

**Herausgeber**

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe

**Schriftleiter**

Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

alles wichtige praxisnah

zehn 2012

**editorial**

20 Jahre Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche  
Zusammenarbeit (*Dirk Mirow*) 309

**beitrag des monats**

Die internationale rechtliche Zusammenarbeit im Notariat  
(*Stefan Zimmermann*) 312

**jahresrückblick**

Immobilienkaufvertrag – Aktuelle Entwicklungen (*Hans-Frieder  
Krauß*) 317

**interview**

Der arabische Frühling: Aufbruch in eine neue Zeit – Interview  
mit *Nawfel Triki*, Präsident der tunesischen „Association nationale  
des chambres des notaires“ 328

Das Notariat in Russland im Wandel der Zeit – Interview mit  
*Maria Sazonova*, Präsidentin der Föderalen Notarkammer  
der Russischen Föderation 331



## 20 Jahre Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit

Liebe Leserinnen und Leser,

in diesem Jahr feiert die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ-Stiftung) ihr 20-jähriges Bestehen.

1992 vom Bundesjustizministerium als gemeinnütziger Verein gegründet, unterstützt die IRZ seit vielen Jahren andere Länder bei der Reformierung ihres Rechtssystems und Justizwesens. Man kann die IRZ als ein Instrument der Justizaußenpolitik der Bundesregierung bezeichnen. Ziel war es von Beginn an, die Partnerstaaten bei der Schaffung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen zu unterstützen, weiterhin aber auch beim Aufbau der erforderlichen privat- und wirtschaftsrechtlichen Grundlagen und der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen eines an den Prinzipien einer freien und sozialen Marktwirtschaft orientierten Wirtschaftssystems Hilfe zu leisten. Ein zusätzlicher Schwerpunkt war die Hilfe bei der Schaffung einer unabhängigen, funktionsfähigen Justiz.

Auf besonderes Interesse der Partnerstaaten stieß seit jeher das deutsche Verständnis der Rolle des Notars im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege. Der Deutsche Notarverein und die Bundesnotarkammer haben sich als Mitglieder der IRZ stets mit großem Engagement daran beteiligt, diesem Interesse gerecht zu werden.

Die klassischen Instrumente der internationalen Rechtsberatung sind die Gesetzgebungsberatung sowie die Aus- und Weiterbildung von Praktikern, also die Rechtsanwendung. Die aktive Rolle des IRZ-Kuratoriumsmitglieds und Ehrenpräsidenten des Deutschen Notarvereins Notar *Prof. Dr. Stefan Zimmermann*, des derzeitigen Präsidenten Notar *Dr. Oliver Vossius* und vieler anderer deutscher Notarinnen und Notare bei den zahlreichen IRZ-Aktivitäten auf dem Gebiet des Notar- und Immobiliarsachenrechts kann dabei gar nicht genug gewürdigt werden. Denn die IRZ ist bei all ihren Maßnahmen auf Experten aus der Praxis angewiesen. Die Aufgabe und Stärke der IRZ bestehen gerade darin, deutsche und ausländische Expertinnen und Experten miteinander ins Gespräch zu bringen.

Von besonderer Bedeutung für die notariatsbezogene Zusammenarbeit sind hierbei unsere multilateralen Notar-Hospitationsprogramme, die wir bereits seit dem Jahr 2000 in enger Zusammenarbeit mit der Bundesnotarkammer durchführen. Die Teilnehmer kommen überwiegend aus den neuen Mitgliedstaaten der EU, darüber hinaus aber auch aus der Russischen Föderation, der Türkei sowie aus den Ländern Südosteuropas. Nach einem Einführungskurs hospitieren die Teilnehmer in einem deutschen Notariat und nehmen danach an einer mehrtägigen Abschlussveranstaltung teil. Wir freuen uns sehr, dass wir in diesem Jahr mit Unterstützung der Bundesnotarkammer am Rande des 28. Deutschen Notartages in Köln zum wiederholten Mal ein Treffen für die ehemaligen Hospitanten im Rahmen einer Fachveranstaltung organisieren konnten.

Die geographischen Schwerpunkte unserer Arbeit haben sich in den letzten 20 Jahren erheblich verlagert. Die IRZ ist stolz darauf, dass sie einen Beitrag zu dem zügigen Beitritt unserer mittel- und osteuropäischen Nachbarn zur EU leisten konnte. Mit Kroatien wird ein weiterer unserer langjährigen Partner aller Voraussicht nach am 1.7.2013 der EU beitreten. Der EU-Beitritt von Partnerstaaten hat in der Regel mittelfristig eine Reduzierung der Zusammenarbeit mit der IRZ zur Folge, weil die Rechtsreformen zu diesem Stadium weit fortgeschritten, wenn auch nicht überall abgeschlossen sind. Neben den Partnern im Osten Europas sind mit den zentralasiatischen Ländern und mit Vietnam neue Partnerländer hinzugekommen, bei denen der Transformationsprozess noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird.

Die arabische Revolution hat zu einer zunächst kaum für möglich gehaltenen Dynamik geführt. Die IRZ hat in enger Abstimmung mit der Bundesregierung sehr früh den Dialog mit den für die rechtliche Zusammenarbeit maßgeblichen Institutionen Ägyptens und Tunesiens gesucht. Während uns die Arbeit in Mittel- und Osteuropa in der Vergangenheit dadurch erleichtert wurde, dass dort eine Rezeption deutschen Rechts stattgefunden hatte, ist dies in Nordafrika nicht der Fall. Vielmehr ist das Rechts- und Justizsystem Nordafrikas stark durch das französische Recht geprägt. Gleichwohl gibt es in der Region und neuerdings auch in einzelnen Golfstaaten ein großes Interesse am deutschen Recht. Dies ist kein Widerspruch. Denn in Tunesien und Ägypten wird von den Anwendern weniger das auf französischer Tradition basierende geschriebene Recht als defizitär empfunden. Dagegen sind in vielen Bereichen die praktischen Abläufe

verbesserungsbedürftig und hier ist der Rat der in der Region hochangesehenen deutschen Rechtspraktiker gefragt, sei es im Strafvollzugswesen, im Bereich Justizreform oder im Bankrecht, wobei auch das Notar- und Grundstücksrecht Berücksichtigung finden.

Bei den letztgenannten Rechtsgebieten wird die Zusammenarbeit dadurch erleichtert, dass sowohl Tunesien als auch Ägypten aufgrund der französischen Rechtstradition vom lateinischen Notariat geprägt sind. Wenn in Deutschland auch die anfängliche Begeisterung für die „Arabellion“ nach dem Siegeszug des politischen Islam bei den demokratischen Wahlen einer gewissen Ernüchterung gewichen ist, so können wir nach den bisherigen Erfahrungen durchaus konstatieren, dass das Interesse der nordafrikanischen Juristen am Austausch mit der IRZ und den von ihr eingebundenen Experten sowie das dortige Engagement bei den bisherigen Veranstaltungen überwältigend sind.

Während Nordafrika für uns noch Neuland darstellt, reicht die notariatsbezogene Zusammenarbeit mit der Russischen Föderation und der Ukraine weit in die 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts zurück. In Fortsetzung dieser Tradition organisierte die IRZ im November des letzten Jahres in Kiew in enger Kooperation mit dem Deutschen Notarverein und der Bundesnotarkammer eine hochrangige trilaterale ukrainisch-russisch-deutsche Tagung zum Notarrecht. Diese Konferenz befasste sich mit der Funktion des Notars als Organ der vorsorgenden Rechtspflege, mit zentralen notariellen Tätigkeitsfeldern bis hin zur konkreten Ausgestaltung des Notariats. In diesem Jahr haben wir die Zusammenarbeit mit der Russischen Föderation mit Beratungen zu dem aktuellen Gesetzentwurf über das Notariat fortgesetzt. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Gesetzentwurf, durch den das russische Notariat nachhaltig gestärkt würde, alsbald verabschiedet wird.

Hinweisen möchte ich auf die in dieser Ausgabe veröffentlichten Interviews mit der Präsidentin der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation, Frau *Maria I. Sazonova*, sowie mit dem Präsidenten der tunesischen Notarkammer *Nawfel Triki*.

Notar *Prof. Dr. Stefan Zimmermann* befasst sich in seinem Beitrag mit der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit im Notariat. Er bestätigt darin die Erfahrung der IRZ, dass US-amerikanische Organisationen auch in Angelegenheiten des Notariatsystems immer wieder versuchen, unter Einsatz immenser finanzieller Mittel in eigentlich kontinental-europäisch geprägten Ländern in Osteuropa Betreuungsaktivitäten zu entfalten. Dies – wie *Zimmermann* feststellt – mit vergleichsweise geringem Erfolg, so dass der Wettbewerb um die Vorbildfunktion der Rechtssysteme regelmäßig zugunsten des Notariats kontinental-europäischer Prägung ausgehe.

Allen im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit aktiven Notarinnen und Notaren sowie dem Deutschen Notarverein und der Bundesnotarkammer danke ich abschließend vielmals für ihr großes Engagement und hoffe sehr, dass wir auch in Zukunft auf Ihre Unterstützung zählen können.



*Dirk Mirow*,  
Geschäftsführender Vorstand der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche  
Zusammenarbeit (IRZ-Stiftung)

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	20 Jahre Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit ( <i>Dirk Mirow</i> )	309
<b>inhalt</b>		311
<b>impressum</b>		336
<b>beitrag des monats</b>	Die internationale rechtliche Zusammenarbeit im Notariat ( <i>Prof. Dr. Stefan Zimmermann</i> )	312
<b>jahresrückblick</b>	Immobilienkaufvertrag – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Dr. Hans-Frieder Krauß</i> )	317
<b>interview</b>	Der arabische Frühling: Aufbruch in eine neue Zeit – Interview mit Nawfel Triki, Präsident der tunesischen „Association nationale des chambres des notaires“	328
	Das Notariat in Russland im Wandel der Zeit – Interview mit Maria Sazonova, Präsidentin der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation	331
<b>rechtsprechung</b>	BVerfG: Rückwirkende Gleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten bei der Grunderwerbsteuer (mit Anmerkung von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	337
	BGH: Keine einschränkende Auslegung des § 1384 BGB (mit Anmerkung von <i>Dr. Jan Eickelberg</i> )	338
	BFH: Grunderwerbsteuerbefreiung bei Schenkung eines Kapitalgesellschaftsanteils (mit Anmerkung von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	340
<b>nachrichten</b>		342
<b>literatur</b>	Prof. Dr. Klaus Schreiber (Hrsg.), Handbuch Immobilienrecht, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2011 (besprochen von <i>Dr. Thomas Kilian</i> )	343
<b>schlussvermerk</b>	A Funny (True) Story about Title to Real Estate ( <i>Hal Roark</i> )	344

## notarverlag.de

Am 24.9.2012 wurde die **neue Website des Notarverlags** [www.notarverlag.de](http://www.notarverlag.de) live geschaltet. Die neue Seite bietet zahlreiche komfortable Neuerungen, wie z.B. die Möglichkeit, durch elektronische Leseproben aller lieferbaren Titel, sog.

**Widgets**, zu blättern, sich online für **Seminare** anzumelden oder bislang nur im Print erschienene Titel auch als **E-Book** zu beziehen und gleich nach dem Einkauf herunterzuladen.

Wer sich als neuer Kunde auf der Seite registriert, kann dies gleich einmal mit dem **kostenlosen Download des Titels „Notargebühren von A-Z“** ausprobieren.





## beitrag des monats

Stefan Zimmermann

# Die internationale rechtliche Zusammenarbeit im Notariat

Zwanzig Jahre der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit – begleitet und organisiert durch die IRZ-Stiftung – zu feiern,<sup>1</sup> ist auch und besonders für das Notariat Anlass, einen Rückblick und Ausblick zu geben. Denn im Notariat bestehen besondere Voraussetzungen und Vorgaben für eine solche betreuende Tätigkeit. Handelt es sich doch bei den Notaren um öffentliche Amtsträger, also Personen, die im Dienste des Staates für bestimmte Aufgaben zuständig sind. Das führt zu einem besonderen Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Verwaltung und freien Berufen. Sind Richter eindeutig als Amtsträger der Staatsverwaltung zuzuordnen und Anwälte eindeutig der freiberuflichen Sphäre, bilden die Notare – wie auch in Deutschland – einen janusköpfigen Beruf. Dies macht Reformvorhaben und deren Betreuung in ehemals sozialistischen Staaten so schwierig, aber auch so reizvoll. Die persönliche Kontaktaufnahme begünstigend hinzukommt, dass Notare, die sich der rechtlichen Betreuung in Reformstaaten widmen, anders als teilweise Freiberufler frei von dem Verdacht sind, ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen zu verfolgen, ist ihr Tätigkeitsbereich qua lege doch auf das Hoheitsgebiet ihres Staates, unserenfalls also der Bundesrepublik Deutschland, beschränkt. Aufgrund der Selbstverwaltung des Berufsstandes hat dieser besonders flexible Möglichkeiten zum Einsatz persönlicher und finanzieller Mittel, ist also anders als Beamte und Richter nicht in Organisationsstrukturen des Staates eingebunden. Dies erleichtert und effektiviert die „Zugriffsmöglichkeit“ beim Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen. Vor allem das mag dazu beigetragen haben, dass das deutsche Notariat eine Reformarbeit geleistet hat, die tiefe Spuren in Reformstaaten hinterlassen hat.

## A. Die Ausgangssituation

Will man die Entwicklung des Notariats in Reformstaaten des früheren Ostblocks in Zusammenarbeit mit der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit beschreiben, bedarf es zunächst einer kurzen Darstellung der Ausgangssituation, die man vor Gründung der Stiftung im Jahre 1992 vorgefunden hat. Der Reform der Rechtssysteme dienende Bemühungen fanden nämlich bereits vor dem Fall des eisernen Vorhangs statt. Als im August 1989 die ersten Grenzzäune in Ungarn fielen, hatte nämlich das Notariat bereits die Grundlagen für einen Austausch mit den Partnern in den osteuropäischen Staaten gelegt. Dies ist ein Verdienst der österreichischen Notarkollegen, die im November 1989 – gleichsam Frühlingsluft witternd – mit den ungarischen Kollegen ein osteuropäisches Notartreffen am Balaton im Schloss Keszthely organisiert hatten. An diesem Gedankenaustausch über eine gemeinsame berufspolitische Zukunft nahmen namhafte Vertreter der Justiz aus Ungarn, Polen und dem übrigen süd- und osteuropäischen Raum teil. Man spürte, dass eine Veränderung in der Luft lag. Das erleichterte ganz entscheidend die Kooperation, als die Mauer fiel. Aus der Sicht des deutschen Notariats konkretisierte sich zunächst die Kooperation mit den Justizbehörden der DDR im Frühjahr 1990, was ebenfalls über unsere österreichischen Kollegen gefördert wurde.<sup>2</sup> Innerhalb weniger Monate konnte im Zuge der deutsch-deutschen Rechtsvereinheitlichung die Voraussetzung für ein Notariat westdeutscher Prägung in der DDR geschaffen werden, was im Einigungsvertrag letztlich rechtlich sanktioniert wurde. Diese zeitlich und inhaltlich gewaltige Aufgabenstellung bewältigte das deutsche Notariat dank vielfältiger Hilfe aus dem In- und Ausland, vor allem auch durch die tatkräftige Unterstützung des damaligen Staatssekretärs im Bundesjustizministerium *Dr. Klaus Kinkel*.<sup>3</sup> Kinkel war es letztlich auch, der die Initiative zur Gründung der Deutschen Stiftung für

<sup>1</sup> Der Abdruck dieses Beitrages geschieht mit freundlicher Genehmigung des Berliner Wissenschafts-Verlages. Der Beitrag erscheint im Oktober 2012 in *Hilfshörster/Mirow*, Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland – 20 Jahre Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e. V.

<sup>2</sup> Zimmermann, FS Zimmermann 2010, S. 469 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Kinkel, FS Zimmermann 2010, Seite V.

Internationale Rechtliche Zusammenarbeit ergriff. Ein denkwürdiger Schritt hierzu war eine von ihm zusammen mit dem Präsidenten des deutschen Industrie- und Handelstages veranstaltete Tagung am 19.11.1991 in Bonn, an der die baltischen Justizminister, der bulgarische Justizminister sowie die Justizminister aus Kroatien, Mazedonien, Slowenien, Albanien, Rumänien, Ungarn, Weißrussland, Russland, der Ukraine und Repräsentanten weiterer mittel- und osteuropäischer Staaten teilnahmen. Bei dieser Konferenz stand das Notariat als Rechtspflegeinstitution im Mittelpunkt; der Entwicklung dieser Institution wurde allseits besondere Priorität beigemessen.

## I. Woran lag das?

Das Notariat hatte und hat anders als andere Berufe der Rechtspflege einen Status, der nicht vorrangig von den politischen Systemen, sondern von seiner Aufgabenstellung her geprägt wird. Die Funktion des Notariats als beweissichernde und die Bevölkerung betreuende Institution ist in allen Staaten vergleichbar, seien sie sozialistisch oder kapitalistisch geprägt. Das hatte bereits der Nestor des Notariats in der Tschechischen Republik, noch in Zeiten der sozialistischen Republik Tschechoslowakei *JUDr. Jiří Brázda*, Obernotar dieses Landes, mit seinen Geschichten aus dem Notariat unter dem Titel „Pitaval eines Notars“<sup>4</sup> plastisch vor Augen geführt. Seine Geschichten aus dem Alltagsleben eines Notariats, die er aus seiner Zeit als Notar in der sozialistischen Republik erzählte, machten deutlich, wie der Notar in Ost und West den gleichen Problemen seiner betreuten Schäfchen gegenüber saß. Politische Fragestellungen – wie die Fragen rund um das sozialistische Eigentum – änderten nichts an der Tatsache, dass der Notar Ansprechpartner der Bevölkerung und Betreuer in allen Rechtsangelegenheiten des täglichen Lebens war. So war zum Beispiel in den Notariaten der früheren DDR ein Tag der Woche der kostenlosen öffentlichen Rechtsberatung der Bevölkerung gewidmet. Dies führte zum Beispiel dazu, dass die Umstellung des Rechtssystems der DDR auf die rechtsstaatlichen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland anders als in anderen juristischen Berufen im Notariat keineswegs zu einer „Auswechslung“ der Berufsträger führte.<sup>5</sup>

Weit vor dem Zeitpunkt der Gründung der Stiftung wurden deshalb die deutschen Notare auch in den Reformstaaten des Ostblocks tätig. Ich persönlich habe meine erste Reise in die baltischen Staaten kurz nach der Singenden Revolution unternommen und auf dem Fernsehhberg in Vilnius, Litauen Anfang Mai 1991 noch die Gedenkkreuze und Blumengebinde für die 13 Opfer dieser Singenden Revolution gesehen.

## II. Was geschah im Notariat?

Die deutschen Notare für Nordosteuropa und die österreichischen Notare für Südosteuropa erarbeiteten einen Plan zur Unterstützung der dortigen Kollegen. Die baltischen Staaten standen im Fokus der deutschen Notare, die Balkanstaaten im Fokus der österreichischen Notare. Dazwischen lag Polen, das bereits im März 1991 ein Notargesetz mit freien Notaren verabschiedete, auch hier ein Vorreiter der Reformbewegung. Die nächsten Notargesetze mit Einführung eines „freien“ Notariats<sup>6</sup> waren 1992 Litauen für das Baltikum und bereits Ende 1991 Ungarn für Südosteuropa.

## B. Die Voraussetzungen für die Einführung

Die Reformarbeit im Notariat hatte stets die Einführung eines rechtsstaatlichen Systems kontinentaleuropäischer Prägung zum Ziel. Leitlinie war hierfür das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft, das eine entsprechende rechtliche Untermauerung braucht.

Schlagwortartig wurde einmal formuliert: „Auf den Straßen des Rechts marschiert die Wirtschaft“. Bis heute gilt, dass ein erfolgreiches marktwirtschaftlich geprägtes Wirtschaftssystem bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen für Investitionen benötigt. Die moderne Marktwirtschaft als gemischte Wirtschaftsordnung ist allerdings gesellschaftszulässigen Zielsetzungen unterworfen und spiegelt die Ergebnisse der Entwicklungen und Auseinandersetzungen verschiedener Gesellschaftsschichten wider. So bestehen starke staatliche Planungseinflüsse, die das Funktionieren des sozialen Ausgleichs sicherstellen sollen. Insbesondere bedarf es eines Schutzes der erwerbstätigen Bevölkerung und sozialer Randgruppen vor der relativen Stärke der anderen Marktteilnehmer. Dies mündet zum Beispiel in Arbeitsschutzgesetzen, Sozialgesetzen, aber auch Verbraucherschutzgesetzen allgemein. Wesentliches Element ist auch der Eigentumsschutz und dessen soziale Bindung. Dieses so formulierte Credo stand und steht am Anfang jeder Reformarbeit in den ehemals sozialistischen Staaten.

## C. Wo steht das Notariat in diesem System?

Eine soziale Marktwirtschaft setzt auch voraus, dass Interessenkonflikte zwischen den Beteiligten durch unabhängige Organe der Rechtspflege gelöst werden. Die Streitentscheidung ist Gerichten zugeordnet, die im Rahmen eines durch Instanzen geprägten Gerichtssystems ausgleichend wirken, wenn hochqualifizierte unabhängige Juristen den Richterberuf ergreifen. Auf gleicher Ebene müssen die Notare kontinentaleuropäischer Prägung eingeordnet werden. Man nennt sie auch „Richter im Vorfeld“. Sie sind also eine staatlich organisierte Einrichtung, die im Zusammenspiel mit weiteren Organisationsformen der Rechtspflege – genannt seien vor allem Registergerichte und Grundbuchgerichte – die größtmögliche Selbstverwirklichung der Bürger durch rechtssichere Regelungen im Vorfeld einer Rechtsstreitigkeit sicherstellen, indem sie unklare Rechtsverhältnisse, die erst zu Rechtsstreitigkeiten führen würden, vermeiden. Notare gestalten zivilrechtliche Rechtsverhältnisse unter dem Aspekt der Vertragsfreiheit, des Eigentumsschutzes und des Schutzes der Marktteilnehmer, die nicht so privilegiert sind, dass sie eigene juristische Beratung in allen Lebenslagen zur Hand haben. Sie nehmen hierbei nicht am Markt teil, sondern setzen dem Markt einen staatlich geordneten Rahmen. Instrument der notariellen Tätigkeit ist hierbei das Beurkundungsverfahren. Wesentliches Ergebnis einer notariellen Tätigkeit ist die öffentliche Urkunde mit besonderem öffentlichen Glauben und besonderer Beweiskraft, die zudem auch Vollstreckungstitel sein kann.

Die Vertreter mittel- und osteuropäischer Staaten hat an diesem Modell besonders der volkswirtschaftliche Mehrwert überzeugt. Allgemeine Kosten der Rechtsberatung können durch das kontinentaleuropäische Notariatssystem entscheidend gesenkt werden. So gibt es Untersuchungen zu Transaktionskosten bei Grundstücksgeschäften, aus denen sich ergibt, dass wegen der weniger rechtssicheren Gestaltung des Verfahrens die Staaten mit angelsächsischem Rechtssystem ein Mehrfaches an Transaktionskosten haben, wohingegen das Zusammenspiel zwischen öffentlicher Urkunde eines Notars und Grundbuchregis-

<sup>4</sup> In Deutschland veröffentlicht durch den Deutschen Notarverein 1998.

<sup>5</sup> Vgl. *Bahr/Heitmann*, Neue Justiz 1993, 537. In Thüringen z. B. mussten nur sieben Notare überprüft werden, vgl. [www.juramagazin.de/2\\_Drucks.1/3620](http://www.juramagazin.de/2_Drucks.1/3620).

<sup>6</sup> Zum Begriff *Zimmermann*, FS Wolfsteiner 2007, S. 223; zur Rechtsnatur jüngst BVerfG, Beschl. v. 19.6.2012 – 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639.

trierung viele Beratungs-, Prüfungs- und Rechtsverfolgungskosten überflüssig macht. Ähnliche Effekte ergeben sich im Handels- und Gesellschaftsrecht.<sup>7</sup>

In jüngerer Zeit hat sich auch die globale Finanz- und Wirtschaftskrise argumentativ zu Gunsten des kontinentaleuropäischen Notariats ausgewirkt. Vor allem die Bedeutung von „Vertrauen“ im Rechts- und Wirtschaftsverkehr wird hinterfragt und zum Beispiel in den USA diskutiert, inwieweit eine verpflichtende Finanz- oder Rechtsberatung die der Finanzkrise vorgelagerte Immobilienkrise hätte verhindern können. Warnungen vor „identity theft“ oder „mortgage fraud“, wie sie in den USA mangels rechtssicherer Immobilienregistrierungssysteme an der Tagesordnung sind, kennt Kontinentaleuropa dank seines Notariats- und Grundbuchsystems nicht. Dies sind starke Argumente, die auch und gerade heute ihre Wirkung in Osteuropa nicht verfehlen.

## D. Die Konkurrenz der Rechtssysteme in der Betreuungspraxis

Bei der Beratung vor Ort stellt man auch in Angelegenheiten des Notariatssystems gleichwohl erstaunlicherweise immer wieder Versuche fest, dem angelsächsischen Rechtssystem – das das kontinentaleuropäische Notariat mit staatlich gesteuerter Beurkundungstätigkeit und vollstreckbarer Urkunde nicht kennt – den Vorzug zu geben. Hierzu tragen nicht zuletzt Institutionen bei, die US-amerikanisch geprägt sind. So ist regelmäßig in den Jahresberichten der Weltbank zu lesen, das Notariat kontinentaleuropäischer Prägung stelle mit seinen Formalitäten ein Investitionshindernis dar. In den Reformstaaten vor Ort sind intensive Betreuungsaktivitäten aus den USA festzustellen, vor allem betrieben durch die der deutschen GIZ vergleichbare amerikanische Organisation USAid. Deren Einsatz finanzieller Mittel übersteigt ein Vielfaches die Möglichkeiten, die zum Beispiel die IRZ-Stiftung oder deutsche Berufsverbände haben. Gleichwohl kann mit Genugtuung festgestellt werden, dass die Erfolge relativ gering sind, vor allem im Notariat. Denn die Reformstaaten des Ostblocks streben regelmäßig nach Europa. Sie wissen, dass innerhalb der Europäischen Union das Notariatssystem lateinischer Prägung dominiert. Sie wissen auch, dass das Grundbuch- und Register-system dort Voraussetzung für ein funktionierendes Finanz- und Investitionsklima sind. Überwiegend sind auch entsprechende Rechtstraditionen wieder zu beleben, etwa in den baltischen Staaten oder in den Staaten des ehemaligen Jugoslawiens ein Grundbuchsystem deutscher oder österreichischer Prägung. Der Kampf um die Vorherrschaft der Rechtssysteme geht im Notariat deshalb regelmäßig zu Gunsten des Notariats kontinentaleuropäischer Prägung aus.

Dieses Notariat kontinentaleuropäischer Prägung ist allerdings auch nicht einheitlich ausgeprägt. Es gibt zwar im Regelfall eine einheitliche Phänomenologie des Berufsrechts. Es gibt aber unterschiedliche Zuständigkeiten des kontinentaleuropäischen Notariats, weil Unterschiede in der Zivilrechtsordnung teilweise auf die Beratungspraxis durchschlagen. Als Beispiele seien genannt: die Sonderstellung des deutschen Rechts bei der Kreditsicherung durch die Grundschild, die regelmäßig in anderen Staaten – auch in Reformstaaten Osteuropas – nicht bekannt ist und deren Funktion die Hypothek übernimmt, das deutsche Abstraktionsprinzip – also die Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft – sowie insbesondere die Zuständigkeit für die

Beurkundung der Übertragung von Immobilien. Hier zeigt sich am deutlichsten, welches Land von welchem Berater betreut wurde. So kennen die südosteuropäischen Staaten im Regelfall keine Beurkundungspflicht des Immobilienkauf- oder Übertragungsvertrages in Folge der Tatsache, dass das österreichische Notariat schwerpunktmäßig die Betreuung übernommen hat. Die österreichischen Notare beglaubigen lediglich die Unterschrift unter den Verträgen als Voraussetzung für die grundbuchliche Registrierung. Anders in den nordosteuropäischen, insbesondere den baltischen Staaten, wo das deutsche Notariat tonangebend war. Die Feststellung, eine Betreuung von Reformstaaten beim Aufbau des Rechtsstaates sei nicht als Rechtsexport misszuverstehen, so dass man gleichsam ein Land rechtlich mit dem eigenen Rechtssystem okkupiert,<sup>8</sup> ist vom Prinzip her richtig, stellt aber an die Berater vor Ort und deren Flexibilität hohe Anforderungen. Weiteres Beispiel für eine notwendigerweise flexiblere Handhabung ist das Registrierungssystem für Grundstücke selbst. Nach deutscher Lesart bedarf es einer Trennung von staatlicher Grundstücksverwaltung in Form des Katasterwesens und gerichtlicher Grundstücksregistrierung in Form des Grundbuchs mit Justizgewähranspruch. Es mag den Perfektionisten nicht eingängig sein, dass eine solche Trennung nicht stattfindet, der Praktiker sieht aber einen Schritt in die richtige Richtung, wenn das Registrierungsverfahren selbst in einer Behörde verankert ist, die rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtet ist. Letztlich entscheidet nicht die Zuständigkeit, sondern die Prägung des Systems und seiner ausführenden Organe darüber, wie rechtsstaatlich ein System praktisch gehandhabt wird.

## E. Einige regionale Entwicklungen im Einzelnen

### I. Betreuungszuständigkeiten im Notariat

Das deutsche Notariat hatte bereits im Zuge der Wiedervereinigung die Strategie entwickelt, regionale Betreuungspartnerschaften zu fördern, um die Ressourcen effektiv einsetzen zu können. So gab es im Zuge der Deutschen Wiedervereinigung wie auch in der öffentlichen Verwaltung Landespartnerschaften zum Beispiel zwischen Nordrhein-Westfalen und Brandenburg oder Bayern und Sachsen. Die Beratung der Reformstaaten wurde ähnlich strategisch vorbereitet. Unter der Federführung der Bundesnotarkammer wurden im Jahr 1991 folgende Partnerschaften begründet:

- Estland – Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern
- Lettland – Notarkammer Sachsen-Anhalt
- Litauen – Notarkammer Koblenz
- Polen – Notarkammer Brandenburg
- Rumänien – Notarkammer Stuttgart
- Russland – Rheinische Notarkammer
- Weißrussland – Notarkammer Koblenz
- Bulgarien – Landesnotarkammer Bayern

Daneben gab es – wie bereits erwähnt – primär von Österreich betreute Länder, nämlich die Tschechische Republik, die Slowakische Republik, Ungarn, Slowenien und Kroatien. Eine enge Zusammenarbeit existiert bis heute zwischen Albanien und Italien. Seinerzeit wurde von Spanien zusätzlich ein Kooperationsabkommen mit Rumänien geschlossen.

Diese Aufteilung der Betreuungsgebiete besteht teilweise bis heute, sie erfuhr allerdings im Jahr 2001 durch den Stabilitätspakt für Südosteuropa mit den Republiken des ehemaligen Jugoslawiens eine Erweiterung, die partiell auch über die GTZ (heute GIZ)

<sup>7</sup> Murray, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study (abrufbar unter: <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/murray-report-final.pdf>, Stand: 19.6.2012).

<sup>8</sup> Vgl. Schmitz, FS Zimmermann 2010, S. 279, 283.



maßgeblich unterstützt wurde und Serbien, Mazedonien, Albanien, Montenegro, Bosnien Herzegowina und den Kosovo umfasste. GTZ und IRZ arbeiteten im Bereich des Notariats in diesen Ländern zum Teil parallel. Sie kooperierten mit der Bundesnotarkammer und dem Deutschen Notarverein.

Auch in den zuvor bereits genannten Ländern war der Deutsche Notarverein seit seiner Gründung im Jahr 1991 intensiv tätig, vor allem in den baltischen Staaten und der Ukraine. Für die IRZ-Stiftung wurden in den letzten Jahren aber auch notariatsbezogene Projekte in der Ukraine und Moldawien betreut.

Überlagert wurden die über die IRZ-Stiftung gesteuerten Aktivitäten durch eigene multilaterale Initiativen und Veranstaltungen der Notare. Ein erstes großes „Forum Osteuropa“ fand am 18./19.6.2003 anlässlich des Deutschen Notartages in Hamburg statt. Aus der Sicht des Deutschen Notarvereins zu erwähnen ist die erste große multilaterale Notarkonferenz unter deutscher Führung in Prag vom 8. bis 10.9.1994 mit Teilnehmern aus Ungarn, Slowenien, Polen, den baltischen Staaten, Russland, Weißrussland, der Ukraine und Österreich sowie Funktionsträgern der internationalen Union des lateinischen Notariats. Zu erwähnen sind aus jüngerer Zeit zwei Taix-Konferenzen in den Jahren 2009 und 2010 in Brüssel und München, die den Kreis der Teilnehmer auf den vorderasiatischen und Mittelmeer-Raum erweiterten und die – insoweit typisch für das Notariat – Kollegen aus Ländern unterschiedlichster politischer Verfassung an einen Tisch brachten. Neben osteuropäischen Kollegen saßen zum Beispiel im Jahr 2010 in München Notare aus der Türkei, Syrien, dem Libanon, Israel, Ägypten, Libyen und Tunesien friedlich nebeneinander und das wenige Monate vor Beginn der dortigen Revolutionen; Kontakte also, die in der jetzigen Phase des Beginns der Rechtsreformen in diesen Staaten für die Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit fruchtbar gemacht werden können.

## II. Wann ist der richtige Zeitpunkt, Hilfe anzubieten?

Die Erfahrungen der ersten Stunden nach dem Mauerfall haben jedenfalls im Notariat zu der Erkenntnis geführt, jede Chance, Kontakt zu Kollegen im Notariat mit dem Ziel aufzunehmen, das dortige Notariatssystem zu reformieren, so früh wie möglich zu nutzen. Es gibt zwei Gründe hierfür: Zum einen weiß niemand, wie schnell und in welche Richtung eine Reform voranschreitet. Es gilt insoweit der Grundsatz, es ist nie zu früh und selten zu spät. Ziel ist hierbei zum anderen aber nicht das schnelle Ergebnis, sondern die kollegiale Hilfe. Wer kollegial freundschaftliche Verbindungen aufbaut, wird als Berater geschätzt, auch wenn er seine Ziele nicht sofort umsetzen kann. Dies zeigt sich in Ländern wie etwa Russland oder der Ukraine, wo die unterschiedlichen politischen Konstellationen nicht kontinuierlich in eine reformgeprägte Richtung voranschreiten. Kontakte vielfältiger Art in der Rechtsbetreuung werden durch politische Veränderungen nach den dort gemachten Erfahrungen nicht beschädigt. Dies wird auch durch die Bundesregierung unterstützt, zum Beispiel durch Rechtsstaatsdialoge und gegenseitige Besuchsprogramme, wie etwa mit Russland. Zu hoffen ist, dass die in den 90er Jahren durchaus Erfolg versprechend angebahnten Kontakte nach Weißrussland nicht endgültig verloren sind.

Die Frage, ob nun in den Staaten des vorderen Orients der Zeitpunkt gekommen sei, Hilfe anzubieten, muss ebenfalls bejaht werden. Diese Frage wurde anlässlich der Bonner Jubiläumsveranstaltung der IRZ-Stiftung am 14.6.2012 an den ägyptischen Festredner, Professor *Elwan*, unter dem Gesichtspunkt gestellt, ob nicht zunächst abgewartet werden müsse, inwieweit das islamische Scharia-System nach den Wahlen eingeführt werde. Sein

Plädoyer für sofortige Betreuungsangebote war eindeutig. Im Nachgang erläuterte er, dass insbesondere das ägyptische Grundbuchsystem aus der Sicht des Notariats verbunden mit Rechtsregeln französischer Prägung selbst als Leitbild für den gesamten vorderen Orient gelte.

## III. Einige Beispiele zum Reformfortschritt

### 1. Estland

Wie bereits eingangs erwähnt, standen aus Sicht des deutschen Notariats die baltischen Staaten zu Beginn im Blickpunkt des Interesses. Bereits 1992 wurde in Litauen ein Notariatsgesetz eingeführt, das die Grundprinzipien des lateinischen Notariats in freiberuflicher Prägung festigte und das im Jahr 1998 durch eine weitere Reform endgültig stabilisiert wurde. In Lettland und Estland fanden parallele Arbeiten statt. Als Musterbeispiel einer aus deutscher Sicht gelungenen Zivilrechts- und Notariatsreform muss Estland gesehen werden. Das dort seit 1993 geltende Notariatsgesetz entspricht in den wesentlichen Grundzügen der deutschen Rechtstradition. Dies basiert auch darauf, dass in den baltischen Staaten bis 1941 das deutsche Grundbuchsystem etabliert war und lediglich wiederbelebt werden musste. Estland hat auch im Zivilrecht Zuständigkeiten im Immobilien-, Familien-, Erb-, Handels- und Gesellschaftsrecht geschaffen, die den deutschen Zuständigkeiten ähneln. Damit einher ging der Aufbau eines Systems sozialer Marktwirtschaft, das zu wirtschaftlicher Blüte und Investitionen geführt hat. Heute schreitet das estnische Notariat dem deutschen Notariat sogar insoweit voran, als es eine Elektronisierung der gesamten Arbeitsabläufe eingeführt hat, die aus deutscher Sicht noch nicht erreicht ist, bis hin zur Einführung einer elektronischen Urkunde. Die Frage ist, inwieweit ein solches Reformtempo auf ausreichend stabilem Boden stattfindet, insbesondere im Hinblick darauf, dass gewachsene Strukturen des Urkundsrechts nicht Schaden leiden dürfen. Estland hat auch ein geordnetes Zugangssystem zum Notariat. Notare werden streng nach Bedürfnis bestellt, haben Amtsbereiche und sind regional dem Bedürfnis entsprechend verteilt. Vergleichbar ist die Situation in Litauen, das wie Polen ein dem deutschen System vergleichbares Rechts- und Wirtschaftssystem aufgebaut hat. Bezeichnenderweise hält Lettland mit seinen Partnerländern auch im Aufbau der Rechtsstrukturen nicht Schritt. Vor allem der Zugang zum Notariat ist nicht vergleichbar geregelt, sondern wird nur durch eine Zugangsprüfung gesteuert, die letztlich die Zahl der Notare nicht nach Bedürfnis beschränkt und auch den Ort der Amtstätigkeit nicht definiert. Das führt zu einer Anhäufung der Notare in Ballungszentren und einer Vernachlässigung der ländlichen Gebiete. Alle genannten Staaten sind sich jedoch insoweit einig, als sie ein ausschließlich freiberuflich geprägtes Notariat eingeführt haben.

### 2. Ukraine, Russland

Anders ist zum Beispiel die Situation in der Ukraine und in Russland, in Russland allerdings auslaufend. Dort gibt es bis zum heutigen Tage eine Parallelität staatlicher Notariate und selbständig in eigener Praxis tätiger Notare, teilweise auch mit privilegierten Zuständigkeiten zugunsten der staatlichen Notare und entsprechenden, die privaten Notare benachteiligenden Gebührenregelungen. In Russland wurden die zunächst für Immobilienübertragungen bestehenden Zuständigkeiten der Notare wieder aufgehoben. In der Ukraine gibt es eine solche Zuständigkeit zwar, sie wird aber nicht wie in Deutschland als inhaltliche Verantwortung über die Urkunde verstanden, sondern lediglich als Beglaubigungsakt vor Registrierung. Die Haupttätigkeiten der Notare sind dort Anmeldungen zu Registern, Vollmachten, Testamente und die Abwicklung von Nachlassangelegenheiten. Das Beispiel



Ukraine zeigt auch deutlich, wie über einen Zeitraum von nun 15 Jahren wesentliche Fortschritte nicht erzielt worden sind. Die bis heute geltenden Notariatsgesetze sind dem Grunde nach Reformgesetze aus den Jahren 1993 und 1996. Es wird seit 2006 an einer weiteren Reform gearbeitet, die angesichts der unterschiedlichen politischen Einflüsse allerdings nicht vorankommt. Dies erklärt sich aus Interdependenzen zwischen Notarzuständigkeit und materiellem Recht. Wie in Russland ist festzustellen, dass der freie Grundstücksverkehr letztlich politisch nicht durchsetzbar ist. Grundstückstransaktionen setzen staatliche Genehmigungen voraus, ausländische Investoren und insbesondere ausländische juristische Personen sind zumindest in der Ukraine generell vom Grundstückserwerb ausgeschlossen. Dass diese Bedingungen negativ auf das Investitionsklima wirken, ist Teil der Aufklärungsarbeit im Bereich der rechtlichen Betreuung durch die IRZ. Insofern kann man nur hoffen, dass das Prinzip – „steter Tropfen höhlt den Stein“ – irgendwann Bewegung in die Entwicklung bringt.

### 3. Balkanstaaten

Wie bereits eingangs erwähnt, hat vor allem das österreichische Notariat in den Jahren nach dem Fall des eisernen Vorhangs Pionierarbeit im Bereich der südosteuropäischen Staaten geleistet. Leider hat das auch dazu geführt, dass die materiell-rechtlichen Zuständigkeiten der Notare nicht mit denen des deutschen Notariats vergleichbar sind. Insbesondere gibt es in den Ländern Ungarn, Slowenien, Kroatien keine Zuständigkeit der Notare für die Beurkundung der Immobilienübertragungsverträge, lediglich eine Beglaubigungszuständigkeit. Dafür gibt es eine erweiterte Zuständigkeit im Nachlasswesen, die die Verlassenschaftsabhandlung umfasst, also eine Bearbeitung des Erbfalles bis zur Feststellung der Erbfolge und Aushändigung des Nachlasses an die Erben. Dies steht in der Tradition des österreichischen ABGB.

Interessanterweise hat die später einsetzende Entwicklung in den anderen Ländern Restjugoslawiens einen abweichenden Verlauf genommen. Die Betreuung im Rahmen des Stabilitätspaktes führte in den Ländern Montenegro, Kosovo, Bosnien-Herzegowina und letztlich auch Serbien zum Aufbau eines Notariats

deutscher Prägung, betreffend den Zugang zum Notariat, die wesentlichen Berufsregelungen und die Zuständigkeit. Vor allem sind außer in Serbien Immobilientransaktionen einer Beurkundungspflicht zugeführt. Das Tempo der Entwicklungen war allerdings auch von dortigen politischen Vorbedingungen geprägt. Am längsten brauchte Serbien bis zur Verabschiedung seines Notariatsgesetzes. Die Reformbestrebungen dauerten bis ins Jahr 2011 mit dem kuriosen Ergebnis, dass durch Unterstützung der deutschen Notare mehrere Hundert Kollegen auf den Beruf selbst vorbereitet worden waren und lediglich auf den Startschuss warteten. Heute allerdings ist Serbien auf dem besten Weg ein funktionierendes Notariatssystem sein Eigen zu nennen. Besonders starke Einflüsse der dortigen Anwaltschaft mögen zu diesem Zeitablauf beigetragen haben.

## F. Schlussbemerkung

Das Deutsche Notariat als kontinentaleuropäisches Vorbild ist in der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit nach allem ein Exportschlager. Längst sind die Betreuungsgebiete durch erweiterte politische Aufträge an die IRZ-Stiftung über Europa hinaus ausgeweitet. Selbst in Vietnam oder China finden konkrete Kooperationen zur Etablierung eines Notariats- und Grundbuchsystems deutscher Prägung statt. Erstaunlich hieran ist aus der Sicht des Berufsstandes, wie die angesichts der weltweiten Herausforderungen doch sehr geringen deutschen Ressourcen Spuren hinterlassen. Man merkt daran, wie willkommen die deutsche Rechts-tradition in allen Ländern ist, die eine rechtsstaatliche Verfassung anstreben. Das sei für die Zukunft Verpflichtung.



**Prof. Dr. Stefan Zimmermann**  
ist Notar in Köln, Ehrenpräsident des Deutschen Notarvereins und Mitglied des Kuratoriums der IRZ-Stiftung.



## jahresrückblick

Hans-Frieder Krauß

# Immobilienkaufvertrag

## Aktuelle Entwicklungen

Wie im Vorjahr sorgte im Berichtszeitraum vor allem die Rechtsprechung für die Klärung offener Fragen, die Fortentwicklung der notariellen Praxis, aber auch manche dogmatische Überraschung. Herausgegriffen seien Fragen des wirksamen Zustandekommens des Vertrages (I), Aspekte im Zusammenhang mit den Beteiligten eines Immobilienkaufs (II), der Grundbuchinhalt der Vormerkung (III), die Löschung von Zwangshypotheken (IV), Vorkaufrechte (V) sowie die Haftung für Arglist (VI). Überlegungen zur künftigen Gestaltung von Ausfertigungen für das Grundbuchamt (VII) schließen die Übersicht ab.

### I. Wirksamkeitsfragen

#### 1. Gesetzliche Verbote

Die meisten Kommunalverfassungsgesetze enthalten „Verschleuderungs-“ und Schenkungsverbote. Das OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4.4.2012 – 11 Wx 111/11, bestätigt zu § 92 Abs. 1 GemO-BW, dass es sich um Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB handelt,<sup>1</sup> sodass der grundbuchliche Vollzug keine Heilung bewirkt (das Grundbuchamt kann freilich eine „Unterwerterklärung“ nur bei konkreten Hinweisen auf eine drohende Verschleuderung verlangen). Die Gemeinde kann auf die Nichtigkeitsfolge nicht verzichten.<sup>2</sup> Die betreffenden Gesetze sehen allerdings i. d. R. Ausnahmen vom Schenkungsverbot vor, sofern die Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe durch eine vollentgeltliche Übertragung nicht erreicht werden kann (Beispiel: Förderung des sozialen Wohnungsbaus, §§ 3 Abs. 4, 4 Abs. 2 und 3 WoFG) – allerdings muss dann die Erreichung dieses Zwecks auch sichergestellt sein. Die insoweit durch den Gemeindevertreter abzugebende Erklärung (ähnlich der oben wiedergegebenen Vollwertigkeitsbescheinigung) bindet zwar ein etwa später zur Entscheidung berufenes Gericht naturge-

mäß nicht, wird aber Notar und Grundbuchamt hinsichtlich möglicher Haftungsvorwürfe „exkulpieren“.

Daneben können Verträge bei einer besonders krassen und beiden Beteiligten zuzurechnenden Verletzung des Grundsatzes der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit kommunaler Wirtschaftsführung gemäß § 138 BGB sittenwidrig sein.<sup>3</sup>

### 2. Sittenwidrigkeit

Sofern ein objektiv auffälliges Missverhältnis zwischen normaler Bewertung des Grundstücks und dem hingegebenen Gegenwert besteht, erleichtert die Rechtsprechung die Feststellung des subjektiven Tatbestandes:<sup>4</sup> Das Vorliegen von Umständen, welche die freie Entschließung des Benachteiligten beeinträchtigt haben, sowie die bewusste Ausnutzung des Wuchertatbestandes bzw. die bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung des wucherähnlichen Tatbestandes werden **vermutet**.<sup>5</sup> Dies gilt sogar dann, wenn die benachteiligte Partei das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kennt,<sup>6</sup> es sei denn, es bestand Einigkeit über die teilweise Unentgeltlichkeit („gemischte Schenkung“). Dem begünstigten Teil muss allerdings nach neuer Rechtsprechung das Missverhältnis bekannt gewesen sein.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> BGH, 25.1.2006 – VIII ZR 398/03, MittBayNot 2006, 494 m. Anm. *Grziwotz*: kommunalaufsichtlich nicht genehmigter Vertrag über übergroße Investition kurz vor dem Verlust der gemeindlichen Selbständigkeit kann nicht Grundlage von Schadensersatzforderungen des Investors sein.

<sup>4</sup> Vgl. Lambert-Lang/Tropf/Frenz/Lambert-Lang/Ciemiak, Handbuch der Grundstückspraxis Teil 3 A III Rn 214 m. w. N.

<sup>5</sup> Vgl. BGH WM 1991, 404; BGH, 5.3.2010 – V ZR 60/09, MittBayNot 2010, 306.

<sup>6</sup> BGH ZfR 2010, 587.

<sup>7</sup> BGH, 25.2.2011 – V ZR 208/09, NJW-RR 2011, 880; anders noch BGH NJW 2001, 1127 m. krit. Anm. *Maaß*, NJW 2001, 3467: Bei einem besonders groben Missverhältnis sei der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten auch dann zulässig, wenn er keine Kenntnis vom Wertverhältnis hatte.

<sup>1</sup> Ebenso zuvor BayObLGZ 2001, 58 f. zu Art. 75 Abs. 3 BayGO; OLG Jena MittBayNot 2005, 439 zu § 67 Abs. 1 S. 2 ThürKO.

<sup>2</sup> OLG München, 20.4.2006 – 24 U 523/05; BayVerfGH, 23.1.2007 – Vf. 42-VI-06, MittBayNot 2008, 412 m. Anm. *Grziwotz*.

Ein **besonders grobes Missverhältnis** nimmt der BGH bekanntlich regelmäßig an, wenn der Wert der Leistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>8</sup> knapp **doppelt so hoch** war wie der Wert der Gegenleistung.<sup>9</sup> Spätere Anpassungen des Kaufpreises werden – so BGH, 10.2.2012 – V ZR 51/11<sup>10</sup> – (im Unterschied zu späteren Wertveränderungen des verkauften Objektes) berücksichtigt, allerdings wird das anfänglich ja insgesamt (und nicht nur hinsichtlich der Kaufpreishöhe) sittenwidrige Geschäft nur dadurch geheilt, dass die übrigen Bestandteile i. S. d. § 141 Abs. 1 BGB bestätigt werden. Stillschweigend kann eine solche Bestätigung in der schlichten Nachtragsvereinbarung nur gesehen werden, wenn die Beteiligten zumindest an der Wirksamkeit des Ursprungsgeschäftes zweifelten. Lassen die Beteiligten also eine nachträgliche spürbare Herabsetzung des Kaufpreises beurkunden und besteht nunmehr der Verdacht, dass der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis sittenwidrig überhöht war (hätten bereits damals die jetzigen Erkenntnisse vorgelegen, hätte der Notar damals wohl einen Zweifelsvermerk nach § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG angebracht), und wollen die Beteiligten jedoch nun am Rechtsgeschäft in modifizierter Form nach entsprechendem Hinweis festhalten, lässt sich die Bestätigung vorsorglich etwa wie folgt formulieren:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Bestätigung eines zunächst sittenwidrigen Vertrages gemäß § 141 Abs. 1 BGB:

*Die Beteiligten vereinbaren einvernehmlich die Herabsetzung des Kaufpreises von ... um ... auf € ... und tragen hierzu vor: ... (diese Darlegung empfiehlt sich auch, um den Eindruck einer nachträglichen Schenkung zu vermeiden).*

*Zugleich bestätigen sie die Vereinbarungen der Vorurkunde, soweit sie unverändert geblieben sind, als fortbestehend und weiterhin gewollt, und zwar vorsorglich und gerade für den Fall, dass das ursprüngliche Rechtsgeschäft – insbesondere wegen Verstosses gegen die guten Sitten (grobes Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Wert der Immobilie) – nichtig gewesen sein sollte, § 141 Abs. 1 BGB. Auf die Vorurkunde wird gemäß § 13a BeurkG verwiesen.*

### 3. Kommunale Doppelspitze

Schreiben gesetzliche Bestimmungen des öffentlichen Rechtes<sup>11</sup> Gesamtvertretung durch mehrere Personen vor („Doppelspitze“, so z. B. § 64 Abs. 1 S. 2 GO NW für Grundstücksveräußerungen durch nordrhein-westfälische Gemeinden in Gestalt des Bürgermeisters und eines Vertreters oder eines vertretungsberechtigten Bediensteten, sofern kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt), dient dies dem Schutz des Vertretenen vor den Vertretern, kann also nicht durch die Erteilung einer umfassenden Einzelvollmacht zur Vertretung in allen Grundstücksangelegenheiten umgangen werden;<sup>12</sup> eine solche Vollmacht ist nichtig. Rein betragsmäßige Begrenzungen reichen nicht; maßgebend ist auch die Art

der Rechtsgeschäfte, zu denen die „Einzelvollmacht“ berechtigt.<sup>13</sup> Die mangels wirksamer Vertretung schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfte (§ 177 BGB) können jedoch durch Nachgenehmigung geheilt werden,<sup>14</sup> sofern nicht ohnehin bereits Buchersitzung eingetreten ist (§ 900 BGB: 30 Jahre). Gemeinderatsrichtlinien können allenfalls eine Konkretisierung des Umfangs der ausgenommenen „Geschäfte der laufenden Verwaltung“ enthalten, unterliegen jedoch (mangels Definitionskompetenz des Gemeinderats) der gerichtlichen und grundbuchamtlichen<sup>15</sup> Kontrolle. Nach einer neueren Entscheidung des OLG Hamm<sup>16</sup> zählt eine Grundstücksveräußerung für € 64.000 auch bei einer größeren Stadt nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung. Nur bei evidenten Verstößen kann das Grundbuchamt (und der Notar) freilich eine nach § 29 Abs. 3 GBO äußerlich ordnungsgemäße Vollmacht zurückweisen.

## II. Beteiligte

### 1. GbR: Voreintragung

Soweit als Folge von Änderungen im Gesellschafterbestand Berichtigungen im Grundbuch durchzuführen sind (§§ 899a, 894 BGB, auch zur Wahrung des Voreintragungsgrundsatzes des § 39 GBO), gelten nach jetzt wohl einhelliger Auffassung auch gegenüber dem Grundbuchamt die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter als **bewilligungsberechtigt**.<sup>17</sup> Tatsächlich handelt es sich bei der Berichtigung des Grundbuches als Folge der Änderung der Mitgliedschaft um eine immobilienbezogene, nicht eine gesellschaftsbezogene Maßnahme. Von § 899a BGB geht also dieselbe Vermutungswirkung (bezogen auf die Gesellschafterstellung) aus wie von § 891 BGB vor Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR.<sup>18</sup> Andernfalls würde § 899a BGB leerlaufen, sobald eine Mitgliedschaftsübertragung stattgefunden hat, und auch § 82 S. 3 GBO (Berichtigungszwang) hätte keinen Anwendungsbereich.<sup>19</sup>

Im Berichtszeitraum ergingen vor allem Entscheidungen zur Grundbuchberichtigung als Folge des Ausscheidens und des Versterbens eines Gesellschafters:

#### a) Grundbuchberichtigung bei Ausscheiden

Ist ein Gesellschafter (durch allseitige Vereinbarung) mit Anwachsungsfolge **ausgeschieden**, wird noch immer überwiegend<sup>20</sup> die Berichtigungsbewilligung des ausscheidenden und aller verbleibenden (durch die Anwachsung begünstigten) Gesellschafter gefordert. Richtigerweise ist die Mitwirkung letzterer zwar materiell-

<sup>8</sup> BGH NJW 1992, 899; NJW-RR 1991, 589.

<sup>9</sup> Beispiel aus BGH, 25.2.2011 – V ZR 208/09, NJW-RR 2011, 880: Kaufpreis DM 80.000 bei Verkehrswert von DM 154.000.

<sup>10</sup> BGH, 10.2.2012 – V ZR 51/11, NotBZ 2012, 267 m. Anm. Krauß.

<sup>11</sup> Die Rechtsprechung gilt nicht für juristische Personen des Privatrechts, z. B. eine Stiftung, die nach ihren Statuten Gesamtvertretung vorsieht, OLG Hamm, 12.10.2010 – I-15 W 98/10, NotBZ 2011, 180.

<sup>12</sup> BGH, 27.10.2008 – II ZR 158/06 („Gelsenkirchener Trabrennbahn“), NotBZ 2009, 135; ihm folgend OLG Hamm, 25.5.2010 – I-15 Wx 160/10, notar 2010, 450 m. Anm. Kilian (die Formulierung „grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte bis max. € 50.000“ genügt § 64 Abs. 3 GO NRW nicht, da kein „bestimmter, sachlich abgegrenzter Kreis von Geschäften“). Ähnlich ist die Rechtslage in Hessen (§ 71 Abs. 2 HGO) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 38 Abs. 6 KV-MV).

<sup>13</sup> OLG Brandenburg, 30.8.2010 – 5 Wx 31/10, NotBZ 2011, 40 zu §§ 56, 57 Abs. 2 BbgKVerf („Kreis von Geschäften“).

<sup>14</sup> Vgl. im Einzelnen: DNotI-Gutachten Nr. 91614 v. 19.3.2009.

<sup>15</sup> OLG München, 4.2.2009 – 34 Wx 114/08, MittBayNot 2009, 222; OLG Hamm, 25.5.2010 – I-15 Wx 160/10, vgl. Heggen, ZNotP 2009, 342.

<sup>16</sup> OLG Hamm, 22.2.2012 – I-15 W 67/11.

<sup>17</sup> OLG München, 7.9.2010 – 34 Wx 100/10, NotBZ 2010, 422; ebenso OLG Zweibrücken, 9.9.2010 – 3 W 128/10, DNotZ 2011, 207 und OLG Brandenburg, 27.4.2011 – 5 Wx 89/10, NotBZ 2011, 443; zustimmend Böttcher, notar 2012, 111, 117; a. A. Bestelmeyer, RPflegler 2010, 169, 185 f. mit dem Argument, auch der Erwerb der Mitgliedschaft falle materiell-rechtlich nicht unter § 899a BGB.

<sup>18</sup> Böhlinger, RPflegler 2009, 537, 540 f.; Hefeler/Kleinhenz, WM 2010, 446, 449 f.; BT-Drucks 16/13437, S. 24 li. Sp. unten.

<sup>19</sup> Vgl. im Einzelnen: Gutachten DNotI-Report 2010, 145 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht Rn 982b; Wenz, MittRhNotK 1996, 377 (383); Schaal, RNotZ 2008, 569, 579; OLG Hamm, 28.6.2011 – I-15 W 170/11, RPflegler 2011, 663.



rechtlich, nicht aber grundbuchrechtlich erforderlich.<sup>21</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 22 Abs. 2 GBO, der lediglich dann einschlägig wäre, wenn jemand neu als Eigentümer (Gesellschafter) einzutragen wäre. Scheidet jedoch der „vorletzte“ Gesellschafter aus und wird die GbR damit liquidationslos beendet, bedarf es zur Berichtigung neben der Bewilligung des ausscheidenden auch der Zustimmung des verbleibenden Gesellschafters sowie schlüssiger Darlegung der Unrichtigkeit oder der Vorlage des Vertrages über das Ausscheiden in der Form des § 29 GBO.<sup>22</sup> Bei der **Abschichtung** (dem „Austritt“ aus einer Erbengemeinschaft) hat übrigens das OLG Zweibrücken<sup>23</sup> entgegen der bisher h. M. ebenfalls entschieden, allein der Abgeschichtete müsse die Grundbuchberichtigung bewilligen (die binnen zwei Jahren grundbuchgebührenfrei vollzogen wird<sup>24</sup>).

Der Ausgeschiedene tut auch seinerseits gut daran, gegen jeden ihm zurechenbaren Rechtsschein seiner weiteren Zugehörigkeit vorzugehen, da er sonst (über seine Nachhaftung gemäß § 736 Abs. 2 BGB für Altverbindlichkeiten hinaus) auch für Neuverbindlichkeiten aus Rechtsscheingrundsätzen haften kann.<sup>25</sup>

#### b) Alternativen gemäß § 22 GBO

Dies bedingt unterschiedliche Nachweisanforderungen, je nachdem welche der Alternativen des § 22 GBO zur Berichtigung nach dem Versterben eines Gesellschafters gewählt wird:

- Soll die Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 S. 1 GBO) erfolgen – hierbei sind die Prüfungsanforderungen strenger als bei der Berichtigungsbewilligung<sup>26</sup> –, genügt nicht allein die Vorlage der Sterbeurkunde und der Nachweis der Erbfolge (gemäß § 35 GBO).<sup>27</sup> Erforderlich ist vielmehr auch der Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrages, und zwar in der Form des § 29 GBO,<sup>28</sup> auch wenn diese Beglaubigung nur unter erheblichen Erschwerungen erreicht werden kann oder überhaupt nicht möglich ist. Ausnahmen (Vorlage eines privatschriftlichen Vertrages) wurden insoweit nur vereinzelt geduldet.<sup>29</sup>
- Scheitert diese Nachweisvariante, ist Berichtigungsbewilligung all derjenigen, die durch die beantragte Eintragung auch nur möglicherweise in ihren Rechten betroffen sind, in öffentlich beglaubigter Form erforderlich. Auch insoweit genügen nicht nur die Bewilligungen der Erben des verstorbenen Gesellschafters und aller Mitgesellschafter, es bedarf weiterhin der Vorlage des Gesellschaftsvertrages zum Nach-

weis darüber, dass kein Eintrittsrecht an eine nicht zum vorgenannten Kreis gehörende Person darin enthalten ist.<sup>30</sup>

- Liegt der Gesellschaftsvertrag nicht in der Form des § 29 GBO vor, würde demnach eine Berichtigung in beiden Varianten ausscheiden. Da in der Variante der Berichtigungsbewilligung geringere Anforderungen an den Prüfungsumfang des Grundbuchamtes zu stellen sind, lässt die Rechtsprechung insoweit jedoch die Vorlage des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrages<sup>31</sup> oder übereinstimmende Angaben der Beteiligten in der Form des § 29 GBO über dessen mündlich getroffenen Inhalt<sup>32</sup> genügen, soweit es um die Person externer Eintrittsberechtigter geht.<sup>33</sup> Nachweise, dass der Gesellschaftsvertrag nicht zwischenzeitlich geändert wurde, kann das Grundbuchamt nur dann verlangen, wenn es durch konkret belegte Tatsachen Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung hat.<sup>34</sup>

Auf Beweismittel außerhalb des § 29 GBO rekurren muss das Grundbuchamt naturgemäß stets in den Fällen, in denen außer dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages weitere Kriterien über die Person des Eintrittsberechtigten nachzuweisen sind (z. B. wer von mehreren als erster die Befähigung zur Führung des Unternehmens erworben hat o. Ä.).<sup>35</sup> Auch wenn das Grundbuchamt im Rahmen des Berichtigungszwangs (§ 82 GBO) die Erben des verstorbenen Gesellschafters in Anspruch nehmen will, hat es sich zuvor amtswegig unter Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten (z. B. Anordnung des persönlichen Erscheinens gemäß § 33 Abs. 1 und 3 FamFG, Vorlage des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrages im Wege des Urkundsbeweises gemäß § 35 FamFG i. V. m. § 142 Abs. 1 ZPO) Gewissheit über die Rechtsnachfolge zu verschaffen.<sup>36</sup>

Enthält der (gegebenenfalls privatschriftlich vorgelegte) Gesellschaftsvertrag keine von § 727 BGB abweichende Bestimmung, wird die Gesellschaft zwar durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, besteht jedoch als identische Wirkungseinheit in Form der Liquidationsgesellschaft fort. Anstelle des Verstorbenen ist dessen Erbe Mitglied geworden; als Folge der Auflösung hat sich der Gesellschaftszweck, nicht aber das Vermögen oder die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft geändert. Es genügt also die Berichtigungsbewilligung des Erben (auch wegen § 22 Abs. 2 GBO) samt Nachweis der Erbenstellung (§ 35 GBO).<sup>37</sup> Etwa zuvor einzelnen Gesellschaftern verliehene Einzelvertretungsbefugnisse erlöschen gemäß § 730 Abs. 2 S. 2 BGB mit der Auflösung, sodass Geschäftsführung und Vertretung allen Gesellschaftern gemeinsam zusteht.<sup>38</sup>

<sup>21</sup> Böttcher, ZfIR 2009, 613, 621; ebenso OLG Jena, 23.6.2011 – 9 W 181/11, ZfIR 2011, 716; KG, 19.7.2011 – 1 W 491/11, MittBayNot 2012, 219 m. zust. Anm. Böhlinger.

<sup>22</sup> Böhlinger, MittBayNot 2012, 220.

<sup>23</sup> OLG Zweibrücken, 25.11.2011 – 3 W 124/11, ZEV 2012, 264 m. zust. Anm. Böhlinger.

<sup>24</sup> OLG Zweibrücken, 19.6.2012 – 3 W 50/11, ZEV 2012, 416. Siehe aber andererseits die Entscheidung des OLG Celle v. 24.4.2012, die eine Gebührenfreiheit für den Fall der Erbaueinandersetzung ablehnt, ZEV 2012, 369 m. Anm. Böhlinger.

<sup>25</sup> BGH, 17.1.2012 – II ZR 197/10, NotBZ 2012, 129 m. Anm. Vossius; wenn (1) zurechenbar der Rechtsschein weiterer Zugehörigkeit gesetzt oder pflichtwidrig nicht gegen ihn vorgegangen wurde (etwa auf Briefköpfen) und (2) der Dritte in seinem geschäftlichen Verhalten sich darauf verlassen hat.

<sup>26</sup> Vgl. Ertl, MittBayNot 1992, 13.

<sup>27</sup> Die bloße Behauptung der Erbfolge durch den Testamentsvollstrecker genügt nicht, OLG Köln DNotZ 2005, 555.

<sup>28</sup> BayObLG DNotZ 1992, 159.

<sup>29</sup> So etwa OLG Zweibrücken MittBayNot 1995, 210; LG Mainz ZErB 2007, 464.

<sup>30</sup> BayObLG MittBayNot 2001, 73.

<sup>31</sup> OLG Dresden, 12.4.2011 – 17 W 1272/10 und 1273/10, ZEV 2012, 339; OLG Brandenburg, 14.9.2011 – 5 Wx 53/11, ZEV 2012, 116.

<sup>32</sup> Bsp.: OLG Schleswig, 4.1.2012 – 2 W 186/11, NotBZ 2012, 189 m. zust. Anm. van de Loo. Das Grundbuchamt könne ggf. auch verlangen, dass die Richtigkeit der Angaben an Eides Statt (analog § 35 Abs. 3 S. 2 GBO) versichert werde.

<sup>33</sup> BayObLG, 12.8.1991 – BReg. 2 Z 93/91, DNotZ 1992, 160; OLG Schleswig, 19.12.1991 – 2 W 55/91, MittRhNotK 1992, 151.

<sup>34</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht Rn 982e; Kremer, RNotZ 2004, 251.

<sup>35</sup> Vgl. Ertl, MittBayNot 1992, 18 f.; Kremer, RNotZ 2004, 251.

<sup>36</sup> OLG Hamm, 2.11.2011 – I-15 W 402/11, BeckRS 2011, 26618.

<sup>37</sup> OLG München, 7.9.2010 – 34 Wx 100/10, NotBZ 2010, 422 (dort bedurfte es zusätzlich der Berichtigungsbewilligung der verbleibenden Gesellschafter, da der Erbe den Liquidationsgesellschaftsanteil abgetreten hatte, ohne dass der schriftlich vorliegende Gesellschaftsvertrag die Übertragung der Mitgliedschaft erlaubt hätte); vgl. auch Hügel/Wilsch, GBO § 35 Rn 146.

<sup>38</sup> BGH, 5.7.2011 – II ZR 209/10, RNotZ 2011, 626 (nur Ls.).

## 2. Investmentfonds

Das durch deutsche<sup>39</sup> **Investmentfonds** für die Anleger gehaltene Vermögen bildet Sondervermögen i. S. d. §§ 2 Abs. 2 bis 4, 4, 30 ff. Investmentgesetz (InvG). Diese Gegenstände stehen gemäß § 30 Abs. 1 InvG nach Maßgabe der Vertragsbedingungen entweder unmittelbar im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder aber im Miteigentum der Anleger. Gleichgültig welche der beiden Varianten verwirklicht ist, ist die Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 InvG berechtigt, im eigenen Namen über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben (im Grundbuch wird daher regelmäßig die verwaltende Kapitalanlagegesellschaft als solche eingetragen). Für Immobiliensondervermögen enthalten §§ 66 ff. InvG Sonderregelungen, etwa in § 82 InvG schuldrechtliche Bestimmungen zur Zulässigkeit der Veräußerung oder Belastung (so darf z. B. der Kaufpreis den vom Sachverständigenausschuss ermittelten Wert nicht unterschreiten); ein Verstoß hiergegen lässt jedoch gemäß § 82 Abs. 5 InvG die Wirksamkeit der Verfügung unberührt.

Die Verfügung über zu einem Immobilien-Sondervermögen gehörende Immobilien (ebenso wie die Belastung von Immobilien, die einem sonstigen Sondervermögen gehören) bedarf gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 InvG der Zustimmung der **Depotbank**; ohne diese Zustimmung ist die Verfügung gegenüber den Anlegern unwirksam, wobei jedoch gemäß § 26 Abs. 2 S. 4 InvG der gute Glaube an die Verfügung eines Nichtberechtigten geschützt wird. Die Kapitalanlagegesellschaft hat daher gemäß § 76 InvG dafür zu sorgen, dass die Verfügungsbeschränkung des § 26 Abs. 1 Nr. 3 InvG (unter namentlicher Nennung der Depotbank) in das Grundbuch eingetragen wird. Sind die Anleger als Eigentümer eingetragen, muss nach einer neueren Entscheidung des BGH beim Zustimmungsvorbehalt gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 3 und 4 InvG auch die Verfügungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft mitgenannt werden, da sonst der irreführende Eindruck entsteht, der Zustimmungsvorbehalt beziehe sich auf Verfügungen des eingetragenen Eigentümers.<sup>40</sup>

## III. Vormerkung

### 1. Grundbuchinhalt

Die bereits im Jahresrückblick zum Grundbuchrecht erwähnten BGH-Entscheidungen zur Löschung einer Vormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises<sup>41</sup> rücken die dogmatischen Grundlagen der Vormerkung hinsichtlich ihres Grundbuchinhalts in einen anderen Kontext:

Die Einigung kann bei gemäß § 873 Abs. 2 BGB einzutragenden Rechten der Eintragung nachfolgen, wie sich aus § 879 Abs. 2 (Maßgeblichkeit der Eintragung für das Rangverhältnis auch dann, wenn die Einigung erst später zustande kommt) sowie § 892 Abs. 2 BGB ergibt. Dies soll – so der durchaus kritisch zu hinterfragende Ausgangspunkt<sup>42</sup> – über den Wortlaut hinaus auch für das zeitliche Verhältnis zwischen Eintragung und Bewilligung

(§ 885 Abs. 1 BGB) bei der Vormerkung gelten, so dass es nach allerdings heftig kritisiert<sup>43</sup> Rechtsprechung des BGH<sup>44</sup> möglich ist, eine bereits wirkungslos gewordene oder eine von Anfang an nicht zum Leben erwachte, da einen nicht entstandenen Anspruch sichernde, Vormerkung zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs „wiederzubeleben“. Voraussetzung ist allerdings, wie der BGH angesichts ausufernder Fehlinterpretationen zwischenzeitlich wiederholt betont hat,<sup>45</sup> dass (1) die **Bewilligung**, (2) die **Grundbucheintragung** und (3) der zu sichernde **Anspruch im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens kongruent** sind. Der Anspruch, welcher der Vormerkung später unterlegt werden soll, muss also vom Inhalt her dieselbe Rechtsänderung wie die vorangegangene Eintragung betreffen.

Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Deckungsgleichheit der vorgenannten drei Elemente bereitet die **Grundbucheintragung**. Mindestvoraussetzung jeder Eintragung und damit notwendiger **Minimalinhalt** des Grundbuchs sind dabei **Schuldner, Gläubiger und Anspruchsziel**. Der Schuldner ergibt sich angesichts des strengen Identitätsgebots<sup>46</sup> als Bewilligender aus dem Grundbuch selbst; der Gläubiger ist (samt gegebenenfalls Angabe des Mehrheitsverhältnisses, § 47 GBO) unmittelbar zu nennen, und auch das Anspruchsziel ist (zumindest als Begriffsbestandteil der Vormerkung: „Eigentumsvormerkung“, „Löschungsvormerkung“, „Dienstbarkeitsbestellungsvormerkung“ etc.) im Text der Eintragung wiederzugeben.

Darüber hinaus bestimmt § 885 Abs. 2 BGB, dass „zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.“ Materiell-rechtlich notwendig für das wirksame Entstehen einer Vormerkung ist eine solche nähere Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs (also – über das Anspruchsziel hinaus – des „**Schuldgrundes**“, insbesondere seiner Entstehensvoraussetzungen) jedoch nicht.<sup>47</sup> Erfolgt sie, kann sie (wie in der Regel) unter Inanspruchnahme der Erleichterung des § 885 Abs. 2 BGB durch Bezugnahme oder aber auch (wie selten) durch wörtliche Wiedergabe im Eintragungstext erfolgen (das Wort „kann“ in § 885 Abs. 2 BGB bezieht sich also sowohl auf das „Ob“ wie auch, bejahendenfalls, auf das „Wie“ der näheren Wiedergabe des zu sichernden Anspruchs). In letztgenannten Eintragungstext sollen nach h. M. unmittelbar aufgenommen werden Befristungen und Bedingungen der Vormerkung selbst<sup>48</sup>

<sup>39</sup> *Volmer*, ZfIR 2000, 207; *Demharter*, MittBayNot 2000, 106; *Amann*, MittBayNot 2000, 197.

<sup>40</sup> Ausgangsentscheidung: BGH, 26.11.1999 – V ZR 432/98, DNotZ 2000, 639.

<sup>41</sup> BGH, 3.5.2012 – V ZB 258/11, ZNotP 2012, 229 = DNotI-Report 2012, 98 (Vormerkung zur Sicherung eines durch den Tod des Gläubigers auflösend befristeten, nicht übertragbaren Rückkaufanspruchs kann nicht aufgrund späterer Bewilligung einen vererblichen Anspruch sichern); BGH, 3.5.2012 – V ZB 112/11 (in gleicher Weise genügt bei einer gemäß § 428 BGB bestellten Vormerkung für einen auf die Lebenszeit der Berechtigten begrenzten Anspruch die Löschungsbewilligung des verbleibenden samt Sterbeurkunde des verstorbenen Berechtigten zur Löschung); ebenso BGH, 10.5.2012 – V ZB 156/11, DNotI-Report 2012, 116 Rn 18 (Zuschlagsbeschwerde: Die Vormerkung war, da liquide löschungsfähig, im geringsten Gebot nicht mehr zu berücksichtigen, da ihr ein Anspruch zwischen anderen als den ursprünglich Beteiligten nicht unterlegt worden sein konnte).

<sup>42</sup> BGH, 5.12.1996 – V ZB 27/96, NJW 1997, 861; *Amann*, NotBZ 2012, 201, Fn 1.

<sup>43</sup> RGZ 133, 267, 270; BGH, 2.12.1951 – V ZR 47/50, LM Nr. 1 zu § 883 BGB (die Angabe des Schuldgrundes sei jedoch dann zu fordern, wenn ansonsten Zweifel bestehen könnten, welcher von mehreren in Frage kommenden Ansprüchen gesichert sei).

<sup>44</sup> *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 44 Rn 21; ist dagegen der gesicherte Anspruch selbst bedingt oder befristet, genügt stets die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gem. § 885 Abs. 2 BGB.

<sup>39</sup> Zur Situation bei französischen Fonds und der entsprechenden Eintragung im Grundbuch (der Fonds selbst ist Eigentümer, wird jedoch gesetzlich vertreten durch seine Geschäftsführungsgesellschaft), vgl. *Vossius*, *notar* 2012, 25 ff.

<sup>40</sup> BGH, 30.6.2011 – V ZB 200/10, DNotZ 2012, 56.

<sup>41</sup> *Abicht*, *notar* 2012, 233 ff.

<sup>42</sup> *Everts*, ZfIR 2012, 589, 591. Für das weitere akzessorische Grundbuchrecht, die Hypothek (für die § 879 Abs. 2 BGB unmittelbar anwendbar ist), verhindert § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB als *Lex specialis* die Entstehung „weiterverwendbarer Hypotheken“. Dies spricht eher dafür, dass der Gesetzgeber im Bereich akzessorischer Rechte § 879 Abs. 2 BGB nicht gelten lässt.



(auch die auflösende Bedingtheit durch eine Eigenurkunde des Notars, etwa zur Löschung der Vormerkung beim Scheitern des Vertrages<sup>49</sup>) sowie die Unübertragbarkeit des gesicherten Anspruchs (§ 399 BGB).<sup>50</sup> Ist (wegen fehlender Aufnahme der Befristung in den Eintragungsvermerk) eine Vormerkung ohne Befristungshinweis eingetragen, jedoch eine befristete Vormerkung bewilligt worden, entsteht nur ein befristetes Recht, weil sich Bewilligung und Eintragung nur insoweit decken,<sup>51</sup> darüber hinaus (also hinsichtlich der Unbefristetheit) ist das Grundbuch unrichtig.<sup>52</sup>

Wird (wie regelmäßig) im Grundbuchtext der Vormerkung zur näheren Bezeichnung des gesicherten Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen, geschieht dies gemäß § 44 Abs. 2 S. 1 und 2 GBO durch Nennung von Urkundennummer, Notar (in der Praxis samt Amtssitz) und Datum der Urkunde, in der die Bewilligung enthalten ist. Damit wird jedoch nach (für die Praxis überraschender) Ansicht des BGH nicht etwa der gesamte Text der Urkunde, genauer: alle darin enthaltenen Abreden zum schuldrechtlichen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch, mithin der vom BGH sogenannten Schuldgrund, zum Inhalt der Grundbucheintragung, sondern **nur diejenigen Umstände, die in der Eintragungsbewilligung ausdrücklich genannt sind**<sup>53</sup> (ähnlich wie bei dinglichen Rechten i. S. d. § 873 BGB die Bewilligung ausdrücklich diejenigen Umstände bezeichnen muss, die überhaupt Inhalt des dinglichen Rechtes werden können und sollen). Der Schuldgrund ist damit bisher **regelmäßig nicht Inhalt der Bewilligung**. Die Praxis hatte dies bisher ganz einhellig anders gesehen: Getreu der akzessorischen Natur der Vormerkung transformiere die Bezugnahme i. S. d. § 885 Abs. 2 BGB den gesamten vormerkungsrelevanten Inhalt der Urkunde zum Grundbuchinhalt.

Der Umfang der unmittelbaren Eintragungsbewilligung (und nicht der Gesamttext der diese umgebenden Urkunde) bestimmt also (neben dem ausdrücklichen Vormerkungswortlaut selbst) den wahren Inhalt der Grundbucheintragung, und damit (1) die Reichweite möglicher künftiger Neu- und Änderungsbewilligungen, die noch – ohne Grundbuchänderung – als Wiederverwendung/Weiterverwendung der bisherigen Eintragung gelten können, ferner (2) den Umfang dessen, was Dritten, vor allem nachrangigen Berechtigten, gegenüber vom guten Glauben (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB: „gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig“) erfasst sein kann,<sup>54</sup> und schließlich (3) dasjenige, was auch dem Grundbuchamt selbst gegenüber als richtig vermutet wird, § 891 Abs. 1 BGB, etwa im Rahmen der Prüfung, ob das Grundbuch zwischenzeitlich unrichtig wurde und gegen welchen Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO die Vormerkung gelöscht werden kann.

#### Beispiel:

*Erfasst die Eintragungsbewilligung nur den „Anspruch auf Übereignung einer noch zu vermessenden Teilfläche von ca. 800 qm“, sind spätere Änderungen des dem Übereignungsanspruch zugrunde liegenden Schuldgrundes ohne weiteres möglich. Dieselben Beteiligten können der Vormerkung anstelle eines Kaufs eine gemischte Schenkung oder eine schlichte Schenkung unterlegen, andere Fälligkeiten oder Eigentumsverschaffungsvoraussetzungen definieren etc. Ein nachrangiger Gläubiger muss bei einer solch vagen Eintragung (bzw. Bewilligung, die zum Gegenstand der Eintragung wird) „mit allem rechnen“. Er kann sich nicht auf die Lektüre der zitierten Notarurkunde verlassen, sondern muss eruieren, was darin als Bewilligungsinhalt bestimmt ist. Nur diese Koordinaten sind vom guten Glauben erfasst.*

#### Weiteres Beispiel:

*Erfasst die Eintragungsbewilligung einer Rückkauflassungsvormerkung nur den „möglichen Anspruch auf Rückkauflassung“, nicht aber die Anspruchs-voraussetzungen, kann durch neue Bewilligung nachträglich – ohne Verlautbarung im Grundbuch, das zu diesen Fragen des Schuldgrundes weder vorher noch nachher Stellung bezieht – der Kanon der Tatbestände verändert werden, der zur Rückforderung berechtigt (Fall der „Extension“ anstelle einer „Novation“). Ein Insolvenzverwalter muss die erweiterte Wirkung der Vormerkung (§ 106 InsO) gegen sich gelten lassen, die neue formfreie Bewilligung genügt, und der notwendige Mindestinhalt einer Grundbucheintragung ist nach wie vor (ohne Änderung) gegeben.<sup>55</sup>*

#### Abschließendes Beispiel:

*Ist Inhalt der Bewilligung, auf die gemäß § 885 Abs. 2 BGB Bezug genommen wird, oder gar der wörtlichen Grundbucheintragung selbst, ein auf den Tod des Berechtigten befristeter, nicht übertragbarer (§ 399 BGB) Anspruch, kann die Eintragung nicht später durch eine Neubewilligung, die einen vererblichen oder übertragbaren Anspruch zum Inhalt hat, wieder verwendet werden.<sup>56</sup>*

Da Schuldner und Gläubiger (ebenso wie das Anspruchsziel) zum notwendigen Mindestinhalt der Eintragung einer Vormerkung gehören, können Änderungen der etwa nicht in Bezug genommenen Inhalte des Schuldgrundes durch spätere Bewilligung notwendig nur **zwischen den an der ursprünglichen Eintragung der Vormerkung Beteiligten** stattfinden (oder aber, wenn die ursprünglich gesicherte Rechtsänderung durch Vereinbarung mit dem wahren Berechtigten nachträglich herbeigeführt werden soll).<sup>57</sup> Daher muss im Fall einer Schuldübernahme (nachstehend 2.) stets die Änderung des Grundbuchinhalts vermerkt werden, um auch den gegen den neuen Schuldner gerichteten Anspruch unter den Schutz der Vormerkung zu ziehen. Andererseits ist es ohne Belang, weshalb der noch eingetragene Vormerkungstext – der zum ersten Teilakt einer Neubegründung wird – funktionslos geworden ist; das OLG München vertritt dagegen die unzutreffende Auffassung, eine „Aufladung“ könne nicht stattfinden, wenn die Vormerkung einen von Anfang an nicht vormerkungsfähigen Anspruch sichern sollte (zu unterscheiden vom Noch-Nicht-Entstehen bzw. Erlöschen des vormerkungsfähigen Anspruchs).<sup>58</sup>

Betrifft die nachträgliche Bewilligung (bei einer „**Vormerkung mit spärlichem Grundbuchinhalt**“) keinen Umstand, bezüglich dessen sich die Frage einer Kongruenz zur Eintragung (aufgrund deren sehr begrenzter Reichweite) stellt, und verändert sie

<sup>49</sup> Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn 958.

<sup>50</sup> BayObLGZ 1988, 206, 209; OLG Köln, RNotZ 2004, 263, 264.

<sup>51</sup> BGH, 7.4.2011 – V ZB 11/10, FGPrax 2011, 163, 164.

<sup>52</sup> OLG München, 11.6.2012 – 34 Wx 115/12, ZEV 2012, 428.

<sup>53</sup> Tz 23 und 24 des erwähnten Beschlusses BGH, 3.5.2012 – V ZB 258/11; *Amann*, NotBZ 2012, 201, 202 ging demgegenüber noch (mit der bisherigen Praxis) davon aus, durch Bezugnahme auf die Notarurkunde würden deren gesamte Ausführungen zum schuldrechtlichen Inhalt ihrerseits Bestandteil der Eintragung.

<sup>54</sup> Daher kann das von *Amann*, NotBZ 2012, 201 ff. befürchtete Auseinanderfallen von (weitem, nach bisheriger Auffassung die gesamte zitierte Notarurkunde umfassendem) Grundbuchinhalt und späterer abweichender Bewilligung (mit der Folge einer Änderung des Grundbuchinhalts außerhalb des Grundbuchs, so dass sich die Frage des Gutgläuberschutzes stellt) nicht eintreten.

<sup>55</sup> Fall nach BGH, 7.12.2007 – V ZR 21/07, RNotZ 2008, 222 m. krit. Anm. *Heggen*, RNotZ 2008, 213 ff.; *Amann*, DNotZ 2008, 520 ff.

<sup>56</sup> BGH, 3.5.2012 – V ZB 258/11, ZNotP 2012, 229 = DNotI-Report 2012, 98; BGH, 3.5.2012 – V ZB 112/11.

<sup>57</sup> Darauf weist der BGH hin, vgl. BGH 10.5.2012 – V ZB 156/11, DNotI-Report 2012, 116, Rn 20.

<sup>58</sup> Vgl. OLG München, 11.3.2010 – 34 Wx 007/10, MittBayNot 2010, 471 m. krit. Anm. *Amann*, MittBayNot 2010, 451; gegen die Unterscheidung auch *Abicht*, *notar* 2011, 237, die jedoch vorsichtshalber empfiehlt, anstelle der ungewissen Aufladung einer bereits eingetragenen Vormerkung eine neue Vormerkung zu bewilligen.



ebenso wenig das Anspruchsziel (Anspruch auf eine bestimmte dingliche Rechtsänderung) als notwendigen Mindestinhalt, sind die Folgen für den **Rechtsverkehr misslich**: Es genügt die formfreie materiell-rechtliche Bewilligung gemäß § 885 Abs. 1 S. 1 BGB (nicht zu verwechseln mit der grundbuchlichen Bewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO!), die dem Gläubiger der Vormerkung gegenüber abzugeben ist,<sup>59</sup> de lege lata ohne Einreichung der Bewilligung zu den Grundakten, geschweige denn Eintragung – eine solche lag ja auch bisher nicht vor.

Hinsichtlich der Frage, ob die inhaltliche (mit anderem Schuldgrund erfolgende) Neubegründung oder die Inhaltsänderung des kraft Akzessorität gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung selbst einer besonderen Form bedarf, gelten die allgemeinen materiellen Vorschriften, naturgemäß v. a. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Sichert die Vormerkung einen Anspruch auf Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechtes, etwa einer Dienstbarkeit, oder auf Änderung eines Vertrages, bezüglich dessen die Auflassung bereits erklärt ist, sodass der Anspruch ohne notarielle Beurkundung geändert werden kann, läßt diese Rechtsprechung zum Missbrauch durch betrügerische Rückdatierung (etwa zur Entwertung gegenüber nachrangigen Grundpfandrechten) geradezu ein!<sup>60</sup>

Die Schutzwirkung beginnt jedoch im Fall einer gänzlichen Neuverwendung (Novation) erst mit der neuerlichen Bewilligung, erstreckt sich also nicht auf zwischenzeitlich eingetragene Belastungen. Der tatsächliche Rang – besser: die „**Wirksamkeitsreihenfolge**“<sup>61</sup> dieser „recycelten“ spärlichen Vormerkung ist demnach aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, da hierfür nicht § 879 Abs. 2 BGB maßgeblich ist, sondern der Zeitpunkt, an dem die Wirksamkeitsvoraussetzungen erstmals verwirklicht worden sind.<sup>62</sup> Gleiches gilt bei einer Inhaltsänderung, etwa durch Erweiterung der Rückforderungstatbestände: Löst ein nachträglich vereinbarter und bewilligter (§ 885 Abs. 1 S. 1 BGB) Umstand den Rückauflassungsanspruch aus, erfassen die Vormerkungswirkungen nicht solche beeinträchtigenden Verfügungen, die zeitlich vor der erweiternden Bewilligung eingetreten sind; auch dies ist keine Frage des § 883 Abs. 3 oder des § 879 Abs. 2 BGB, sondern des erstmaligen Zusammentreffens aller für die Vormerkung erforderlichen Merkmale (Bewilligung, Eintragung, gesicherter Anspruch mit jedenfalls teilweiser Kongruenz hinsichtlich der notwendigen Mindestschnittmengen Schuldner, Gläubiger und Anspruchsziel).

Andere Beteiligte (wie nachrangige Gläubiger oder Insolvenzverwalter<sup>63</sup>) müssen in diesem Fall, also bei einer Vormerkung mit geringem Grundbuchinhalt, hinnehmen, dass sich der gesicherte Anspruch (weiterhin vormerkungsgeschützt) geändert hat, ohne dass es zu einer Änderung im Grundbuch gekommen ist, ja ohne dass sie hieran (als möglicherweise nachteilig betroffene Nachranggläubiger) hätten mitwirken müssen und schließlich, ohne dass sie die Änderung durch Einsicht in die Grundakten hätten feststellen können. Das Grundbuch verlautbart weiterhin zutreffend einen deutlich

reduzierten Katalog an Merkmalen des gesicherten Anspruchs (nämlich Schuldner, Gläubiger, Ziel und diejenigen bisher eher kargen Umstände, welche die Grundbuchbewilligung unmittelbar aufgenommen hat – i. d. R. erleichtert wiedergegeben gemäß § 885 Abs. 2 BGB – oder die im Grundbuch selbst vermerkt waren, wie etwa Bedingung, Befristung und Unveräußerlichkeit). Eine vermittelnde Auffassung in der Literatur<sup>64</sup> will immerhin als Voraussetzung des erneuerten oder veränderten Vormerkungsschutzes (einschließlich des „Ranges“) verlangen, dass die neue Bewilligung zur Verwahrung zu den Grundakten gelangen müsse, also die bloße Abgabe gegenüber dem Vormerkungsgläubiger nicht genüge.

Sind hingegen die zu ändernden/neu zu begründenden Umstände des durch die Vormerkung (künftig) gesicherten Anspruchs (durch Aufnahme in den Grundbuchtext oder als Bewilligungsinhalt, der gemäß § 885 Abs. 2 BGB Grundbuchinhalt wurde) schon bisher Inhalt der Grundbucheintragung – also bei einer **Vormerkung mit umfassendem Grundbuchinhalt** –, ist diese Inhaltsänderung/Neubegründung durch Grundbucheintragung zu vollziehen,<sup>65</sup> um (1) die Schutzwirkung, v. a. die Elisionswirkung des § 883 Abs. 2 BGB, der Vormerkung auch hierauf zu erstrecken und (2) die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf die Aussage, welcher Schuldgrund gesichert sei, zu vermeiden. Technisch wird diese Eintragung wiederum in der Regel durch Bezugnahme i. S. d. § 885 Abs. 2 BGB auf die neue Bewilligung erfolgen. Sofern sie hiervon nachteilig betroffen sein können<sup>66</sup> (Verlängerung der Frist für die Annahmefähigkeit eines vormerkungsgesicherten Verkäuferangebotes; Erweiterung der Rückforderungsgründe, die zum vormerkungsgesicherten Rückauflassungsverlangen führen können etc.), ist zur Inhaltsänderung/Neubegründung die Zustimmung der im Rang nach der Vormerkung etwa zwischenzeitlich eingetragenen dinglich Berechtigten erforderlich.<sup>67</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Diskretion vs. Aussagekraft:

Dies reduziert naturgemäß die Möglichkeit der ursprünglichen Vertragsbeteiligten, auf veränderte Umstände flexibel – insbesondere ohne den Zeitverlust einer weiteren Eintragung und die Gefahr einer Blockade Drittbeteiligter – und dennoch vormerkungsgeschützt zu reagieren,<sup>68</sup> so dass aus Sicht der Parteien selbst der „diskreten Vormerkung“, aus Sicht des außenstehenden Rechtsverkehrs jedoch der „aussagekräftigen Vormerkung“ der Vorzug zu geben ist.

<sup>59</sup> Palandt/Bassenge, 71. Aufl., § 885 BGB Rn 4; Everts, ZfIR 2012, 589, 590.

<sup>60</sup> Böttcher, NotBZ 2008, 406; Amann, DNotZ 2008, 520, 528.

<sup>61</sup> Krüger, FS Krämer 2009, S. 475, 482.

<sup>62</sup> Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, Rn 482.

<sup>63</sup> So der Sachverhalt in BGH, 7.12.2007 – V ZR 21/07, RNotZ 2008, 222 m. krit. Anm. Heggen, RNotZ 2008, 213 ff.; Amann, DNotZ 2008, 520 ff. (positiver Krause, NotBZ 2008, 407 ff.) und Demharter, MittBayNot 2008, 214 ff. Der BGH weist darauf hin, es sei angezeigt, bei der ursprünglichen Urkunde, auf die im Vormerkungstext Bezug genommen wird, auf die Nachtragsurkunde z. B. durch einen Bleistiftvermerk (untechnisch) zu verweisen. Dafür fehlt es allerdings an einer Grundlage.

<sup>64</sup> Kohler, DNotZ 2011, 808, 825 ff. (gestützt auf § 885 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Eintragung der Vormerkung „aufgrund“ der Bewilligung erfolgen müsse), zur Rang(= Wirksamkeitszeitpunkts-)frage Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, a. a. O., S. 847. Dem ist entgegenzuhalten, dass gem. § 10 Abs. 1 S. 1 GBO nur solche Urkunden bei den Grundakten aufzubewahren sind, auf welche eine Eintragung gründet oder Bezug nimmt.

<sup>65</sup> So war der Sachverhalt in BGH, 22.4.1959 – V ZR 193/57, LM BGB § 883 Nr. 6.

<sup>66</sup> Hierzu Beispiele bei Amann, NotBZ 2012, 201, 205 (allerdings unter dem Aspekt des Schutzes gutgläubiger Dritter vor beeinträchtigenden Veränderungen).

<sup>67</sup> OLG Köln, 13.11.1975 – 14 U 71/75, DNotZ 1976, 375; OLG Karlsruhe, 20.12.1993 – 11 Wx 10/93, DNotZ 1994, 252 sieht in einer nur „geringfügigen“ Besserstellung des Vormerkungsberechtigten keine beachtliche Beeinträchtigung eines nachrangigen Gläubigers. Vgl. auch OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1994, 247 m. Anm. Promberger.

<sup>68</sup> Krüger formuliert in FS Krämer, 2009, S. 475, 495 plastisch: „Das Gebot der Grundbuchklarheit steht in Konkurrenz zu dem nicht minder wichtigen Interesse an größtmöglicher Verkehrsfreundlichkeit. Hier ist ein Ausgleich herzustellen. Rechtstechnisch vollzieht er sich bei der Bestimmung, was zum Inhalt der Vormerkung und zu ihrer Eintragung gehört. Je konkreter man hier wird, umso schwerfälliger wird die Handhabung.“

Soll gleichwohl, etwa auf Verlangen eines nachrangigen Gläubigers, eine „zur heimlichen Wiederverwendung ungeeignete“ Vormerkung bewilligt werden,<sup>69</sup> so dass Änderungen des gesicherten Schuldgrundes im Grundbuch künftig zu vermerken wären, könnte z. B. formuliert werden:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### „Nicht-recyclbare“ Vormerkung:

*Der Eigentümer (Schuldner) bewilligt, zu Gunsten des ... (Gläubiger) eine Vormerkung einzutragen zur Sicherung des Anspruchs auf Rückkauflassung an ihn, frei von nach der Vormerkung ohne seine Mitwirkung eingetragenen Belastungen (Anspruchsziel) mit der Maßgabe, dass die in § ... dieser Urkunde enthaltenen schuldrechtlichen Bestimmungen, etwa zu Voraussetzungen, Fälligkeit, Einredebehaftung, Modalitäten und Rechtsfolgen des Anspruchs (also der Schuldgrund,) ebenfalls Bewilligungsinhalt sind. Es wird beantragt, die Vormerkung im Grundbuch im Rang nach ... einzutragen; hinsichtlich des Schuldgrundes kann gemäß § 885 Abs. 2 BGB auf diese Bewilligung verwiesen werden [falls einschlägig: ..., die Abrede der Unabtretbarkeit der gesicherten Forderung soll jedoch in den Eintragungstext aufgenommen werden.].*

*Gegebenenfalls weiter: Die Vormerkung ist als dingliches Recht ihrerseits auflösend beding/befristet auf ... [Nennung des Umstandes, z. B. Tod des Gläubigers] und mit dieser Bedingung/Befristung einzutragen.*

## 2. Schuldübernahme

Sollen vormerkungsgesicherte Verpflichtungen (etwa aus einem Wiederkaufsrecht, zugunsten einer Gemeinde aus begünstigter Grundstücksabgabe, oder aus einem noch nicht abgewickelten Teilflächenverkauf oder aus einer bedingten Pflicht zur Rückkauflassung) durch einen neuen Verpflichteten übernommen werden („Schuldübernahme“), erfasst die Vormerkung die zuletzt genannte Verpflichtung nicht, wenn nicht zugleich das betroffene „verpflichtete“ Grundstück auf den neuen Schuldner übergeht: Vormerkungsschuldner (gebuchter Eigentümer) und persönlicher Schuldner wären sonst nicht mehr identisch (Verstoß gegen das Identitätsprinzip).<sup>70</sup> Nur wenn ein synchronisierter Eigentümer- und Schuldnerwechsel stattfindet, also persönliche Verpflichtung und Vormerkung gleichzeitig auf den neuen Eigentümer übergehen (dem gegenüber das Wiederkaufsrecht sodann ausgeübt werden kann), bleibt die Vormerkung bestehen, wie das OLG Düsseldorf in einer neueren Entscheidung betont.<sup>71</sup>

Der Schuldnerwechsel muss im Grundbuch vermerkt werden, da die Schuldnerstellung zu den (drei) unverzichtbaren Merkmalen einer Vormerkung zählt, die im Grundbuch zu verlautbaren sind (siehe oben 1). Die bisher die Verpflichtung des Erstschuldners sichernde Vormerkung wird mit Eintritt der Schuldübernahme (also Eigentumsübergang) funktionslos, kann jedoch für die neue Verpflichtung des Erwerbers, unter notwendiger, da die Mindestmerkmale der Vormerkung erfassender, Verlautbarung im Grund-

buch, wiederverwendet werden.<sup>72</sup> Andernfalls würde auch der unzutreffende Eindruck entstehen, es handele sich um eine dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksame, „betrügerische“ Zweitveräußerung ohne gleichzeitige Übernahme der Verpflichtung.<sup>73</sup> Nachrangige Berechtigte müssen dieser Eintragung nicht zustimmen, da sich ihre Rechtsposition durch den bloßen Schuldnerwechsel nicht verschlechtert.

Ändern sich auch die Wiederkaufsgründe (bisher wurde auf Verkauf, Vermietung, Nichterrichtung etc. durch den Erstkäufer – und nicht durch den jeweiligen Eigentümer – abgestellt, nunmehr müssen diese Umstände in der Person des Zweiterwerbers vorliegen), bedarf diese Inhaltsänderung nach Ansicht des BGH stets einer diesbezüglichen materiell-rechtlichen Bewilligung, darüber hinaus einer Grundbucheintragung aber nur dann, wenn – wie bisher in der Praxis selten – auch die Wiederkaufsgründe, also der „Schuldgrund“, als Inhalt der Erstbewilligung (i. d. R. im Wege des § 885 Abs. 2 BGB) zum Inhalt des Grundbuchs geworden war,<sup>74</sup> sonst nicht.<sup>75</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Übernahme einer vormerkungsgesicherten Verpflichtung:

*Die im Grundbuch eingetragene Vormerkung Abt. II lfd. Nr. ... sichert bedingte Übertragungsverpflichtungen des Verkäufers gegenüber ... (Gläubiger), wie in der Urkunde des Notars ... vom ... UR .../1988 („Vorurkunde“) vereinbart. Der Käufer übernimmt diese bedingten Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs als neuer Schuldner; er stellt den Verkäufer im Innenverhältnis ab Besitzübergang insoweit frei. Hinsichtlich der Tatbestände, die das Übertragungsverlangen des Gläubigers auslösen können, wird ab Eigentumsübergang auf die Person, das Verhalten, das Eigentum etc. des Käufers abgestellt. Der Notar soll eine Erklärung des Gläubigers dahingehend einholen, dass (1) der heutige Verkauf das bedingte Übertragungsverlangen nicht auslöst, (2) der Gläubiger der Vertragsübernahme in für den Verkäufer befreiender Weise zustimmt, und (3) mit der Inhaltsänderung der auslösenden Tatbestände einverstanden ist.*

*Der Käufer als künftiger Eigentümer bewilligt und beantragt, im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs (§ 16 Abs. 2 GBO) bei der fortbestehenden Vormerkung zu vermerken, dass sie nunmehr die Verpflichtungen des Käufers als neuem Schuldner gegenüber dem Gläubiger sichert. Die Änderung des Schuldgrundes wird zwar ebenfalls bewilligt, jedoch – wie bisher – nicht im Grundbuch vermerkt.*

## IV. Zwangshypotheken

OLG München, 6.3.2012 – 34 Wx 39/12 ruft Folgendes in Erinnerung: Trägt das Grundbuchamt auf Antrag des Gläubigers einer titulierten Geldforderung, die mehr als € 750 betragen muss, in das Grundbuch des Schuldners eine Zwangshypothek (auch: Zwangssicherungshypothek) ein, wird es als Vollstreckungsgericht tätig (§ 764 ZPO). Bei der Zwangshypothek (vgl. § 867 ZPO) handelt es sich, neben der Zwangsverwaltung und

<sup>69</sup> Also anders als im Fall BGH, 3.5.2012 – V ZB 258/11, ZNotP 2012, 299, wo der BGH (Iz 23) ausführt „in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung wird nur das abzusichernde Rückforderungsrecht, nicht aber der Anspruchsgrund bezeichnet. ... Dieser ist damit auch nicht nach § 885 Abs. 2 BGB Inhalt der Eintragung der Vormerkung geworden, was für deren Wirksamkeit allerdings ohne Belang ist.“

<sup>70</sup> Staudinger/Gursky, BGB Neubearb. 2008, § 883 Rn 79; Gleiches ergibt sich aus § 418 Abs. 1 S. 1 BGB analog (Erlöschen akzessorischer Sicherungsrechte).

<sup>71</sup> OLG Düsseldorf, 18.4.2011 – I-3 Wx 85/11, DNotZ 2012, 63 m. Anm. Reymann. Im Sinne des § 418 Abs. 1 S. 3 BGB analog (falls überhaupt anwendbar) stimmen alter und neuer Eigentümer des „verhafteten Gegenstandes“ jeweils zu.

<sup>72</sup> Die untergerichtliche Rechtsprechung hat demgegenüber sogar strenger verlangt, dass die bisherige Vormerkung zu löschen und eine neue Vormerkung zu bewilligen und einzutragen sei, OLG Frankfurt a. M., 7.4.2008 – 20 W 131/08, BauR 2008, 1672; vgl. Michael, notar 2008, 327.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf, 18.4.2011 – I-3 Wx 85/11, DNotZ 2012, 63 m. Anm. Reymann; a. A. KG JR 1927 Nr. 1394.

<sup>74</sup> Dann müssen nachrangig Berechtigte zustimmen, wenn sie durch eine inhaltliche Erweiterung der Wiederkaufsgründe nachteilig betroffen sein können.

<sup>75</sup> BGH, 7.12.2007 – V ZR 21/07, DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann; Amann, MittBayNot 2010, 451, 454 f.; a. A. Kessler, NZI 2008, 327, 328.



der Zwangsversteigerung sowie der Pfändung dinglicher Forderungen um eine Form der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Demnach kann die Löschung solcher Zwangshypotheken nicht nur dann erfolgen, wenn die grundbuchlichen Voraussetzungen erfüllt sind (z. B. Löschungsbewilligung des Gläubigers gemäß §§ 19, 29 GBO vorliegt), sondern auch, wenn gemäß § 776 ZPO die Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben ist.

Gemäß § 776 S. 1 ZPO sind die getroffenen Maßnahmen (Eintragung der Zwangshypothek) aufzuheben in den Fällen des § 775 Nr. 1 (Vorlage einer vollstreckbaren Entscheidung, wonach das zu vollstreckende Urteil aufgehoben oder die Vollstreckung für unwirksam erklärt wird) und Nr. 3 ZPO (Vorlage einer öffentlichen Urkunde, wonach die zur Abwendung der Vollstreckung erforderliche Sicherheitsleistung hinterlegt ist). Wird dagegen lediglich eine (privatschriftliche oder öffentliche) Urkunde vorgelegt, wonach der Gläubiger zwischenzeitlich befriedigt sei, sind weitere Maßnahmen einzustellen, § 776 S. 2 i. V. m. § 775 Nr. 4 ZPO; ebenso beim Überweisungs- oder Einzahlungsnachweis einer Bank oder Sparkasse gemäß § 775 Nr. 5 ZPO, es erfolgt jedoch keine Löschung durch das Grundbuchamt als Vollstreckungsgericht.

## V. Vorkaufsrechte

### 1. Vorkaufsfall

Umgehungsgeschäfte, die ausschließlich zum Zweck der Vereitelung des Vorkaufsrechts eingegangen wurden, wurden von der früheren Rechtsprechung als sittenwidrig angesehen,<sup>76</sup> von der neueren Rechtsprechung werden sie nach Treu und Glauben einem Vorkaufsfall gleichgesetzt. Jüngstes Beispiel ist die Einbringung eines Grundstücks in eine nur zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft, wenn am selben Tag alle Geschäftsanteile entgeltlich veräußert werden.<sup>77</sup>

#### Weitere Beispiele:

*Angeblicher Tausch eines wertvollen Grundstücks gegen ein wertloses Grundstück mit sehr hoher barer Tauschaufgabe; ebenso: unbefristetes, unwiderrufliches Kaufangebot mit Vormerkung, Vollmacht zur sofortigen Belastung und mit sofortigen Besitzübergang;<sup>78</sup> Zuwendung eines Wohnungseigentums durch „erbvertragliches Vermächtnis“ gegen Zahlung eines sofort fälligen bestimmten Betrags, verbunden mit der Verpflichtung, Verfügungen über die Wohnung zu unterlassen, Letztere gesichert durch Rückkaufsvormerkung;<sup>79</sup> Koppelung des Kaufvertrags mit einem vollmachtlos namens des Vorkaufsberechtigten geschlossenen Erlassvertrag über das Vorkaufsrecht (§ 397 BGB), sodass bei Nichtgenehmigung des Erlassvertrags auch der Kaufvertrag gemäß § 139 BGB unwirksam sein soll.<sup>80</sup> Jedoch wurde keine Umgehung angenommen bei Bestellung eines langlaufenden Erbbaurechts oder einer 99-jährigen Dienstbarkeit zur Nutzung als Steinbruch.<sup>81</sup>*

Im BGH-Fall erfasste das Vorkaufsrecht lediglich einen Miteigentumsanteil an einem von 89 eingebrachten Grundstücken. Es berechnete also dazu, diesen Teil zum „anteiligen Kaufpreis“ zu erwerben (§ 467 S. 1 BGB). Der Verkäufer kann zur Vermeidung von Nachteilen die Erstreckung des Ankaufs auf den verbleibenden Teil verlangen (§ 467 S. 2 BGB), was den Vorkaufsberechtigten

wiederum dazu berechtigt, von der Ausübung insgesamt Abstand zu nehmen.<sup>82</sup> Der BGH stellt hohe Anforderungen an die Erstreckungsmöglichkeit: Die Nachteile müssen über die bloße Auflösung des „Pakets“ hinausgehen. Ausreichend ist jedoch, dass sich für die verbleibenden Sachen kein adäquater Preis erzielen lässt, etwa weil mit dem vorkaufsbelasteten Grundstück eine isoliert nicht mehr sinnvoll nutzbare Fläche oder ein speziell für ein Haus angefertigter Einrichtungsgegenstand verkauft worden ist.<sup>83</sup>

### 2. § 577 BGB

Das BVerfG<sup>84</sup> hat im Berichtszeitraum (leider) entschieden, die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung seien nicht überschritten durch die Rechtsprechung des VIII. (Mietrechts-)senats<sup>85</sup> zur analogen Anwendung des § 577 BGB (und damit auch des Kündigungsschutzes des § 577a BGB)<sup>86</sup> auf die **Realteilung eines Grundstücks**, das mit mehreren zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhäusern (auch frei stehenden Einfamilienhäusern, auch einem Einfamilienhaus mit zur Vermietungsbebauung vorgesehener freier Fläche, auch einem freistehenden Zweifamilienhaus<sup>87</sup> – oder gar Mehrfamilienhaus?<sup>88</sup>) bebaut ist. Gleiches gilt wohl für die Veräußerung von Miteigentumsanteilen, mit denen gemäß § 1010 BGB die Nutzung abgeschlossener vermieteter Wohneinheiten verbunden ist.<sup>89</sup> Für die Rechtspraxis weiterhin offen bleibt die Rechtsfolge der Ausübung des analog zuerkannten Vorkaufsrechtes, wenn ein Zwei- oder gar Mehrfamilienhaus veräußert wird: Erwerb eines ideellen Miteigentumsanteils – wenn ja, nach den Wohnflächen bemessen? – oder gar Anspruch auf Übereignung eines zu bildenden Sondereigentums, jeweils zum gemäß § 467 S. 1 BGB ermittelten anteiligen Kaufpreis?<sup>90</sup> Eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers (erst recht des Notars) für in der Vergangenheit anders gehandhabte Fälle scheidet sicherlich aus<sup>91</sup> – wengleich materiell-rechtlich das Vorkaufsrecht durch die Umschreibung nicht erloschen ist und die Ausübungsfrist erst durch Mitteilung in Gang gesetzt wird; für die Zukunft wird sich allerdings auch im Hinblick auf § 20 BeurkG empfehlen, auch beim Verkauf eines mit mehreren (Reihen-)Häusern bebauten Grundstücks einen textlichen „Merkposten“ vorzusehen.<sup>92</sup>

Die entsprechende Anwendung des Mietervorkaufsrechts auf vermietete „Einzelgebäude“ muss dementsprechend erst recht auch dann gelten, wenn die Realteilung bereits (nach Überlassung des

<sup>82</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 916; Hahn, RNotZ 2006, 542.

<sup>83</sup> Formulierungsvorschlag im Hinblick auf die Unsicherheit des Vorliegens der Voraussetzungen des § 467 S. 2 BGB, siehe Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn 1757.

<sup>84</sup> BVerfG, 4.4.2011 – 1 BvR 1803/08, MittBayNot 2011, 477 m. krit. Anm. Volmer.

<sup>85</sup> BGH, 28.5.2008 – VIII ZR 126/07, RNotZ 2008, 490 m. zu Recht krit. Anm. Ternier; ablehnend auch Bierhenke, MittBayNot 2009, 38; a. A. zuvor ausdrücklich OLG Karlsruhe NJW 1990, 3278 und Pause, NJW 1990, 810. Langhein, notar 2008, 277 hofft auf eine „Korrekturentscheidung“ des V. Senats.

<sup>86</sup> BGH, 23.6.2010 – VIII ZR 325/09, ZNotP 2010, 342; allerdings keine analoge Anwendung des § 577a BGB auf die Kündigung gemäß § 573a BGB (Mietvertrag in auch selbst genutztem Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen, es gilt der „Gebäudebegriff nach der Verkehrsanschauung“).

<sup>87</sup> BGH, 23.6.2010 – VIII ZR 325/09, ZNotP 2010, 342.

<sup>88</sup> In BGH, vorangehende Fußnote, offengelassen: dezidiert gegen eine solche Erweiterung Rüßmann, RNotZ 2012, 97, 111 (zumal der Mieter dann das Vorkaufsrecht mehrfach hätte: beim Verkauf des Grundstücks und bei der späteren WEG-Teilung).

<sup>89</sup> Dies befürchtet auch Hueber, NotBZ 2009, 63.

<sup>90</sup> Für Ersteres Rüßmann, RNotZ 2012, 97, 114.

<sup>91</sup> Ebenso Ternier, RNotZ 2008, 494.

<sup>92</sup> Formulierungsvorschlag bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn 1735.

<sup>76</sup> BGH DNotZ 1964, 540.

<sup>77</sup> BGH, 27.1.2012 – V ZR 272/10, NotBZ 2012, 214 m. Anm. Krauß (jedenfalls wenn die Gesellschaft, deren Anteile übertragen werden, ausschließlich der Innehabung des eingebrachten Grundbesitzes dient); OLG Nürnberg NJW-RR 1992, 461. Dies dürfte auch bei Einbringung im Wege der Ausgliederung gelten.

<sup>78</sup> BGHZ 115, 335.

<sup>79</sup> BGH DNotZ 1998, 892.

<sup>80</sup> BGH, 9.2.1990 – V ZR 274/88, NJW 1990, 1473.

<sup>81</sup> BGH, 26.9.2003 – V ZR 70/03, DNotZ 2004, 448 m. Anm. Hertel, DNotI-Report 2003, 188.



Objekts an den Mieter) erfolgt ist, sodass derzeit lediglich ein Einzelobjekt veräußert wird, das jedoch früher Teil eines größeren, aus mehreren vermieteten Wohngebäuden bestehenden Grundstücks war.<sup>93</sup>

## VI. Arglisthaftung

### 1. Subjektiver Tatbestand

In allen Fällen der Arglist (sei sie verwirklicht in der Form des Dolus directus, des Dolus eventualis oder des Unterlassens trotz bestehender Aufklärungspflicht) ist Kenntnis des Verkäufers oder derjenigen Personen, deren Kenntnis er sich zuzurechnen lassen hat (nachstehend 2) erforderlich. Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht: Wer **gutgläubig** falsche Angaben macht, handelt nicht arglistig, mag der gute Glaube auch gar auf Leichtfertigkeit beruhen, wie der BGH jüngst betont hat.<sup>94</sup> Entscheidend ist, dass der Verkäufer mit der Unrichtigkeit seiner „ins Blaue hinein“ gemachten Angaben nicht rechnete. Hat er aber zumindest „bedingten Vorsatz“, genügt dies.<sup>95</sup> Es genügt auch nicht, dass Kenntnis zwar früher vorhanden war, jedoch im Zeitpunkt der Beurkundung (etwa infolge beginnender Demenz) nicht mehr.<sup>96</sup> Auch die eigene Unkenntnis über die Ursachen eines Mangels selbst ist schließlich kein als solcher zu offenbarender Umstand.<sup>97</sup>

### 2. Wissenszurechnung

§§ 31, 166 BGB führen zu einer „**Wissensvertretung**“ für rechtsgeschäftliche und organschaftliche Vertreter. Auf Seiten des **Käufers** wird dies insbesondere relevant für die Frage, ob Kenntnis vorliegt i. S. d. § 442 BGB. Auch ohne formale Vertretungsmacht genügt die Kenntniserlangung durch Personen, die – und sei es nur einen Teilaspekt – für den Käufer selbständig verhandelt haben.<sup>98</sup> Maßgebend ist, ob die betreffende Person als Repräsentant des Geschäftsherrn Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und dabei anfallende Informationen weiterzuleiten hatte.<sup>99</sup> Ist allerdings ein Treuhandvertrag (wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz) unwirksam, kann das Wissen des Treuhänders dem Treugeber nicht zugerechnet werden.<sup>100</sup>

In noch höherem Maße bedeutsam ist die Kenntniszurechnung auf **Verkäuferseite**, insbesondere bei der Prüfung der Voraussetzungen einer Arglisthaftung. Insoweit gilt: Der Verkäufer hat (1)

analog §§ 31, 166 BGB für die Kenntnis derjenigen Personen einzustehen, die – gemäß vorstehender Formel – nach der Organisation des Geschäftsherrn als dessen Repräsentant Aufgaben in eigener Verantwortung erledigen und dabei anfallende Informationen weiterzuleiten haben.<sup>101</sup> Gleiches gilt für die Kenntnis seiner (2) Verhandlungsgehilfen<sup>102</sup> sowie seiner (3) Erfüllungsgehilfen (etwa bei zu erbringenden Werkleistungen der Subunternehmer<sup>103</sup> sowie der mit der Prüfung des Werkes Beauftragten)<sup>104</sup> und schließlich (4) seiner Verhandlungsführer (Repräsentanten),<sup>105</sup> etwa eines insoweit eingeschalteten Maklers.

Schwierig zu ziehen sind die zeitlichen und persönlichen Grenzen der Wissenszurechnung bei **juristischen Personen** oder sonstigen Organisationen mit einer Vielzahl von Wissensträgern. Die „Wissenszersplitterung“ soll der juristischen im Vergleich zur natürlichen Person nicht zum Vorteil gereichen (Gleichstellungsargument), ferner werden Wissensinhalte in arbeitsteiligen Organisationen typischerweise festgehalten (Dokumentationsargument).<sup>106</sup> Daher muss die juristische Person so organisiert sein, dass relevante Informationen an diejenige Person weitergeleitet werden, die sie erkennbar benötigt, andererseits aber auch die für den eigenen Bereich wesentlichen Erkenntnisse nachgefragt werden können („Pflicht zur Informationsorganisation, -weitergabe und -abfrage“).<sup>107</sup>

Die Rechtsprechung hat diese Organisationspflichten zunehmend verschärft: So seien z. B. das Bauordnungsamt sowie das Sozialamt einer Stadt verpflichtet, bei ihnen vorhandene Informationen zum Hausschwammbefall städtischer Gebäude unaufgefordert an das für Verkäufe zuständige Liegenschaftsamt weiterzuleiten (Letzteres hatte im konkreten Fall lediglich das Bauverwaltungsamt, das Tiefbauamt und das Grünflächenamt einbezogen).<sup>108</sup> Vor solchen Risiken schützt allein eine zuverlässige „Verkäufer-Due-Diligence“. Andererseits gilt: Verkauft eine Wohnungsbaugesellschaft, bleibt das Wissen eines nicht zugezogenen Hausmeisters unberücksichtigt,<sup>109</sup> ebenso Kenntnisse aus dem hoheitlichen Organisationsbereich einer Kommune beim Verkauf durch eine städtische GmbH.<sup>110</sup>

Wenig geklärt ist schließlich die Zurechnung des Wissens **externer Dienstleister**, auf die liegenschaftsbezogene Aufgaben ausgelagert worden sind. So ist Eigentümer häufig eine Objektgesellschaft; den An- und Verkauf (also die Zusammensetzung des Portfolios) steuert ein Investment- oder Asset Manager, die Vermietung und Abrechnung nimmt der Property Manager vor, und der Facility Manager nimmt die technische Bewirtschaftung vor Ort wahr.<sup>111</sup> In Konzernen sind die vorgenannten Tätigkeitsbereiche häufig auf Tochtergesellschaften ausgelagert. Mag die „Wissenszersplitterung“ in diesen Fällen aus Sicht der anderen Vertragspartei (des Käufers) ähnlich wirken wie Behörden- oder Abteilungsuntergliederungen innerhalb einer juristischen Per-

<sup>93</sup> Formulierungsvorschlag bei *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn 1737.

<sup>94</sup> BGH, 16.3.2012 – V ZR 18/11, ZfIR 2012, 463 m. Anm. *Binkowski* = NotBZ 2012, 295 m. Anm. *Krauß*.

<sup>95</sup> Dieser liegt nach BGH DNotZ 2004, 691 dann vor, wenn der Verkäufer die Umstände zwar nicht positiv kennt, ihr Vorhandensein aber für möglich hält und sie nicht offenbart, obwohl er weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass sie für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sind. Die zutreffende rechtliche Einordnung (als Fehler i. S. d. § 463 BGB bzw. als Sachmangel i. S. d. § 434 BGB) ist nicht erforderlich. Keine Arglist liegt vor, wenn der Verkäufer nach einer Besprechung mit Fachleuten davon ausgehen darf, bestimmte Gefahren träten nicht ein; das Sonderwissen seines Architekten braucht er sich nur zurechnen zu lassen, wenn Letzterer als Verhandlungsführer oder -gehilfe beim Verkauf tätig ist: BGH, 21.7.2005 – VII ZR 240/03, NJW-RR 2005, 1473.

<sup>96</sup> BGH, 11.5.2001 – V ZR 14/00, ZfIR 2001, 541; allerdings dann besonders eingehende Glaubwürdigkeitsprüfung durch den Tatrichter: OLG Hamm, 4.8.2003 – 22 U 63/02, NJOZ 2003, 2562.

<sup>97</sup> BGH, 16.3.2012 – V ZR 18/11, ZfIR 2012, 463 m. Anm. *Binkowski* = NotBZ 2012, 295 m. Anm. *Krauß*.

<sup>98</sup> OLG Schleswig, 7.4.2009 – 3 U 159/07, EWiR § 442 BGB 1/10, 47 (*Backhaus*). Auf die Vertretungsbefugnis kommt es nicht an (Aufsichtsratsmitglied).

<sup>99</sup> BGHZ 117, 104/107; vgl. auch *Waldner*, Immobilienkaufverträge, 2. Auflage 2011, Rn 86 ff.

<sup>100</sup> BGH, 27.1.2007 – XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 m. Anm. *Witt*.

<sup>101</sup> BGHZ 117, 104, 107.

<sup>102</sup> BGH MDR 1978, 1009; BGH, 14.5.2004 – V ZR 120/03, ZNotP 2004, 355.

<sup>103</sup> BGH NJW 1976, 516.

<sup>104</sup> BGH NJW 1974, 553.

<sup>105</sup> BGH NJW 2003, 4424, z. B. ein Makler.

<sup>106</sup> Zu beiden Argumenten BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339, 1341 f.

<sup>107</sup> Vgl. hierzu eingehend *Marschke*, ZfIR 2012, 445, 447 ff.

<sup>108</sup> BGH, 10.12.2010 – V ZR 203/09, Rn 15 ff.

<sup>109</sup> BGH NJW-RR 1997, 270.

<sup>110</sup> OLG Düsseldorf NJW 2004, 783.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu die vom Arbeitskreis „Human Resources“ der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e. V. erarbeiteten Berufsbilder: [www.gif-ev.de](http://www.gif-ev.de).

son, sind Literatur und Rechtsprechung bisher zurückhaltend bei der Zurechnung externen objektbezogenen Wissens:

#### Beispiele:

*Kenntnisse einer beauftragten selbständigen Hausverwaltung, die nicht in die Verhandlungen eingebunden war, bleiben unberücksichtigt.<sup>112</sup> Auch eine konzernübergreifende Zurechnung von Informationen einer anderen juristischen Person findet nicht statt.<sup>113</sup>*

Erst recht findet keine Zurechnung statt, wenn die mit entsprechenden Kenntnissen ausgestattete „externe Stelle“ nicht aufgrund eines Auslagerungsaktes oder eines Dienstleistungsvertrages, sondern aufgrund gesetzlicher Zuständigkeit damit befasst ist: Wurde z. B. dem WEG-Verwalter eine behördliche Beseitigungsaufforderung bezüglich Mängeln am Gemeinschaftseigentum zugestellt, ist sie damit nicht dem Verkäufer bei der Veräußerung seines Sondereigentums zuzurechnen.<sup>114</sup>

Gerade bei größeren (oft Portfolio-)Transaktionen wird im Vertrag festgehalten, dass (1) auf Käuferseite der Inhalt des (virtuellen oder physischen) Datenraums als bekannt gelte<sup>115</sup> und (2) auf Verkäuferseite eine Zurechnung der Kenntnis bestimmter Personen – zusätzlich zu organschaftlichen Vertretern und Abschlussbevollmächtigten – erfolge:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Wissenszurechnung auf Käuferseite:

*Soweit es rechtlich auf die Kenntnis des Käufers (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB) von bestimmten Umständen ankommt, gilt diese Kenntnis als vorhanden (1) in Bezug auf alle Inhalte, die auf der nachstehend bezeichneten, dem Notar übergebenen „Datenraum-CD“ enthalten sind – diese enthält Scankopien aller Dokumente, die im physischen Datenraum zur Einsicht für Beauftragte des Käufers bereitstehen; der Scan wurde durch Mitarbeiter des Verkäufers und des Käufers gemeinsam gefertigt – ferner (2) in Bezug auf die Inhalte der Verweisungsurkunde, diesamtliche URNr. .../12, schließlich (3) in Bezug auf die Inhalte der Schriftstücke, die in Schrift- oder Textform an den Käufer oder dessen Beauftragte übermittelt wurden und abschließend in Kopie der heutigen Urkunde als Beweisanlage Nr. ... beigefügt sind. Lediglich mündlich vermittelte Kenntnis ist für die Zwecke des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB unbeachtlich; ebenso wird § 442 Abs. 1 S. 2 BGB abbedungen, so dass grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers ohne rechtliche Konsequenz bleibt.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Wissenszurechnung auf Verkäuferseite:

*Soweit es rechtlich, etwa als Voraussetzung der Haftung für Arglist, auf die Kenntnis des Verkäufers von bestimmten Umständen ankommt, ist die Kenntnis folgender Personen („Wissens-träger“) maßgebend: (1) des Verkäufers selbst (entfällt, wenn der Verkäufer eine juristische Person ist), (2) der Organe (§ 31 BGB) und (3) der schriftlich Bevollmächtigten des Verkäufers, falls diese, gleich in welchem Umfang, in die Vorbereitung, Verhandlung oder den Abschluss dieses Rechtsgeschäftes einbezogen waren, (4) des vom Verkäufer mit dem Verkauf beauftragten Maklers – insoweit kommt es allein auf die Kenntnis der Personen X und Y an – sowie (5) des Asset Managers A, des Property Managers B, des Facility Managers C, des Sicherheits- und Brandschutzbeauftragten D, der für die Objektbuchhaltung verantwortlichen Frau E, sowie des Herrn E (= des für das Kaufobjekt überwiegend eingesetzten Mitarbeiters des mit der Gebäudetechnik beauftragten Unternehmens ...).*

<sup>112</sup> BGH, 22.11.1996 – V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270.

<sup>113</sup> BGH, 13.10.2000 – V ZR 349/99, NJW 2001, 359, 360 (obiter), kritisch hierzu Marschke, ZfIR 2012, 445, 449.

<sup>114</sup> BGH DNotZ 2003, 274.

<sup>115</sup> Zur Üblichkeit solcher Klauseln vgl. Zerr/Giersch, ZfIR 2011, 214, 219.

### 3. Abwasseranlagen

In Bezug auf **Abwasseranlagen**, insbesondere deren Dichtheit, haben Landesgesetzgeber die öffentlich-rechtlichen Pflichten deutlich verschärft. So bestimmt etwa seit dem 1.1.2008 § 61a des nordrhein-westfälischen Landeswassergesetzes<sup>116</sup> (ähnlich der vorgehenden Norm, § 45 BauO NW), dass Abwasserleitungen „geschlossen, dicht und, soweit erforderlich, zum Reinigen eingerichtet sein“ müssen. Schmutz- und Mischwasser- (nicht jedoch reine Regenwasser-)Leitungen, einschließlich der sogenannten Grundleitungen unterhalb der Bodenplatte, müssen durch einen behördlich anerkannten Sachkundigen auf Dichtheit überprüft werden, und zwar spätestens bis zum 31.12.2015, vorbehaltlich einer Verkürzung oder einer Fristverlängerung durch gemeindliche Satzung. Festgestellte Undichtigkeiten sind in angemessenem Zeitraum zu beseitigen, die Prüfung ist sodann in Abständen von höchstens 20 Jahren zu wiederholen. Bei Wohnungseigentum ist wohl jeder Wohnungseigentümer unmittelbar als sachenrechtlicher Miteigentümer Adressat der Pflichten.<sup>117</sup>

Bei der tatsächlichen Undichtigkeit („materieller Fehler“) wie auch dem Fehlen einer Dichtheitsprüfung trotz Fristablaufs („formeller Fehler“) handelt es sich jeweils um einen **Sach- (nicht Rechts-)mangel**, da die öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse an die Beschaffenheit des Kaufgrundstücks anknüpfen. Fehlt eine ausdrückliche oder konkludente (positive oder negative) Beschaffenheitsvereinbarung zu diesen Themen, ergibt sich das Vorliegen eines Mangels jedenfalls aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB („Beschaffenheit, die der Käufer objektiv nach den Umständen erwarten darf“: das Vorliegen eines gesetzeskonformen Vertragsobjektes). Angesichts des üblichen Ausschlusses der Verkäuferhaftung für Sachmängel konzentriert sich die Prüfung darauf, ob das Verschweigen der (dem Verkäufer bekannten) formellen und/oder materiellen Mangelhaftigkeit des Abwasserkanals gegen eine **Aufklärungspflicht** verstößt, so dass § 444 BGB die Berufung auf den Verzicht abschneidet. Angesichts des verschärften, strafbewehrten Gesetzesbefehls dürfte eine solche Offenlegungspflicht zu bejahen sein; objektive Kausalität zwischen Verschweigen und Kaufentscheidung ist im Rahmen des § 444 BGB bekanntlich nicht erforderlich.<sup>118</sup>

Hat der Verkäufer allerdings nur den ihm bekannten formellen Gesetzesverstoß (Unterlassen der bereits geschuldeten Dichtheitsprüfung) verschwiegen und war ihm die daneben bestehende tatsächliche Undichtigkeit nicht bekannt, gilt für Letztere, da es sich um zwei getrennte Mängel handelt, der Gewährleistungsausschluss.<sup>119</sup> Die rechtliche Missbilligung arglistigen Verkäuferverhaltens führt auch bei der Tatbestandslösung (Vereinbarung des Ist-Zustands einschließlich verborgener Fehler als geschuldeter Beschaffenheit) zu demselben Ergebnis, da stets der stillschweigende Vorbehalt redlicher Aufklärung zu berücksichtigen ist: Unredlich verschwiegene konkrete Schäden von Gewicht fallen aus der pauschalen Ist-Beschaffenheitsvereinbarung heraus.<sup>120</sup>

Vertragliche Vereinbarungen hierzu haben bei noch nicht durchgeführter Dichtheitsprüfung zu regeln, ob diese noch

<sup>116</sup> Hierzu umfassend Schmittat, RNotZ 2012, 17 ff.

<sup>117</sup> Vgl. Schmittat, RNotZ 2012, 17, 19; etwaige Prüfungsaufträge erteilt jedoch typischerweise der Verband der Wohnungseigentümer als solcher.

<sup>118</sup> Vgl. BGH, 15.7.2011 – V ZR 171/10, NotBZ 2011, 434 m. Anm. Krauß.

<sup>119</sup> A. A. Schmittat, RNotZ 2012, 17, 23, wegen des vom Gesetzgeber gewollten Zusammenhangs zwischen materiellen Anforderungen und formellem Nachweis.

<sup>120</sup> So zutreffend Schmittat, RNotZ 2012, 17, 24; ähnlich Feller, MittBayNot 2003, 81, 90.

vom Verkäufer oder vom Käufer vorgenommen wird (bzw. sofern die behördliche Aufforderung vor Besitzübergang auf den Verkäufer zugeht, der Verkäufer insoweit in Vorleistung tritt und sodann der Käufer, nach Kaufpreisfälligkeit, diese Kosten zu erstatten hat und einen etwa sich ergebenden Sanierungsbedarf zu erfüllen hat). In Betracht kommen auch Teilungsabreden, gegebenenfalls mit Höchstgrenzen.

Der Notar ist nicht – auch nicht unter dem Aspekt der erweiterten Belehrungspflicht aus Betreuung – verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Kanalzustand anzusprechen; er ist jedoch ohne Verletzung seiner Unparteilichkeit hierzu gemäß § 17 BeurkG berechtigt.

## VII. Ausfertigungen für das Grundbuchamt

Das Grundbuchamt kann bekanntlich gemäß § 24a S. 1 GBV verlangen, dass zur „Entschlackung“ der Grundbuchvorlagen und zur Entlastung physisch aufzubewahrender Grundaktenbestände lediglich die **grundbuchrechtlich relevanten Erklärungen** eingeliefert werden. Auch ohne ein diesbezügliches Verlangen des Grundbuchamts kann es sich für den Notar empfehlen,<sup>121</sup> dem Grundbuchamt lediglich eine Ausfertigung im Auszug, ohne die für den Vollzug irrelevanten, insbesondere schuldrechtlichen Erklärungen, einzureichen, wenn nämlich die Beteiligten befürchten, dass ihr Grundbuch bzw. ihre Akten, also auch der nunmehrige Kaufvertrag, zu einem späteren Zeitpunkt von Dritten eingesehen werden, etwa weil zu einem künftigen Zeitpunkt eine „Persönlichkeit öffentlichen Interesses“ in Beziehung zum Grundstück steht und demgemäß die Presse ein umfassendes Grundbuch- und Grundakteneinsichtsrecht, auch in Bezug auf vergangene Vorgänge, erhält (causa *Christian Wulff*).<sup>122</sup>

Um den Text der Urkunde beim Vorlesen nicht künstlich zu zergliedern (also nach der Schlussformel sodann die wichtigen Daten wie Kaufpreis, Beschaffensvereinbarungen und Mängelrechte etc. als Anhang vorzulesen), wird diese **Ausfertigung als Auszug der Gesamturkunde** erteilt werden. Sie muss den Urkundeneingang einschließlich des Grundbuchstands, die schuldrechtliche Verkaufsformel, die dinglichen Erklärungen (Vormerkungsbewilligung, Auflassung, Umschreibungsbewilligung bzw. Vollmacht zur Fertigung einer eigenen Urkunde hierfür), die Kaufpreisfinanzierungsvollmacht, die Vollzugsvollmachten und die Kostenregelung enthalten, wobei – da der Kaufpreis wie auch die sonstigen schuldrechtlichen Regelungen ja herauskopiert werden – in den Schlusspassagen der Geschäftswert für das Grundbuchamt angegeben werden muss. Nicht enthalten sind damit die Regelungen zum Kaufpreis und seiner Fälligkeit, Sach- und Rechtsmängelvereinbarungen (mit Ausnahme etwaiger Löschungsbewilligungen oder Zustimmungen im Rahmen der Rechtsmängelregelung), zu Genehmigungen und gesetzlichen Vorkaufsrechten (mit Ausnahme beispielsweise der Doppelvollmacht zur Entgegennahme und Mitteilung gerichtlicher Genehmigungen), die Vollstreckungsunterwerfung, Maklerklauseln, die Hinweise des Notars und die Abschriftenregelung.



**Dr. Hans-Frieder Krauß**

ist Notar in München und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für den Immobilienkauf.  
info@notarkrauss.de

<sup>121</sup> Vgl. *Maaf*, NotBZ 2012, 100 ff.; *Abicht*, *notar* 2012, 139 f.; *Rupp*, Jahresrückblick Beurkundungs- und Berufsrecht, *notar* 2012, 157, 159; ausführlich *Böhringer*, DNotZ 2012, 413 ff.

<sup>122</sup> BGH, 17.8.2011 – V ZB 47/11, ZfIR 2011, 812 m. Anm. *Böttcher*, ebenso OLG Hamm, 17.1.2012 – 15 W 500/11; hierzu *Böhringer*, ZfIR 2012, 11, 19; *ders.*, DNotZ 2012, 413 ff.; *Maaf*, NotBZ 2012, 102.





## interview

## Der arabische Frühling: Aufbruch in eine neue Zeit

Interview mit Nawfel Triki, Präsident der tunesischen „Association nationale des chambres des notaires“

Die Umbrüche in Ägypten und Tunesien haben zwar innerhalb kürzester Zeit etablierte Regime beseitigt, die mittel- bis langfristigen Zukunftsperspektiven der betroffenen Länder erscheinen jedoch mit Abstufungen ungewiss. Durch die revolutionären Umwälzungen wurde der westliche Blick auf eine Region gelenkt, in der umfassende und tiefgreifende Reformen (rechts-)staatlicher Strukturen von Nöten sind, um eines Tages dem Ziel einer demokratisch verfassten und wirtschaftlich stabilen Ordnung nahezukommen. Denn während es vordergründig um die Ablösung autoritärer, undemokratischer Präsidenten ging, stehen die eigentlichen Ursachen der „arabischen Misere“ zwar mit der Herrschaft autoritärer Regime in Verbindung, liegen aber gleichzeitig noch tiefer und sind ökonomisch-sozialer Natur. Zu nennen wären hier beispielsweise mangelnde Perspektiven für die Mehrheit der Jugend, hohe Arbeitslosigkeit und Korruption sowie erstarrte Strukturen in Politik und Verwaltung, die Werten wie Transparenz, Mitsprache und Rechtssicherheit im Wege stehen.

Um ein detaillierteres Bild von den postrevolutionären Umständen im Allgemeinen und von den Arbeitsbedingungen eines tunesischen Notars im Besonderen zu bekommen, befragten *Patrick Schneider*, Projektbereichsleiter Nordafrika/Nahost bei der IRZ-Stiftung, und *Dr. Peter Schmitz*, Notar in Köln, den Präsidenten der tunesischen „Association nationale des chambres des notaires“, Herrn *Nawfel Triki*.

**> notar:** Würden Sie uns zum Einstieg bitte den Aufbau des tunesischen Notariatssystems schildern?

**> Triki:** Das tunesische Notariat ist so strukturiert, dass in jedem Berufsgerichtsbezirk eine Notarkammer existiert. Diese Kammern bilden gemeinsam die von einem Exekutivbüro geleitete Association nationale des chambres des notaires. Das Exekutivbüro besteht aus dem Präsidenten, seinem Stellvertreter, dem Generalsekretär, dessen Stellvertreter, dem Schatzmeister, einem Mitglied für berufliche Angelegenheiten und einem weiteren Mitglied für Weiterbildung und Qualifizierung. Dazu

kommen ein vom Präsidenten geleitetes erweitertes Büro, das neben den Mitgliedern des oben genannten Exekutivbüros die Präsidenten der einzelnen Kammern umfasst, und ein wissenschaftlicher Rat sowie ein Schiedsgericht, dessen Mitglieder die ehemaligen Präsidenten der Kammern in den Regionen und der Association nationale sind.

**> notar:** Im September 2011 trat die Nationale Kommission der Notariate in einen Streik. In den Medien wurde insoweit berichtet, Grund für den Streik sei eine immer noch ausstehende konsensfähige gesetzliche Regelung des Notarberufes gewesen. Auch der Vorsitzende der UINL (Union internationale du notariat) kritisierte bereits Mitte 2010 den Gesetzentwurf, weil er u. a. die Kompetenzen der Notare stark beschränke. Wie ist das zu verstehen?

**> Triki:** Erst im März 2009 entstand ein alle Notarkammern in einer einheitlichen landesweiten Struktur zusammenfassender Berufsverband. Bis dahin war dies von der inzwischen gestürzten Regierung kategorisch abgelehnt worden, weil sie befürchtete, seitens einer solchen Organisation noch mehr unter Druck zu geraten. Laut diesem Gesetz untersteht der Notar der Justiz, ist unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft an alle ihre Maßnahmen gebunden, arbeitet mit einem Partner und hat keinerlei exekutive Vollmachten. Was der Vorsitzende der UINL, *Dr. Jean-Paul Decorps*, angesprochen hat, ist das Dekret zum Rechtsanwaltsberuf, mit dem dessen Autoren, nämlich in Regierungspositionen gelangte Rechtsanwälte, wie z. B. der ehemalige Staatspräsident, der frühere Premierminister *Beji Caid Essebsi*, aber auch der ehemalige Justizminister und die meisten ihrer Berater, das Notariat aus dem Rechtswesen hinausdrängen wollten. Unser erbitterter Widerstand aber zwang sie zum Einlenken, so dass schließlich alles, was die Rechte des Notariats antastete, aus dem Dekret entfernt wurde. In dieser Auseinandersetzung bezog der Vorsitzende der UINL mutig in einer

Weise Position, die dem internationalen Notariat zur Ehre gereichte. Furchtlos und ohne zu zögern, besuchte er uns gerade in den Tagen, als über Tunesien ein Ausgangsverbot verhängt war und die Armee nach der Flucht des Staatspräsidenten die Kontrolle im Land übernommen hatte. Bei seinen Begegnungen mit dem Premierminister und anderen Regierungsvertretern sprach er sich gegen das ungerechte Dekret zum Rechtsanwaltsberuf aus. Was er damit für das tunesische Notariat geleistet hat, werden wir niemals vergessen.

**> notar:** Welche Punkte im Bereich des Notarrechts werden in Tunesien aktuell diskutiert? Welche Auswirkungen hatten/haben die revolutionären Umwälzungen in Tunesien auf die Arbeit des Notariats bzw. der Notarorganisationen?

**> Triki:** >Gegenwärtig ringen die Rechtsanwälte und Notare verblissen um die Zuständigkeit für die Ausfertigung von Verträgen. In den Diskussionen mit dem Justizministerium über einen diesbezüglichen Gesetzentwurf, der sich hinsichtlich der Organisation des Notariats an den fortgeschrittensten Staaten orientieren soll, wollen wir die Abschaffung des Prinzips des Partners, die Übertragung exekutiver Funktionen auf den Notar sowie die Festlegung ausschließlicher Zuständigkeiten bei der Abfassung von Verträgen erreichen. Hinsichtlich unserer Forderung nach solchen Zuständigkeiten beißen wir allerdings beim Ministerium und insbesondere bei der von diesem zur Erörterung des Gesetzentwurfs eingesetzten Kommission auf Granit, was die Notare ihrerseits verärgert und zu einem gespannten Verhältnis gegenüber dem Ministerium geführt hat.

**> notar:** Spielt – wie auch in Teilen Deutschlands – die französisch-napoleonische Rechtstradition eine Rolle, wonach Notariat und Advokatur nur getrennt voneinander praktiziert werden können?

**> Triki:** Tunesien kann sehr eigenständige Traditionen im Notarwesen vorweisen. Selbst die bei uns gebrauchte arabische Bezeichnung des Notars „Adl Ischhad [wörtlich etwa: „Juristische Amtsperson für zeugenschaftliche Bestätigung“, d. Übers.] gibt es nur in Tunesien. Auch die Praxis, dass zeugenschaftliche Aussagen von zwei Notaren aufzunehmen sind, ist nur bei uns üblich. Gemäß Artikel 40 und 41 des Berufsgesetzes ist es untersagt, gleichzeitig als Notar, Rechtsanwalt und/oder Vollzugsperson zu arbeiten, wie es den Notaren auch untersagt ist, ein Gewerbe auszuüben und/oder Parlamentsabgeordnete zu sein. Als Notar darf man auch keine staatliche Funktion innehaben, für die staatliche Gelder gezahlt werden, und nicht an staatlichen Hochschulen oder anderen staatlichen Einrichtungen arbeiten, es sei denn, es handelt sich um Unterrichtstätigkeit in der Juristenausbildung oder eine höchstens fünf Jahre dauernde ehrenamtliche Tätigkeit.

**> notar:** Ist das Notariat in Tunesien eine rein staatliche Institution oder gibt es auch privat tätige Notare?

**> Triki:** In Tunesien ist das Notariat ein quasi freier Beruf. Der Notar ist nicht Angestellter des Staates, sondern hat sein eigenes Büro, das er mit eigenen Mitteln unterhält. Sein Einkommen bezieht er von den Klienten und nicht vom Staat. Andererseits ist er der Aufsicht der Staatsanwaltschaft unterstellt, denn, indem der Staat einen Teil seiner Befugnisse hinsichtlich der von Behörden oder Privatpersonen gewünschten offiziellen Beglaubigungen an die Notare abgetreten hat, hat er ihnen Aufgaben eines Urkundsbeamten übertragen und demzufolge lässt er die Tätigkeit des Notars durch den Staatsanwalt beaufsichtigen.

**> notar:** Wie wird man Notar in Tunesien, welche Voraussetzungen muss ein Bewerber erfüllen?

**> Triki:** Um den Notarberuf ausüben zu können, muss man die folgenden, in Art. 6 des o. g. Gesetzes aufgeführten Voraussetzungen erfüllen: Nachdem ein vom Justizministerium durchgeführtes Bewerbungsgespräch erfolgreich verlaufen ist, absolviert der Bewerber einen sechsmonatigen Ausbildungskurs an der Richterhochschule. Um überhaupt zum Bewerbungsgespräch eingeladen zu werden, muss der Kandidat seit mindestens fünf Jahren tunesischer Staatsbürger sein und seine staatsbürgerlichen und politischen Rechte dürfen ihm weder aberkannt noch darf er vorbestraft sein. Außerdem muss er einen Hochschulabschluss einer juristischen Fakultät des Landes oder einen gleichwertigen Abschluss im Ausland vorweisen können. Er darf nicht älter als 50 Jahre sein, und die Angelegenheiten seines Militärdienstes müssen geregelt sein. Man kann sich aber auch ohne Altersbeschränkung und Bewerbungsgespräch auf die Liste der Notare setzen lassen, wenn man Richter, zugelassener Rechtsanwalt oder Staatsbeamter mit juristischem Hochschulabschluss ist und mindestens zehn Jahre lang einen juristischen Beruf ausgeübt und den oben beschriebenen Ausbildungskurs absolviert hat.

**> notar:** Wird die Anzahl der Notare von Amts wegen begrenzt?

**> Triki:** Ja, die staatlichen Behörden bestimmen tatsächlich, wie viele Notare es im jeweiligen Amtsgerichtsbezirk geben darf. Entsprechend den freien Stellen legen sie auch fest, wo man seine Tätigkeit aufzunehmen hat.

**> notar:** Wie viele Notare gibt es in Tunesien im Verhältnis zur Bevölkerungszahl? Wird die Zahl von den Notaren selbst als ausreichend oder gegebenenfalls als zu hoch oder zu niedrig empfunden?

**> Triki:** Zurzeit haben wir insgesamt etwa 1.000 Notare im ganzen Land. Angesichts der eingeschränkten Befugnisse ist das eine sehr große Zahl. Wir haben der Regierung vorgeschlagen, die Notare mit alleinigen Zuständigkeiten auszustatten, was dazu führen würde, dass zusätzlich 5.000 Notare mit ca. 20.000 Gehilfen zugelassen werden müssten und unser Berufsstand durch die Bereitstellung von etwa 25.000 neuen Arbeitsplätzen zur Lösung des Problems der Arbeitslosigkeit beitragen könnte. Allerdings lehnt die Regierung diesen Vorschlag aus nicht wirklich nachvollziehbaren Gründen ab.

**> notar:** Wie verhält es sich mit der territorialen Zuständigkeit eines Notars in Tunesien? Gibt es nach Art der Gerichtsbezirke auch Notarbezirke?

**> Triki:** Die Notare üben ihre Tätigkeit in den Grenzen eines Amtsgerichtsbezirks aus, wobei ein Notar nur für den Zuständigkeitsbereich des jeweiligen örtlichen Gerichts zugelassen ist und der Aufsicht des Staatsanwalts beim zuständigen Amtsgericht untersteht. Obwohl die Notare im geographischen Bereich des Amtsgerichtsbezirks tätig sind, fallen sie letztlich unter die Zuständigkeit des ihrem jeweiligen Amtsgericht übergeordneten Berufungsgerichts.

**> notar:** Welche Behörde übt in Tunesien die Rechtsaufsicht über die Notare aus? Wie ist diese ausgestaltet?

**> Triki:** Die Notare unterliegen der unmittelbaren Aufsicht des Staatsanwalts beim Amtsgericht, in dessen Bezirk sie tätig sind, der wiederum dem Generalstaatsanwalt untersteht. Letztlich gehören alle Staatsanwälte zum Justizministerium.

**> notar:** Wie ist die tunesische Notarkammer strukturiert? Handelt es sich eher um ein zentral ausgerichtetes, von Tunis gesteuertes System oder gibt es auch regionale Notarkammern?

**> Triki:** Die Notare des Landes sind entsprechend dem Zuschnitt der Berufungsgerichtsbezirke in 11 regionalen Kammern organisiert, die alle Mitglied der Association nationale des chambres des notaires sind, welche wiederum deren Aktivitäten koordiniert und die Notare gegenüber den Behörden vertritt.

**> notar:** Gibt es neben den Notarkammern auch andere Vereinigungen von Notaren, z. B. solche auf freiwilliger Basis? Falls ja, welche Funktionen nehmen diese Vereinigungen wahr?

**> Triki:** Außer der vom Gesetz von 1994 vorgeschriebenen, aber erst 2009 geschaffenen Association nationale des chambres des notaires gab es bislang keine weitere Notarvereinigung, allerdings wurde kürzlich in Tunesien die Vereinigung Junger Notare gegründet, die aber in allen das Notariatswesen betreffenden Fragen mit der Association nationale zusammenarbeitet.

**> notar:** Was sind die schwerpunktmäßigen Aufgaben eines tunesischen Notars?

**> Triki:** Die Notare sind für die Ausfertigung aller Dokumente zuständig, deren amtliche Beglaubigung von Behörden oder Privatpersonen gewünscht wird, wobei sie allerdings unter dem Druck der Konkurrenz einer Reihe anderer Berufsstände stehen, die auch Schriftstücke ausfertigen, die sich hinsichtlich ihrer rechtlichen Bedeutung und ihrer Verfahrensrelevanz nicht von amtlich beglaubigten Dokumenten unterscheiden.

**> notar:** Anders als in Deutschland ist in Tunesien eine notarielle Form für den Grundstückserwerb nicht erforderlich. Gibt es besondere Überlegungen, die dazu führten, auf den Notar als objektive Partei bei Geschäften zu verzichten, die für viele Menschen von existentieller Bedeutung sind?

**> Triki:** Ich muss auch feststellen, dass, anders als in Deutschland, die Interessen der Mächtigen und Entscheidungsträger in Tunesien miteinander verwoben sind. So war das Thema der Regelungen des Wirtschaftslebens immer Ergebnis eines Prozesses des politischen Gebens und Nehmens zwischen dem früheren Präsidenten und der Anwaltschaft. Der Präsident erkaufte sich deren Stillschweigen in wichtigen Fragen, indem er ihnen das Privileg zusprach, als Einzige Verträge für kommerzielle Geschäfte ausfertigen zu dürfen, und ihnen dann auch noch das Pflichtmandat bei gerichtlichen Grundbesitzverfahren gewährte. Das hatte es vorher nicht gegeben, war aber nicht das einzige Entgegenkommen seitens des Präsidenten.

**> notar:** Inwieweit ist der Notar verpflichtet, die Interessen seiner Klienten zu wahren, das heißt, welche Belehrungs- und Betreuungspflichten hat der Notar? Endet die Tätigkeit des Notars mit dem Beurkundungsverfahren oder kümmert er sich auch um die Abwicklung/den Vollzug der Urkunden?

**> Triki:** Da der Notar neutral und transparent arbeitet, ist er verpflichtet, die Interessen der verschiedenen, vor ihm erscheinenden Seiten ohne Ansehen der ihn beauftragenden oder nicht beauftragenden Person zu schützen. Allerdings beschränkt er sich auf die Entgegennahme der Erklärungen, während es den Vertragsparteien obliegt, die Vereinbarungen umzusetzen.

**> notar:** Zur Haftung der Notare: In Deutschland haften Notare persönlich und unbeschränkt. Ist dies auch in Tunesien der Fall? Wie ist das Haftungsrecht ausgestaltet?

**> Triki:** Die Notare haften sowohl straf- als auch zivilrechtlich. Sie können sogar zu lebenslanger Haft verurteilt werden. Insofern kann jeder von einem tunesischen Notar ausgefertigte Vertrag zu einer Art Sprengsatz werden, bei dem man nie weiß, wann er explodiert und die Person, die ihn ausgefertigt hat, in den Abgrund reißt, obwohl sie nichts weiter getan hat, als die Erklärungen der Vertragsparteien aufzunehmen.

**> notar:** Das tunesische Zivilrecht – sei es durch Gesetz oder durch richterliche Rechtsanwendung – beinhaltet ja einige scharia-rechtliche Elemente, insbesondere das Familienrecht. Spielt dies in der notariellen Praxis eine Rolle? Die gleiche Frage bezieht sich auf die speziellen islamrechtlichen Vorschriften des Erbrechts. Sind diese Teil der tunesischen Gesetze oder gibt es Unterschiede? Beurkundet der Notar in Tunesien auch islamische Eheverträge?

**> Triki:** Der Notar setzt nur den Ehevertrag auf, welcher nichts anderes als ein rein zivilrechtlicher Vertrag entsprechend den Bestimmungen des Personenstandsgesetzes ist. Dieses Gesetz beruht auf verschiedenen Quellen, deren bedeutendste durchaus das islamische Recht sein mag, insbesondere was das im Personenstandsgesetz kodifizierte Erbrecht betrifft. Dieses Gesetz ist der einzige Leitfaden des Notars bei der Ausübung seines Berufs. Unsere Arbeitsgrundlage ist demzufolge das Gesetz und wir lassen uns von keinerlei anderen Quellen leiten, das heißt, unsere Tätigkeit beruht nicht auf der islamischen Scharia, sondern ausschließlich auf den staatlichen Gesetzen.

**> notar:** Unterhalten Sie Kooperationen mit ausländischen Notarkammern?

**> Triki:** Ja, das Notariat Tunesiens ist Mitglied der von Jean-Paul Decorps geleiteten Union Internationale du Notariat (UINL), wie es auch dem afrikanischen Berufsverband und weiteren internationalen Organisationen und Vereinigungen angehört. Wir sind über ein Abkommen mit dem französischen Conseil Supérieur du Notariat verbunden und haben Partnerschaftsverträge mit einer Reihe regionaler Notariatskammern in arabischen Staaten und darüber hinaus.

**> notar:** Welche Bereiche erachten Sie im Rahmen eines möglichen deutsch-tunesischen Austausches im Bereich Notarrecht als besonders relevant und interessant? Haben Sie Wünsche und Erwartungen die Ausgestaltung einer solchen Zusammenarbeit betreffend?

**> Triki:** Ich wünsche mir, von Ihnen noch mehr über Ihre gesetzlichen Regelungen erfahren und Ideen und Meinungen mit Ihnen austauschen zu können. Außerdem haben wir die Hoffnung, dass ein internationaler Verband des Notariats entsteht, welcher sich für das legitime Recht der Notare, als Einzige Verträge ausfertigen zu können, einsetzt. Dies würde dem Staat zusätzliche Einnahmen bringen, zu mehr Steuertransparenz führen und die Vertragsparteien dank der Tätigkeit des Notars mit mehr vertraglicher Stabilität und Sicherheit ausstatten.

**> notar:** Herr Triki, wir danken Ihnen für das Gespräch.



# Das Notariat in Russland im Wandel der Zeit

Interview mit Maria Sazonova, Präsidentin der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation

Gemeinsam mit dem Deutschen Notarverein und der Bundesnotarkammer und unter Einsatz zahlreicher Notarinnen und Notare begleitet die IRZ-Stiftung seit ihrer Gründung die Rechts- und Justizreformen in den zwischenzeitlich über 30 Partnerstaaten. Die Reformen des Zivilrechts (hier insbesondere des Sachen- und des Kreditsicherheitsrechts) und der Justiz (Prozessgesetze, Institutionenaufbau, Berufsrecht für Notare, Richter und Rechtsanwälte sowie Registerrecht u. a.) stellen hierbei einen wichtigen Schwerpunkt der Arbeiten dar. Dr. Stefan Hülshörster, stellvertretender Geschäftsführer der IRZ-Stiftung, und Prof. Dr. Jan Eickelberg, der selbst an zahlreichen IRZ-Experteneinsätzen teilgenommen hat, befragten die Präsidentin der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation, Notarin Maria Sazonova, zur derzeitigen Lage des notariellen Systems in ihrem Land.

## A. Das Notariat in der Russischen Föderation

> **notar:** Wie ist das Notariat in der Russischen Föderation derzeit ausgestaltet?

> **Sazonova:** In Russland gibt es aktuell zwei Rechtsformen des Notariats, und zwar ein nichtstaatliches (das sogenannte nicht-budgetäre, also nicht aus dem Staatshaushalt finanzierte Notariat) und ein staatliches Notariat. Die Anzahl der frei praktizierenden Notare beträgt 7.588, darunter 32 staatliche Notare. Von diesen 32 Notarstellen sind 25 besetzt (sieben sind vakant). Im neuen Notargesetz schlagen wir vor, das staatliche Notariat endgültig abzuschaffen und die notariellen Dienstleistungen in vollem Umfang zu übernehmen, namentlich auch in schwer zugänglichen und wirtschaftlich schwach entwickelten Regionen, indem wir die dort tätigen Notare unterstützen und ihnen finanzielle und organisatorische Hilfestellung leisten.

> **notar:** Welche Probleme waren beim Übergang vom staatlichen zum privaten Notariat zu bewältigen?

> **Sazonova:** Einerseits haben die Notare, die 1993 zur neuen Rechtsform des nichtstaatlichen Notariats übergegangen sind, den ihnen vom Staat erteilten Auftrag erfüllt – sie haben dafür gesorgt, dass die Schlangen vor den ehemals staatlichen Notarkanzleien verschwanden, sie haben die für die Arbeit mit den Bürgern erforderlichen Bedingungen geschaffen, Informationstechnologien in die notarielle Tätigkeit eingeführt, die Qualität der juristischen Dienstleistungen verbessert sowie den Staat von der Notwendigkeit befreit, das Notariat wirtschaftlich zu unterhalten. Gleichzeitig ist in der absoluten Mehrheit der Regionen die Zahl der Notare um das Drei- bis Fünffache gestiegen, in Woronesh beispielsweise gibt es jetzt sechs Mal mehr und in St. Petersburg viereinhalb Mal mehr Notare als früher. Die Anzahl der bei den Notaren beschäftigten Mitarbeiter ist um ein Vielfaches gestiegen, aktuell sind es in Russland über 10.000. Das Notariat hat also auch für neue Arbeitsplätze gesorgt. Die Vorteile des neuen Notariats liegen auf der Hand. Andererseits regeln die „Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über das Notariat“ dessen Tätigkeit weder vollständig noch in der erforderlichen Form. Diese Grundlagen enthalten keine exakte Definition der Begriffe des Notariats und der notariellen Tätigkeit. Die Stellung und die Rolle des Notariats im Bereich der bürgerlichen Rechtsverhältnisse und seine Funktion als juristisches Instrument für die

Gestaltung neuer Wirtschaftsverhältnisse sind nur schwach ausgebildet; die Aufsichtsfunktionen der staatlichen Behörden im Bereich des Notariats sind unzureichend geregelt.

Das Fehlen einer klaren Regelung hinsichtlich der Rechtsstellung und der Zweckbestimmung des Notariats hat zum Beispiel dazu geführt, dass der Notar fünfzehn Jahre lang steuerrechtlich wie ein Unternehmer behandelt wurde.

Unter den Bedingungen der intensiven Gestaltung des neuen russischen Rechts haben andere Bereiche Schritt für Schritt verschiedene Funktionen des Notariats an sich gezogen.

Rechtsgeschäfte über Grundstücke, für die stets das Notariat zuständig war, sind infolge eines einfachen Schriftformerfordernisses an Immobilienmakler, Anwälte und Juristen diverser Couleur gegangen. So wurde eine Funktion nach der anderen „ausgewaschen“. Und im Ergebnis ersticken die Gerichte in Rechtsstreitigkeiten, die solche Verträge in einfacher Schriftform mit sich bringen.

Rund 65 Prozent sämtlicher notarieller Handlungen machen Abschriften und Unterschriftsbeglaubigungen, also das Einfachste vom Einfachen, aus.

Erst in letzter Zeit ist eine Tendenz zur stärkeren Inanspruchnahme des Potentials der Notariate durch Staat und Bürger zu beobachten, seit sich die Erkenntnis durchsetzte, dass es sich beim Notar um einen erstklassigen Spezialisten mit juristischem Hochschulabschluss handelt, der dem Mandanten gegenüber vermögensrechtlich haftet und der, gerade weil er in der vorsorgenden Rechtspflege tätig ist, in der Lage ist, die Risiken im Bereich der bürgerlichen Rechtsverhältnisse zu verringern.

> **notar:** Derzeit wird in der Russischen Föderation an einem neuen Notargesetz gearbeitet. Welche berufsrechtlichen Änderungen sollen hier im Vergleich zum bisherigen System vorgenommen werden?

> **Sazonova:** Dem russischen Notariat steht eine radikale Reform bevor, in deren Ergebnis ein Modell geschaffen werden soll, das die Gewährleistung qualifizierten juristischen Beistands gemäß Artikel 48 der Verfassung der Russischen Föderation für Bürger und juristische Personen in ganz Russland vollumfänglich und qualitativ hochwertig sicherstellt.

Die Arbeit am Gesetz „Über das Notariat und die notarielle Tätigkeit in der Russischen Föderation“ ist durch zwei grundsätzliche Gesichtspunkte gekennzeichnet.

Erstens: Ein Teil der Funktionen, die gegenwärtig von staatlichen Behörden wahrgenommen werden, muss dem Notariat übertragen werden. Dabei handelt es sich an erster Stelle um die Abwicklung von Rechtsgeschäften über unbewegliches Vermögen und die Übergabe der Urkunden zur amtlichen Eintragung der Rechte an unbeweglichem Vermögen, wobei der Notar die Rolle eines Garanten für die Korrektheit des Rechtsgeschäfts übernehmen muss. Mit anderen Worten, sofern der Notar ein solches Rechtsgeschäft beglaubigt, muss er das Datenpaket für die amtliche Eintragung zusammenstellen und es auf elektronischem Weg an den Föderalen Dienst für staatliche Registrierung, Kataster

und Kartographie übermitteln, wodurch die Arbeit des Registerbeamten erleichtert wird. Dasselbe gilt auch für die Eintragung juristischer Personen. Ganz nebenbei gesagt, die ersten erfolgreichen Versuche für ein solches Zusammenwirken von Notariat und Registerbehörden liegen bereits vor. Beispielsweise werden sämtliche Änderungen und Ergänzungen von Satzungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf Grundlage der Anträge der Vertreter der entsprechenden juristischen Personen durch die Notare auf elektronischem Weg an die Registerbehörde übermittelt.

Weiterhin ist die notarielle Beglaubigung von gütlichen Einigungen vorgesehen, bei denen die Beteiligung des Gerichts nicht zwingend ist. Das würde die Gerichte entlasten. Entsprechende positive Erfahrungen kennen wir auch aus der europäischen Praxis.

Das Gesetz enthält keine abschließende Aufzählung notarieller Handlungen. Es wäre schwierig, sämtliche Funktionen aufzulisten, die dem Notariat übertragen werden könnten, aber man kann davon ausgehen, dass es durchaus etliche sein werden.

Zweitens: Das Gesetz sieht eine Ausweitung der Zuständigkeiten des Notars im Rahmen der Rechtsanwendung vor. Bei der Eintragung von Unternehmen zum Beispiel könnte der Notar die vollständige juristische Begleitung aller rechtserheblichen Handlungen übernehmen: an der Gründungsversammlung teilnehmen, die wichtigsten Gesichtspunkte festhalten, die den Aktivitäten des Unternehmens zugrunde gelegt werden, das Urkundenpaket zusammenstellen und die Eintragung der juristischen Person beantragen. In der Folge würden inkompetente Personen aus dem Bereich der rechtlichen Begleitung von Aktivitäten juristischer Personen verschwinden. Der Notar würde dafür sorgen, dass die entsprechenden Prozesse ohne Fälschungen, Benutzung verlorener Ausweispapiere, Strohmänner usw. abgewickelt werden.

**> notar:** Können Sie unseren Lesern bitte einmal die Aufgaben und die Stellung der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation erläutern?

**> Sazonova:** Die Föderale Notarkammer als nichtkommerzielle Organisation ist der berufsständische Verband der Notarkammern der Gliedstaaten der Russischen Föderation – der Republiken, eines autonomen Gebiets, der autonomen Bezirke, Regionen und Gebiete sowie der Städte Moskau und St. Petersburg. Die Mitgliedschaft in der Föderalen Notarkammer ist zwingend.

Die Föderale Notarkammer ist eine juristische Person und organisiert ihre Arbeit im Wege der Selbstverwaltung.

Sie koordiniert die Aktivitäten der Notarkammern und vertritt deren Interessen gegenüber den Organen der staatlichen Gewalt sowie gegenüber Unternehmen, Einrichtungen und Organisationen. Sie gewährleistet den Schutz der sozialen und berufsständischen Interessen der frei praktizierenden Notare, gibt Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen der Russischen Föderation in Bezug auf Fragen ab, die das Notariat betreffen, und gewährleistet die Weiterbildung von Notaren, Notarreferendaren und Notarassessoren. Darüber hinaus organisiert die Föderale Notarkammer die Versicherung der notariellen Tätigkeit und vertritt die Interessen der Notarkammern in internationalen Organisationen.

**> notar:** Sie haben gesagt, dass es neben der Föderalen Notarkammer der Russischen Föderation auch auf regionaler Ebene Einrichtungen der notariellen Selbstverwaltung in der Russi-

schen Föderation gibt. Welche Aufgaben haben die regionalen Notarkammern im Vergleich zur Föderalen Kammer?

**> Sazonova:** Neben der Föderalen Notarkammer werden, wie gesagt, in sämtlichen Gliedstaaten der Russischen Föderation regionale Notarkammern gebildet. Die Notarkammer eines Gliedstaats ist ebenfalls eine nichtkommerzielle Organisation als berufsständischer Verband der frei praktizierenden Notare. Die Mitgliedschaft der Notare in den Kammern ist zwingend.

Personen, die eine Genehmigung für die Tätigkeit als Notar erhalten oder beantragen, können ebenfalls Kammermitglied sein.

Die Notarkammer vertritt die Interessen der Notare, leistet ihnen bei der weiteren Entwicklung der notariellen Tätigkeit Hilfe und Unterstützung, organisiert Praktika für Notarbewerber und die Weiterbildung für Notare. Ferner erstattet sie die Auslagen für Gutachten, die ein Gericht in Verfahren anordnet, die sich auf die Tätigkeit von Notaren beziehen, sie organisiert die Versicherung der notariellen Tätigkeit.

Durch die Gesetzgebung der Gliedstaaten der Russischen Föderation können der Notarkammer zusätzliche Befugnisse zugewiesen werden.

**> notar:** Existieren auch – dem Deutschen Notarverein und den regionalen Notarvereinen in Deutschland vergleichbare – Vereinigungen der Notare mit freiwilliger Mitgliedschaft? Welche Funktionen haben diese?

**> Sazonova:** Nein, solche Vereine gibt es in Russland nicht. Alle Initiativen der Notare werden über die Föderale Notarkammer oder die regionalen Kammern abgewickelt. So verfügt die Föderale Notarkammer über zehn ständige Ausschüsse (für Gesetzgebung und Methodik, für Informationstechnologien, für die Aufsicht über die Tätigkeit der Notarkammern der Gliedstaaten der Russischen Föderation, für soziale Hilfeleistungen, für Ethik und berufsständische Ehre und Würde der Notare, für internationale Zusammenarbeit, für das historische Erbe des russischen Notariats sowie jeweils einen Revisions-, Satzungs- und Haushaltsausschuss). Darüber hinaus existieren ein Mandats- und ein Wahlausschuss für den Zeitraum der Versammlungen der Vertreter der Notarkammern der Gliedstaaten der Russischen Föderation. Analog zur Föderalen Notarkammer sind solche Ausschüsse auch in den regionalen Kammern eingerichtet worden. Alle russischen Notare können sich an der Arbeit der Ausschüsse beteiligen.

Wir beabsichtigen zudem, bei der Föderalen Notarkammer neben diesen Ausschüssen zwei beratende Organe ins Leben zu rufen – einen Jugend- und einen Veteranenbeirat. Wir denken, dass es sehr wichtig ist, aus den Erfahrungen und dem Wissen ehemaliger Führungspersönlichkeiten zu schöpfen und den Tatendrang der Jugend zu nutzen.

## B. Die notarielle Tätigkeit

**> notar:** In welchen Bereichen liegen die Schwerpunkte notarieller Tätigkeit in der Russischen Föderation?

**> Sazonova:** Gemäß der Verfassung der Russischen Föderation, den Verfassungen (Satzungen) der Gliedstaaten der Russischen Föderation und den Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über das Notariat ist das Notariat in der Russischen Föderation dazu berufen, den Schutz der Rechte und gesetzlichen Interessen der Bürger und juristischen Personen durch die Vornahme der durch die Gesetzgebung vorgesehenen notariellen

Handlungen durch Notare im Namen der Russischen Föderation zu gewährleisten.

Die Liste der notariellen Handlungen, die durch frei praktizierende Notare vorgenommen werden, findet sich in den Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über das Notariat. Sie hat keinen abschließenden Charakter.

Zur „exklusiven“ Zuständigkeit des Notars kann man beispielsweise die Erteilung von Erbscheinen und die Ausstellung von Urkunden über das Teileigentum am gemeinsamen Vermögen von Ehegatten, die Verwahrung von Geldbeträgen und Wertpapieren, das Aufsetzen von Vollstreckungsklauseln, die Erhebung von Wechselprotesten, Verwahrung von Urkunden, Beweissicherung und Übergabe von Anträgen und Erklärungen von natürlichen und juristischen Personen an andere natürliche und juristische Personen zählen.

**> notar:** Wird es im Zuge der angestrebten Reformierung des russischen Zivilgesetzbuchs (insbesondere des Sachen- bzw. des Kreditsicherheitsrechts) zu maßgeblichen Änderungen bei der Beurkundungszuständigkeit des Notars kommen?

**> Sazonova:** Das hoffen wir. Der bereits erarbeitete Entwurf des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation weitet die Rolle der Notare in Fragen der Rechtssicherheit und der Stabilität des bürgerlichen Rechtsverkehrs ganz erheblich aus. Der Entwurf des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation sieht jetzt die zwingende notarielle Beglaubigung von Rechtsgeschäften über unbewegliches Vermögen sowie die Partizipation im unternehmerischen Bereich vor, was im Grunde genommen nichts Neues ist, sondern eher die Rückkehr des Notariats in eine professionelle Nische darstellt, in der es früher tätig war.

**> notar:** Kommen wir nun zum Beurkundungsrecht. In Deutschland wird das Beurkundungsverfahren in einem gesonderten Beurkundungsgesetz geregelt. Dies ist in der Russischen Föderation derzeit anders. Soll auch dieser Bereich in der bereits erwähnten Novelle geregelt werden und – falls ja – welche Neuerungen sind geplant?

**> Sazonova:** Es ist so, dass die Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über das Notariat zu wenig Vorschriften aufweisen, die das notarielle Beurkundungsverfahren regeln: Gegenwärtig existiert eine Vielzahl von zusätzlichen Anordnungen, Instruktionen und weiteren Vorschriften.

Der Gesetzentwurf enthält einen Abschnitt über das notarielle Verfahren, der den einhelligen Wunsch aller derjenigen widerspiegelt, die über die Angelegenheiten des Notariats geschrieben haben, und zwar den Wunsch nach maximaler Konkretisierung und Detaillierung der Beschreibung der notariellen Verfahren. Die geltenden Grundlagen widmen diesem Thema gerade mal ein Dutzend Artikel, während es im Entwurf um die 60 sind. Es wurden z. B. detaillierte Vorschriften ausgearbeitet, die die Unparteilichkeit des Notars sicherstellen, die Regelungen im Hinblick auf Verfahrensentscheidungen im Rahmen der notariellen Tätigkeit enthalten und die die Rechte und Pflichten aller am notariellen Verfahren beteiligten Personen regeln. Der Entwurf systematisiert zudem die notariellen Vermerke. Einen bedeutenden Platz nehmen daneben Fragen ein, die die notarielle Urkunde, deren Inhalt, die Unterzeichnung, das Inkrafttreten, die Aussetzung, Anfechtung und andere wichtige Aspekte betreffen. Der Entwurf sieht ferner die Möglichkeit vor, eine Niederschrift über die Vornahme einer notariellen Handlung aufzusetzen sowie

Ton- und Bildmitschnitte zu verwenden, um die Glaubwürdigkeit der vorgenommenen notariellen Handlung zu gewährleisten. Insgesamt ist es mit dem Gesetzentwurf gelungen, die Interessen des Notars und der Personen, die notariellen Beistand benötigen, hinreichend ausgewogen widerzuspiegeln. Eine der Aufgaben des Entwurfs besteht in der Systematisierung der einzelnen notariellen Handlungen. Im Ergebnis ist deren Anzahl im Vergleich zu den geltenden Grundlagen nicht nur gestiegen, sondern sie hat auch Ergänzungen erfahren.

**> notar:** Bitte stellen Sie kurz das derzeitige Beurkundungsverfahren in der Russischen Föderation dar. Insbesondere: Müssen die Urkunden verlesen werden?

**> Sazonova:** Bei Vornahme einer notariellen Handlung stellt der Notar die Personalien des Bürgers, dessen Vertreters oder des Vertreters der juristischen Person fest, der ihn ersucht, eine notarielle Handlung vorzunehmen.

Die Feststellung der Personalien erfolgt anhand des Personalausweises oder anderer Papiere, die jedwede Zweifel hinsichtlich der Identität des Bürgers ausschließen, der um die Vornahme einer notariellen Handlung ersucht.

Bei der Beglaubigung von Rechtsgeschäften wird die Geschäftsfähigkeit der Bürger festgestellt und die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen überprüft, die an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind. Wird das Rechtsgeschäft durch einen Vertreter vorgenommen, so werden auch dessen Befugnisse einer Überprüfung unterzogen.

Der Inhalt eines notariell zu beglaubigenden Rechtsgeschäfts, einer Erklärung sowie anderer Dokumente muss allen Beteiligten verlesen werden. Dokumente, die notariell ausgefertigt werden, sind im Beisein des Notars zu unterzeichnen.

Die Notare nehmen Dokumente, die Radierungen oder Zusätze, durchgestrichene Wörter und andere unbesprochene Änderungen beinhalten, sowie mit Bleistift aufgesetzte Dokumente zur Vornahme notarieller Handlungen nicht an.

Der Wortlaut des notariell zu beglaubigenden Rechtsgeschäfts muss verständlich und klar verfasst und die sich auf den Inhalt des Dokuments beziehenden Zahlen und Fristen müssen mindestens einmal in Worten ausgeschrieben sein. Bezeichnungen juristischer Personen dürfen keine Abkürzungen enthalten, der Sitz ihrer Organe ist anzugeben. Die Nach- und Vornamen von Bürgern sowie ihr Wohnsitz müssen vollständig festgehalten werden.

In einem Dokument, dessen Umfang ein Blatt übersteigt, sind die Blätter zu heften, zu nummerieren und mit einem Siegel zu versehen.

Der Notar ist verpflichtet, den Parteien Sinn und Bedeutung des Rechtsgeschäftsentwurfs zu erläutern und zu überprüfen, ob dessen Inhalt den tatsächlichen Absichten der Parteien entspricht und nicht im Widerspruch zu den Anforderungen des Gesetzes steht.

**> notar:** Gibt es ein dem deutschen Grundbuch vergleichbares System der Registrierung dinglicher Rechte an Immobilien?

**> Sazonova:** In Russland wird diese Funktion vom Föderalen Dienst für staatliche Registrierung, Kataster und Kartographie sowie seinen territorialen Zweigstellen in den Gliedstaaten der Russischen Föderation wahrgenommen.



## C. Der Notar

**> notar:** Welchen Anforderungen muss ein Bewerber für eine Notarstelle in der Russischen Föderation genügen?

**> Sazonova:** An eine Person, die Notar werden möchte, werden folgende Anforderungen gestellt: Sie muss die Staatsbürgerschaft der Russischen Föderation, einen Hochschulabschluss in Rechtswissenschaften sowie eine Genehmigung zur Ausübung der notariellen Tätigkeit besitzen (um eine solche Genehmigung zu erhalten, ist es erforderlich, ein mindestens einjähriges Praktikum bei einem frei praktizierenden Notar oder in einer staatlichen Notarkanzlei zu absolvieren und eine Eignungsprüfung abzulegen).

**> notar:** Findet neben einer Prüfung der persönlichen und der fachlichen Eignung auch eine Bedürfnisprüfung statt? Wer führt diese durch? Wer ernennt sodann die Notare?

**> Sazonova:** Die Anzahl der Notarstellen im jeweiligen Notarbezirk legt das Organ der staatlichen Gewalt des jeweiligen Gliedstaates der Russischen Föderation fest.

Die Vorschläge zur Anzahl der Notarstellen im jeweiligen Notarbezirk werden von der zuständigen Abteilung des Ministeriums der Justiz der Russischen Föderation im jeweiligen Gliedstaat in Zusammenarbeit mit der Notarkammer auf Initiative des Organs der staatlichen Gewalt des Gliedstaates der Russischen Föderation oder auf Initiative der Ministerialabteilung beziehungsweise der Notarkammer erarbeitet.

Die entsprechende Zahl wird dann durch Gesetz oder einen anderen normativen Rechtsakt des Gliedstaates der Russischen Föderation bestimmt, und zwar höchstens einmal pro Jahr.

Die Gesamtheit der Kriterien, die die Ministerialabteilung und die Notarkammer in Vorbereitung der Vorschläge zur Anzahl der Notarstellen im Notarbezirk sowie das Organ der staatlichen Gewalt des Gliedstaates der Russischen Föderation bei der Entscheidung über die Anzahl der Notarstellen im Notarbezirk zu berücksichtigen haben, stellt sich wie folgt dar:

1. In jedem Notarbezirk muss mindestens eine Notarstelle vorhanden sein.
2. Maßgeblich ist die Einwohnerzahl im Notarbezirk. Dabei werden die zweite und alle weiteren Notarstellen folgendermaßen bestimmt:
  - in Notarbezirken, die in kreisfreien Städten (sogenannte Städte mit föderaler Bedeutung) belegen sind: ein Notar je 15.000 Einwohner;
  - in Notarbezirken, die in „städtischen Siedlungen“ belegen sind: ein Notar je 20.000 bis 25.000 Einwohner;
  - in Notarbezirken, die in Landkreisen belegen sind (mit Ausnahme der oben genannten städtischen Siedlungen, in deren Grenzen Notarbezirke festgelegt sind): ein Notar je 25.000 bis 30.000 Einwohner.

Die Ernennung zum Notar erfolgt durch die territoriale Justizbehörde auf Grundlage einer Empfehlung der Notarkammer im Ausschreibungsverfahren.

**> notar:** Wie ist insgesamt das Verhältnis der Anzahl der Notare in Relation zur Bevölkerungszahl?

**> Sazonova:** Wie ich bereits ausgeführt habe, gibt es in Russland gegenwärtig 7.588 frei praktizierende Notare, also kommt ein Notar auf rund 18.500 Einwohner. Darüber hinaus sind in den

Notarkanzleien über 10.000 qualifizierte Notargehilfen (beispielsweise Bürofachkräfte und Berater) beschäftigt. Einen quantitativen Mangel an notariellen Dienstleistungen haben wir in Russland also nicht.

Die weit abgelegenen und wirtschaftlich schwach entwickelten Regionen sind aber eine andere Sache. Dort kann es tatsächlich zu einem Mangel an notariellen Dienstleistungen kommen. Aber die Notarkammern der Gliedstaaten der Russischen Föderation übernehmen immer häufiger die Verantwortung für die Gewährleistung qualifizierten juristischen Beistands für die Bürger.

**> notar:** Wird dem Notar bei seiner Bestellung ein fester Amtsbereich zugewiesen?

**> Sazonova:** Der Notar übt seine Tätigkeit in den Grenzen des Notarbezirks aus, in dem er zum Notar ernannt wurde. Der Notarbezirk, also das Gebiet, in dem der Notar seine Tätigkeit ausübt, wird in Übereinstimmung mit der territorialen Verwaltungsgliederung der Russischen Föderation festgelegt.

Der Notarbezirk kann verändert werden, und zwar auf der Grundlage eines Verfahrens, das durch das föderale Organ der exekutiven Gewalt, das für Rechtsanwendung sowie die Kontrolle und Aufsicht über das Notariat zuständig ist, gemeinsam mit der Föderalen Notarkammer festgelegt wird.

Die Vornahme einer notariellen Handlung durch den Notar außerhalb seines Notarbezirks bewirkt nicht, dass diese Handlung für ungültig erklärt wird.

**> notar:** Wonach richten sich die Gebühren der Notare? Kann er diese selbst vereinnahmen?

**> Sazonova:** Gemäß dem Steuergesetzbuch der Russischen Föderation werden beispielsweise folgende staatliche Gebühren (Tariife) für die Vornahme von notariellen Handlungen erhoben:

1. für die Beglaubigung einer Vollmacht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das gemäß der Gesetzgebung der Russischen Föderation der notariellen Form bedarf: 200 Rubel;
2. für die Beglaubigung von Kaufverträgen und von Pfandverträgen über einen Anteil oder den Teil eines Anteils am Stammkapital einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Abhängigkeit von der Vertragssumme:
  - bis zu 1.000.000 Rubel: 0,5 vom Hundert der Vertragssumme, jedoch mindestens 1.500 Rubel;
  - von 1.000.001 bis einschließlich 10.000.000 Rubel: 5.000 Rubel zuzüglich 0,3 vom Hundert der Vertragssumme;
  - über 10.000.001 Rubel: 32.000 Rubel zuzüglich 0,15 vom Hundert der Vertragssumme, jedoch höchstens 150.000 Rubel;
3. für die Beglaubigung einer Übereinkunft über die Leistung von Unterhaltszahlungen: 250 Rubel;
4. für die Beglaubigung eines Ehevertrags: 500 Rubel;
5. für die Erteilung eines Erbscheins über ein gesetzliches oder testamentarisches Erbe:
  - der Kinder, und zwar auch der adoptierten, der Ehegatten, der Eltern und Geschwister des Erblassers: 0,3 vom Hundert des Werts des zu erbenden Vermögens, jedoch höchstens 10.000 Rubel;
  - sonstiger Erben: 0,6 vom Hundert des Werts des zu erbenden Vermögens, jedoch höchstens 1.000.000 Rubel.

Allerdings sind gegenwärtig die Tarife, die der Notar für technische Arbeitsleistungen und die Erstellung eines Urkundenentwurfs erhebt, noch nicht eindeutig und klar geregelt. Sagen wir, Sie wollen jemandem eine Vollmacht erteilen, wissen aber nicht, wie das geht. Also erledigt das der Notar und will seine Leistung vergütet haben. Früher sah das Gesetz „Über die staatlichen Gebühren“ vor, dass der Notar 0,3 vom Hundert der staatlichen Gebühr erheben konnte. Im letzten Steuergesetzbuch fehlt diese Zahl jedoch. Das Ministerium der Finanzen hat dazu gesagt, dass der Notar die Aufwendungen für die Erstellung einer Urkunde selbständig bestimmt. Im Ergebnis kann der Notar für die Erstellung eines Urkundenentwurfs „nach eigenem Ermessen“ 500 oder 1.000 Rubel erheben, während die Beglaubigung beispielsweise nur 300 Rubel kostet. Daran ist aber nicht der Notar schuld, sondern der Umstand, dass feste Sätze für technische Arbeitsleistungen und die Erstellung von Urkundsentwürfen gesetzlich nicht festgelegt sind.

Wir gehen davon aus, dass das neue Notargesetz den Wert der technischen Arbeitsleistungen in den einheitlichen Begriff der notariellen Beglaubigung aufnimmt oder einen bestimmten Prozentsatz der staatlichen Gebühren vorsieht, wie es in der Vergangenheit der Fall war.

**> notar:** Gibt es einen (finanziellen) Ausgleichsmechanismus zwischen Notaren, die in strukturschwachen Regionen beurkunden, und ihren Kollegen, etwa in St. Petersburg und Moskau?

**> Sazonova:** Nein, einen solchen Mechanismus gibt es nicht. Aber die Föderale Notarkammer stellt Überlegungen zu einem System der materiellen Unterstützung und Stimulierung von Notaren an, die in wirtschaftlich schwach entwickelten Gebieten arbeiten.

**> notar:** Wer führt in der Russischen Föderation die Aufsicht über die Tätigkeit der Notare? Wie ist diese ausgestaltet?

**> Sazonova:** Für die Kontrolle und Aufsicht über das Notariat ist das Ministerium der Justiz der Russischen Föderation zuständig.

Die Tätigkeit der Notare wird auch durch die Gerichte kontrolliert, während die Kontrolle über die Einhaltung der Steuergesetzgebung den staatlichen Steuerbehörden obliegt.

Die Kontrolle über die Einhaltung der in der Russischen Föderation geltenden Gesetze durch die Notarkammern erfolgt durch die Staatsanwaltschaft.

Die Kontrolle über die Erfüllung der beruflichen Pflichten durch die Notare, die in staatlichen Notarkanzleien tätig sind, erfolgt durch das föderale Organ der Exekutive, das die Kontrolle über das Notariat ausübt, also die territorialen Behörden des Ministeriums der Justiz der Russischen Föderation, während die frei praktizierenden Notare der Aufsicht durch die Notarkammern der Gliedstaaten der Russischen Föderation unterstellt sind.

**> notar:** Welche weiteren langfristigen Reformschritte sind für die Zukunft angedacht?

**> Sazonova:** Die Ausweitung der Zuständigkeiten des Notars schließt einen zweiten Schritt ein, namentlich eine Erhöhung seiner Haftung, und zwar auch der vermögensrechtlichen Haftung.

Neben einer Berufshaftpflichtversicherung für jeden einzelnen Notar sieht das neue Gesetz eine Gruppenversicherung für alle Notare durch die Notarkammern in einer bestimmten Höhe vor. Als dritte Schutzmaßnahme ist die Errichtung einer Gewährleis-

tungskasse geplant, aus welcher Zahlungen an einen Geschädigten geleistet werden sollen, sofern die anderen Mittel nicht ausreichend sind.

Der Entwurf sieht die Einführung mehrerer neuer notarieller Handlungen sowie eine Erweiterung der Liste der vollstreckbaren notariellen Akte vor.

Im Entwurf des Notargesetzes findet sich ein eigenes Kapitel, dessen Vorschriften den Aufbau und die Nutzung von Datenbanken für Testamente, testamentarische Verfügungen und Testamente, die notariell beglaubigten Testamenten gleichgestellt sind, für geltende und aufgehobene Vollmachten, den Aufbau und die Nutzung von elektronischen Registern, Archiven usw. regeln sollen.

Somit gibt das Notariat den Parteien eine Garantie und gewährleistet die Richtigkeit der Rechtsverhältnisse. Uns wird die Möglichkeit gegeben, die Vorstellung der Gesellschaft vom Notar als einer rein bürokratischen Figur zu verändern und das Notariat auf eine qualitativ neue Stufe zu heben, nämlich die eines Rechtsanwendungsinstituts, dessen Aufgabe darin besteht, den Bürgern und den Vertreten juristischer Personen umfassenden juristischen Beistand auf hohem professionellen Niveau zu gewähren.

#### ZUR PERSON



Maria Sazonova wurde am 12.1.1942 in dem Dorf Grachevkain nahe Pensa geboren. Im Jahr 1971 absolvierte sie erfolgreich die Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Leningrad. Nach Ihrem Studium und bis einschließlich 1987 bekleidete sie unterschiedliche Positionen in der Regierung der damaligen Sowjetunion. Im Jahre 1987 wurde sie zur stellvertretenden Leiterin der Justiz-

abteilung der Stadtverwaltung Leningrad ernannt und mit der Leitung des Referats für Notarwesen und Rechtspflege betraut. Im Mai 1993 wurde Sazonova zur Präsidentin der regionalen Notarkammer St. Petersburg und im Jahre 2009 zur Präsidentin der Föderalen Notarkammer gewählt.

Sazonova ist Preisträgerin der höchsten juristischen Auszeichnung „FEMIDA“, die seit 1995 jährlich von der Vereinigung der russischen Juristen in Abstimmung mit den elf Spitzenverbänden der russischen Juristen vergeben wird.

**> notar:** Welchen Nutzen hatte die bisherige Zusammenarbeit zwischen russischen und deutschen Notaren insbesondere im Bereich des Zivil- und Notarrechts? Wie sehen Sie diese Zusammenarbeit und den fachlichen Austausch perspektivisch?

**> Sazonova:** Mit unseren deutschen Kollegen kooperieren wir bereits seit geraumer Zeit. Unsere Rechtssysteme sind sehr ähnlich, also haben wir zahlreiche Berührungspunkte. Und die Erfahrungen der deutschen Kollegen sind für uns ausgesprochen interessant, insbesondere jetzt, während der Reform.

Die Kontakte zur Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e. V. besitzen inzwischen systemischen Charakter. Wir haben viele gemeinsame Veranstaltungen durchgeführt, unsere deutschen Kollegen haben sich an der Begutachtung des Entwurfs des Gesetzes über das Notariat und die notarielle Tätigkeit in der Russischen Föderation beteiligt. Dieses Gutachten liegt uns nunmehr vor.

Die Föderale Notarkammer hat in Zusammenarbeit mit der IRZ-Stiftung, dem deutschen Generalkonsulat in St. Petersburg, der nordwestlichen Niederlassung der Russischen Rechtsakademie des Ministeriums der Justiz der Russischen Föderation und dem Ermittlungskomitee der Russischen Föderation mehrere wichtige Veranstaltungen auf den Weg gebracht, beispielsweise eine Konferenz zum Thema „Korruptionsbekämpfung in Russland und Deutschland – Gegenwart und Vergangenheit“ sowie ein russisch-deutsches Seminar zu Eheverträgen. Ein weiteres Seminar zu diesem Thema wird demnächst in Moskau stattfinden.

In Kooperation mit der Notarkammer von St. Petersburg wurde ein russisch-deutsches Seminar zur Partizipation von Notaren im Bereich gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse durchgeführt. Die Idee dazu entstand nach dem Seminar zu Eheverträgen, das sowohl bei den russischen als auch bei den deutschen Notaren auf großes Interesse gestoßen war.

Auf Einladung der IRZ-Stiftung haben mehrere russische Notare, die die deutsche Sprache beherrschen, einen Studienaufenthalt in Deutschland absolviert, der theoretische und praktische Ausbildungselemente, wie Seminare und Praktika in Notarkanzleien, beinhaltet.

In Lübeck fand ein russisch-deutsches Seminar zum Thema „Die notarielle Gestaltung von Erbschaftsrechten in Deutschland und Russland“ statt. Bisheriger Höhepunkt der russisch-deutschen Zusammenarbeit war ein Treffen mit Vertretern des Bundesministeriums der Justiz der Bundesrepublik Deutschland sowie dem Präsidenten und Vertretern der Bundesnotarkammer in Berlin, wo ich mich als Mitglied einer offiziellen Delegation des Ministeriums der Justiz der Russischen Föderation aufhielt.

Während des Arbeitstreffens in der Bundesnotarkammer, das der offiziellen Veranstaltung vorausging, wurden nicht nur Meinungen ausgetauscht und eine gemeinsame Position bezüglich der Fragen erarbeitet, die auf ministerieller Ebene erörtert werden sollten, sondern auch der Vorschlag entwickelt, engere Partnerschaftsbeziehungen aufzunehmen und nachfolgend ein zweiseitiges Kooperationsabkommen zu unterzeichnen.

Die unterschiedlichen Formen der Interaktion mit unseren deutschen Kollegen finden im Rahmen eines Vertrags über bilaterale Zusammenarbeit statt, wodurch dieser Interaktion ein neuer Status verliehen und uns außerdem die Möglichkeit gegeben wird, ein vollwertiges und interessantes Programm gemeinsamer Projekte zu planen.

> **notar:** Frau Sazonova, wir danken Ihnen für das Gespräch.

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe  
Notar Dr. Oliver Vossius, München

### Schriftleiter

Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid (ASV)

### Redaktion

Carola Vohnhof-Stolz  
Dr. Stephanie Michel (Mi)

### Bildnachweis

Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe außer S. ###), Gisa Höber, Köln/IRZ-Stiftung, Bonn (S. ###)

### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

Bauträgerrecht  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Gesellschaftsrecht  
Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

Wohnungseigentum  
Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notarassessorin Sonja Pelikan, München

Erbrecht  
Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Grundbuch  
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten  
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf  
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung  
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: [schriftleitungnotar@notarverlag.de](mailto:schriftleitungnotar@notarverlag.de)

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Kommunikationsberatung  
Christof Herrmann  
Tannenbergr. 29 · 56564 Neuwied,  
Tel. 0 26 31 - 94 38 76  
Fax 0 26 31 - 94 38 78  
E-Mail: [kommunikation@sc-herrmann.de](mailto:kommunikation@sc-herrmann.de)

### Bezugspreis

Jahresabonnement: 137 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
Einzelheft: 14,30 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag.  
Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag  
Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 31  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: [eschbach@notarverlag.de](mailto:eschbach@notarverlag.de)

### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.





## rechtsprechung

### BVerfG

#### Rückwirkende Gleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten bei der Grunderwerbsteuer

Die bis zum Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2010 geltende Beschränkung der persönlichen Befreiungen von der Grunderwerbsteuer auf Ehegatten stellt eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartner dar. Der Gesetzgeber ist deshalb zum Erlass einer rückwirkenden Neuregelung bis zum 31.12.2012 verpflichtet. (redaktionelle Leitsätze)

BVerfG, Beschl. v. 18.7.2012 – 1 BvL 16/11

GG Art. 3 Abs. 1; GrEStG a. F. § 3 Nr. 3 S. 2 und S. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6 S. 3, Nr. 7 S. 2

#### Entscheidung:

Das BVerfG hat die bis zum Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2010<sup>1</sup> bestehende Schlechterstellung von eingetragenen Lebenspartnern im Vergleich zu Ehegatten im Grunderwerbsteuerrecht für verfassungswidrig erklärt. Es verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, dass eingetragene Lebenspartner gemäß § 3 Nr. 3 S. 2 und S. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6 S. 3 und Nr. 7 S. 2 GrEStG a. F. nicht wie Eheleute von der Grunderwerbsteuer befreit seien. Die darin liegende Ungleichbehandlung könne nicht an die sexuelle Orientierung geknüpft werden, da keine hinreichend gewichtigen Unterschiede zwischen diesen beiden Formen einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft zu erkennen seien.

Die vom Gesetzgeber angeführten familien- und erbrechtlichen Aspekte für die Grunderwerbsteuerrechtliche Privilegierung von Ehegatten<sup>2</sup> kommen nach Auffassung des BVerfG in gleicher Weise auch bei eingetragenen Lebenspartnern zum Tragen. Insbesondere würden Grundstücksübertragungen zur Regelung familienrechtlicher Ansprüche oder in vorweggenommener Erbfolge auch zwischen eingetragenen Lebenspartnern vorgenommen.

Dem Gesetzgeber stehe es zwar grundsätzlich frei, in Erfüllung und Ausgestaltung des Förderauftrags nach Art. 6 Abs. 1 GG die

Ehe gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen.<sup>3</sup> Gehe die Förderung der Ehe jedoch mit einer Benachteiligung anderer, mit der Ehe vergleichbarer Lebensformen einher, könne eine solche Ungleichbehandlung nicht mit dem in Art. 6 Abs. 1 GG normierten Schutzgebot der Ehe gerechtfertigt werden.<sup>4</sup>

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber bis zum 31.12.2012 eine Frist gesetzt, die Gleichheitsverstöße in dem Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes<sup>5</sup> und dem JStG 2010 rückwirkend zu beseitigen.

#### Anmerkung:

Während die eingetragene Lebenspartnerschaft zivilrechtlich der Ehe weitestgehend gleichgestellt ist,<sup>6</sup> kommt die **steuerliche Gleichstellung** beider Lebensformen **nur schrittweise** voran. Motor dieser noch nicht abgeschlossenen Entwicklung ist – wie so oft – das BVerfG, das den Gesetzgeber zum wiederholten Mal an seine verfassungsrechtlichen Pflichten erinnern muss.

Im Grunderwerbsteuerrecht wiederholt sich damit ein Vorgang, der sich im **Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht** in ähnlicher Weise abgespielt hat. Auch hier erfolgte die Gleichstellung durch das Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008<sup>7</sup> zunächst nur unvollkommen.<sup>8</sup> Erst nachdem das BVerfG in seinem Beschluss vom 21.7.2010 den Gesetzgeber aufgefordert hatte, eingetragene Lebenspartner mit Eheleuten rückwirkend gleichzustellen, nahm dieser im JStG 2010 die noch ausstehende Reform der

<sup>3</sup> Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 17.7.2002 – 1 BvF 1/01, – 1 BvF 2/01, NJW 2002, 2543, 2548.

<sup>4</sup> Siehe dazu auch BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, – 1 BvR 2464/07, NJW 2010, 2783, 2785; BVerfG, Beschl. v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, NJW 2010, 1439, 1442.

<sup>5</sup> LPartG v. 16.2.2001, BGBl I 2001, 266.

<sup>6</sup> Näher dazu BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, – 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400, Tz 56 ff.

<sup>7</sup> BStBl I 2008, 3018.

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Ihle*, *notar* 2009, 48, 55 f.

<sup>1</sup> JStG 2010 v. 8.12.2010, BGBl I 2010, 1768.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drucks 9/251, S. 17 f.

Steuerklassen vor und ordnete in § 37 Abs. 5 ErbStG eine Rückwirkung der geänderten §§ 15, 16 und 17 ErbStG für alle noch nicht bestandskräftig veranlagten Erwerbe an.

Dagegen wurde im JStG 2010 von einer rückwirkenden Erstreckung der personenbezogenen Steuerbefreiungen des § 3 GrEStG auf eingetragene Lebenspartner – ungeachtet der gleich gelagerten verfassungsrechtlichen Problematik und mahnender Stimmen im Schrifttum<sup>9</sup> – abgesehen.<sup>10</sup> Für dieses Unterlassen hat der Gesetzgeber jetzt durch das BVerfG die zu erwartende Quittung erhalten. Eine **Rückerstattung bereits bezahlter Grunderwerbsteuern** scheidet allerdings nach § 79 Abs. 2 BVerfGG aus, wenn der zugrunde liegende Steuerbescheid nicht mehr anfechtbar ist.

Als bislang ungelöstes Problemfeld bleibt danach im Wesentlichen noch die **Diskriminierung eingetragener Lebenspartner im Einkommensteuerrecht**. Im Mittelpunkt des Streits steht hier das Recht auf Wahl einer Zusammenveranlagung nach §§ 26, 26b EStG, das bislang nur Ehegatten vorbehalten ist. Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft können somit nicht in den Genuss des Splittingverfahrens gemäß § 32a Abs. 5 EStG kommen.<sup>11</sup> Nach Meinung des BFH ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>12</sup>

Das Gericht hat dies zuletzt auch damit begründet, dass die **Erweiterung des Ehegattensplittings auf Lebenspartnerschaften** zu einer im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklichen Benachteiligung von Personen führen würde, die als nahe Verwandte eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden würden. Beispielsweise könnten Geschwister, die dauerhaft zusammen wohnen und ihr Leben gemeinsam gestalten würden, keine Lebenspartnerschaft begründen.<sup>13</sup> Gleichwohl ist nach dem Beschluss des BFH vom 5.3.2012 wegen des offenen Ausgangs der beim BVerfG anhängigen Verfassungsbeschwerden<sup>14</sup> vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren gegen einen Einkommensteuerbescheid zu gewähren, mit dem der Antrag eines Steuerpflichtigen auf Zusammenveranlagung mit seinem gleichgeschlechtlichen Lebenspartner abgelehnt wurde. Bis zu einer endgültigen Klärung dieser Frage durch das BVerfG voraussichtlich im kommenden Jahr wird der Gesetzgeber wohl auch hier weiter untätig bleiben.<sup>15</sup>

Nach Ansicht des BFH verstößt es nicht gegen Verfassungsrecht, dass eingetragene Lebenspartner Unterhaltsleistungen an den anderen Partner nur bis zu dem Höchstbetrag des § 33a EStG als außergewöhnliche Belastung abziehen können. Gleiches gelte für die Beschränkung des **Realsplittings nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG** auf geschiedene oder dauernd getrennt lebende Eheleute.<sup>16</sup> Auch gegen diese BFH-Entscheidung wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> So z. B. *Messner*, DStR 2010, 1875, 1878.

<sup>10</sup> Vgl. § 23 Abs. 9 GrEStG, wonach die geänderten grunderwerbsteuerlichen Vorschriften erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden sind, die nach dem 13.12.2010 verwirklicht werden.

<sup>11</sup> Zu den Vorteilen des Splittingtarifs vgl. die Übersichten in der FAZ v. 22.8.2012, S. 13, und bei *Tölle*, NJW 2011, 2165, 2167.

<sup>12</sup> BFH, Urt. v. 26.1.2006 – III R 51/05, NJW 2006, 1837.

<sup>13</sup> BFH, Beschl. v. 5.3.2012 – III B 6/12, BFH/NV 2012, 1144.

<sup>14</sup> Az.: 2 BvR 909/06 und 2 BvR 288/07.

<sup>15</sup> Zum Streit in der Koalition über das Ehegattensplitting für eingetragene Lebenspartner vgl. FAZ v. 14.8.2012, S. 1.

<sup>16</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 20.7.2006 – III R 8/04, NJW 2006, 3310.

<sup>17</sup> Az. beim BVerfG: 2 BvR 1981/06.

## PRAXISTIPP

### Einkommensteuerveranlagung und Lohnsteuerklassenwahl eingetragener Lebenspartner:

Bis zu einer Entscheidung des BVerfG über ein Veranlagungswahlrecht auch für eingetragene Lebenspartner ist diesen zu empfehlen, gegen einen Bescheid, mit dem ein Antrag auf Zusammenveranlagung abgelehnt wurde, Einspruch einzulegen.

Dr. Jörg Ihle, Bonn

## BGH

### Keine einschränkende Auslegung des § 1384 BGB

**Durch die Neuregelung des § 1384 BGB ist der Stichtag für die Begrenzung der Zugewinnausgleichsforderung auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorverlegt worden. Eine einschränkende Auslegung des § 1384 BGB dahin, dass bei einem vom Ausgleichspflichtigen nicht zu verantwortenden Vermögensverlust die Begrenzung des § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB an die Stelle derjenigen des § 1384 BGB tritt, kommt nicht in Betracht. In den genannten Fällen kann aber § 1381 BGB eine Korrektur grob unbilliger Ergebnisse ermöglichen. (amtlicher Leitsatz)**

BGH, Urt. v. 4.7.2012 – XII ZR 80/10

BGB §§ 1378 Abs. 2 S. 1, 1381, 1384

### Entscheidung:

Der Scheidungsantrag der Parteien wurde am 1.3.2006 gestellt. Der Ehemann besaß zu diesem Zeitpunkt ein Endvermögen von rund € 45.000, das vor allem aus einem Wertpapierdepot bestand. Sein Anfangsvermögen betrug rund € 5.000. Da die Ehefrau während der Ehezeit keinen Zugewinn erzielte, ergab sich insgesamt ein rechnerischer Zugewinn von rund € 40.000.

Die Ehe wurde dann am 25.9.2009 geschieden; das Urteil wurde am 7.4.2010 rechtskräftig. Zu diesem Zeitpunkt betrug das Vermögen des Ehemanns indes nur noch rund € 6.000. Insbesondere hatte sich der Wert des Aktiendepots während des gerichtlichen Verfahrens deutlich verringert; weitere Kosten waren durch die Vielzahl der gerichtlichen Verfahren und die Umgangskontakte mit seinen Söhnen entstanden.

Das Amtsgericht – und ihm im Wesentlichen folgend auch das Oberlandesgericht – verurteilte den Ehemann dazu, einen Zugewinnausgleich auf der Grundlage des Endvermögens zum Zeitpunkt des Scheidungsantrags zu zahlen.<sup>1</sup>

Dem stimmte der Bundesgerichtshof zu. Er entschied hierbei insbesondere, dass die unstreitig auf Seiten des Ehemannes eingetretene Vermögensminderung unberücksichtigt bleiben müsse. Dies ergebe sich aus § 1384 BGB, nach dem der Berechnungszeitpunkt für die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung und die Begrenzung des Ausgleichsanspruchs einheitlich auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages vorverlagert worden sei. Im Falle der Scheidung könne daher eine nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags eintretende Vermögensminderung des Ausgleichspflichtigen die Ausgleichsforderung des § 1378 Abs. 1 BGB nicht mehr herabsetzen bzw. begrenzen. Dies gelte auch für den Fall, dass der redliche Ausgleichsverpflichtete sein Vermögen in diesem Zeitraum ohne eigenes Zutun – etwa

<sup>1</sup> Die konkrete Höhe des Zugewinnausgleichs hatte sich indes zwischenzeitlich durch eine vom BGH nicht weiter erläuterte Aufrechnung verringert.

durch einen Aktiencrash – verliere. Eine Korrekturmöglichkeit könne ausnahmsweise über § 1381 BGB in Betracht zu ziehen sein, müsse allerdings, da es sich hierbei um ein Leistungsverweigerungsrecht handle, im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, was vorliegend nicht geschehen sei. Unabhängig hiervon fänden sich im hier zu entscheidenden Sachverhalt auch keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine grobe Unbilligkeit in diesem Sinne. Durch die etwaige Anwendbarkeit des § 1381 BGB sei für eine Heranziehung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB, kein Raum.

### Anmerkung:

Nach § 1375 BGB ist als Endvermögen das Vermögen anzusehen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört. Der Güterstand wird im Falle der Scheidung grundsätzlich erst mit der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses beendet.<sup>2</sup> Stellte man bei der Berechnung des Endvermögens auf diesen Zeitpunkt ab, könnte der ausgleichspflichtige Ehepartner das Scheidungsverfahren jedoch dazu nutzen, sein Endvermögen zu schmälern und die Höhe des Zugewinnausgleichs entsprechend zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Um solche illoyalen Vermögensminderungen zu verhindern,<sup>3</sup> sah bereits § 1384 BGB a. F. vor, dass für die Berechnung des Zugewinns bei der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags (§ 124 FamFG, § 253 ZPO) tritt.<sup>4</sup> Das „alte“ Recht stellte dem ausgleichspflichtigen Ehepartner jedoch ein bedeutsames Sicherheitsnetz zur Seite. § 1378 Abs. 2 BGB a. F. sah vor, dass die Höhe der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens begrenzt wird, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der „tatsächlichen“ Beendigung des Güterstandes vorhanden war – also zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung der Ehe. In dem vorliegenden Sachverhalt war die Zugewinnforderung der Ehefrau damit – die Anwendung des alten Rechts unterstellt – auf das geringe Vermögen des Ehemannes zum Zeitpunkt der Scheidung beschränkt. Anders ausgedrückt: Dem Ehemann hätte zwar theoretisch zum Zwecke der Befriedigung des Zugewinnausgleichsanspruchs sein gesamtes Vermögen entzogen werden können, das er zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung noch besaß – er hätte sich hierfür allerdings auch nicht verschulden müssen.

Diesen Schutz des Ausgleichspflichtigen hat der Gesetzgeber dann jedoch durch eine unscheinbar anmutende Ergänzung des § 1384 BGB im Jahre 2009 beseitigt. Diese Norm bestimmt nun, dass

*wird die Ehe geschieden, (...) für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung (Hervorhebung durch Verf.) an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (tritt).*

Mit dieser Neuregelung soll erreicht werden, dass Vermögensänderungen nach Zustellung des Scheidungsantrags die Höhe des Anspruchs (überhaupt) nicht mehr beeinflussen können.<sup>5</sup> Da-

durch soll die Rechtsposition des von einer „illoyalen Vermögensminderung“ betroffenen Ehegatten (noch einmal) gestärkt werden.<sup>6</sup> Das vorgenannte Sicherheitsnetz war damit zerschnitten. Der ausgleichspflichtige Ehepartner ist nicht mehr davor geschützt, mehr als sein Vermögen zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung zur Befriedigung des Zugewinnanspruchs aufwenden zu müssen.

Dieses Ergebnis mag für den Fall der vom Gesetzgeber expressis verbis angesprochenen illoyalen Vermögensminderung einen interessengerechten Ansatz darstellen. Nur – wird hiermit nicht auch derjenige Ausgleichsschuldner in Sippenhaft genommen, der in dem vorgenannten Zeitraum unverschuldet ganz oder teilweise Vermögen verliert, etwa (wie vorliegend) durch den Kurseinbruch eines Wertpapierdepots, den allgemeinen Preisverfall oder eine Wirtschaftskrise in Griechenland?<sup>7</sup> Zudem: Wird dieser Ehepartner hier nicht gleich doppelt belastet – nicht nur, dass er ohne sein Zutun sein gesamtes Vermögen verliert; um den Ausgleichsanspruch seines Ehegatten zu befriedigen, muss er nun sogar Schulden aufnehmen (und – Worst-Case-Szenario – Insolvenz anmelden). Es darf bezweifelt werden, ob diese Regelung einen legislativen Glücksgriff darstellt.<sup>8</sup> Koch<sup>9</sup> möchte dieses Ergebnis denn auch revidieren und schlägt vor, den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die Festlegung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nur dann an die Stelle des in § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmten Zeitpunkts treten zu lassen, wenn die bis zur Beendigung des Güterstandes eingetretenen Vermögensverluste auf wirtschaftlichen Handlungen oder finanziellen Transaktionen beruhen, für die der ausgleichspflichtige Ehepartner verantwortlich ist. Es sei „durch nichts“ zu rechtfertigen, dass ihm sonst das Risiko allgemeinen Vermögensverfalls etwa aufgrund wirtschaftlicher Rezession aufgebürdet werde.<sup>10</sup> Dieser Auffassung ist der BGH mit klaren Worten und Unterstützung der herrschenden Lehre<sup>11</sup> entgegengetreten. Gegen die von Koch vorgeschlagene Korrektur spreche zum einen der eindeutige Wortlaut der Norm. Überdies müsse an dieser Stelle noch berücksichtigt werden, dass auch der Ausgleichsberechtigte im Einzelfall – etwa, wenn sich der Zugewinn unter Berücksichtigung eines negativen Anfangsvermögens ergibt – durch die vorgenannte Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB benachteiligt sein könne, wenn der rechnerische Zugewinnausgleich zum Stichtag höher ist als die Kappungsgrenze, der Ausgleichspflichtige aber in der

<sup>6</sup> BT-Drucks 16/10798, S. 18.

<sup>7</sup> Vgl. Weinreich, FuR 2009, 497, 504.

<sup>8</sup> Überdies kann mit der derzeitigen Rechtslage das Problem der (nach der Trennung, aber) vor dem Scheidungsantrag vollzogenen illoyalen Vermögensverschiebungen, mit denen die Praxis angesichts der schwierigen Beweissituation im Hinblick auf § 1375 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu Beck'scher Onlinekommentar/J. Mayer, § 1375 BGB, Rn 46 f.) zunehmend zu kämpfen hat, (noch immer) nicht zufriedenstellend gelöst werden. Durch das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl I, S. 1696) wurde zur Effektivierung des Schutzes vor illoyalen Vermögensverschiebungen zwar eine Beweislastregel in § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB eingeführt, nach der der Auskunftsschuldner, soweit sein Endvermögen geringer ist als das in seiner Auskunft zum Trennungszeitpunkt angegebene Vermögen, substantiiert darzulegen und zu beweisen hat, dass diese Vermögensminderung nicht auf einer illoyalen Handlung beruht. Gelingt ihm dies nicht, so wird diese Vermögensminderung seinem Endvermögen hinzugerechnet und erhöht dadurch den Zugewinn. Diese Beweislastregelung erfasst allerdings gerade nicht die praxisrelevanten Fälle einer unvollständigen oder unwahren Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt (Brudermüller, FamRZ 2009, 1185, 1186).

<sup>9</sup> MüKo, § 1384 BGB Rn 3.

<sup>10</sup> Vgl. ähnlich Born, NJW 2008, 2289.

<sup>11</sup> Vgl. Brudermüller, NJW 2010, 401, 404.

<sup>2</sup> Vgl. BGH v. 18.5.1988 – IVb ZR 6/88, NJW 1988, 2369.

<sup>3</sup> BGH v. 14.1.1987 – IVb ZR 46/85, NJW 1987, 1764 f. Umgekehrt besteht auch kein sachlicher Grund mehr, den anderen Ehegatten an einem später erzielten Zugewinn zu beteiligen, da mit der Verfahrenseinleitung regelmäßig die Ehe gescheitert ist, § 1565 Abs. 1 S. 1 BGB (kritisch MüKo/Koch, § 1384 BGB Rn 1).

<sup>4</sup> Vgl. § 1384 BGB a. F. (geändert durch das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl I, S. 1696)): „Wird die Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags.“

<sup>5</sup> V. Eichel, ZFE 2008, 84, 85.



Zeit bis zur Rechtskraft der Scheidung weiteres Vermögen erwirbt.<sup>12</sup> Der interessante Ansatz *Kochs* droht nach dieser Entscheidung damit in der großen „de lege ferenda“ Schublade zu verschwinden.

Die ganze Härte des Gesetzes, die den Ehemann vorliegend treffen würde, könnte jedoch noch über die Anwendung einer weiteren Vorschrift abgemildert werden. Nach § 1381 BGB kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, „so weit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre“. Zahlreiche Literaturstimmen<sup>13</sup> möchten diese Bestimmung denn auch für die hier relevante Fallgruppe des unverschuldeten Vermögensverfalls in dem Zeitraum zwischen Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und Rechtskraft der Scheidung heranziehen. Eine allgemeine Korrektur über § 1381 BGB scheidet indes bereits per definitionem aus, da durch dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht allgemeine Systemfehler, sondern nur im Einzelfall auftretende grobe Unbilligkeiten ausgeglichen werden können.<sup>14</sup> Dies zeigt auch der vorliegende Sachverhalt: Schließlich stellt der BGH hierzu nur lapidar fest, es fänden sich auf der Grundlage des Vorbringens des Ehemannes für eine grobe Unbilligkeit keine Anhaltspunkte.<sup>15</sup>

Der werte Leser möge selbst entscheiden, ob er die Entscheidung des BGH für „gerecht“ hält. Eines dürfte jedoch sicher sein: Die Konsequenzen der Änderung des § 1381 BGB werden zahlreiche Eheleute überraschen – und gegebenenfalls ihrem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen. Sollte dies der Fall sein, ist es an dem beratenden Notar, für Abhilfe zu sorgen und mithilfe eines maßgeschneiderten Ehevertrages abweichende bzw. modifizierende Regelungen zu treffen.<sup>16</sup>

Dr. Jan Eickelberg, LL. M. (Cantab.), Berlin

<sup>12</sup> Kogel, FamRB 2010, 247, 249.

<sup>13</sup> Schwab, FamRZ 2009, 1445, 1447; Palandt/Brudermüller, § 1381 BGB, Rn 4.

<sup>14</sup> Überzeugend Beck'scher Online-Kommentar/J. Mayer, § 1381 BGB Rn 6; vgl. auch *Biite*, NJW 2009, 2776, 2778.

<sup>15</sup> ... unabhängig davon, dass der Ehemann sich während des Verfahrens (überraschenderweise) ohnehin nicht auf diese Einrede (Staudinger/Thiele, § 1381 BGB, Rn 35) berufen hat.

<sup>16</sup> Hinweise zur Vertragsgestaltung etwa bei *Brambring*, FÜR 2009, 297, 301.

## BFH

### Grunderwerbsteuerbefreiung bei Schenkung eines Kapitalgesellschaftsanteils

Eine nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbare Vereinigung von Anteilen an einer grundstückshaltenden Kapitalgesellschaft bleibt gemäß § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei, soweit diese auf eine schenkweise Übertragung zurückzuführen ist. Die Inanspruchnahme einer Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG für den entgeltlichen Teil des Anteilserwerbs scheidet dagegen aus. (redaktionelle Leitsätze)

BFH, Urt. v. 23.5.2012 – II R 21/10, DStR 2012, 1444

GrEStG §§ 1 Abs. 3 Nr. 1, 3 Nr. 2 S. 1 und Nr. 6

#### Entscheidung:

Im Jahr 1997 übertrug der Vater (V) seinem Sohn (S) unentgeltlich einen Teilgeschäftsanteil an einer grundbesitzenden GmbH von 41 % des Stammkapitals. Im Jahr 2008 erhielt S von V die Restbeteiligung von 59 %, womit S Alleingesellschafter der GmbH wur-

de. Die zweite Übertragung erfolgte im Rahmen einer gemischten Schenkung unter Übernahme einer Rentenzahlungsverpflichtung durch S. Wegen der dadurch ausgelösten Anteilsvereinigung in der Hand des S setzte das Finanzamt Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG fest.

Der BFH entschied unter **Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung**,<sup>1</sup> dass die nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbare Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft insoweit gemäß § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit sei, als der Erwerber die Anteile aufgrund einer freigebigen Zuwendung erhalte.<sup>2</sup> Die Gewährung der Steuerbefreiung scheitere nicht daran, dass Gegenstand des Erwerbs kein Grundstück, sondern ein Gesellschaftsanteil sei. Für die Annahme einer Grundstücksschenkung i. S. d. § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG genüge es, dass bei dem Erwerber, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen würden, nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ein Erwerb des Grundbesitzes von der Gesellschaft fingiert werde.<sup>3</sup>

Der **Umfang der Steuerbefreiung** bestimme sich dabei nicht nur nach der letzten, zur Anteilsvereinigung führenden Übertragung, sondern auch nach den vorangehenden freigebigen Zuwendungen an den Beschenkten. Bei einer **gemischten Schenkung** könne die Steuervergünstigung des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG jedoch nur für den unentgeltlichen Teil des Erwerbs beansprucht werden.<sup>4</sup> Zur Berechnung, wie viel Prozent der Anteile insgesamt entgeltlich erworben worden seien, müsse eine Aufteilung nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Anteile zum Verkehrswert der hierfür insgesamt übernommenen Gegenleistungen vorgenommen werden.

Soweit S für den übertragenen Anteil in Höhe von 59 % eine Gegenleistung zu erbringen habe, bleibe der Vorgang nach Auffassung des BFH auch nicht nach § 3 Nr. 6 GrEStG von der Grunderwerbsteuer verschont. Zwar beruhe die Anteilsvereinigung auf einer Übertragung zwischen Verwandten in gerader Linie. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG besteuere indes einen **fiktiven Erwerb von der Kapitalgesellschaft**. Zwischen dieser und dem Anteilserwerber existiere aber kein Verwandtschaftsverhältnis nach § 1589 S. 1 BGB, wie von § 3 Nr. 6 S. 1 GrEStG vorausgesetzt.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des BFH fügt sich nahtlos ein in seine Rechtsprechung zur Anwendung des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG auf Fälle eines **Anteilseignerwechsels bei einer grundstückshaltenden Personengesellschaft**.<sup>5</sup> Auch hier ist die von § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG erfasste Änderung im Gesellschafterbestand steuerfrei, soweit diese auf eine schenkweise Anteilsübertragung zurückgeht. Gleiches gilt bei einer nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG steuerbaren **Auflösung einer grundbesitzenden Personengesellschaft nebst Anwachsung ihres Vermögens** bei dem verbleibenden Gesellschafter infolge einer Anteilsschenkung der anderen Gesellschafter.<sup>6</sup> In allen Fällen begründet der BFH die Grunderwerbsteuerfreiheit in überzeugender Weise mit der ratio legis des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG, wonach eine Doppelbelastung eines einheitlichen Erwerbsvorgangs mit Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer und Grunderwerb-

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 31.3.1982 – II R 92/81, MittBayNot 1983, 147; Urt. v. 8.6.1988 – II R 143/86, DStR 1988, 614.

<sup>2</sup> Anders noch das Urteil des FG Köln v. 17.2.2010 – 5 K 3962/08, BB 2010, 2674, als Vorinstanz.

<sup>3</sup> Zum Gegenstand der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vgl. auch BFH, Urt. v. 2.4.2008 – II R 53/06, MittBayNot 2008, 502; BFH, Urt. v. 8.8.2001 – II R 66/98, DStR 2001, 1793.

<sup>4</sup> So bereits BFH, Urt. v. 13.9.2006 – II R 37/05, MittBayNot 2007, 249.

<sup>5</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 12.10.2006 – II R 79/05, MittBayNot 2007, 435.

<sup>6</sup> BFH, Urt. v. 13.9.2006 – II R 37/05, MittBayNot 2007, 249.

steuer verhindert werden soll. Die unterschiedlichen rechtstechnischen Anknüpfungspunkte der Erwerbstatbestände des GrEStG einerseits und des ErbStG andererseits fallen demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht.<sup>7</sup>

Die sachliche Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG ist darüber hinaus auch dann zu gewähren, wenn der Anteilsvereinigung kein Rechtsgeschäft zugrunde liegt, sondern die Gesellschaftsanteile aufgrund eines Erbfalls **im Wege der Gesamtrechtsnachfolge** auf den Erwerber übergehen.<sup>8</sup> Es kann dabei für die Anwendung des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG keinen Unterschied machen, ob der sukzessive Erwerb von GmbH-Anteilen – wie im Fall des BFH – auf einer Schenkung beruht oder durch Erbfolge geschieht. In diese Richtung weist auch eine im Rahmen eines ADV-Verfahrens gefällte Entscheidung des FG Nürnberg.<sup>9</sup>

Bei einem § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG unterliegenden **Übergang von mindestens 95 % aller (bereits vereinigten) Anteile** an einer grundbesitzenden Gesellschaft wird der Erwerber grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt, als habe er die Gesellschaftsgrundstücke von dem Veräußerer (und nicht von der Gesellschaft) erworben.<sup>10</sup> Dies rechtfertigt es, auf die Erwerbstatbestände des § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG außer der Vergünstigung gemäß § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG auch die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 Nrn. 4 bis 6 GrEStG anzuwenden.<sup>11</sup>

**Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer** sind in Fällen eines nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG steuerbaren Anteilseignerwechsels bzw. einer Anteilsvereinigung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG die festgestellten **Grundbesitzwerte** i. S. d. § 138 Abs. 2 bis 4 BewG. Der BFH hat dem BVerfG diesbezüglich die Frage vorgelegt, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG genügt.<sup>12</sup> Bis die BVerfG-Entscheidung ergangen ist, erfolgen entsprechende Steuerfestsetzungen nur noch vorläufig.<sup>13</sup> Ungeachtet seiner verfassungsrechtlichen Zweifel hat der BFH allerdings eine Aussetzung der Vollziehung eines Grunderwerbsteuerbescheids, dessen Bemessungsgrundlage sich aus einem Grundbesitzwert ergibt, abgelehnt.<sup>14</sup>

#### PRAXISTIPP

##### **Grunderwerbsteuerbefreiung bei Schenkung von Personen- und Kapitalgesellschaftsanteilen:**

Nach der jedoch noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlichten Entscheidung des BFH steht für die Praxis fest, dass die Steuervergünstigung des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG in allen Fällen einer nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG steuerbaren schenkweisen Übertragung von Anteilen an einer grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft in Anspruch genommen werden kann.

Dr. Jörg Ihle, Bonn

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch Boruttau/*Meßbach-Hönsch*, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 3 Rn 120; v. *Proff zu Irrnich*, DB 2007, 2616, 2618 f.; *Ruhwinkel*, DStR 2007, 1755 f.; *Teiche*, BB 2008, 196, 198 f.; a. A. koordinierter Ländererlass v. 18.12.2009, DStR 2010, 114.

<sup>8</sup> Zur Steuerbarkeit eines solchen Erwerbs kraft Gesetzes nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG vgl. BFH, Urt. v. 8.6.1988 – II R 143/86, DStR 1988, 614; Boruttau/*Fischer*, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 1 Rn 972.

<sup>9</sup> Beschl. v. 9.11.2011 – 4 V 939/11, DStRE 2012, 503; a. A. koordinierter Ländererlass v. 18.12.2009, DStR 2010, 114; siehe dazu auch *Brügge-mann*, ErbBstg 2012, 178.

<sup>10</sup> Vgl. nur BFH, Urt. v. 2.4.2008 – II R 53/06, MittBayNot 2008, 502 m. w. N.

<sup>11</sup> So auch koordinierter Ländererlass v. 18.12.2009, DStR 2010, 114; Boruttau/*Meßbach-Hönsch*, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 3 Rn 55; *Teiche*, BB 2008, 196, 200 f.

<sup>12</sup> BFH, Vorlagebeschl. v. 2.3.2011 – II R 23/10, DStR 2011, 808.

<sup>13</sup> Gleichlautende Ländererlasse v. 1.4.2010 – 3 – S 0338/58, DB 2010, 816.

<sup>14</sup> Vgl. BFH, Beschl. v. 5.4.2011 – II B 153/10, DStR 2011, 769.



## Nachrichten

### Personen

#### Hamburgische Notarkammer

##### Ernennung zum Notarassessor

Dr. Gesa K. Beckhaus, zum 1.8.2012

Dr. Thomas Diehm, LL. M. (Harvard), zum 1.8.2012

#### Landesnotarkammer Bayern

##### Ernennung zum Notar

Dr. Susanne Herrler, Nürnberg, zum 1.11.2012

Dr. Stefanie Huber, Rothalmünster, zum 1.11.2012

Sonja Pelikan, Waldsassen, zum 1.11.2012

##### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Dr. Rainer Spanhel, Kirchenlamitz, zum 1.9.2012

Notarin Birgit Taubeneder-Burge, Waldsassen, zum 1.11.2012

#### Notarkammer Baden-Württemberg

##### Ernennung zum Notar

Dr. Alexander Wingerter, Heilbronn, zum 1.9.2012

#### Sächsische Notarkammer

##### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Dieter Kunz, Lugau, zum 1.10.2012

## Termine

### 8. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins in Berlin

Am 25. und 26.1.2013 veranstaltet der Deutsche Notarverein in Berlin seine 8. Tagung Berufspolitik. Weitere Informationen dazu finden Sie in *notar* 2012, 239 ff. und auf der Homepage des Deutschen Notarvereins ([www.dnotv.de](http://www.dnotv.de)). Anmeldungen richten Sie bitte bis zum 10.1.2013 an den Deutschen Notarverein.

### Ein Register für Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Die Zukunft für das deutsche Recht? – Dogmatische Grundlagen, Tücken der Implementierung und die Rolle der Notare Symposium des Rheinischen Instituts für Notarrecht

Zeit: 9.11.2012, 14:00 Uhr s. t.

Ort: Poppelsdorfer Schloss, Bonn.

Referenten: Prof. Dr. Maria Kieninger, Würzburg, Prof. Dr. Meinhard Lukas, Linz, Dr. Leif Böttcher, LL. M. (Miami), Berlin.

Moderation: Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL. M. (McGill), Bonn.

Kontakt: Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Telefon: 0228/73-4432, Fax: 0228/73-4041, E-Mail: [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de)

### Die neue Erbrechtsverordnung

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht

Zeit: 14.11.2012, 16:30 Uhr s. t.

Ort: Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110, 1. OG), Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München.

Referenten: Prof. Dr. jur. Dr. jur. h. c. (Thessaloniki) Reinhold Geimer, München, Dr. Markus Buschbaum, LL. M. (Köln/Paris), Brüssel.

Kontakt: Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089/2180-1420, Fax: 089/2180-13981, E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de)

### Grundstückserwerbskosten und Notargebühren im internationalen Vergleich

#### Kolloquium

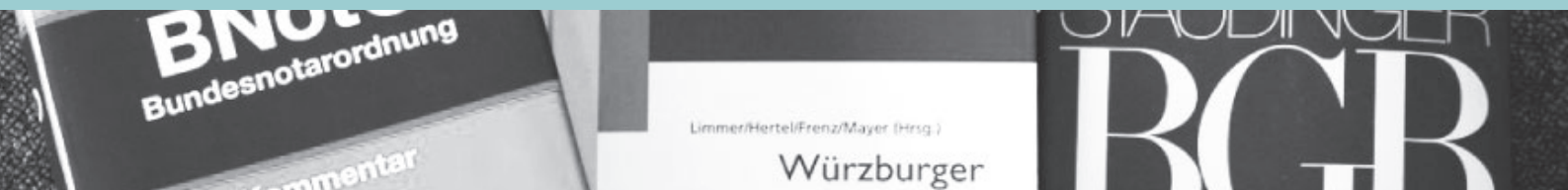
Zeit: 16.11.2012, 10:15 – 16:30 Uhr

Ort: Senatssaal der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10117 Berlin

Referenten: Notar Dr. Jens Bormann, Ratingen, Ministerialdirektorin Marie Luise Graf-Schlicker, Berlin, Prof. Peter L. Murray, Harvard, Prof. Dr. Christoph Schmid, Bremen, Prof. Dr. Hans-Heinrich Vogel, Lund.

Kontakt: Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, Tel.: 030/2093-3439, Fax: 030/2093-3560, E-Mail: [Notarinstitut@rewi.hu-berlin.de](mailto:Notarinstitut@rewi.hu-berlin.de)





## Neues Sammelwerk zum Immobilienrecht

Prof. Dr. Klaus Schreiber (Hrsg.), Ruhr-Universität Bochum, **Handbuch Immobilienrecht, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2011, LXXXIII, 1.733 Seiten, € 198,00, ISBN 978-3-503-12974-4, Berliner Handbücher, BHB.**

Das im vergangenen Jahr in der Reihe „Berliner Handbücher“ in neu bearbeiteter und erweiterter Auflage erschienene Sammelwerk zum Immobilienrecht macht auf den ersten Blick einen guten Eindruck. Das Vorwort verspricht auf den folgenden ca. 1700 Seiten sowohl die Darstellung der Grundlagen des Rechts der unbeweglichen Sachen als auch die Vermittlung von Detailkenntnissen. Leider wird das Werk diesem selbst gesetzten Anspruch nicht gerecht.



Es beginnt damit, dass die gewählten Themenbereiche vom öffentlichen Baurecht, über das private Grundstücksrecht, das Architekten- und Ingenieurrecht, das Mak-

lerrecht bis hin zur Grund- und Grunderwerbsteuer eine äußerst unterschiedliche Bearbeitungstiefe aufweisen. Während die Kapitel zu den dinglichen Nutzungsrechten, der Kreditsicherung und der Zwangsvollstreckung durchweg solide geschrieben sind, wurden andere Teile sehr theorielastig verfasst und sind in der Praxis faktisch nicht verwertbar (insbesondere die Teile „Eigentums-erwerb an Grundstücken“ und „Öffent-

liches Baurecht“). Es ist nicht verständlich, warum auf mittels einfachster Textverarbeitungsbefehle automatisch erzeugbare Querverweise innerhalb des Werkes fast vollständig verzichtet wird. Dadurch entsteht der Eindruck, man habe kein aus einem Guss geschriebenes Handbuch, sondern eine Aufsatzsammlung vor sich.

Leider berücksichtigen die Autoren an zahlreichen Stellen weder die neue Gesetzgebung noch aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen. So wird Jahre nach der Einführung des FamFG immer noch von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gesprochen (S. 892), die Abschreibung eines Grundstücksteils von der Teilungsgenehmigung nach dem BauGB abhängig gemacht (S. 1394) und ignoriert, dass inzwischen auch für Dänemark die EuGVO gilt (S. 1643). Die WEG-Reform von 2007 scheint an den Autoren des Kapitels „Wohnungseigentumsrecht“ weitgehend vorbeigegangen zu sein. So werden die zahlreichen Streitfragen um den § 5 Abs. 4 S. 2 und 3 WEG nicht diskutiert (Stichwort: „Stellplatztausch bei grundschuldbelastetem Wohnungseigentum“). Hinsichtlich der Erwerberhaftung für rückständiges Wohngeld wird nur die altbekannte Rechtsprechung aus den 1980er Jahren rezipiert, einen Hinweis auf die neuen Gefahren aus der insolvenzrechtlichen Verdinglichung der Wohngeldrückstände für die notarielle Praxis unterbleibt dagegen.

Auch das Stichwortverzeichnis des Buches lässt zu wünschen übrig. So findet sich zwar eine durchaus gelungene Darstellung der praxiswichtigen Mietsicherungs-dienstbarkeit (S. 1066 f.). Will man das Werk als Nachschlagewerk nutzen,

sucht man jedoch vergeblich unter „M“ wie „Miete“ oder „D“ wie Dienstbarkeit. Auch hier fehlen zudem wieder werksinterne Verweise. In dem 75 Seiten starken Kapitel zu Grundstücks-miete und -pacht findet sich leider auch kein Hinweis auf die Mietsicherungs-dienstbarkeit wie schon nicht in den Abschnitten zur Kreditsicherung (fast 100 Seiten) oder Zwangsvollstreckung (ca. 50 Seiten). Gerade hier wären aber solche Verweisungen für den Leser angebracht, geht es doch darum, zugunsten des Mieters/Pächters die schuldrechtlichen Schwächen des jeweiligen Miet- oder Pachtvertrages auszugleichen.

Der Herausgeber des Buches muss sich auch fragen lassen, welchen Mehrwert die Erörterung des Rechts der Partnervermittlung, der Arbeitsvermittlung sowie der Versicherungsvermittlung in einem Handbuch für Immobilienrecht bringen soll. Hier wünscht man sich vergeblich ein übergeordnetes Konzept und dem Lektor den Mut, den einzelnen Autoren Vorgaben zu machen und diese auch durchzusetzen.

Den einzigen Lichtblick bietet das von Prof. Dr. Nicola Preuß (Uni Düsseldorf) bearbeitete Kapitel über die Vormerkung. Es ist so geschrieben, wie es sich der Praktiker wünscht. Aktuell, prägnant, problembewusst und perfekt austariert hinsichtlich akademischer Tiefe und praktischer Verwertbarkeit.

Dies allein mag jedoch eine Empfehlung des Handbuchs zum Immobilienrecht nicht zu rechtfertigen. Angesichts des überzogenen Preises kann man auf die Anschaffung getrost verzichten.

Dr. Thomas Kilian, Aichach

Hal Roark

## A Funny (True) Story about Title to Real Estate

*Notar Dr. Oliver Vossius hat uns dankenswerterweise auf diesen Beitrag hingewiesen.*

Part of rebuilding New Orleans caused residents often to be challenged with the task of tracing home titles back potentially hundreds of years. With a community rich with history stretching back over two centuries, houses have been passed along through generations of family, sometimes making it quite difficult to establish ownership. Here's a great letter an attorney wrote to the Federal Housing Administration („FHA“) on behalf of a client:

You have to love this lawyer. ...

### INFO

#### REIClub

Die Veröffentlichung dieses Beitrages geschieht mit freundlicher Genehmigung des REIClub.

REIClub ist eine Online-Gemeinschaft von Immobilien-Investoren und ein Informationsportal, das Anleger mit Artikeln, Erfolgsgeschichten, kostenlosen Internet-Trainings und vielen anderen Instrumenten versorgt, um sie in Immobiliengeschäften zu unterstützen. Weitere Informationen finden Sie hier: <http://www.reiclub.com/about.php>.

The New Orleans lawyer sought an FHA loan for a client. He was told the loan would be granted if he could prove satisfactory title to a parcel of property being offered as collateral. The title to the property dated back to 1803, which took the lawyer three months to track down. After sending the information to the FHA, he received the following reply.

(Actual reply from FHA):

*Upon review of your letter adjoining your client's loan application, we note that the request is supported by an Abstract of Title. While we compliment the able manner in which you have prepared and presented the application, we must point out that you have only cleared title to the proposed collateral property back to 1803. Before final approval can be accorded, it will be necessary to clear the title back to its origin.*

Annoyed, the lawyer responded as follows:

(Actual response):

*Your letter regarding title in Case No.189156 has been received. I note that you wish to have title extended further than the 206 years covered by the present application.*

*I was unaware that any educated person in this country, particularly those working in the property area, would not know that Louisiana was purchased by the United States from France, in 1803 the year of origin identified in our application. For the edification of uninformed FHA bureaucrats, the title to the land prior to U.S. ownership was obtained from France, which had acquired it by Right of Conquest from Spain. The land came into the possession of Spain by Right of Discovery made in the year 1492 by a sea captain named Christopher Columbus, who had been granted the privilege of seeking a new route to India by the Spanish monarch, Queen Isabella.*

*The good Queen Isabella, being a pious woman and almost as careful about titles as the FHA,*

*took the precaution of securing the blessing of the Pope before she sold her jewels to finance Columbus's expedition ... Now the Pope, as I'm sure you may know, is the emissary of Jesus Christ, the Son of God, and God, it is commonly accepted, created this world. Therefore, I believe it is safe to presume that God also made that part of the world called Louisiana. God, therefore, would be the owner of origin and His origins date back to before the beginning of time, the world as we know it, and the FHA. I hope you find God's original claim to be satisfactory. Now, may we have our loan?*

The loan was immediately approved.

Hal Roark, New Orleans

### INFO

#### Zur Person:



Hal Roark ist Immobilien-Investor aus New Orleans, Louisiana. Er begann im Jahr 1997 in Immobilien zu investieren, nachdem er mehr als \$ 138.000 bei seinem ersten Geschäft verdient hatte „durch Zufall und bevor ich überhaupt realisieren konnte, was ich tat“, wie er selbst sagt. Heute ist Roark auf Sanierungsobjekte spezialisiert.

Roark engagierte sich vier Jahre im Vorstand der New Orleans Real Estate Investors Association, eine der ältesten und größten REIA Gruppen in den Vereinigten Staaten.