) **Lässt sich die rechtliche Wirksamkeit einer Vertragsklausel nicht zweifelsfrei klären, darf der Notar das Rechtsgeschäft erst dann beurkunden, wenn die Vertragsparteien auf der Beurkundung bestehen,**

obwohl er sie über die offene Rechtsfrage und das mit ihr verbundene Risiko belehrt hat (Bestätigung BGH, Urteil vom 27. September 1990 – VII ZR 324/89, DNotZ 1991, 750).

Eine solche Situation bestand im Dezember 2006 in Bezug auf eine mögliche Unwirksamkeit von unbefristeten Fortgeltungsklauseln, nach denen das Angebot des Käufers nach Ablauf einer Bindungsfrist (unbefristet) bis zum Widerruf des Angebots durch den Käufer fortgilt.

BGH, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15

Problem

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit Fragen der Notarhaftung im Zusammenhang mit der Verwendung sog. Fortgeltungsklauseln in Grundstückskaufverträgen. Fortgeltungsklauseln zeichnen sich dadurch aus, dass der Grundstückskäufer ein Angebot abgibt, an das er für einen gewissen Zeitraum gebunden ist; nach Ablauf dieses Zeitraums gilt das Angebot fort, der Käufer kann es jedoch jederzeit widerrufen. Nach § 308 Nr. 1 BGB ist eine Bestimmung in AGB unwirksam, durch die sich der Verwender eine unangemessen lange Frist für die Annahme eines Angebots vorbehält. Nach Auffassung des V. Zivilsenats des BGH fallen auch unbefristete Fortgeltungsklauseln unter dieses Klauselverbot. Sie sind daher grundsätzlich unwirksam (BGH DNotZ 2013, 923 = DNotI-Report 2013, 116).

Der III. Zivilsenat musste nunmehr die Frage beantworten, ob Notare schuldhaft ihre Amtspflichten verletzt haben, wenn sie in der Vergangenheit unbefristete Fortgeltungsklauseln beurkundet haben.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der beklagte Notar (im Folgenden: Zentralnotar) entwickelte Vertragsentwürfe für den Verkauf von Eigentumswohnungen durch einen Unternehmer. Die Entwürfe sahen eine getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme vor. Im August 2006 beurkundete der Käufer das Vertragsangebot bei einem anderen Notar. Das Vertragsangebot enthielt eine vom Zentralnotar entwickelte unbefristete Fortgeltungsklausel. Nach Ablauf der Bindungsfrist nahm der Verkäufer das Angebot des Käufers im Dezember 2006 an. Einen Widerruf des Angebots hatte der Käufer nicht erklärt.

Der Käufer verlangt nunmehr vom Zentralnotar Schadensersatz. In den Vorinstanzen hatte die Klage keinen Erfolg. Hiergegen wendet sich der Käufer mit der Revision zum BGH.

Entscheidung

Die Revision vor dem BGH hatte Erfolg. Der BGH geht davon aus, dass der Zentralnotar seine **Hinweis- und Belehrungspflicht** schuldhaft verletzt hat und ein Amtshaftungsanspruch in Betracht kommt (§ 19 Abs. 1 S. 1 BNotO).

Zunächst geht der BGH näher auf die Frage ein, ob den **Zentralnotar Hinweis- und Belehrungspflichten** gegenüber dem **Käufer** trafen. Der Zentralnotar habe zwar nur die Angebotsannahme mit dem Verkäufer beurkundet. Der Käufer sei daher nicht **Beteiligter** des Beurkundungsverfahrens vor dem Zentralnotar gewesen, dennoch aber als mittelbar Beteiligter anzusehen. Der Zentralnotar habe gegenüber dem Käufer eine Pflicht

zur **betreuenden Belehrung** (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO): Aus Sicht des Käufers waren in der Person des Zentralnotars wesentliche Funktionen gebündelt. Außerdem habe das vom Zentralnotar mitgestaltete Beurkundungsverfahren wegen der getrennten Beurkundung von Angebot und Annahme die Gefahr geborgen, dass Änderungen der Sachlage nicht Rechnung getragen werden konnte.

Der Notar habe seine Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG verletzt. Die **Fortgeltungsklausel** sei mit **§ 308 Nr. 1 BGB unvereinbar**. Zumindest hätten an der Vereinbarkeit Zweifel bestanden. Der Notar hätte die Bedenken mit den Beteiligten erörtern und den Käufer darüber informieren müssen, dass sein Angebot nach Ablauf der Bindungsfrist erloschen war und die verspätete Annahmeerklärung des Verkäufers ein neues Angebot dargestellt habe (§ 150 Abs. 1 BGB).

Nach Auffassung des BGH hat der Zentralnotar die Amtspflichtverletzung auch fahrlässig begangen.

Aufgrund einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung hätte der Zentralnotar die Zweifel erkennen müssen. In der Literatur habe zwar allein *Thode* entsprechende Vertragsklauseln mit Blick auf § 308 Nr. 1 BGB für unwirksam erachtet (ZNotP 2005, 162, 164 f.). Die **Problematik** dürfe jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Dass Klauseln mit unangemessen langen Annahmefristen gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoßen konnten, habe die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zeitpunkt der Beurkundung (2006) bereits entschieden (BGHZ 145, 139, 142). Es sei nicht ersichtlich gewesen, warum diese Rechtsprechung nicht auch für den Wohnungskauf gelten sollte (vgl. OLG Dresden MittBayNot 2005, 300, 301 f.).

Die Rechtsprechung habe nur **Bindungsfristklauseln** betroffen, in denen sich die anbietende Vertragspartei für einen bestimmten Zeitraum an ihren Antrag bindet. Vor diesem Hintergrund habe die **Gestaltungsliteratur Fortgeltungsklauseln** entwickelt (Beck'sches Notar-Handbuch/Brambring, 4. Aufl. 2005, Kap. A I Rn. 382, 386, 389; Brambring/Hertel, in: Hagen/Brambring/Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 8. Aufl. 2005, Rn. 912; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 2005, Teil 2 Kap. 2 Rn. 797 f.; Cremer/Wagner, NotBZ 2004, 331, 336 f.). Teile der Literatur hätten zumindest vorsorglich empfohlen, einen **Endtermin** für das Erlöschen des Angebots festzusetzen, das heißt vertraglich vorzusehen, dass das nach Ablauf der Bindungsfrist fortgeltende Angebot zu einem bestimmten Zeitpunkt ohne Widerruf erlischt (Brambring/Hertel, Rn. 798). Zum Teil habe die Literatur die Klausel für unwirksam gehalten (Thode, ZNotP 2005, 162, 165). Die Rechtslage in Bezug auf die Wirksamkeit der Klausel sei durch höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt gewesen. In der Literatur habe es ein **breites Meinungsspektrum** von der Unwirksamkeit der Klausel über die Empfehlung einer befristeten Fortgeltungsklausel bis hin zum Vorschlag einer unbefristeten Fortgeltungsklausel gegeben.

Bei **sorgfältiger Prüfung** der **Rechtslage** sei es für den Zentralnotar erkennbar gewesen, dass eine Prüfung der Klausel anhand des Maßstabes des § 308 Nr. 1 BGB **in Betracht kam**. Die Klausel habe dem Verwender eine **zeitlich unbegrenzte Möglichkeit** zur Annahme eröffnet. Angesichts des Zwecks der Vorschrift, den Anbieter in seiner Dispositionsfreiheit und vor Nachteilen übermä-

Big lang andauernder Schwebezustände zu schützen, habe es indes **nahe gelegen**, dass § 308 Nr. 1 BGB auch auf zeitlich unbeschränkte **Fortgeltungsklauseln** anzuwenden sei. Zwar konnte der Kläger nach Ablauf der kurzen Bindungsfrist sein Kaufangebot jederzeit widerrufen. Eine Einschränkung seiner **Dispositionsfreiheit** sei daher nicht in gleichem Maße gegeben wie im Fall einer noch laufenden Bindungsfrist. Dennoch seien auch mit der unbefristeten Fortgeltungsklausel für den Käufer Nachteile verbunden gewesen. Für ihn entstand ein möglicherweise über Monate oder sogar Jahre **andauernder Schwebezustand**, in dem er nicht wusste, ob der von ihm angebotene Vertrag zustande kommen würde. Zudem konnte das von ihm unterbreitete Angebot mangels Reaktion des Verkäufers in Vergessenheit geraten.

Im Rahmen der sorgfältigen Prüfung der Rechtslage hätte der Notar im Jahre 2006 erkennen müssen, dass die Wirksamkeit der Fortgeltungsklausel jedenfalls angesichts ihrer **mangelnden Befristung zweifelhaft** war. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, dass die Stimmen in der kautelarjuristischen Literatur, die eine unbefristete Fortgeltungsklausel, befürworteten, letztlich objektiv in die Richtung gegangen seien, die von der Rechtsprechung missbilligten Ergebnisse wieder herbeizuführen. Die Nachteile der Fortgeltungsklausel würden ersichtlich nicht durch ein schutzwürdiges Interesse der Veräußerer gerechtfertigt. Dies gelte jedenfalls für eine unbefristete Fortgeltungsklausel.

Zumindest sei die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen in §§ 147 bis 149 BGB nicht vereinbar und daher auch mit Blick auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bereits im Jahre 2006 ernstlichen Zweifeln ausgesetzt gewesen.

Hinweis

Die Entscheidung befasst sich nicht mit befristeten Fortgeltungsklauseln, bei denen das Angebot nach einem bestimmten Zeitablauf automatisch erlischt und nicht mehr annahmefähig ist. Geklärt hat der III. Zivilsenat außerdem nicht die Frage der Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden: Wäre der Schaden entstanden, wenn der Notar den Käufer im Zeitpunkt der Annahme belehrt hätte, dass er nicht an das Angebot gebunden ist (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 171/15, BeckRS 2016, 03244; OLG Dresden NotBZ 2015, 311; OLG München MittBayNot 2015, 339)? Besondere Bedeutung wird hier dem Umstand zukommen, dass der Käufer von der Möglichkeit des Angebotswiderrufs keinen Gebrauch gemacht hat.

EGBGB Art. 11; GmbHG § 2 Abs. 1 Keine Beurkundung der GmbH-Gründung durch einen Schweizer Notar (Kanton Bern)

Eine deutsche GmbH kann nicht durch notarielle Beurkundung vor einem Schweizer Notar des Kantons Bern gegründet werden. (Leitsatz der DNöI-Redaktion)

AG Berlin-Charlottenburg, Beschl. v. 22.1.2016 – 99 AR 9466/15 B-A-69455/2015

Problem

Die S GmbH wurde durch eine Beurkundung vor einem Schweizer Notar des Kantons Bern gegründet. Die GmbH wurde zum Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung war die mit Apostille versehene Gründungsurkunde beigefügt.

Entscheidung

In einer sehr ausführlich begründeten Entscheidung hat das AG Berlin-Charlottenburg die Anmeldung zurückgewiesen.

Die Gesellschaft sei **nicht ordnungsgemäß** errichtet worden (vgl. § 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Beurkundung des Schweizer Notars aus dem Kanton Bern genüge nicht der **Form des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG**.

Zunächst verweist das AG darauf, dass die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG auch dann gilt, wenn das Rechtsgeschäft im Ausland nach den dortigen Formvorschriften beurkundet wird. Wegen der besonderen **materiellen Bedeutung** von § 2 Abs. 1 GmbHG sei die Anknüpfung an die Ortsform nach Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EGBGB nicht anzuwenden. Es handele sich um eine gesellschaftsrechtlich anzuknüpfende Frage der Verfassung einer juristischen Person. Sodann weist das Gericht das Argument zurück, dass sich aus der Formulierung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO („deutscher Notar“) im Umkehrschluss ergebe, dass in § 2 Abs. 1 GmbHG auch ausländische Notare einbezogen seien. Hiergegen spreche schon, dass nach ganz h. M. die Auflassung nach § 925 nur vor einem deutschen Notar beurkundet werden könne, obwohl auch in dieser Vorschrift nicht von einem deutschen Notar die Rede ist (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2013, § 925 Rn. 14).

Die Frage, ob die Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar beurkundet werden könne, sei bislang **höchstrichterlich nicht entschieden**. Das AG verweist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1981 (NJW 1981, 1160). Diese Entscheidung habe die Beurkundung der Änderung eines Gesellschaftsvertrages einer deutschen GmbH betroffen. Die Beurteilung der Rechtslage beruhe auf fehlerhaften Feststellungen zum Schweizer Beurkundungsrecht. Auch aus den Entscheidungen zur **GmbH-Anteilsabtretung** (BGH NJW-RR 1989, 1259; NJW 2014, 2026) lasse sich für den vorliegenden Fall nichts herleiten. Die Beurkundung einer GmbH-Gründung sei ein anderer Fall. Das Urteil des BGH zur Zulässigkeit einer Hauptversammlung im Ausland (NZG 2015, 18 ff.) könne im vorliegenden Kontext ebenfalls nicht fruchtbar gemacht werden, da die Beurkundung einer Hauptversammlung nur in einem Tatsachenprotokoll erfolge.

Ist § 2 GmbHG auf die GmbH-Gründung auch im Falle einer Auslandsbeurkundung anwendbar, ist zu fragen, ob das deutsche durch das Schweizer Beurkundungsverfahren **substituiert** werden kann. Dies setze – so das AG – voraus, dass die Beurkundungsverfahren **gleichwertig** seien. Das im Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren weiche derart von deutschen Standards ab, dass nicht von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung gesprochen werden könne. Nach der in Bern geltenden Notariatsverordnung lese der Notar die Urkunde nur vor, soweit sie Willenserklärungen enthalte. Beilagen der Urschrift seien im Original oder in beglaubigter Kopie bei-

zufügen und lediglich mit einem Zeugnis des Notars über die Zugehörigkeit zu der betreffenden Urschrift zu versehen. Anlagen müssten gar nicht verlesen werden. Im deutschen Recht seien jedoch gem. § 13 BeurkG amtliche Erklärungen und nicht nur die beurkundeten Willenserklärungen zu verlesen. Ebenso seien auch die ein Teil der notariellen Niederschrift bildenden Anlagen i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG zu verlesen. Das Verlesen der Urkunde sei bei einer Gleichwertigkeitsprüfung als tragender Grundsatz des deutschen Beurkundungsrechts anzusehen. Denn das **Verlesen** sei das **zwingende Unterscheidungsmerkmal** zur bloßen Beglaubigung.

Dabei ändere auch eine freiwillige Anwendung des höheren deutschen Standards durch den ausländischen Notar nichts. Es komme **abstrakt** darauf an, dass der ausländische Notar nach der für ihn geltenden Notariatsverfassung ein gleichwertiges Verfahren einhalten müsse. Eine **Einzelfallbetrachtung** würde zu einer großen Rechtsunsicherheit führen. Nicht die einzelne Beurkundung, sondern die Beurkundung durch die Notare eines bestimmten Staates als solche müsse gleichwertig sein.

Anders als der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1981 festgehalten habe, sei ein **Verzicht** auf die **notarielle Belehrungs- und Prüfungspflicht nicht möglich**. Unmaßgeblich sei, dass § 17 Abs. 1 BeurkG nur als Soll-Vorschrift konzipiert sei. Nur ausnahmsweise könne der Notar von einer Belehrung absehen, wenn die Beteiligten sich über die Tragweite der Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren seien. Grund hierfür sei lediglich, dass in Ausnahmefällen eine Belehrung nicht erforderlich sei, weil die Beteiligten nicht schutzbedürftig seien.

Das weitere Argument, auch von einem deutschen Notar könne die **Kenntnis des Inhalts ausländischer Rechtsordnungen** nicht erwartet werden (§ 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG), verfange nicht. Mit der zwischenzeitlich eingeführten Regelung des § 11a BNotO zeige der deutsche Gesetzgeber, dass ein Verzicht auf die Belehrung über ausländisches Recht im Rahmen der Beurkundung gerade nicht gewollt sei. Eine Regelung wie in § 11a BNotO wäre nicht notwendig, wenn bei Anwendung ausländischen Rechts eine Beratung und Belehrung obsolet wäre.

Auch das Argument, die registergerichtliche Prüfung gewährleiste, dass es sich bei der Urkunde um eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr handle, überzeuge nicht. Denn nach Einführung des § 9c Abs. 2 GmbHG im Jahre 1998 sei die **Inhaltskontrolle** durch das Handelsregister bei der Gründung einer GmbH erheblich **eingeschränkt**.

Es komme hinzu, dass die jüngere Rechtsprechung des BGH den Zweck der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages in einer materiellen Richtigkeitsgewähr sehe (BGH NJW 1989, 295, 298). Grund für die Anordnung des Beurkundungserfordernisses sei, dass die Beurkundungsperson **sachlich zum Inhalt** der beurkundeten Erklärungen **Stellung nehmen** solle. Ein **ausländischer Notar** könne die **materielle Richtigkeitsgewähr** nicht gewährleisten.

Hinzu komme, dass regelmäßig nur ein deutscher Notar den **Melde- und Kontrollpflichten** unterliege wie z. B. nach § 54 EStDV bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft. Sodann erwähnt das AG, dass das Erfordernis der

Beurkundung durch einen deutschen Notar auch kein Verstoß gegen die **EU-Grundfreiheiten** darstelle. Die Beschränkung sei durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Außerdem habe der EuGH in der „VALE“-Entscheidung dargelegt, dass der Zuzugsstaat seine gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften anwenden dürfe (EuGH NJW 2012, 2715 Rn. 52).

Hinweis

Es entspricht nahezu einhelliger Auffassung, dass die **Ortsform** nach Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EGBGB bei einer **statusrelevanten Maßnahme** wie einer Gesellschaftsgründung nicht eingreift. Hintergrund hierfür ist insbesondere, dass § 2 Abs. 1 GmbHG mit dem Beurkundungsverfahren den Schutz der Gesellschafter und des Rechtsverkehrs sowie eine besondere materielle Richtigkeitsgewähr bezweckt (MünchKommGmbHG/J. Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 44 m. w. N.). Es ist somit irrelevant, ob der Staat, in dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, eine ähnliche Kapitalgesellschaftsform kennt, und welche Form er für diese vorsieht.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

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

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg