

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
November 2011
ISSN 1434-3460

21/2011

Inhaltsübersicht

In eigener Sache

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 25; InsO § 80 – Haftung bei Firmenfortführung; Erwerb vom Insolvenzverwalter; Eintragung des Haftungsausschlusses im Handelsregister

BaySchlG Art. 18, 12; EGZPO § 15a; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 1 – Vollstreckbarkeit eines vor dem Notar geschlossenen Vergleichs; Zustandekommen im schriftlichen Verfahren; Bestätigung durch den Notar

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

WEG §§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 3, 7 Abs. 4, 10 Abs. 1, 15 Abs. 1 – Automatische Zugehörigkeit des Balkons zum Wohnungseigentum auch ohne Nummer im Aufteilungsplan; keine Begründung eines Sondernutzungsrechts

EGBGB Art. 17b, 13 – Anerkennung einer in Spanien geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe bei Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen

BGB § 1090 – Kein Nachweis eines berechtigten Interesses bei Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit (Photovoltaikdienstbarkeit)

Aktuelles

Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Rumänien: Neues Zivilgesetzbuch

Literatur

In eigener Sache

Ab sofort sind die Jahrgänge 2001-2011 der RNotZ in der Datenbank DNotI-Online-Plus (www.dnoti.de) per Stichwort- oder Fundstellensuche abrufbar.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 25; InsO § 80

Haftung bei Firmenfortführung; Erwerb vom Insolvenzverwalter; Eintragung des Haftungsausschlusses im Handelsregister

I. Sachverhalt

Über das Vermögen der AB-KG wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Geschäftsbetrieb der Insolvenzschuldnerin war auf den Betrieb einer Spedition und die Durchführung von Möbeltransporten und Umzügen gerichtet. Der Insolvenzverwalter übertrug am 31.12.2010 an Herrn K, der ebenfalls eine Möbeltransportfirma unterhält, „die Be-

fugnis zur Führung der Firmenbezeichnung AB“ sowie die frühere geschäftliche Telefonnummer der Insolvenzschuldnerin. In der Vereinbarung vom 31.12.2010 wird klargestellt, dass keine Gesellschaftsanteile an der Schuldnerin übertragen werden, sondern lediglich der immaterielle Wert zur Führung des Namens. Darüber hinaus wird klargestellt, dass keine Betriebsübertragung i. S. d. § 25 HGB und/oder des § 613a BGB erfolgt und gewollt ist. Jedoch werden einzelne gekündigte Mitarbeiter der insolventen KG von K neu angestellt. Der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum 1.8.2010 eingestellte Geschäftsbetrieb der Insolvenzschuldnerin bleibt weiterhin eingestellt.

II. Fragen

Kommt vorliegend beim Erwerb vom Insolvenzverwalter eine Haftung für Altverbindlichkeiten nach § 25 HGB in Betracht? Empfiehlt sich daher eine abweichende Vereinbarung und deren Verlautbarung gem. § 25 Abs. 2 HGB?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für alle im Betriebe des

Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber gem. § 25 Abs. 2 HGB nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

a) Normzweck

Ganz überwiegend wird der Schutz von Haftungserwartungen des Verkehrs als Normzweck des § 25 HGB betrachtet (Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 8; Staub/Burgard, HGB, 5. Aufl. 2009, § 25 Rn. 22, 27; Lieb, FS Börner, 1992, S. 747, 751). In diese Richtung deuten auch die Gesetzesmaterialien (vgl. dazu Zimmer, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 2). K. Schmidt (ZHR 145 [1981], 2, 17; ders., Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 I 3; zustimmend Bracker, BB 1997, 114) sieht demgegenüber die Sicherstellung der Haftungskontinuität im Fall der Einzelnachfolge im Unternehmen als entscheidend an. Hiernach sollte mit § 25 HGB der Erwartung entgegengekommen werden, dass der jeweilige Inhaber Berechtigter und Verpflichteter ist. Canaris (§ 7 Rn. 14) hält § 25 HGB für eine vollständig verfehlt Norm ohne jeden Gerechtigkeitsgehalt (siehe auch ders., FS Frotz, 1993, S. 11, 42). Dies begründet er insbesondere mit den widersinnigen Ergebnissen, die zu einer rein zufälligen Besserstellung der Altgläubiger und zu Haftungsfallen für den Erwerber führen.

Rechtsgrund für die Haftung ist nach der sog. „Erklärungstheorie“ die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma als haftungsbegründende Erklärung an die Öffentlichkeit, für die bisherigen Geschäftsschulden haften zu wollen (vgl. insbesondere die Rechtsprechung des RG, siehe nur RGZ 164, 115, 121). Die Rechtsprechung des BGH (BGHZ 18, 248, 250 f.) erweiterte diesen Ansatz um den Aspekt des Rechtsscheins. Danach hat die vorerwähnte „Erklärung“ eine Rechtsscheinwirkung, deren gesetzlicher Ausdruck § 25 HGB sein soll. Dieser Ansatz wird häufig mit dem Gedanken der Vermögensübernahme kombiniert. Die Haftung tritt also als notwendige Folge der Unternehmensübernahme ein, weil der Erwerber des Vermögens auch für die Schulden aufkommen soll (vgl. zum Ganzen Zimmer, § 25 Rn. 8 f. m. w. N.).

Trotz des im Einzelnen umstrittenen Normzwecks steht hinter § 25 HGB letztlich wohl der Gedanke der **Kontinuität des Unternehmens nach außen**, die sich in der Fortführung des Handelsgeschäfts und der Firma manifestiert (vgl. BGH NJW 2010, 236, 237 Tz. 15 = ZNotP 2009, 493 = MittBayNot 2010, 216; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 25 Rn. 1; vgl. auch Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. 2011, § 25 Rn. 2; Staub/Burgard, § 25 Rn. 22 ff., der auf die Publizitätswirkung der Firmenfortführung abstellt).

b) Firmenfortführung

Voraussetzung für die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ist zunächst die Fortführung der Firma. Diese deckt sich tatbestandlich weitestgehend (aber nicht vollständig) mit der Firmenfortführung i. S. d. § 22 HGB. Dabei wird nicht wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung von alter und neuer Firma verlangt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Verkehr die übernommene Firma noch mit der alten identifiziert (BGH DNotZ 1992, 581, 583). Das erfordert, dass die **Firma** zumindest **im Kern**, also in ihrem prägenden Teil, **unverändert übernommen** wird (BGH DNotZ 1992,

581, 583; DNotZ 2006, 629, 630 f.; Oetker/Vossler, HGB, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 27).

c) Erwerb und Fortführung des Handelsgeschäfts

§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB setzt des Weiteren den Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden voraus, denn die nach außen dokumentierte Kontinuität muss sich auch durch Fortführung des Unternehmens verwirklichen. Es genügt **jeder Übergang der Unternehmensträgerschaft**. Regelmäßig handelt es sich um einen derivativen Erwerb (insbesondere Kauf, Tausch, Schenkung, Treuhand- und Auseinandersetzungsvertrag). Anerkanntermaßen ist nicht die Übertragung des Unternehmens als Ganzes erforderlich, sondern nur der für die Fortführung des Geschäftsbetriebs notwendigen Teile, also die **Übertragung des den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden wesentlichen Bestands** (BGH DNotZ 1992, 581, 582; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 45; Roth, § 25 Rn. 5).

Nach der weiterhin ständigen Rechtsprechung kommt es zudem für die Haftung nach § 25 HGB **nicht** auf das Vorliegen eines **wirksamen Erwerbsgeschäfts** zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber an (siehe nur Staub/Burgard, § 25 Rn. 56 m. w. N. aus der Rspr.). Zwar setzt § 25 Abs. 1 S. 1 HGB den Erwerb und die Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäfts voraus. Die Neugründung eines Unternehmens unter ähnlicher oder gleicher Firma etwa erfüllt diese Voraussetzungen grundsätzlich nicht. Allerdings **genügt die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung** (BGH DNotZ 2009, 226; DNotZ 2006, 629, 630). Insofern ist der Terminus „Erwerb“ rechtsgrundneutral und muss nicht als derivativer Erwerb verstanden werden. Andererseits ist es nicht ausreichend, wenn der Erwerber einzelne Betriebsmittel (etwa Geschäftsräume, Material, Mitarbeiter) des bisherigen Inhabers übernimmt (Staub/Burgard, § 25 Rn. 56). Hierin liegen nur Indizien für eine Unternehmensfortführung. Laut BGH (DNotZ 2006, 629, 630; NJW 2010, 236, 238 Tz. 18) geht der maßgebliche Verkehr vielmehr nur dann von einer Unternehmensfortführung aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden.

2. Konkreter Fall

Die Fortführung der Firma ist vorliegend offensichtlich beabsichtigt. Ebenso ist ein wirksamer derivativer Erwerb gegeben. Allerdings bezieht sich der Übertragungsvertrag nur auf den immateriellen Firmenwert (Nutzung von Firma und Telefonnummer). Daneben werden lediglich einzelne Mitarbeiter „übernommen“. Es bestehen also bereits erhebliche Zweifel daran, ob der Erwerb eines Handelsgeschäfts i. S. d. wesentlichen Bestands eines Unternehmens überhaupt zu bejahen ist. Ob zur Fortführung des Geschäftsbetriebs einer Spedition durch eine bereits bestehende Möbeltransportfirma abgesehen von Telefonnummer und Firma weitere Wirtschaftsgüter (wie z. B. LKW) übertragen werden müssten, ist Tatfrage. Das insolvente Unternehmen wurde zum 1.8.2010 eingestellt. Da der Erwerber selbst eine Möbelspedition betreibt, kann bei kurzfristigem „Wiederaufleben“ der Spedition unter alter Firma und alter Telefonnummer zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die betroffenen Verkehrskreise den Vorgang als Unternehmensfortführung wahrnehmen. Die Rechtsprechung vermengt im Rahmen des § 25 HGB teilweise die Voraussetzung des Er-

werbs des Handelsgeschäfts mit dem zusätzlichen Merkmal der Firmenfortführung (vgl. MünchKommHGB/Thiessen, 3. Aufl. 2010, § 25 Rn. 43). Trotz verbleibender Zweifel am erforderlichen Erwerb ist u. E. daher vorliegend **nicht** mit Gewissheit **auszuschließen**, dass ein später angerufenes Gericht den Erwerb und die **Fortführung des Unternehmensschwerpunkts bejaht**.

3. Besonderheiten beim Erwerb vom Insolvenzverwalter

a) H. M.: Nichtanwendung des § 25 HGB

Ein Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger kann sich nach Ansicht der Rechtsprechung **nicht** auf § 25 Abs. 1 HGB berufen, wenn der Konkurs- bzw. **Insolvenzverwalter** das Handelsgeschäft **veräußert** hat (BAGE 18, 286 = NJW 1966, 1984; NZA 1990, 522, 523; DNotZ 2007, 475; BGH DNotZ 1989, 88, 89 f.; DNotZ 1992, 581, 582; DNotZ 2006, 629, 631; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 351). Dem folgt die einhellige Meinung in der Literatur (Roth, § 25 Rn. 4c; MünchKommHGB/Thiessen, § 25 Rn. 36; Zimmer, § 25 Rn. 41; Hopt, § 25 Rn. 4; Oetker/Vossler, § 25 Rn. 21; MünchKommInsO/Ott/Vuia, 2. Aufl. 2007, § 80 Rn. 102; Jaeger/Henckel, InsO, Std.: 31.10.2003, § 35 Rn. 30; Uhlenbruck, ZIP 2000, 401, 403).

aa) Argumente der Rechtsprechung

Die Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB auf Unternehmensveräußerungen durch den Insolvenzverwalter beruht nach Auffassung des BGH (DNotZ 1989, 88, 89 f., noch zur KO) und BAG (DNotz 2007, 475, 476) maßgeblich auf dem Gesichtspunkt, dass die Aufgabe des Insolvenzverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der **schnellstmöglichen Verwertung** der Masse im Ganzen zu veräußern, **nicht** durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers **erschwert** werden soll. Es käme **anderenfalls** zur **Bevorzugung einzelner Insolvenzgläubiger** und gleichzeitig zur Benachteiligung der übrigen, da sich im Falle einer nach § 25 HGB bestehenden Haftung des Erwerbers der Preis, den der Käufer für den Erwerb des Unternehmens zu zahlen bereit wäre, entsprechend reduzieren würde. § 25 HGB erfasse nämlich nur Geschäfts-, nicht auch Privatgläubiger. Eine Bevorzugung einzelner Insolvenzgläubiger wäre jedoch systemwidrig und widerspräche dem **Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger** (BAG DNotZ 2007, 475, 476). Dass mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung nur die Vorschrift des § 419 BGB entfallen sei (Art. 33 Nr. 16 EGInsO), ändere daran angesichts des auf Geschäftsgläubiger beschränkten Anwendungsbereichs von § 25 HGB ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit einer Haftungsvermeidung gem. Abs. 2 dieser Vorschrift (BAG, a. a. O).

bb) Argumente in der Literatur

In der Literatur wird u. a. darauf hingewiesen, dass der Sinn einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter darin bestehe, den **Erlös zur Masse zu ziehen**, nicht aber die weitergehende Haftung des Erwerbers zu begründen (GK-HGB/Steitz, 7. Aufl. 2007, § 25 Rn. 11). Beim Erwerb vom Insolvenzverwalter bleibe § 25 Abs. 1 HGB trotz Existenz des § 25 Abs. 2 HGB unanwendbar (vgl. Roth, § 25 Rn. 4c). Eine Haftung des Erwerbers gem. § 25 Abs. 1 HGB widerspräche grundlegenden Prinzipien des Insolvenzrechts, indem sie zu einer Umgehung der von der InsO vorgesehenen gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger führe (Zimmer, § 25 Rn. 41). Zudem passe die Vorschrift des § 25 HGB nicht auf den Fall der Geschäftsübertragung

aus einer Insolvenzmasse, denn § 25 HGB gehe von einer Übernahme der Aktiva und Passiva aus, während der **Insolvenzverwalter nur Aktiva übertrage**. Wendete man § 25 Abs. 1 HGB an, würde man eine Tilgung der Geschäftsschulden außerhalb des Insolvenzverfahrens ermöglichen. Denn der Erwerber würde den Kaufpreis, der in die Insolvenzmasse fließt, unter Berücksichtigung aller im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten entsprechend niedrig ansetzen. Damit würden die Geschäftsgläubiger des Gemeinschuldners durch den Übernehmer voll befriedigt, während die Privatgläubiger leer ausgingen. Es sei aber ein Grundprinzip des Haftungsrechts, dass die Aktiva des Vermögens grundsätzlich allen Gläubigern gleichmäßig haften. Die Realisierung dieser Haftung dürfe nicht dadurch verkürzt werden, dass die Aktiva mit Schulden belastet übertragen würden, die den am Verwertungserlös Berechtigten ansonsten nicht vorgingen (Jaeger/Henckel, § 35 Rn. 30 m. w. N. in Fn. 124).

Dem steht u. E. nicht entgegen, dass § 25 HGB ansonsten auch auf die Übernahme des Unternehmens eines **überschuldeten Rechtsträgers** angewandt wird, denn die genannten, durch die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens bedingten Gesichtspunkte treffen bei einem Erwerb außerhalb eines Insolvenzverfahrens nicht in gleicher Weise zu.

b) Abweichende Entscheidung des OLG Stuttgart

Dagegen bejahte das OLG Stuttgart in seiner Entscheidung vom 23.3.2010 (8 W 139/10, RNotZ 2010, 417 = BWNotZ 2010, 184 = NZG 2010, 628; dazu Schodder, EWIR 2010, 749; krit. S. Heinze, GWR 2010, 428; siehe auch S. Heinze/Hüfner, NZG 2010, 1060) beim Erwerb einzelner beweglicher Gegenstände vom Insolvenzverwalter die Anwendung des § 25 HGB. Grundsätzlich folgt auch das OLG der herrschenden Auffassung, wonach ein Erwerb vom Insolvenzverwalter nicht als ein solcher i. S. d. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB anzusehen ist (OLG Stuttgart RNotZ 2010, 417, 419).

Allerdings wurden im zu beurteilenden Fall nur einzelne bewegliche Gegenstände vom Insolvenzverwalter der GmbH erworben, andere Gegenstände dagegen von Dritten, wobei das neue Unternehmen in den Räumlichkeiten der Vorgängerin betrieben wurde. Hieraus kann nach Ansicht des OLG nicht auf einen Erwerb des Handelsgeschäfts vom Insolvenzverwalter geschlossen werden, auf den § 25 Abs. 1 S. 1 HGB nicht anwendbar wäre. Denn **ausschlaggebend** für die Nichtanwendbarkeit des § 25 HGB sei, dass die Aufgabe des Insolvenzverwalters, das **Unternehmen** im Interesse der Gläubiger an der schnellstmöglichen Verwertung der Masse **im Ganzen zu veräußern, nicht durch** eine mögliche **Haftung des Erwerbers** für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers **erschwert** werden solle (OLG Stuttgart RNotZ 2010, 417, 419 unter Bezug auf BGH DNotZ 1989, 88 und BAG DNotZ 2007, 475). Diese Erwägungen griffen aber **nicht** ein, **wenn nur einzelne bewegliche Gegenstände vom Insolvenzverwalter erworben** worden seien.

c) Stellungnahme

Nach Ansicht des OLG Stuttgart war es **für die Anwendung des § 25 HGB ausreichend**, dass der die Firma fortführende Erwerber **nur einzelne bewegliche Vermögensgegenstände erworben** hatte. Das OLG bejahte dabei die aus Sicht der Verkehrskreise zu bestimmende Geschäftsfortführung im Kern und hielt es für unerheblich, in welchem Umfang Verfügungsgeschäfte zur Betriebsübernahme getätigt worden waren. Die Geschäftsfortführung **genügte** andererseits offenbar **nicht**, um eine **Privilegierung des**

Erwerbs vom Insolvenzverwalter zu rechtfertigen. Folgt man dem OLG, ist u. E. auch im vorliegenden Fall nicht auszuschließen, dass der Erwerb von Firma und Telefonnummer, verbunden mit der Einstellung einzelner Mitarbeiter, aus Sicht der Verkehrskreise als Fortführung des Speditionsgeschäfts wahrgenommen wird und dadurch eine Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB begründet.

Mit der **engen Interpretation des „Erwerbs vom Insolvenzverwalter“** widerspricht das OLG Stuttgart zwar nicht unmittelbar der bisher einheitlichen Rechtsprechung und h. M. in der Literatur. Diese stellt nämlich auf die Privilegierung der Veräußerung des Unternehmens im Ganzen, also den Grundfall des § 25 HGB, ab. Der Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter des Unternehmens ohne Firmenfortführung fällt schon tatbestandsmäßig nicht unter § 25 Abs. 1 HGB. Warum aber das Interesse der Gläubiger an einer schnellstmöglichen Verwertung bei einem Teilerwerb einschließlich der Firma und somit an einer nicht durch eine mögliche Haftung erschwerten Veräußerung geringer sein soll als bei einer Verwertung im Ganzen, erläutert das OLG Stuttgart nicht (krit. dazu auch Paulus, ZInsO 2011, 162; S. Heinze, GWR 2010, 428; S. Heinze/Hüfner, NZG 2010, 1060).

4. Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB

a) Eintragung bei zweifelhafter Haftung

Nach § 25 Abs. 2 HGB kann die Haftung des firmenfortführenden Nachfolgers mit Wirkung gegenüber Dritten nur ausgeschlossen werden, wenn eine entsprechende Vereinbarung zwischen den beiden Firmenträgern in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wird. Eine solche Eintragung erfordert nicht, dass die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB eindeutig und ohne jeden Zweifel gegeben sind. Das Registergericht **muss** den Haftungsausschluss vielmehr bereits dann **eintragen, wenn** nur die **ernsthafte Möglichkeit** einer Haftung besteht (OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 434 = NZG 2011, 1159; RNotZ 2003, 459 = ZNotP 2004, 32; OLG Schleswig FGPrax 2010, 253 = MDR 2010, 1129; Thüringer OLG NotBZ 2007, 298; OLG Hamm NJW-RR 1994, 1119; NJW-RR 1999, 396 = ZNotP 1999, 167). Dadurch soll vermieden werden, dass die Voraussetzungen einer Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB von Registergericht und Prozessgericht zulasten des Erwerbers unterschiedlich beurteilt werden. Zum Teil formulieren die Oberlandesgerichte auch, dass die Eintragung des Haftungsausschlusses **nur** dann **verweigert** werden kann, **wenn** eine **Haftung offensichtlich ausgeschlossen** ist (OLG Stuttgart RNotZ 2010, 417 = BWNNotZ 2010, 184; OLG Köln NZG 2010, 879; OLG München DNotZ 2008, 955).

b) Formale und zeitliche Vorgaben

Der Haftungsausschluss muss **vereinbart** (vgl. OLG München DB 2010, 1757 = NJW-RR 2010, 1559 zum Nachweis der Vereinbarung durch gemeinsame Anmeldung; siehe auch Gerber, GmbHR 2010, 1028) und **zeitnah** im Handelsregister eingetragen werden (zur Eintragung bei Erwerb eines nicht im Handelsregister eingetragenen, aber eintragungspflichtigen Einzelunternehmens OLG München DNotZ 2008, 955). Die Eintragung erfolgt **im Handelsregister des Erwerbers** (OLG Düsseldorf RNotZ 2008, 424; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 556, 559; für Eintragung in beiden Registerblättern: Heil, RNotZ 2008, 428).

Eintragung und Bekanntmachung der Haftungsbeschränkung des § 25 Abs. 2 HGB müssen grundsätzlich mit der

Übernahme zusammenfallen (Hopt, § 25 Rn. 15). Es genügt allerdings, wenn **unverzüglich nach Geschäftsübernahme angemeldet** wird und **Eintragung und Bekanntmachung sodann in „kurzem“, angemessenem Zeitabstand folgen** (BGH WM 1992, 736 = NJW-RR 1992, 866). Grundsätzlich lässt sich keine starre Frist angeben, die in allen Fällen angemessen wäre. Als nicht mehr ausreichend angesehen wurde ohne Hinzutreten besonderer Umstände z. B. die Eintragung nach sechs oder zehn Wochen (RGZ 75, 140; HRR 32, 256). Anders entschied im Fall einer durch Beschwerte erzwungenen Eintragung nach fünf Monaten das OLG Hamm (DB 1998, 2590 = ZNotP 1999, 167; siehe auch OLG München DNotZ 2007, 716 – sieben Monate zu lang; DNotZ 2008, 955 – Eintragung nach drei Monaten noch nicht offensichtlich wirkungslos). Zwar muss das Registergericht in der Regel die Rechtzeitigkeit des Antrags auf Eintragung des Haftungsausschlusses nicht prüfen (KGJ 33, A 127). Bei offensichtlich verspätetem Antrag hat es die Eintragung aber abzulehnen (OLG Frankfurt BB 1977, 1571; BayObLG MittBayNot 1984, 270; DNotZ 2003, 453; OLG Düsseldorf RNotZ 2003, 459).

5. Ergebnis

Im vorliegenden Fall bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob überhaupt ein Erwerb des Handelsgeschäfts i. S. v. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB zu bejahen ist. Darüber hinaus könnte die Privilegierung des Erwerbs vom Insolvenzverwalter greifen. Nimmt man aber eine Fortführung des Handelsgeschäfts aus Sicht der Verkehrskreise schon beim Erwerb einzelner Vermögensgegenstände an und versagt gleichzeitig die Privilegierung eines Erwerbs vom Insolvenzverwalter, weil nur einzelne Vermögensgegenstände erworben wurden, erscheint die Haftung nach § 25 HGB nicht mit letzter Gewissheit ausgeschlossen. Daher besteht jedenfalls nach inzwischen ständiger OLG-Rechtsprechung ein Anspruch auf Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB.

BaySchlG Art. 18, 12; EGZPO § 15a; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 1

Vollstreckbarkeit eines vor dem Notar geschlossenen Vergleichs; Zustandekommen im schriftlichen Verfahren; Bestätigung durch den Notar

I. Sachverhalt

Die Beteiligten hatten ein Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO i. V. m. BaySchlG beantragt. Im Schlichtungstermin verabredeten sie, einen Vergleich herbeiführen zu wollen. Dieser Vergleich wurde darauf außerhalb des Termins durch Austausch von Schriftsätzen geschlossen, ohne dass der Notar als Schlichter diese Verfahrensweise initiiert hätte. Die Beteiligten möchten wissen, ob der Vergleich (der nach materiellem Recht nicht beurkundungsbedürftig wäre) nunmehr durch Austausch von Schriftsätzen vom Notar nach Art. 12 BaySchlG bestätigt werden und so auch als Vollstreckungstitel nach Art. 18 BaySchlG dienen kann.

II. Frage

Kann eine Konfliktbeilegung nach Art. 12 BaySchlG auch in der Form protokolliert werden, dass die Beteiligten (evtl. vertreten durch ihre Rechtsbeistände) eine schriftliche Vereinbarung treffen und der Schlichter (Notar) diese bestätigt, ohne dass die Beteiligten oder ihre Vertreter persönlich vor dem Notar anwesend sind?

III. Zur Rechtslage

1. Vollstreckbarkeit aus einem Vergleich gem. § 18 BaySchlG

Die vor den Gütestellen geschlossenen Vergleiche gem. Art. 5 Abs. 3 BaySchlG i. V. m. § 15a Abs. 1 und Abs. 4 EGZPO sind **gem. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vollstreckbar**. Art. 18 BaySchlG dient insofern nur der Klarstellung (Schwarzmann/Walz, BaySchlG, 2000, Art. 18 Anm. 1; vgl. auch Heßler, MittBayNot-Sonderheft 2000, 2, 6 f.). Nach Art. 5 Abs. 1 BaySchlG sind auch die Notare Gütestellen.

Systematisch nimmt Art. 18 BaySchlG auf Art. 12 BaySchlG Bezug. Damit kommt als „Vergleich“ i. S. d. Art. 18 BaySchlG bzw. des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur eine Vereinbarung in Betracht, welche die Voraussetzungen des Art. 12 BaySchlG erfüllt. Andererseits ist nicht jede Vereinbarung i. S. d. Art. 12 BaySchlG ein nach Art. 18 BaySchlG bzw. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vollstreckbarer Vergleich. Vielmehr ist auch insofern vorauszusetzen, dass der Streit oder die subjektive Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (vgl. § 779 BGB). Vorliegend unterstellen wir, dass diese Voraussetzungen gegeben sind.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen des Art. 12 BaySchlG

Art. 12 BaySchlG verlangt bereits dem Wortlaut nach, dass eine Vereinbarung zur Konfliktbeilegung „**vor dem Schlichter**“ geschlossen wird. Die Vereinbarung ist unter Angabe des Tages ihres Zustandekommens schriftlich niederzulegen und von den Parteien zu unterschreiben.

Versteht man die in Art. 12 BaySchlG vorausgesetzte Schriftform in Anlehnung an die materiell-rechtliche Vorschrift des § 126 BGB (so Schwarzmann/Walz, Art. 12 Anm. 3), so spricht zwar viel dafür, dass die Vereinbarung **ebenso durch Austausch von Schriftsätzen gem. § 126 Abs. 2 S. 2 BGB** getroffen werden kann (vgl. Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2004, § 126 Rn. 152 ff.). Fraglich ist jedoch, ob sie dann auch den Vorgaben des Art. 12 BaySchlG entspricht. Denn dieser verlangt – ähnlich wie § 925 BGB –, dass die Vereinbarung „vor dem Schlichter“ geschlossen wird (vgl. Birnstiel, MittBayNot-Sonderheft 2000, 8, 12). Hieraus wird – u. E. zu Recht – gefolgert, dass eine Vereinbarung außerhalb des Schlichtungsverfahrens nicht genügt, sondern nach eigenen Regeln zu beurteilen ist (Schwarzmann/Walz, Art. 12 Anm. 3). Wird die Vereinbarung **nicht „vor dem Notar“** abgeschlossen, besteht demnach das Risiko, dass wegen Verstoßes gegen Art. 12 BaySchlG **kein vollstreckbarer Titel gem. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO** gegeben ist.

3. Zustandekommen entsprechend § 278 Abs. 6 ZPO

Etwas anderes könnte sich aus § 278 Abs. 6 ZPO ergeben, wonach ein gerichtlicher Vergleich ebenso dadurch geschlossen werden kann, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht kann in diesem Fall nach § 278 Abs. 6 S. 2 ZPO das Zustandekommen und den Inhalt des nach § 278 Abs. 6 S. 1 ZPO eingegangenen Vergleichs **durch Beschluss feststellen**. Im Zuge dessen obliegt dem Gericht die Prüfung, ob der unterbreitete Vergleich wirksam abgeschlossen wurde, also insbesondere nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstößt. Da durch die Mitwirkung des Gerichts eine Gewähr dafür bestehen soll, dass der Vergleich nicht der öffentlichen Ordnung widerspricht, erstreckt sich

die Prüfungskompetenz des Gerichts auch auf diesen Gesichtspunkt (BT-Drs. 15/3482, S. 17). Erst **in seiner Verkörperung durch den gerichtlichen Beschluss** stellt der Vergleich i. S. d. § 278 Abs. 6 ZPO einen vollstreckbaren Vergleich i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO dar (BT-Drs. 15/3482, S. 16).

Auf das Güteverfahren nach § 15a EGZPO i. V. m. den Vorschriften des BaySchlG dürfte § 278 Abs. 6 ZPO **allerdings keine Anwendung finden**. Denn die nähere Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens richtet sich gem. § 15a Abs. 4 EGZPO nicht nach den Vorschriften der ZPO, sondern nach den **landesrechtlichen Spezialnormen**. Demnach sind für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens Art. 9-12 BaySchlG vorrangig zu beachten. Dies setzt gem. Art. 11 Abs. 1 BaySchlG u. a. das persönliche Erscheinen der Beteiligten zum Schlichtungstermin und gem. Art. 12 Abs. 1 BaySchlG den Abschluss der Vereinbarung „vor dem Schlichter“ voraus. Bei Verabschiedung des BaySchlG war die heutige Regelung des § 278 Abs. 6 ZPO noch gar nicht in Kraft. Sie wurde erst durch das „Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz“ mit Wirkung zum 1.9.2004 eingeführt. Eine entsprechende Regelung hat der Landesgesetzgeber in das BaySchlG nicht aufgenommen. Dies spricht dafür, dass ein außerhalb des Schlichtungsverfahrens geschlossener privatschriftlicher Vergleich bei Abwesenheit der Beteiligten im Schlichtungstermin **nicht durch bloße Bestätigung des Notars** die Qualität eines Vergleichs i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO erhalten kann.

4. Schriftliches Verfahren gem. Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG

Selbst wenn § 278 Abs. 6 ZPO nicht einschlägig ist, könnte jedoch ein Vergleich i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bzw. Art. 18 BaySchlG im schriftlichen Verfahren zustande kommen. Denn nach Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG kann der Notar als Schlichter in geeigneten Fällen von einer Terminbestimmung Abstand nehmen und das Verfahren schriftlich durchführen. Der Gesetzgeber hatte hierbei vor allem besonders einfach gelagerte Fälle im Blick (Prütting/Krafka, Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003, Rn. 432).

Allerdings stellt sich die Frage, wie das schriftliche Verfahren bei Absehen von einem Termin ausgestaltet sein muss, damit den Anforderungen des Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG ausreichend Rechnung getragen wird. Nach Ansicht von *Krafka* kann der Notar in Verfahren nach Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG einen Vergleich aufsetzen, den die Beteiligten im schriftlichen Verfahren unterzeichnen lassen und im Anschluss daran bestätigen. Werde das Verfahren schriftlich durchgeführt, könne der Schlichter im Umlaufverfahren einen Vergleich aufsetzen, der auf postalischem Wege sämtlichen Parteien übermittelt und von ihnen unterzeichnet werde. Entsprechend Art. 12 S. 2 BaySchlG bestätige sodann der Schlichter durch seine Unterschrift das Zustandekommen der Einigung. Laut *Krafka* ist ein auf diesem Weg vereinbarter Vergleich ebenfalls „vor dem Schlichter“ bzw. „vor der Gütestelle“ geschlossen und daher **Vollstreckungstitel i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO**. Dies sei damit zu begründen, dass das BaySchlG das schriftliche Verfahren dem mündlichen Verfahren gleichstellen wolle; zudem sei § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO offen formuliert und nehme lediglich auf ein Zustandekommen im Rahmen der einschlägigen Verfahrensordnung Bezug, erfordere aber nicht zwingend das Zustandekommen eines Vergleichs im Rahmen einer mündlichen Verhandlung (Prütting/Krafka, Rn. 433).

Vorliegend sind u. E. aber selbst die Anforderungen des Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG nicht erfüllt. Denn als eng auszulegende Ausnahmvorschrift dürfte Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG voraussetzen, dass der im schriftlichen Verfahren zustande gekommene Vergleich **auf einen Vorschlag des Notars und ein von diesem initiiertes schriftliches Verfahren gem. § 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG zurückzuführen** ist. Dies ist nach dem Sachverhalt nicht der Fall. Demnach wäre die bloße Bestätigung gem. Art. 12 S. 2 BaySchlG nicht ausreichend.

5. Fazit

Im vorliegenden Fall erscheint es zweifelhaft, ob durch die bloße notarielle Bestätigung ein vollstreckbarer Vergleich i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO geschaffen werden kann. § 278 Abs. 6 ZPO dürfte wegen des Vorrangs der landesrechtlichen Regelungen des BaySchlG keine Anwendung finden (§ 15a Abs. 4 EGZPO). Eine Bestätigung nach Art. 12 S. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 1 S. 5 BaySchlG scheidet u. E. aus, weil der im schriftlichen Verfahren geschlossene Vergleich weder vom Notar vorgeschlagen noch das schriftliche Verfahren durch den Notar überhaupt eingeleitet wurde. Der sicherste Weg dürfte vor diesem Hintergrund darin bestehen, den Vergleich erneut vor dem Notar gem. Art. 12 BaySchlG schriftlich zu schließen. Selbstverständlich besteht auch die Möglichkeit, dass der Notar auf Grundlage der außerhalb des Schlichtungsverfahrens getroffenen Vereinbarung eine vollstreckbare Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO abfasst. Dazu müsste aber zumindest der jeweilige Schuldner im Beurkundungstermin erscheinen.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

WEG § 12; BGB § 181

Verwalterzustimmung bei Personenidentität von Wohnungseigentumskäufer und Verwalter
Abruf-Nr.: 112064

EGBGB Art. 25

Texas: gesetzliche Erbfolge und Güterstand in Bezug auf ein in Deutschland belegenes Grundstück; tracing rule
Abruf-Nr.: 110407

BGB §§ 1629, 1795, 1822 Nr. 3, 2347, 107

Schenkwise Übertragung von Kommanditanteilen an Minderjährige; Vorbehalt von Rückforderungsrechten; Anrechnung auf zukünftige Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche; Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers; Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung; Möglichkeit einer vorsorglichen Genehmigung
Abruf-Nr.: 110750

GmbHG §§ 5a, 53, 55, 57c

Übergang von der UG (haftungsbeschränkt) zur regulären GmbH durch Umwandlung gesetzlicher Rücklage; Erfordernis einer Kapitalerhöhung
Abruf-Nr.: 110287

Rechtsprechung

WEG §§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 3, 7 Abs. 4, 10 Abs. 1, 15 Abs. 1

Automatische Zugehörigkeit des Balkons zum Wohnungseigentum auch ohne Nummer im Aufteilungsplan; keine Begründung eines Sondernutzungsrechts

Der einem Sondereigentum (Wohnung) vorgelagerte Balkon ist auch ohne gesonderte Erklärung Bestandteil dieses Sondereigentums, so dass an ihm ein Sondernutzungsrecht für dessen Eigentümer nicht begründet werden kann.

OLG München, Beschl. v. 23.9.2011 – 34 Wx 247/11
Abruf-Nr.: 10997

Problem

Die Behandlung von **Balkonen** im Wohnungseigentumsrecht bereitet häufig Schwierigkeiten. Umstritten ist vor allem deren **Sondereigentumsfähigkeit**. Die h. M. **differenziert nach den Bestandteilen des Balkons**: Während der vom Balkon **gebildete Raum** sondereigentumsfähig ist (BGH DNotZ 1985, 622), sind die **konstruktiven Elemente** dieses Gebäudeteils (Bodenplatte, Balkongeländer, Balkonbrüstung) zwingendes Gemeinschaftseigentum gem. § 5 Abs. 2 WEG (vgl. BayObLG MittBayNot 1999, 288, 289 = DNotI-Report 1999, 130; OLG München DNotZ 2007, 690, 691). Nach bisher h. M. führt der nachträgliche Anbau eines Balkons nicht zur Entstehung von Sondereigentum (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1997, 374 = DNotI-Report 1997, 138; a. A. Schmidt, MittBayNot 2001, 442, 449).

Entscheidung

Das OLG München lehnt zunächst die besonders enge Auffassung ab, wonach der vom Balkon gebildete Raum nicht allseitig abgeschlossen und daher nicht sondereigentumsfähig sei. Darüber hinaus kommt es für die Zugehörigkeit zum Sondereigentum nach Auffassung des OLG auch nicht darauf an, ob der Balkon in der Teilungserklärung ausdrücklich als „mit dem Sondereigentum an einer Wohnung verbunden“ bezeichnet und im Aufteilungsplan mit einer entsprechenden Nummer versehen wird. Vielmehr hält das OLG die **Sondereigentumsfähigkeit kraft gesetzlicher Anordnung gem. § 94 BGB** für gegeben. Es stellt insbesondere auf die **natürliche Anschauung** ab, weil der Balkon nur von einer bestimmten Wohnung aus zugänglich ist. Die Sondereigentumsfähigkeit einer mit dem Balkon verbundenen Treppe zum Garten lässt das Gericht ausdrücklich offen. Angesichts dessen konnte am Balkon bzw. dem vom Balkon gebildeten Raum kein Sondernutzungsrecht gebildet werden.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der Balkon im entschiedenen Fall bereits **im Zeitpunkt der Aufteilung vorhanden** war. Ob das OLG München auch bei einem nachträglichen Anbau in gleicher Weise entschieden hätte, bleibt somit offen.

Wissenschaftliches Symposium

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in der EU?

Freitag, 20. Januar 2012

Tagungszentrum des Juliusspitals Würzburg

Zugang: Klinikstraße 1 bzw. Juliuspromenade 19/Garagenzufahrt: zwischen Koellikerstraße 2a - 4

09.00 Uhr *Kaffee und Gebäck*

09.20 Uhr **Begrüßung**, Prof. Dr. Oliver **Remien**, Universität Würzburg, **Tagungsleiter**

09.30 Uhr **Einführung**, Prof. Dr. Dirk **Staudenmayer**, Europäische Kommission,
Generaldirektion Justiz (angefragt)

Vormittagsblock

09.40 Uhr **An assessment of the proposed Regulation on a Common European Sales Law**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ole **Lando**, Copenhagen Business School

10.10 Uhr **Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts**

Prof. Dr. Stefan **Leible**, Universität Bayreuth

10.30 Uhr **Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand**

Prof. Dr. Thomas **Pfeiffer**, LL.M., Universität Heidelberg

10.50 Uhr Diskussion

11.20 Uhr *Kaffeepause*

11.45 Uhr **Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?**

Prof. Dr. Thomas **Ackermann**, LL.M., LMU München

12.05 Uhr **EU-Kompetenz, Funktionsbedingungen und Perspektiven**

Prof. Dr. Hans Christoph **Grigoleit**, LL.M., LMU München

12.25 Uhr Diskussion

13.00 Uhr *Mittagessen*

Nachmittagsblock

14.30 Uhr **Vertragsbegriff und Vertragsabschluss, einschließlich AGB-Problemen**

Prof. Dr. Wolfgang **Ernst**, LL.M., Universität Zürich

14.50 Uhr **Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrechte des Verbrauchers**

Prof. Dr. Dirk **Looschelders**, Universität Düsseldorf

15.10 Uhr Diskussion

15.40 Uhr *Kaffeepause*

16.10 Uhr **Der Verordnungsentwurf und die Problematik seiner Lücken**

Prof. Dr. Beate **Gsell**, LL.M., Universität Augsburg

16.30 Uhr **Leistungsstörungenrecht**

Prof. Dr. Florian **Faust**, LL.M., Bucerius Law School, Hamburg

16.50 Uhr **Schadenersatz und Rückabwicklung**

Prof. Dr. Christiane **Wendehorst**, LL.M., Universität Wien

17.10 Uhr Diskussion

17.45 Uhr **Schlusswort** – Ende gegen 18.00 Uhr

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung und Tagungsband):

- 80 € für Nichtmitglieder
- 40 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- frei für Notare a. D./Notarassessoren, die NotRV-Mitglied sind
- frei für Universitätsangehörige

Anmeldungen bitte an Europaeisches_Kaufrecht@DNotI.de bzw. **Institut für Notarrecht Würzburg**,
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax 0931/35576225, Internet: www.notrv.de

EGBGB Art. 17b, 13

Anerkennung einer in Spanien geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe bei Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen

Eine nach ausländischem Recht geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe ist als eingetragene Lebenspartnerschaft i. S. v. Art. 17b EGBGB zu qualifizieren und in das Lebenspartnerschaftsregister einzutragen.

OLG München, Beschl. v. 6.7.2011 – 31 Wx 103/11
Abruf-Nr.: 10998

Problem

In den Rechtsordnungen einer stetig zunehmenden Anzahl von Staaten der Europäischen Union können zwei Personen gleichen Geschlechts in rechtsförmlicher Weise ein eheähnliches Rechtsverhältnis begründen. In einigen europäischen Staaten wurde insoweit schlicht das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit als Ehevoraussetzung gestrichen (so z. B. in Spanien, den Niederlanden, Portugal, Norwegen und Schweden). In anderen Staaten wurde das Rechtsinstitut einer eingetragenen Lebenspartnerschaft geschaffen, die in ihren Rechtsfolgen die Ehe weitestmöglich nachbildet (so die Eingetragene Lebenspartnerschaft in Deutschland nach dem LPartG; vgl. entsprechende Regelungen in Österreich, der Schweiz, Luxemburg, der Tschechischen Republik, England und Schottland, Slowenien, Ungarn, Irland). Der *pacte civile de solidarité* des französischen Rechts (PACS) und die *cohabitation legale* nach belgischem Recht begründen hingegen Rechtsverhältnisse, die hinter den Wirkungen einer Ehe erheblich zurückbleiben und daher insoweit nicht vergleichbar sind.

Im Fall des OLG München hatten ein Deutscher und ein Spanier vor dem Standesamt in Puerto de la Cruz auf Teneriffa die Ehe geschlossen. Später zogen sie nach Deutschland um und beantragten hier die Nachbeurkundung im Lebenspartnerschaftsregister. Das Standesamt wies den Eintragungsantrag ab und erhob Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsgerichts, die beantragte Eintragung sei vorzunehmen.

Entscheidung

Der vorliegende Fall betrifft eine typische Qualifikationsfrage. Behandelt man die gleichgeschlechtliche Ehe als „Ehe“ i. S. v. Art. 13 Abs. 1 EGBGB, wäre deren Wirksamkeit aufseiten des spanischen Beteiligten nach seinem spanischen und aufseiten des deutschen Beteiligten nach seinem deutschen Heimatrecht zu beurteilen. Da das deutsche Recht eine gleichgeschlechtliche „Ehe“ nicht kennt, wäre die in Spanien registrierte Verbindung in Deutschland allenfalls anzuerkennen, wenn man sie in eine „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ i. S. d. LPartG umdeutete. Qualifiziert man dagegen die gleichgeschlechtliche Ehe als „eingetragene Lebenspartnerschaft“ i. S. v. Art. 17b EGBGB, so ist gem. Art. 17b Abs. 1 S. 1 EGBGB wegen der Registrierung in Spanien für die Wirksamkeit das spanische Recht maßgeblich, welches die Eingehung einer Ehe auch durch Personen gleichen Geschlechts zulässt. Aus deutscher Sicht wäre dann allenfalls die „Kappungsregel“ in Art. 17b Abs. 4 EGBGB zu beachten, die verhindert, dass die Wirkungen der im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft über die Wirkungen nach dem LPartG hinausgehen.

In der deutschen Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, für die Qualifikation sei die Bezeichnung im ausländi-

schen Recht entscheidend. Es wäre also auf das „Etikett“ zu schauen (vgl. JurisPK-BGB/Röthel, 4. Aufl. 2009, Art. 17b EGBGB Rn. 12). Die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur und insbesondere die neuere Rechtsprechung orientiert sich dagegen am Inhalt des Instituts (sog. **funktionale Qualifikation**), sodass aufgrund funktionaler Entsprechung die gleichgeschlechtliche Ehe des ausländischen Rechts in Deutschland als eingetragene Lebenspartnerschaft i. S. v. Art. 17b EGBGB zu qualifizieren ist (BFH IPRax 2006, 287; AG Münster IPRax 2011, 269; VG Berlin IPRax 2011, 270 m. Anm. Mankowski/Höffmann; MünchKommBGB/Coester, 5. Aufl. 2010, Art. 17b EGBGB Rn. 143; kritisch Buschbaum, RNotZ 2010, 81). **Das OLG München** hat sich der letztgenannten Auffassung **angeschlossen**, sodass im vorliegenden Fall die in Spanien begründete Ehe ungeachtet der deutschen Staatsangehörigkeit eines der Beteiligten nach Maßgabe des spanischen Rechts als wirksam anzuerkennen ist und damit in das deutsche Lebenspartnerschaftsregister eingetragen werden kann.

BGB § 1090

Kein Nachweis eines berechtigten Interesses bei Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit (Photovoltaikdienstbarkeit)

1. Für die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit reicht es aus, dass die Möglichkeit eines schutzwürdigen Interesses besteht; eines Nachweises in grundbuchmäßiger Form bedarf es insoweit nicht (im Anschluss an BGH, Beschl. v. 14.7.2011 – V ZB 271/10, DNotI-Report 2011, 152).

2. Für die Eintragung einer Eigentümerdienstbarkeit zum Betrieb einer Photovoltaikanlage ist die Möglichkeit eines solchen Interesses zu bejahen, da der ursprüngliche Grundstückseigentümer und Anlagenbetreiber diese dadurch auch nach einer möglichen Grundstücksveräußerung weiterhin nutzen kann.
(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 30.9.2011 – 34 Wx 328/11
Abruf-Nr.: 10999

Problem

Errichtet ein Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück (z. B. auf dem Dach seines Hauses) eine fremdfinanzierte Photovoltaikanlage, verlangt die Bank häufig die Eintragung einer beschränkten persönlichen Nutzungsdienstbarkeit zugunsten des Eigentümers (§ 1090 BGB). Mit einer solchen Eigentümerdienstbarkeit soll gewährleistet sein, dass der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage auch dann weiterbetreiben kann, wenn das Grundstück veräußert oder zwangsversteigert wird. Die Dienstbarkeit soll zudem verhindern, dass die Anlage wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, weil sie der Bank ansonsten nicht gem. den §§ 929 ff. BGB sicherungsübereignet werden kann.

Traditionell ging die h. M. davon aus, dass eine Eigentümerdienstbarkeit nur im Falle eines besonderen Bedürfnisses bestellt werden kann (Staudinger/J. Mayer, BGB, Neubearb. 2009, § 1090 Rn. 4). So erachteten beispielsweise der BGH und das OLG Oldenburg die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nur dann für zulässig, wenn sie

mit Rücksicht auf eine konkret beabsichtigte Veräußerung des Grundstücks geschah (BGHZ 41, 209; OLG Oldenburg, DNotZ 1967, 687 f.). Grundbuchverfahrensrechtlich wurde teilweise gefordert, dass das aner kennenswerte Bedürfnis gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO dargelegt werde (vgl. Staudinger/J. Mayer, § 1090 Rn. 4; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1200; a. A. NomosK-BGB/Otto, 2. Aufl. 2009, § 1090 Rn. 3). Vor Kurzem führte der V. Zivilsenat des BGH durch Beschluss vom 14.7.2011 einen Paradigmenwechsel herbei (vgl. DNotI-Report 2011, 152). Seit dieser Entscheidung ist davon auszugehen, dass ein Grundstückseigentümer Dienstbarkeiten bereits dann für sich selbst bestellen kann, wenn die **bloße Möglichkeit eines berechtigten Interesses** besteht. Seitdem ist weder für die Bestellung noch für die Wirksamkeit einer Eigentümerdienstbarkeit im Einzelfall der Nachweis eines berechtigten Interesses erforderlich. Eigentümerdienstbarkeiten sind somit unabhängig von einem berechtigten Interesse wirksam. Gegebenenfalls sind sie anfechtbar (§ 3 AnfG).

Entscheidung

Das OLG München schließt sich der jüngsten BGH-Rechtsprechung an und überträgt die vom V. Zivilsenat zur Bestellung eines Eigentümernießbrauchs entwickelten Grundsätze (fortbestehendes Nutzungsrecht im Fall der Grundstücksveräußerung) auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, speziell auf die Photovoltaik-Eigentümerdienstbarkeit. Ebenso wenig wie der BGH hält das OLG München den formgerechten Nachweis des Eigentümerinteresses bzw. der Möglichkeit eines solchen für erforderlich. Allerdings soll der Antragsteller das **Interesse schlüssig darzulegen haben**; un schlüssiger Vortrag soll nicht ausreichen. Entscheidend war für das OLG München die Erklärung, dass die Photovoltaikanlage **auch nach Veräußerung des Grundstücks** durch den jetzigen Eigentümer – gleichzeitig Errichter der Anlage – **weiter betrieben** werden sollte. Eher kritisch äußert sich das OLG hingegen zur Frage, ob die Gewährleistung der Sonderrechtsfähigkeit der Photovoltaikanlage durch Dienstbarkeitsbestellung (vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB) ebenfalls als mögliches berechtigtes Interesse in diesem Sinne anzuerkennen ist.

Hinweise für die Praxis

Für die Praxis ist die Entscheidung insofern hilfreich, als sie durchdekliniert, in welchen Fällen von der erforderlichen „Möglichkeit“ eines berechtigten Interesses auszugehen ist. Bemerkenswert, u. E. allerdings wenig überzeugend ist, dass das OLG München die Möglichkeit eines berechtigten Interesses nur für den Fall bejaht, dass sich der Grundstückseigentümer darauf beruft, das Grundstück auch im Falle einer Grundstücksveräußerung zum Anlagenbetrieb weiter benutzen zu wollen. Für unzureichend hält das OLG dagegen den Vortrag, dass **über die Eigentümerdienstbarkeit die Scheinbestandteilseigenschaft der Photovoltaikanlage herbeigeführt** werden soll, um die Anlage der finanzierenden Bank sicherungsweise zu übereignen.

Diesem Ansatz ist Folgendes entgegenzuhalten: Gem. **§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB** kann eine Scheinbestandteilseigenschaft dadurch herbeigeführt werden, dass ein Gebäude oder ein anderes Werk (z. B. eine Photovoltaikanlage) „in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück“ von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden wird. Gemeint sind hiermit dingliche Rechte (z. B. Nießbrauch, Dienstbarkeit). Nach dem Verständnis des OLG München fallen

darunter aber lediglich dingliche Rechte zugunsten eines Dritten, nicht hingegen dingliche Rechte, die zugunsten des Grundstückseigentümers bestellt werden. Zur Begründung dieser restriktiven Annahme beruft sich das Gericht auf den **Wortlaut des Gesetzes** („an einem fremden Grundstück“). Weil § 95 Abs. 1 S. 2 BGB ein Recht an einem fremden Grundstück verlange, könne eine Eigentümerdienstbarkeit nicht einfach für erforderlich gehalten werden, um die Sicherungsübereignung der Anlage an die finanzierende Bank sicherzustellen. Mit anderen Worten lässt das OLG München eine Scheinbestandteilseigenschaft über § 95 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu, wenn der Anlagenerrichter auch Eigentümer des Grundstücks ist und die Errichtung in Ausnutzung einer Eigentümerdienstbarkeit erfolgt (so auch Staudinger/Jickeli/Stieper, Neubearb. 2004, § 95 Rn. 22).

Dieser Ansatz erscheint **formalistisch**, wenn man bedenkt, dass Eigentümerdienstbarkeiten im Rahmen der §§ 1018 ff. BGB ebenfalls *praeter legem* (insbesondere entgegen dem Einigungserfordernis nach § 873 Abs. 1 BGB) entwickelt wurden und dem Berechtigten auch im Rahmen des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB ein „Sonderrecht“ einräumen (RGZ 142, 231; vgl. zur besonderen Bedeutung einer Eigentümerdienstbarkeit, wenn ein Wohnungsrecht für einen Dritten bestellt wird: OLG Saarbrücken MittRhNotK 1992, 47). Die restriktive Haltung des OLG München wiegt umso schwerer, als es sich in einem weiteren *obiter dictum* der traditionellen Meinung anschließt, wonach eine **Anlage durch eine nach Anlagenerrichtung bestellte Dienstbarkeit nicht mehr zu einem Scheinbestandteil** gemacht werden könne (so auch: OLG Koblenz ZfIR 2007, 292 f.; Rastätter, BWNotZ 1986, 79, 80 f.; Ludwig, Rpfleger 1984, 266, 267; vgl. zum Wortlautargument: Hertel, MittBayNot 2006, 321, 323 f.; a. A.: OLG Schleswig ZfIR 2006, 62, 65; OLG Hamburg OLGR 1999, 362; OLG Nürnberg DNotZ 1955, 294; Peters, WM 2002, 110, 114 ff.; MünchKommBGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 95 Rn. 31; Erman/Michalski, BGB, 13. Aufl. 2011, § 95 Rn. 6; Wicke, DNotZ 2006, 252, 259; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 450). In letzter Konsequenz hätte dieser Ansatz – kombiniert mit der Unanwendbarkeit des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB auf dingliche Eigentümerrechte – zur Folge, dass eine Scheinbestandteilsbegründung über § 95 Abs. 1 S. 2 BGB bei Anlagen auf eigenem Grund und Boden *a priori* ausgeschlossen wäre. Dies widerspräche nicht nur der Interessenlage des Grundstückseigentümers bzw. Anlagenbetreibers, sondern auch einer in der Literatur vertretenen Ansicht, die – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Grundsätze zum Eigengrenzüberbau – § 95 Abs. 1 S. 2 BGB sinngemäß auch dann anwendet, wenn die Anlagenerrichtung in Ausnutzung einer Eigentümerdienstbarkeit erfolgt (RGRK/Kregel, BGB, 12. Aufl. 1982, § 95 Rn. 33; zum Eigengrenzüberbau siehe: RGZ 160, 166, 177; Wicke, DNotZ 2006, 252, 265).

Fazit

Ein Grundstückseigentümer, der zugleich Anlagenbetreiber ist, kann sich ohne Weiteres selbst eine Photovoltaikeigentümerdienstbarkeit an seinem Grundstück bestellen. Er muss sich nur darauf berufen, dass er die Photovoltaikanlage weiter benutzen möchte, wenn er das Grundstück einmal veräußern sollte. Das *obiter dictum* des Gerichts, wonach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB in einem solchen Fall keine Anwendung finden soll, überzeugt u. E. allerdings nicht. Insofern bleibt die weitere Entwicklung, insbesondere die Einschätzung durch andere Gerichte, abzuwarten. In Anbetracht des restriktiven Ansatzes des OLG München kann

es sich empfehlen, zusätzlich auf andere Weise sicherzustellen, dass die §§ 93, 94 BGB nicht eingreifen bzw. ein gesetzlicher Eigentumserwerb nach § 946 BGB einer etwaigen Sicherungsübereignung an die finanzierende Bank nicht zuwiderläuft (vgl. § 95 Abs. 1 S. 1 BGB).

Aktuelles

Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Am 11.10.2011 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt (2011/284 (COD)). Der Vorschlag zielt auf die Einführung eines einheitlichen, autonom auszulegenden (vgl. Art. 11 VO-Entwurf) europäischen Kaufvertragsrechts, welches die innerstaatlichen Vertragsrechte der 27 Mitgliedstaaten nicht ersetzen, sondern als **fakultative 28. Vertragsrechtsregelung** in jedem Mitgliedstaat zur Verfügung stehen soll. Der sachliche Anwendungsbereich dieses sog. „optionalen Instruments“ erstreckt sich auf Warenkaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Verträge über verbundene Dienstleistungen (vgl. Art. 5 VO-Entwurf) und ist auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt (vgl. Art. 4 VO-Entwurf). In persönlicher Hinsicht kommt die Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts dann in Betracht, wenn der Verkäufer Unternehmer und der Käufer Verbraucher ist oder wenn alle Parteien Unternehmer sind, sofern es sich bei mindestens einer der Parteien um ein kleines oder mittleres Unternehmen („KMU“) handelt (vgl. Art. 7 VO-Entwurf). Allerdings steht es den Mitgliedstaaten gem. Art. 13 VO-Entwurf frei, das optionale Instrument auch für rein nationale Sachverhalte und/oder für Verträge zwischen Unternehmern, von denen keiner ein KMU ist, zur Verfügung zu stellen. Die Anwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts muss von den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart werden (Art. 8 VO-Entwurf).

Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission folgt auf eine seit vielen Jahren andauernde Diskussion zum Thema „Europäisches Vertragsrecht“. Unterschiedlich besetzte akademische Forschergruppen haben hierzu verschiedene Modellgesetze vorgelegt: zunächst die von der sog. „Lando-Gruppe“ konzipierten, auf das allgemeine Vertragsrecht beschränkten sog. „Principles of European Contract Law (PECL)“, in der Folge die Modellentwürfe der sog. „study-group“ für verschiedene Vertragstypen, aber auch für gesetzliche Schuldverhältnisse. Die sog. „Acquis-Gruppe“ hat sich darum bemüht, das bereits vorhandene Unionsrecht zu breitflächigen Modellregeln weiterzuentwickeln. Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch der sog. „Draft Common Frame of Reference (DCFR)“ zu nennen, der unter Bezugnahme auf die Forschungsergebnisse der Lando-Gruppe, der Acquis-Gruppe und der study-group das allgemeine Vertragsrecht, das Vertragstypenrecht, das Verbraucherschutzrecht und verschiedene gesetzliche Schuldverhältnisse behandelt. Nicht vergessen werden darf zudem das seit vielen Jahren in Kraft befindliche UN-Kaufrecht über den internationalen Warenkauf (CISG).

Der Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, der gewisse Inhalte der europäischen Verbraucherrechtsangleichung aufgreift (vgl. den Vorschlag

für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – sog. Verbraucherrechterichtlinie –, die vom Rat am 10.10.2011 angenommen wurde), wirft **zahlreiche Fragen** auf (u. a. kollisionsrechtliche Einordnung, Abgrenzung des Anwendungsbereichs, Problematik der einheitlichen Anwendung, weitreichende Vertragskontrolle durch den Richter, Abgrenzung zum Sachenrecht und zum allgemeinen Teil des BGB, umfangreiche Informationspflichten, Verfahren zur Schließung von Regelungslücken in der Verordnung).

Diese und andere Fragen betreffend das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, dessen Implementierung von der Europäischen Kommission mit Nachdruck verfolgt wird, sollen auf dem von der Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Forschungsstelle Europäisches Privatrecht), dem Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg und dem Deutschen Notarinstitut gemeinsam veranstalteten **wissenschaftlichen Symposium am 20.1.2012 in Würzburg** durch Vorträge namhafter Zivilrechtswissenschaftler eingehend analysiert und sodann diskutiert werden.

Rumänien: Neues Zivilgesetzbuch

Das bereits im Jahre 2009 beschlossene neue Zivilgesetzbuch Rumäniens (*codul civil*) ist nun zum 1.10.2011 in Kraft getreten. Es inkorporiert u. a. auch die bislang in Sondergesetzen ausgegliederten Materien des Familienrechts und Internationalen Privatrechts. Dabei ergibt sich im Familienrecht die Änderung, dass der bislang zwingende Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft nunmehr durch eine vertragliche Gütertrennung ersetzt werden kann.

Im Internationalen Privatrecht wird die bisher geltende Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Bereich des Familien- und Erbrechts durch die **Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt** ersetzt. So unterliegt künftig die Erbfolge nicht mehr dem Heimatrecht des Erblassers, sondern dem Recht des Staates, in dem der Verstorbene zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, vgl. Art. 2633 des neuen ZGB. Das Heimatrecht kann der Erblasser aber durch **Rechtswahl** zur Anwendung bringen. Die bislang bestehende Nachlassspaltung in Bezug auf Immobilien wird aufgegeben.

Im Bereich des internationalen Güterrechts gilt für die Eheleute das Recht des Staates, in dem sie beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ein Wechsel des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts führt zu einem Statutenwechsel. Durch ausdrückliche Rechtswahl können die Eheleute das Recht des Staates wählen, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder dessen Staatsangehörigkeit einer von ihnen besitzt. Eine auf ein Grundstück beschränkte Rechtswahl erkennt das rumänische Recht dagegen nicht an. Die bislang geltenden Beschränkungen, wonach eine Rechtswahl und der Abschluss von Eheverträgen durch rumänische Staatsangehörige selbst bei Geltung ausländischen Güterrechts ausgeschlossen waren, sind damit nun offenbar obsolet.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg