

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt	Seite
Wehrens, Nachfolgeplanung für Immobilien in Frankreich ...	49
Melchers, Die société civile immobilière	58
Frisch, Zur Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeinsetzung ..	63
Rechtsprechung	64
Buchbesprechungen	70

3/2000

Mai

Nachfolgeplanung für Immobilien in Frankreich*

von Dr. Hans G. Wehrens, Notar a.D., Freiburg im Breisgau und Me. Edmond Gresser, Notar in La Wantzenau/Frankreich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Auslandsberührung und Internationales Privatrecht
- III. Grundregeln des französischen Erbrechts
- IV. Auswirkungen des Ehegüterrechts
- V. Testamentsrecht
- VI. Nachlaßabwicklung
- VII. Gestaltungsmöglichkeiten
 - A. Institution contractuelle
 - B. Clause d'attribution
 - C. Donation entre époux à cause de mort
 - D. Donation entre vifs et donation-partage
 - E. Société civile immobilière
- VIII. Schlußbemerkungen

I. Einleitung

In der Fachliteratur finden sich vereinzelt Hinweise darauf, daß für den Kauf von Immobilien in Frankreich einige, vom deutschen Rechtssystem abweichende Vorschriften im Grundstücksrecht, Verfahrensrecht und Steuerrecht zu beachten sind¹. Deshalb wird empfohlen, beim Immobilienkauf in Frankreich zu einem möglichst frühen Zeitpunkt einen Notar einzuschalten, der über die französischen Besonderheiten aufklären und gleichzeitig einige deutschrechtliche Vorstellungen der Beteiligten bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen kann. Diese grenzüberschreitende notarielle Beratungstätigkeit ist seit 1995 möglich durch den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts²; danach kann nunmehr innerhalb der Europäischen Union jeder Notar, der eine Beurkundung mit Auslandsberührung durchzuführen hat, im Wege der Amtshilfe einen ausländischen Notarkollegen als unparteiischen und unabhängigen Berater zuziehen, zweckmäßigerweise nach vorheriger Abstimmung mit den Urkundsbeteiligten³. Während beim *Immobilienkauf* in Frankreich trotz der unterschiedlichen Rechtssysteme durch vertragliche Gestaltung in den meisten Fällen die erwünschten, mit dem deutschen Recht vergleichbaren Ergebnisse erreicht werden können, unterliegt die *Nachfolgeplanung* für französische Immobilien dem in wesentlichen Teilen unabänderlichen französischen Erbrecht und Schenkungsrecht. Um eine theoretische Abhandlung aller naheliegenden Fragen der Nachfolgepla-

nung auf der Grundlage des Internationalen Privatrechts (IPR)⁴, des französischen Ehegüter⁵ und Erbrechts⁶ sowie des Steuer-⁷ und Verfahrensrechts⁸ zu vermeiden, soll von dem folgenden typischen Fallbeispiel mit Abwandlungen ausgegangen werden:

Ein deutsches Ehepaar, wohnhaft in Köln, hat ein Immobilieneigentum in Nizza. Beide Eheleute wollen die rechtlichen und steuerrechtlichen Möglichkeiten einer Übertragung zu Lebzeiten oder einer Erbregelung für die in Frankreich gelegenen Immobilien kennenlernen, um anschließend die für sie zweckmäßigste Lösung wählen zu können.

Als Alternativen dieses Sachverhalts kommen vor allem in Betracht:

- Der Ehemann ist Alleineigentümer des Grundbesitzes.
- Beide Ehegatten sind Miteigentümer in Bruchteilsgemeinschaft oder in Gütergemeinschaft.
- Die Eheleute sind kinderlos oder haben Kinder.
- Die Grundstückseigentümer sind nicht miteinander verheiratet, sondern leben in außerehelicher Lebensgemeinschaft.
- Grundstückseigentümer ist eine Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß Art. 1845 ff. CC, an der beide Eheleute als Gesellschafter beteiligt sind.

Bevor mit der eigentlichen Nachfolgeplanung begonnen werden kann, müssen die Grundregeln des Internationalen Privatrechts (IPR) sowie des französischen Ehegüter- und Erbrechts als gesetzliche Rahmenbedingungen zur Kenntnis genommen werden. Dabei wird aus Gründen der Vereinfachung zunächst die Erbfolge und danach die Rechtsnachfolge unter Lebenden behandelt.

II. Auslandsberührung und Internationales Privatrecht

Das im Beispiel beschriebene Immobilieneigentum in Frankreich bildet einen Fall mit rechtlich relevanter Auslandsberührung, für den nach den Regeln des deutschen IPR zu

⁴ Zum Internationalen Privatrecht vgl. insbesondere: Revillard, *Droit International Privé et Pratique Notariale*, 3. Auflage, Paris 1993; Schotten, *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, München 1995; Henrich, *Anordnung für den Todesfall in Eheverträgen und das Internationale Privatrecht*, in: *Festschrift Schippel*, München 1996, Seite 905 ff.

⁵ Zum französischen Ehegüterrecht: Revillard (Fn. 4) No 61 ff.; Revillard, *La préparation d'une succession internationale*, *Notarius International* 1996, 58 ff.; UINL/CAEM, *Manuel notariale – Régimes matrimoniaux*, Luxembourg 1992, Seite 86-99; Deutsches Notarinstitut, *Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs*, Würzburg 1995, Seite 137/5 ff.; Schotten (Fn. 4) Rz. 395; Bergmann/Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Band III, Frankreich, 6. Auflage, Frankfurt 1983 ff.; Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, Band 3 Familien-Erbrecht, 2. Auflage 1987.

⁶ Zum französischen Erbrecht: Revillard (Fn. 4) No 218 ff.; Revillard (Fn. 5) Seite 54 ff.; Michel Grimaldi, *Droit civil – Successions*, Paris 1989; Pautard, *Pactes successoraux et renonciations en droit allemand*, Manuscript, Paris 1994; UINL/CAEM, *Manuel notariale – Dispositions successorales*, Luxembourg 1991; Deutsches Notarinstitut (Fn. 5) Seite 145; Ferid/Firsching/Lichtenberger, *Internationales Erbrecht*, Band II, Frankreich, München 1996; Ferid/Sonnenberger (Fn. 5); Pütz-Kücking, *Die Grundzüge des französischen Erbrechts*, MittRhNot 1981, 273.

⁷ Zum französischen Erbschaftsteuerrecht: Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Frankreich, Rz. 314; *Mémento pratique Francis Lefebvre-Fiscal* 1997 Nr. 6500 ff.

⁸ Zur Abwicklung deutsch-französischer Erbfälle: Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 232 ff. und 305 ff.; Ekkernkamp, *Die Abwicklung deutsch-französischer Erbfälle in der Bundesrepublik Deutschland*, BWNotZ 1998, 158; Sipp-Mercier, *Die Abwicklung deutsch-französischer Erbfälle in der Bundesrepublik Deutschland*, Bielefeld 1985; Lagarde, *Die verfahrensmäßige Behandlung von Nachlässen – Länderbericht Frankreich*, in: *Schlosser (Herausgeber), Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozeß – Die verfahrensmäßige Behandlung von Nachlässen, ausländisches Recht und internationales Zivilprozeßrecht*, Gieseking Verlag Bielefeld 1997.

* Dieser Aufsatz ist eine aktualisierte Fassung des Beitrags der Autoren in der Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats, herausgegeben von der Rheinischen Notarkammer und dem Verein für das Rheinische Notariat e.V. im Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1998.

¹ Norbert Zimmermann in: *Beck'sches Notar-Handbuch*, 2. Auflage, München 1997, G 96; Wehrens/Gresser, *Der Kauf von Immobilien in Frankreich*, BWNotZ 1997, 129 und in *Festschrift Schippel*, München 1996, Seite 961; französischer Text in *Notarius International* 1997, 5; jeweils mit weiteren Nachweisen.

² Den Code Européen de Déontologie Notariale hat die Conférence des Notariats de l'Union Européenne (CNUE) auf ihrer Sitzung vom 3./4. 2. 1995 in Neapel verabschiedet; der Kodex gilt seit Mai 1995. Die deutsche Fassung ist veröffentlicht in *DNotZ* 1995, 329. Vgl. Schippel: *Der Europäische Kodex des Notariellen Standesrechts*, *DNotZ* 1995, 334. Der französische Originaltext ist enthalten in *VIP-Vie professionnelle – Revue du Conseil supérieur du notariat français*, Paris 1995/5, Seite 26 f.

³ Der Notar des Aufnahmelandes und der Notar des Herkunftslandes haben vor jeder Tätigkeit die Klienten über den Umfang ihrer Leistungen ebenso zu informieren wie über den Betrag der Auslagen und Honorare, die sich aus den für sie jeweils geltenden Bestimmungen ergeben. Sie haben hierbei auf eine möglichst geringe Gesamtbelastung der Klienten hinzuwirken (Art. 2.3 des Kodex).

ermitteln ist, welches nationale Recht zur Anwendung kommt. Mangels eines internationalen Abkommens oder eines speziellen deutsch-französischen Staatsvertrages gilt das deutsche IPR, wie es im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) geregelt ist⁹. Nach Art. 25 I EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Weil in der Zeitspanne zwischen Nachfolgeregelung und Tod das Erbstatut noch nicht endgültig feststeht, bestimmt das deutsche IPR als hypothetisches Erbstatut das Recht des Staates, das im Zeitpunkt der Testamenterrichtung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre (Art. 26 V EGBGB); deshalb kommt es auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen an; ein etwa vorangegangener oder nachträglicher Wechsel der Staatsangehörigkeit wäre insoweit irrelevant. Für deutsche Staatsangehörigkeit verweist das deutsche IPR also grundsätzlich auf deutsches Erbrecht.

Von diesem Grundsatz der Gesamtverweisung auf deutsches Recht macht Art. 3 III EGBGB eine Ausnahme. Sofern das Recht eines ausländischen Staates für die Vererbung des dort gelegenen Vermögens besondere Vorschriften vorsieht, erkennt auch die deutsche Rechtsordnung diese besonderen Vorschriften an. Das hiernach heranzuziehende französische Internationale Privatrecht ist zwar nicht als Ganzes kodifiziert; aus Art. 3 II Code civil wird aber allgemein gefolgert, daß sich in Frankreich gelegene Immobilien nach französischem Recht vererben¹⁰. Dieses Recht des Lageorts (*lex rei sitae*) stellt eine besondere Vorschrift im Sinne von Art. 3 III EGBGB dar mit der Folge, daß für die in Frankreich gelegene Immobilien eines deutschen Erblassers das französische Erbrecht anzuwenden ist, während für den übrigen Nachlaß (z.B. Mobiliarvermögen und deutsche Immobilien) das deutsche Erbrecht gilt¹¹. Die dadurch eintretende Nachlaßspaltung bewirkt, daß jeder Teil des Gesamtnachlasses in allen Rechtsbeziehungen (außer Steuerrecht) nur nach dem für diesen Nachlaßteil maßgebenden Erbstatut als rechtlich eigentständiger Nachlaß gesondert zu behandeln ist, so als ob der andere Nachlaßteil nicht vorhanden wäre¹². Daraus folgt, daß für die französischen Immobilien des deutschen Erblassers nur das französische Recht gilt, was insbesondere für die Beantwortung der folgenden Rechtsfragen wichtig ist:

- Wer ist zum Erben berufen und mit welcher Erbquote ist er beteiligt?
- Inwieweit kann die gesetzliche Erbfolge durch Testament abgeändert werden?
- Ist die vorgefundene Verfügung von Todes wegen (Einzeltestament, Ehegattentestament oder Erbvertrag) in formeller und materieller Hinsicht gültig?
- Haben alle Erben die Erbschaft angenommen oder liegen rechtswirksame Ausschlagungen vor?
- Welche zwingenden gesetzlichen Regeln zum französischen Pflichterbrecht (Noterbrecht) sind zu beachten?
- Kann ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder Pflichterbrecht hinsichtlich des dem französischen Recht unterliegenden Teilnachlasses wirksam erklärt werden?
- Auf welche Weise werden ausgleichspflichtige Vorempfänge berücksichtigt?

- Welche Besonderheiten gelten hinsichtlich der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten?
- Welchen Einfluß hat das Ehegüterrecht auf das Erbrecht?¹³.

III. Grundregeln des französischen Erbrechts

Das französische Erbrecht unterscheidet sich wesentlich von der Gesetzessystematik und den erbrechtlichen Institutionen des deutschen Rechts. Weil die meisten Vorschriften des Code Civil (CC) zwingendes Recht sind und nicht nach Belieben durch Testament oder Vereinbarung abgeändert werden können, sollen zunächst die wichtigsten Besonderheiten dargestellt werden; denn sie bilden den rechtlichen Rahmen für die anschließenden Überlegungen zur Planung der Rechtsnachfolge bei französischen Immobilien.

a) Die im Gesetz geregelte Berufung zur Erbfolge kann grundsätzlich nicht beseitigt oder wirksam abgeändert werden, und zwar weder durch Testament noch durch Erbverzicht oder ein anderes Rechtsgeschäft unter Lebenden¹⁴.

b) Durch sein Testament bezweckt der Erblasser nicht die Erbeinsetzung (*institution d'un héritier*), sondern die Zuwendung von Vermächtnissen im Rahmen des – unabänderlichen – gesetzlichen Erbrechts. Zur Auswahl stehen das Universalvermächtnis (*legs universel* – Art. 1003 CC), ein Erbeilsvermächtnis (*legs à titre universel* – Art. 1010 CC) oder ein Erbstückvermächtnis (*legs à titre particulier* – Art. 1014 CC)¹⁵.

c) Im Code civil werden Schenkungen unter Lebenden (*donations entre vifs*) und testamentarische Zuwendungen (*testaments*) zusammengefaßt behandelt (Art. 893 ff. CC), weil beide Arten dieser unentgeltlichen Verfügungen nur in den Grenzen des gesetzlichen Pflichterbrechts (*quotité disponible*) zulässig sind¹⁶.

d) Die gesetzliche Erbfolge sieht vor, daß bei Vorhandensein der im Gesetz genannten erbberechtigten Verwandten, diesen der Nachlaß im Wege der Universalsukzession zufällt. Gestzliche Erben sind die jeweils gradnächsten Verwandten in vier Erbordnungen. Zur ersten Ordnung gehören die Abkömmlinge (*descendants*), zur zweiten Ordnung die Eltern und Geschwister sowie deren Abkömmlinge (*ascendants et collatéraux privilégiés*), zur dritten Ordnung die übrigen Aszendenten (*ascendants non privilégiés*) und zur vierten Ordnung die übrigen Seitenverwandten (*collatéraux*)¹⁷.

e) Das Ehegattenerbrecht ist subsidiär gegenüber dem Verwandtenerbrecht. Je nach Gradnähe der Verwandten des Erblassers erhält der überlebende Ehegatte nur eine Quote des Nachlasses zu Nießbrauch oder Eigentum; vorab steht ihm allerdings die Hälfte des Gesamtgutes einer der nach französischem Recht vorgesehenen Gütergemeinschaften zu (Art. 1441 f. CC), während die andere Hälfte zum Nachlaß gehört. Neben Kindern des Erblassers erhält der Ehegatte den Nießbrauch an einem Viertel (Art. 767 CC); neben Aszendenten und Geschwistern oder deren Abkömmlingen den Nießbrauch an der Hälfte (Art. 766 CC). Sind keine Abkömmlinge des Erblassers und keine Aszendenten einer Linie vorhanden, erbt der Ehegatte die Hälfte; fehlen beiderseits Aszendenten, fällt ihm der Gesamtnachlaß zu¹⁸. Diese Regelung des gesetzlichen Erbrechts fußt auf dem französisch-rechtlichen Grundsatz, daß das Eigentum an allen Nachlaßgegenständen grundsätzlich der Familie des Erblassers vorbehalten bleiben soll – unter Ausschluß des Ehegatten. Dem Ehegatten steht im Regelfall ein ehgüterrechtliches

⁹ Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) in der seit 1. 10. 1994 geltenden Neufassung (BGBl. I 2494) enthält in den Artikeln 3 bis 38 die wichtigsten Regelungen des deutschen IPR.

¹⁰ Für Frankreich und einige erbrechtliche Kollisionsnormen enthalten in Art. 3, Art. 999 und Art. 1000 CC. Hinsichtlich der heute geltenden Fassung des CC und die französisch-deutschen Texte wird verwiesen auf Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Frankreich, Grundzüge Rz. 3 und Texte A–D; dort sind auch Literatur und Rechtsprechung zu Art. 3 II CC verzeichnet.

¹¹ Staudinger/Hausmann, BGB, 13. Aufl., Art. 3 EGBGB Rz. 105; Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 6; Schotten (Fn. 4) Rz. 272; BayObLG NJW-RR 1990, 1033; Revillard (Fn. 4) Rz. 221 ff.

¹² Schotten (Fn. 4) Rz. 269 und 271; Staudinger/Dörner, BGB, 13. Auflage 1995, Art. 25 EGBGB Rz. 730.

¹³ Zu den Qualifikationsfragen vgl. vor allem Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 9 und Schotten (Fn. 4) Rz. 269.

¹⁴ Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 62. Der Erbverzicht ist durch Art. 791 CC verboten; das gleiche gilt für einen Verzicht auf das gesetzliche Pflichterbrecht.

¹⁵ Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 119 und 176 ff.; Pütz-Kücking (Fn. 6) Seite 279.

¹⁶ Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 120.

¹⁷ Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 63 ff.

¹⁸ Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 76 ff.

Äquivalent zu, und zwar auf Grund des gesetzlichen Güterstands oder nach Maßgabe ehevertraglicher Regelungen. Gesetzlicher Güterstand ist die Errungenschaftsgemeinschaft gemäß Art. 1400 CC (*communauté de biens réduite aux acquêts*). Durch Ehevertrag können Allgemeine Gütergemeinschaften (*communauté universelle*), Gütertrennung (*séparation de biens*) oder echte Zugewinngemeinschaften (*participation aux acquêts*) vereinbart werden, aber auch vielfältige Abweichungen und Kombinationen der vertraglichen Güterstände sowie sogar Güterstände ausländischen Rechts, soweit die einzelnen Regelungen nicht gegen den französischen *ordre public* verstoßen, was z. B. bei einem Verzicht auf den nachhehlichen Unterhalt zutrifft¹⁹.

f) Für Abkömmlinge (Art. 913 CC) und für Aszendenten (Art. 914 und 915 CC) sieht das Gesetz ein Pflichterbrecht vor, das als materielles Vorbehaltserbrecht oder Noterbrecht (*réserve légale*) ausgestaltet ist. Es besteht im Gegensatz zum deutschen oder österreichischen Pflichtteilsrecht (§ 2303 BGB oder §§ 784 ff. ABGB) nicht nur in einem schuldrechtlichen Anspruch auf finanziellen Ausgleich, sondern gewährt einen echten Eigentumsanteil am Nachlaß. Diese *réserve légale* ist der Teil des Nachlasses, den der Erblasser den Abkömmlingen nicht durch exzessive Zuwendungen (*libéralités excessives*) entziehen kann; andernfalls steht diesen die Herabsetzungsklage (*action en réduction*) zu. Der gesetzliche Erbenvorbehalt (*réserve légale*) kann durch testamentarische Verfügungen nicht beeinträchtigt werden; ein Vater ist also nicht in der Lage, einem seiner beiden Kinder weniger als diese *réserve légale* zuzuwenden; die nach deutschem Recht bestehende Möglichkeit, einem Kind den gesetzlichen Erbteil zu entziehen und dieses Kind dadurch auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht (deutschen Rechts) zu beschränken, ist im französischen Erbrecht nicht vorgesehen. Nur wenn keine Pflichterben vorhanden sind, kann durch das Testament frei verfügt werden; so ist für Ehegatten und für Verwandte der Seitenlinie kein Pflichterbrecht vorgesehen. Das Gesetz beschreibt nicht die Höhe des jeweiligen Pflichterbrechts, sondern den frei verfügbaren Bruchteil (*la quotité disponible* – Art. 913-930 CC). Bei Abkömmlingen beträgt der frei verfügbare Teil:

- 1/2 bei einem Kind
- 1/3 bei zwei Kindern
- 1/4 bei drei und mehr Kindern.

Bei Aszendenten steht je 1/4 der väterlichen und der mütterlichen Linie zu, wobei die Mitberechtigten einer Linie zu gleichen Teilen beteiligt sind²⁰.

Unter Berücksichtigung des Pflichterbrechts der Abkömmlinge hat jeder Ehegatte die Wahl, zugunsten des überlebenden Ehegatten zu verfügen:

- 1) die disponible Quote von 1/2, 1/3 oder 1/4 je nach der Kinderzahl (Art. 913 CC) oder
- 2) ein Viertel zu Eigentum und 3/4 zu Nießbrauch und zwar unabhängig von der Zahl der Kinder (Art. 1094-1 CC) oder
- 3) den Gesamtnachlaß zu Nießbrauch (Art. 1094 I CC).

g) Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß auf ein noch nicht bestehendes Recht nicht verzichtet werden kann, gibt es im französischen Recht nicht die Möglichkeit, auf das gesetzliche Erbrecht oder auf das Pflichterbrecht zu verzichten (Art. 791, 1130 CC), und zwar auch dann nicht, wenn das Einverständnis aller Beteiligten vorliegt und eine angemessene Abfindung zur Verfügung steht. Ein nach deutschem Recht wirksamer Erb- oder Pflichtteilsverzicht eines Kindes oder

eines Ehegatten bleibt insoweit ohne Rechtswirkung, als französisches Erbrecht anwendbar ist²¹.

h) Das französische Erbrecht erlaubt keine gemeinsam von mehreren Personen errichteten Testamente und keine wechselseitigen oder bindenden Verfügungen von Todes wegen (Art. 968, 1130 II 1389 CC)²². Inwieweit gemeinschaftliche Testamente deutschen Rechts in Einzeltestamente umgedeutet werden können und ob ein Erbvertrag deutschen Rechts gegen den französischen *ordre public* verstößt, soll später geprüft werden. Auch die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge ist unzulässig (Art. 896 CC); die in Art. 1048-1049 CC) geregelten beiden Ausnahmen haben in der Praxis keine Bedeutung²³.

i) In dem engen Rahmen des französischen Pflichterbrechts sind außer den testamentarischen Verfügungen nur die folgenden unentgeltlichen Verfügungen zu Lebzeiten zulässig, für die ebenfalls französisches Recht als Lageortsrecht gilt:

- die Schenkung in vorweggenommener Erbfolge (*donation-partage*) gemäß Art. 1075 ff. CC²⁴.
- die Schenkung unter Ehegatten auf den Todesfall (*institution contractuelle*) und zwar im Rahmen eines Ehevertrages oder außerhalb eines Ehevertrages (Art. 1081 ff. und Art. 1091 ff. CC)²⁵,
- die Anwachsung des Gesamtguts einer Gütergemeinschaft französischen Rechts bei Tod eines Ehegatten (*clause d'attribution de la communauté au survivant*) gemäß Art. 1524 CC²⁶,
- die Einbringung des französischen Grundbesitzes in eine Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts (*société civile immobilière* – SCI) gemäß Art. 1845 ff. CC²⁷.

IV. Auswirkungen des Ehegüterrechts

In Abschnitt II wurde dargelegt, daß für die in Frankreich gelegenen Immobilien eines deutschen Erblassers das französische Erbrecht (Lageortsrecht) anzuwenden ist. Dagegen unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung angehört haben (Art. 15 I in Verbindung mit Art. 14 I EGBGB); im Regelfall gilt also das deutsche Güterrechtsstatut. Weil das Erbrecht durch das Ehegüterrecht beeinflusst wird, z. B. durch den gesetzlichen Zugewinnausgleich im Todesfall (§ 1371 I BGB), kommt es zu Anpassungsproblemen, auf die hier nur hingewiesen werden kann²⁸.

Für die notarielle Praxis ist davon auszugehen, daß § 1371 I BGB keine Anwendung findet, wenn ein deutscher Erblasser wegen der Sonderanknüpfung gemäß Art. 3 III EGBGB (vgl. Abschnitt II) hinsichtlich des in Frankreich gelegenen Grundbesitzes nicht nach deutschem, sondern nach französischem Recht beerbt wird²⁹.

V. Testamentsrecht

Die Geltung des französischen Erbrechts für die in Frankreich gelegenen Immobilien eines deutschen Erblassers erstreckt sich sowohl auf das materielle Erbrecht als auch auf die Vorschriften über Form und Inhalt von Testamenten und sonstigen Verfügungen von Todes wegen. Wie im deutschen Testa-

21 Vgl. Fn. 14

22 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 117; Klingelhöfer, Erbverträge im deutsch-französischen Verhältnis, Seite 28; Riering, Das gemeinschaftliche Testament deutsch-französischer Ehegatten, ZEV 1994, 225 ff.

23 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 188 ff.

24 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 166 und 201 ff.; Juris-Classeur Notarial (JCN) Volume 9 Donation-partage, Fasc. 10 ff. Einzelheiten in Abschnitt VII D.

25 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 167 ff.; JCN Volume 7 contrat de mariage, Fasc. A 150. Im einzelnen Abschnitt VII A.

26 JCN Volume 7, contrat de mariage, Fasc. A 106 ff. Vgl. auch Abschnitt VII B.

27 JCN Volume 25, Sociétés, Fasc. C 5 ff. und E 20 ff. Einzelheiten in Abschnitt VII F.

28 Zum Stand der Meinungen, ob § 1371 I BGB güterrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist, vgl. Palandt/Heldrich, BGB, 56. Auflage 1997, Einleitung von Art. 3 EGBGB Rz. 32 und Art. 15 EGBGB Rz. 26 mit weiteren Nachweisen.

29 Schotten (Fn. 4) Rz. 275 letzter Absatz und Rz. 284 ff.

19 Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 5

20 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 207 ff.

mentsrecht, gilt auch in Frankreich der Erfahrungssatz: Nichts ist leichter und billiger, als sein Testament auf ein Blatt Papier zu schreiben; aber nichts ist auch schwieriger und kostspieliger, als ein schlecht konzipiertes Privattestament auf formelle und materielle Gültigkeit zu überprüfen, ein solches Testament durchzuführen und dabei gleichzeitig auch noch unnötige Steuern und Ausgaben zu ersparen.

In Frankreich ist deshalb die Errichtung eines notariellen Testaments (Art. 971-975 CC) weit verbreitet. Daneben gibt es das eigenhändige Testament (Art. 970 CC) und das selten angewandte „*testament mystique*“ gemäß Art. 976 CC (Übergabe eines eigenhändigen Testaments in verschlossenem Umschlag zur Beurkundung der Hinterlegung beim Notar)³⁰. Dem internationalen Testament (*testament international*), das durch die Konvention von Washington vom 28. 10. 1973 geschaffen worden ist, kommt in der französischen Rechtspraxis noch keine Bedeutung zu, obwohl diese Konvention in Frankreich seit dem 1. 12. 1994 gilt³¹.

Ob das Testament im Einzelfall formwirksam errichtet worden ist, ergibt sich aus dem Haager Testamentsabkommen. Danach reicht es aus, wenn die Ortsform oder die vom Heimatrecht des Erblassers vorgeschriebene Form eingehalten worden ist³², was in der Rechtspraxis selten problematisch ist. Dagegen muß beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament deutschen Rechts (§§ 2265 ff. BGB) unterschieden werden, ob es sich bei dem französischen Verbot eines Testaments „... von zwei oder mehreren Personen in einer und derselben Urkunde“ (Art. 968 CC) nur um ein formelles oder auch ein materielles Verbot handelt. Weil in Art. 4 des Haager Testamentsabkommens betont wird, daß das Abkommen auch dann auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwenden ist, wenn zwei oder mehrere Personen ihr Testament in derselben Urkunde errichten, wird – zumindest im Verhältnis zum französischen Recht – angenommen, auch gemeinschaftliche Testamente (*testaments conjoints*) seien unter den genannten Voraussetzungen formgültig³³. Allerdings enthält das gemeinschaftliche Testament nach französischer Ansicht zwei Einzeltestamente *ohne* die für das deutsche Recht charakteristische wechselseitige Bindungswirkung mit der Folge, daß jedes dieser Einzeltestamente einseitig widerruflich oder abänderbar ist³⁴. Denn in Frankreich wird die Bindungswirkung materiellrechtlich qualifiziert und nach französischem Erbrecht gibt es grundsätzlich keine Bindung an Verfügungen von Todes wegen³⁵.

Liegt ein Erbvertrag deutschen Rechts (§§ 2274 ff. BGB) vor, ist zunächst zu unterscheiden, ob dieser Erbvertrag vor oder nach der Eheschließung beurkundet wurde. Ein vorehelicher Erbvertrag wird in Frankreich – bisher noch vereinzelt – wie ein gemeinschaftliches Testament als gültig anerkannt mit der Begründung, es handle sich um Zuwendungen von zukünftigen Ehegatten auf den Todesfall, die inhaltlich vergleichbar seien mit der französischen *institution contractuelle* (Art. 1091 ff. CC), einer unwiderruflichen Universalschenkung der zukünftigen Ehegatten auf den Todesfall³⁶.

Ein während der Ehe errichteter Erbvertrag wird insbesondere dann, wenn er in derselben notariellen Urkunde mit einem Ehevertrag enthalten ist, in Frankreich meistens als formell

und materiell gültig angesehen mit der Einschränkung, daß die darin enthaltenen Verfügungen von Todes wegen der Ehegatten wie zwei Einzeltestamente zu behandeln und deshalb frei widerruflich sind³⁷. Dennoch muß vor dieser deutschrechtlichen Regelung gewarnt werden, weil ihre Durchsetzung meistens mit Komplikationen verbunden ist, die über Sprachprobleme hinausgehen. Zu den weiteren Überlegungen, auch in diesen Fällen eine Unwiderruflichkeit zu erreichen, liegen bisher noch keine verbindlichen Stellungnahmen oder Entscheidungen vor³⁸.

Alle anderen deutschrechtlichen Erbverträge, in Frankreich als *pacte sur succession future* oder *pacte successoral* bezeichnet, sind im französischen Rechtsbereich wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam; auch die Umdeutung eines nichtigen Ehegatten-Erbvertrages in ein gemeinschaftliches Testament oder in zwei Einzeltestamente der Ehegatten wird in diesen Fällen nicht zugelassen³⁹.

Nach französischem Recht können Testamente insbesondere die folgenden testamentarischen Anordnungen mit erbrechtlichen Wirkungen enthalten:

- a) Wiederholung und Ergänzung der gesetzlichen, also unabänderlichen Erfolge (vgl. Abschnitt III f).
- b) Zuwendung von Vermächtnissen innerhalb dieses engen gesetzlichen Rahmens und zwar als Universalvermächtnis, Erbeilsvermächtnis oder Erbstückvermächtnis (vgl. Abschnitt III b). Für alle französischen Vermächtnisse gilt, daß es grundsätzlich keine Vor- und Nachvermächtnisnehmer und auch keine Ersatzvermächtnisnehmer geben kann; das wird aus Art. 896 ff. CC entnommen⁴⁰. Die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge ist aus denselben Erwägungen gesetzlich verboten (vgl. Abschnitt III h).
- c) Ernennung eines oder mehrerer Testamentsvollstrecker (*Exécuteur testamentaire*) gemäß Art. 1025-1034 CC. Der Testamentsvollstrecker hat grundsätzlich den Auftrag zur Inventarisierung und zur Überwachung der ordnungsgemäßen Ausführung des Testaments; durch besondere testamentarische Anordnung kann er zusätzlich damit beauftragt werden, Vermächtnisse selbst auszuführen und Mobilien zu veräußern⁴¹. Als Nachweis seiner Befugnisse als Testamentsvollstrecker dient in Frankreich der Testamentsinhalt in Verbindung mit dem *acte de notoriété* eines französischen Notars mit den entsprechenden Angaben von zwei Zeugen; ein besonderes Testamentsvollstreckerzeugnis gibt es nicht.
- d) Testamentarische Teilungsverfügung für Abkömmlinge mit dinglicher Wirkung (*testament-partage*) gemäß Art. 1079-1080 CC. Seit der Gestzesreform von 1971 können Eltern (und andere Aszendenten) durch Testament entweder den ganzen Nachlaß oder einzelne Nachlaßgegenstände ihren Kindern zuwenden mit der Folge, daß die Zuwendungsempfänger bereits im Todeszeitpunkt Eigentum an den ihnen zugewiesenen Gegenständen erhalten; es handelt sich also um eine Teilungsanordnung mit dinglicher Wirkung und ohne Erbaussetzung. Dabei muß jeder Abkömmling aber mindestens seinen gesetzlichen Pflichternteil erhalten; andernfalls kann er die Erbschaft ausschlagen oder die Herabsetzungsklage (Art. 1077-1 CC) erheben. Dieses *testament-partage* kommt in der Praxis seltener vor als die *donation-partage* (vgl. Abschnitt VII D).

30 Die ordentlichen und außerordentlichen Testamentsformen und deren Gültigkeitsvoraussetzungen sind beschrieben bei Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 121 a) ff.

31 Revillard, Une nouvelle forme de testament: le testament international, Rép. Dénormis 1995, Art. 36021, JDI 1995, 585; Encyclopédie Dalloz Volume 9, Testament.

32 Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. 10. 1961 (BGBl. 1965 II 1145), dem Deutschland am 1. 1. 1966 und Frankreich am 19. 11. 1967 beigetreten sind, so daß die darin enthaltenen Regelungen unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht bilden. Zudem sind die wesentlichen Bestimmungen in Art. 26 II-III EGBGB übernommen worden.

33 Riering (Fn. 22) Seite 225 und Schotten (Fn. 4) Rz. 316 mit weiteren Nachweisen; Revillard (Fn. 4) 254.

34 Manuel Roulois, Volume 1 Nr. 1360.

35 Man folgt dies aus Art. 1389 und Art. 1130 Abs. 2 CC.

36 Revillard (Fn. 4) Nr. 269.

37 Vgl. die Gutachten in DNotI-Report 1994/9 Seite 2 ff. sowie 1997 Seite 35 ff.

38 Vgl. zu diesen Überlegungen Henrich, Anordnungen für den Todesfall in Eheverträgen und das Internationale Privatrecht, in Festschrift Schippel (1996), Seite 905 (909).

39 Schotten (Fn. 4) Rz. 320 mit Nachweisen; Revillard (Fn. 4) Nr. 269.

40 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6), Rz. 176 ff. und 188 ff.; Encyclopédie Dalloz, Volume 9, Substitution.

41 Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 195 ff. Der Verkauf von Immobilien kann dem Testamentsvollstrecker im Einzelfall nur übertragen werden, falls keine Pflichterbrechtigen vorhanden sind. Vgl. auch Manuel Roulois, Volume 1, Nr. 1370.

e) Seltener Einzelregelungen in Testamenten sind:

- testamentarischer Nießbrauch für den Ehegatten (*réserve d'usufruit*)
- testamentarisches Wohnrecht für den Ehegatten (*droit d'usage d'habitation*)
- Verfügungsbeschränkung (*restriction au droit de disposer*), wonach eine Veräußerung oder Belastung des geschenkten Gegenstandes nur mit Zustimmung des Schenkers zulässig ist.

Diese Einzelregelungen finden sich häufiger bei Zuwendungen zu Lebzeiten (vgl. Abschnitt VII D).

f) In der französischen Rechtspraxis ist außerdem anerkannt, daß jeder Pflichterbberechtigte nach dem Erbfall durch formlose Erklärung gegenüber dem Testamentserben auf sein Recht zur Erhebung der Herabsetzungsklage verzichten kann⁴². Auf diese Verzichtserklärung finden die Vorschriften über die Ausschlagung des gesetzlichen Erbrechts (vgl. Abschnitt VI c) entsprechende Anwendung.

VI. Nachlaßabwicklung

Auch im französischen Erbrecht gilt der Grundsatz, daß die Gesamtheit der Vermögensrechte und Verbindlichkeiten im Todeszeitpunkt ohne weiteres auf den oder die Erben übergeht. Ausnahmeregelungen bestehen für die erbrechtlichen Optionsrechte, die Kontrolle über die Einhaltung des gesetzlichen Erbenvorbehalts und die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt.

Weil niemand verpflichtet ist, eine ihm zugefallene Erbschaft anzunehmen (Art. 775 CC), bietet das Gesetz jedem Erben drei Wahlmöglichkeiten (Art. 774-814 CC):

- a) Vorbehaltlose Annahme (*acceptation pure et simple*) mit der Folge der unbeschränkten Eigenhaftung für Nachlaßverbindlichkeiten;
- b) Annahme unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung durch notarielle Urkunde (*acceptation sous bénéfice d'inventaire*), wodurch die Haftung auf den Nachlaß begrenzt und gleichzeitig die Verfügungsbefugnisse eingeschränkt werden;
- c) Erbausschlagung (*renonciation*); dadurch wird der ausschlagende Erbe so gestellt, als wäre er nie Erbe geworden (Art. 785 CC); sein Anteil wächst seinen Miterben zu, bei Alleinerbschaft dem nächstfolgenden Verwandtschaftsgrad (Art. 786 CC); eine Repräsentation oder Ersatzerbfolge im deutschrechtlichen Sinne gibt es nicht; Abkömmlinge werden nur dann und insoweit Erben, als sie selbst berufen sind (Art. 787 CC).

Die Annahme der Erbschaft, die grundsätzlich an keine Form oder Frist gebunden ist, kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; nach der Annahme ist eine Haftungsbeschränkung durch Inventarerrichtung nicht mehr möglich. Eine ausdrückliche Annahme liegt vor, wenn sie in öffentlicher oder privater Urkunde erklärt worden ist, z. B. in dem *acte de notoriété*. Die Annahme gilt als stillschweigend erfolgt, wenn einer der in Art. 778 CC genannten Fälle vorliegt.

Die Annahme unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung und die Erbausschlagung müssen gegenüber der Geschäftsstelle des örtlich zuständigen Gerichts zweiter Instanz (*Greffé du tribunal de grande instance*) erklärt und in das dort geführte Ausschlagungsregister eingetragen werden (Art. 784 und 793 CC); auf diese Weise erhalten die Erklärungen auch Drittwirkung⁴³.

Wie das materielle Erbrecht unterliegt auch das Nachlaßverfahrensrecht hinsichtlich der in Frankreich gelegenen Immobilien dem französischen Erbstatut. Wegen der im Beispielsfall bestehenden Nachlaßspaltung sind die französischen Immobilien als rechtlich selbständiger Teilnachlaß zu behandeln, so daß es durchaus denkbar und zulässig wäre, wenn ein Erbe den französischen Teilnachlaß ausschlägt und den Restnachlaß annimmt oder umgekehrt.

Für Annahme und Ausschlagung ist das Gericht des letzten französischen Wohnsitzes des Erblassers örtlich zuständig, andernfalls das Gericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt. Bei mehreren Grundstücken in verschiedenen Gerichtsbezirken genügt es, wenn die erbrechtlichen Optionen bei dem Gericht ausgeübt werden, in dessen Bezirk der wertvollste Grundbesitz liegt. Falls der Erbe in Deutschland wohnt, können die erbrechtlichen Optionen auch durch einen Bevollmächtigten (*mandataire*) erklärt werden⁴⁴.

Bei der Abwicklung eines deutsch-französischen Immobilien-Erbfalls sind die folgenden unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zu berücksichtigen:

- Die *lex rei sitae* (Lageortsrecht) gilt für das materielle Erbrecht, das erbrechtliche Optionsrecht, das Recht der Erbengemeinschaft und deren Verwaltung sowie für das Recht der Erbauseinandersetzung.
- Die *lex fori* (das aus der Sicht des zuständigen französischen Gerichts anzuwendende Kollisions- und Sachrecht) ist maßgebend für die örtliche Gerichtszuständigkeit und für die Zuständigkeit des mit der Nachlaßabwicklung beauftragten Notars.
- Das Personalstatut gilt für die persönlichen Rechtsverhältnisse der Erben oder sonstigen Verfahrensbeteiligten.

Ein besonders geregeltes gerichtliches Nachlaßverfahren sowie ein Erbschein oder ein Testamentsvollstreckerzeugnis mit Gutgläubensschutz sind im französischen Recht nicht vorgesehen (mit Ausnahme des in den Ostdépartements vom Nachlaßgericht ausgestellten Erbscheins). Die Abwicklung des Nachlasses (*liquidation de la succession*) obliegt weitgehend dem französischen Notar, der die fünf Stufen der Nachlaßabwicklung veranlaßt und überwacht:

1. Feststellung der Erbrechte und Vorbereitung der Vermögensüberleitung,
2. Überwachung der Optionen der Erben und Vermächtnisnehmer hinsichtlich Annahme oder Ausschlagung,
3. Vorbereitung, Berechnung und Abgabe der Erbschaftsteuererklärung für die Erben sowie Einziehung der Erbschaftsteuer und Abführung an das Finanzamt,
4. Vorbereitung der Auseinandersetzung, soweit im Einzelfall erforderlich,
5. Durchführung der Auseinandersetzung⁴⁵.

Der Notar hat die Aufgabe, an Hand der ihm bereits vorliegenden und ausgehändigten Urkunden und Unterlagen die Erbeigenschaft der als Erben in Frage kommenden Personen zu ermitteln und festzustellen. Nach Klärung der erbrechtlichen Verhältnisse errichtet er auf Antrag eines Erben darüber eine sogenannte Offenkundigkeitsurkunde (*acte de notoriété*); darin müssen mindestens zwei Zeugen (gleichgültig welcher Staatsangehörigkeit) sämtliche für die Erbfolge wesentlichen Tatsachen bestätigen; soweit im Einzelfall möglich, wirken auch die Erben mit und bestätigen in dieser Urkunde die Annahme der Erbschaft. Der *acte de notoriété* mit der beigefügten Sterbeurkunde dient alsdann zum Nachweis der Erbfolge und der Erbfähigkeit und einer etwa angeordneten Testa-

⁴² Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 215 mit Fn. 346 und weiteren Nachweisen; Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 10. 9. 1997, Frankreich – 3669.

⁴³ Ergänzend wird verwiesen auf die grundlegende Darstellung bei Ferid/Firsching/Lichtenberger (Fn. 6) Rz. 238 ff. sowie auf Lagarde (Fn. 8) Seite 210 ff.

⁴⁴ Vgl. Sipp-Mercier (Fn. 8) Seite 108 f.

⁴⁵ Vgl. den Bericht von Pütz-Kücking (Fn. 6) Seite 283 sowie JCNNot (Fn. 24) Volume 18, Partage, Fasc. 10 ff.

mentsvollstreckung, allerdings ohne Gutglaubensschutz und nur bis zum Nachweis der Unrichtigkeit⁴⁶.

Hat der Erblasser ein notariell beurkundetes Testament hinterlassen, muß der Notar es innerhalb eines Monats bei der Urkundsteuerstelle (*enregistrement*) in Kopie einreichen und registrieren lassen. Ein förmliches Verfahren zur Eröffnung und Bekanntmachung aller vom Erblasser errichteten Verfügungen von Todes wegen gibt es nicht. Alle privatschriftlichen Testamente müssen dem zuständigen Notar abgeliefert und alsdann von ihm eröffnet werden; diese Testamente und das Eröffnungsprotokoll sind anschließend in der Urkundensammlung des Notars zu verwahren (Art. 1007 CC). Eine Ausfertigung dieses Eröffnungsprotokolls mit Testamentskopien hat der Notar innerhalb Monatsfrist an den Urkundsbeamten des Gerichts zweiter Instanz (*greffier du tribunal de grande instance*) zur Aufbewahrung gegen Empfangsbestätigung zu übersenden⁴⁷.

Um die Testamente des Erblassers leichter auffinden zu können, haben die französischen Notare seit 1. 1. 1975 in Aix en Provence eine Zentralkartei für letztwillige Verfügungen (*fichier central des dispositions de dernières volontés*) eingerichtet, bei der alle Arten von Testamenten, sonstigen Verfügungen von Todes wegen, Schenkungen unter Ehegatten auf den Todesfall sowie Widerruf eines Testamentes oder einer Schenkung hinterlegt und registriert werden. Träger dieser halbamtlichen Stelle ist die *Association pour le développement du service notariale* (ADSN). Jeder Hinterleger erhält nach Zahlung der geringen Verwahrungsgebühr eine Registrierungsbestätigung. Auskünfte über registrierte Dokumente werden jedem Notar bei Vorlage einer Sterbeurkunde erteilt⁴⁸.

VII. Gestaltungsmöglichkeiten

Die Eigentümer von Immobilien in Frankreich können bei ihrer Nachfolgeplanung auf schuldrechtliche, güterrechtliche und erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zurückgreifen. Sie sind grundsätzlich auch frei in der Wahl, ob sie die Gestaltung der Rechtsnachfolge bereits zu Lebzeiten oder auf den Todeszeitpunkt treffen wollen. Im Gegensatz zu der im deutschen Recht vorherrschenden Vertrags- und Gestaltungsfreiheit besteht aber im Einwirkungsbereich des französischen Rechts, also für französische Immobilien, ein weitgehender Typenzwang. Bei der folgenden Aufzählung der gebräuchlichsten Gestaltungsmodelle werden jeweils sowohl die rechtlichen Vor- und Nachteile als auch die steuerrechtlichen Auswirkungen kurz geschildert oder durch Literaturhinweise belegt.

A. Institution contractuelle (Art. 1091 ff. CC)

Ehegatten können sich in einem Ehevertrag gegenseitig Zuwendungen auf den Todesfall machen, und zwar auch mit bindender Wirkung nach Art eines Erbvertrages. Diese Ausnahme vom gesetzlichen Verbot bindender Verfügungen von Todes wegen erstreckt sich aber – wie dargelegt – nur auf Zuwendungen, die sich im Rahmen des gesetzlichen Pflichterbrechts halten. Es handelt sich also um gegenseitige Vermächtniszusendungen in einem Ehevertrag (*institution contractuelle*), denen in der Praxis allerdings nur geringe Bedeutung zukommt, weil durch die Schenkung unter Ehegatten (vgl. C) vergleichbare Ergebnisse und sogar zusätzliche Vorteile erreicht werden können unter Vermeidung der Nachteile der *institution contractuelle*. Als nachteilig gilt insbesondere:

– daß diese Art der Zuwendung nur im Rahmen eines Ehevertrages möglich ist, also grundsätzlich nur vor der Eheschließung,

- daß innerhalb von zwei Jahren nach Eingehung der Ehe der Abschluß eines neuen Ehevertrages oder dessen Abänderung unzulässig sind,
- daß jeder nach Eingehung der Ehe geschlossene Ehevertrag zu seiner Wirksamkeit einer gerichtlichen Genehmigung bedarf (Art. 1397 CC)
- daß der Inhalt jedes Ehevertrages im Amtsblatt (*Journal d'annonces légales*) veröffentlicht werden muß⁴⁹.

B. Clause d'attribution (Art. 1524 CC)

Durch Urkunde eines französischen Notars können deutsche Ehegatten für ihre in Frankreich gelegenen Immobilien die partielle Geltung des französischen Ehegüterrechts wählen (*choix du droit applicable*) sowie die Gütergemeinschaft französischen Rechts für diese Immobilien vereinbaren (*communauté de biens*) und gleichzeitig festlegen, daß der Gesamtgutsanteil des zuerstversterbenden Ehegatten dem länger lebenden Ehegatten kraft Güterrechts anwächst (*clause d'attribution de la communauté au survivant*). Die Rechtsgrundlagen für diese Gestaltungsvariante finden sich in Art. 15 II 3) EGBGB (Wahl des Lageortsrechts für Immobilien) und in Art. 6 III des Haager Ehegüterrechtsabkommens vom 14. 3. 1978, das seit 1. 9. 1992 in Frankreich gilt und das im Verhältnis zu Deutschland als Nicht-Vertragsstaat wie autonomes IPR-Recht Frankreichs wirkt⁵⁰. Zu den Vorteilen dieser französischen Güterrechtsvereinbarung gehört es, daß für den Übergang des Gesamtgutsanteils hinsichtlich des französischen Grundbesitzes keine Erbschaft- oder Schenkungsteuer in Frankreich anfällt und daß wegen des güterrechtlichen Charakters dieses Rechtsübergangs auch kein Pflichterbrecht für gemeinsame Kinder dieser Eheleute entsteht; nur etwa vorhandene ersteheliche Kinder des verstorbenen Ehegatten hätten das Recht, ihre *réserve légale* geltend zu machen (Art. 1527 CC). Als weiterer Vorteil gilt, daß auf diese Weise alle französischen Nachlaßformalitäten (*acte de notoriété* und Veranlagung zur Erbschaftsteuer) erspart werden; denn bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod ist kein *acte de notoriété* erforderlich; der Notar braucht auch keine Erbschaftsteuererklärung sondern nur eine Meldung an das Finanzamt abzugeben. Die unter A aufgezählten generellen Nachteile eines französischen Ehevertrages müssen allerdings in Kauf genommen werden.

Die notarielle Urkunde enthält im wesentlichen folgende Teile:

1. Unter Bezug auf Art. 6 des Haager Ehegüterrechtsabkommens vom 14. 3. 1978, sowie unter Berücksichtigung von Art. 15 II 3) EGBGB und § 1408 BGB vereinbaren die Eheleute die Geltung des französischen Rechts für ihre ehегüterrechtlichen Verhältnisse hinsichtlich der in Frankreich gelegenen Immobilien.
2. Sie vereinbaren gleichzeitig den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft gemäß Art. 1526 CC (*communauté universelle*)⁵¹ hinsichtlich der französischen Immobilien und regeln die Rechtsverhältnisse während des Bestehens der Gütergemeinschaft in dem üblichen Rahmen.
3. Die Ehegatten legen gemäß Art. 1524 CC fest, daß bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod eines Ehegatten dessen Gesamtgutsanteil dem längerlebenden Ehegatten kraft Güterrechts zufällt (*clause d'attribution de la communauté au survivant*)⁵².

49 Vgl. die Literaturangaben in Fn. 25.

50 Schotten (Fn. 4) Rz. 135; JCNt Volume 7, Contrat de mariage, Fasc. 95. Das Haager Ehegüterrechtsabkommen findet Anwendung auf Eheleute, die nach Inkrafttreten des Abkommens (1. 9. 1992) geheiratet oder nach diesem Zeitpunkt eine Rechtswahl in Übereinstimmung mit dem Abkommen getroffen haben (Art. 21).

51 Statt der Allgemeinen Gütergemeinschaft kann auch eine der übrigen Arten einer Gütergemeinschaft vereinbart werden, nämlich die Errungenschaftsgemeinschaft gemäß Art. 1400 CC (*communauté de biens réduite aux acquêts*) oder die Errungenschaftsgemeinschaft einschließlich sämtlicher Einrichtungsgegenstände gemäß Art. 1498 CC (*communauté de meubles et acquêts*).

52 Statt der Anwachsung des Gesamtgutsanteils kann auch ein Nießbrauch für den längerlebenden Ehegatten als *clause d'attribution* im Ehevertrag vereinbart werden.

Als Rechtsfolge dieses Ehevertrages fällt der französische Grundbesitz in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft. Dieser Rechtsvorgang wird alsdann auf Veranlassung des Notars im Grundstücks- und Hypothekenregister (*conservation des Hypothèques*) publiziert⁵³.

Anders als im deutschen Recht ist die Wirksamkeit eines nach Eheschließung beurkundeten Ehevertrages abhängig von der Erfüllung der in Art. 1397 CC aufgezählten Voraussetzungen: Seit der Eheschließung oder seit der letzten ehevertraglichen Vereinbarung müssen zwei Jahre vergangen sein; außerdem bedarf jede ehevertragliche Vereinbarung nach Eheschließung der Genehmigung durch das örtlich zuständige Gericht zweiter Instanz (*homologation du Tribunal de grande instance*). Diese gerichtliche Genehmigung, die nur von einem damit beauftragten französischen Rechtsanwalt beantragt werden kann, wird in der Regel nach einer Verfahrensdauer von drei bis sechs Monaten erteilt, sofern die gerichtliche Prüfung ergibt, daß die vorgelegte ehevertragliche Vereinbarung im wohlverstandenen Interesse der Familie liegt.

In der Fachliteratur und in der Rechtsprechung gibt es bis heute keine verbindlichen Antworten auf die Frage, ob die gerichtliche Genehmigung und die übrigen Voraussetzungen von Art. 1397 CC auch für deutsche Ehegatten maßgebend sind. Einerseits wird die Ansicht vertreten, daß für deutsche Eheleute, die in Deutschland geheiratet haben, das deutsche Güterrechtsstatut gilt, wonach ein Ehevertrag jederzeit und ohne gerichtliche Genehmigung abgeschlossen oder geändert werden kann; deshalb sollen auch die vorstehend unter Ziffer 2 und 3 beschriebenen ehevertraglichen Vereinbarungen nicht den in Art. 1397 CC geforderten Formalitäten unterliegen⁵⁴. Überzeugender klingt dagegen die folgende Argumentation: Deutsche Ehegatten, die durch Rechtswahl das französische Ehegüterrecht wählen (vorstehend Ziffer 1), befinden sich damit bereits im Einflußbereich des französischen Ehegüterrechts, und zwar zunächst im gesetzlichen Güterstand; deshalb gilt für sie auch schon Art. 1397 CC, so daß die gerichtliche Genehmigung erforderlich ist⁵⁵. Bis zu einer höchstgerichtlichen Entscheidung dieser Streitfrage kann deshalb nur empfohlen werden, diese gerichtliche Genehmigung vorsorglich einzuholen, und zwar bei dem für den Belegenheitsort der Immobilie örtlich zuständigen *Tribunal de grande instance*. In den französischen Ehevertrag müßte deshalb zusätzlich aufgenommen werden:

Die Beteiligten beantragen, soweit aus rechtlichen Gründen erforderlich, die Genehmigung des örtlich zuständigen *Tribunal de grande instance* gemäß Art. 1397 CC.

C. Donation entre époux à cause de mort

Durch einen in Frankreich beurkundeten Schenkungsvertrag können sich deutsche Eheleute gegenseitig das französische Immobilienvermögen auf den Todesfall des Erstversterbenden schenken (*donation entre époux à cause de mort*). Als Besonderheiten dieser Regelung müssen erwähnt werden:

- Die Schenkung ist jederzeit frei widerruflich, und zwar durch Widerrufserklärung oder Testament, worüber der Beschenkte vor dem Todesfall noch nicht einmal verständigt zu werden braucht.
- Dadurch entsteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der geschenkten französischen Immobilien.

– Auch diese Schenkung ist nur zulässig im Rahmen des gesetzlichen Pflichterbrechts der Abkömmlinge, das keiner zeitlichen Anrechnungsbeschränkung unterliegt.

– Weil keine güterrechtliche Zuwendung vorliegt (wie bei B), fällt diese Schenkung nach Berücksichtigung der gesetzlichen Freibeträge unter die Erbschaftsteuerpflicht.

Aus diesen Gründen wird sowohl für Ehegatten mit pflichterberechtigten Kindern als auch für kinderlose Ehegatten generell die Gestaltung gemäß B zu bevorzugen sein⁵⁶. Außerdem kann der mit dieser Schenkung auf den Todesfall verfolgte Zweck ebenso gut durch zwei sich entsprechende Einzeltestamente der Ehegatten erreicht werden.

Der Urkundsinhalt einer Schenkung unter Ehegatten auf den Todesfall läßt sich zusammenfassen, wie folgt:

Der erstversterbende Ehegatte schenkt für den Todesfall dem längerlebenden Ehegatten bezüglich des gesamten, dem französischen Erbrecht unterliegenden Vermögens den frei verfügbaren Teil seines Nachlasses im Rahmen des gesetzlichen Pflichterbrechts für Abkömmlinge (*la quotité disponible la plus large permise entre époux pour le cas d'existence de descendants*). Falls keine Abkömmlinge vorhanden sind, werden dem längerlebenden Ehegatten alle dem französischen Erbrecht unterliegenden Vermögensgegenstände geschenkt, und zwar einschließlich des kraft Gesetzes den Aszendenten zustehenden Anteils.

D. Donation entre vifs et donation-partage

Die bisher erläuterten Gestaltungsmöglichkeiten waren teils Zuwendungen in Eheverträgen (Abschnitt A und B), teils Ehegattenschenkungen auf den Todesfall (Abschnitt C); stets handelte es sich um vertragliche Regelungen zu Lebzeiten mit Auswirkungen auf den Todeszeitpunkt. Es fehlt also noch die Schenkung zu Lebzeiten. Hierzu hat die rechtsgestaltende Praxis in Frankreich drei Varianten entwickelt:

- die einfache Schenkung unter Ehegatten gemäß Art. 893 ff. CC (*donation simple entre époux*),
- die Schenkung an ein Kind gemäß Art. 894 ff. CC. (*donation à un enfant*),
- die Schenkung an mehrere Kinder im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge gemäß Art. 1076 ff. CC (*donation-partage*).

1. Donation simple entre époux (Art. 893 ff. CC)

Die Schenkung unter Ehegatten bezüglich eines bestimmten Vermögensgegenstandes mit sofortiger Wirkung (*donation de biens présents*) ist zweifelsfrei zulässig, aber wenig gebräuchlich, weil die Schenkung unter Ehegatten frei widerruflich ist (Art. 1096 CC) und weil auch die übrigen Nachteile zutreffen, wie sie bei der Ehegattenschenkungen auf den Todesfall (vgl. C) beschrieben worden sind. Daher ist auch für Eheleute ohne Kinder die ehégüterrechtliche Vereinbarung gemäß Abschnitt B vorzuziehen⁵⁷.

2. Donation à un enfant (Art. 894 CC)

Es ist kein seltener Fall, daß deutsche Eheleute ihr Wohnungseigentum in Frankreich ihrem Kind schenken wollen unter Vorbehalt des Wohnungsrechts (*droit d'usage d'habitation*) oder des Nießbrauchs (*usufruit*) gemäß Art. 950 CC. Der Schenker kann sich außerdem ein vertragliches Rückforderungsrecht (*droit de retour conventionnel*) vorbehalten; als Berechtigter des Rückforderungsrechts darf nur der Schenker persönlich und nicht auch sein Ehegatte benannt werden. Die Rückforderung wirkt zivilrechtlich wie eine auflösende Bedingung; sie bleibt deshalb steuerneutral. Zulässig ist auch die

⁵³ Einzelheiten zur notariellen Vollzugstätigkeit sind geschildert bei Wehrens/Gresser (Fn. 1) BWNtZ 1997, 133.

⁵⁴ Revillard (Fn. 4) Nr. 105. Revillard in: Répertoire Defrenois 1993 Nr. 35542; Lagarde in: Revue critique de droit international privé, 1993, 261 ff. (286).

⁵⁵ Diese und weitere Hinweise verdanken wir Notar Dr. Rolf Hoffmann, Völklingen. Vgl. auch Hoffmann, Änderungen der ehégüterrechtlichen Verhältnisse zwischen Deutschland und Frankreich in DNotI-Report 1995, 24 f.

⁵⁶ Einzelheiten zur Ehegattenschenkungen auf den Todesfall im internationalen Bereich bei Revillard NotInt'l 1996, 61 f.

⁵⁷ Zur Schenkung unter Lebenden vgl. Teillais, Les limites de la liberté contractuelle en matière de libéralités conjugales, in: JCP 1997 Nr. 39.

Vereinbarung eines Verfügungsverbots zu Lebzeiten des Schenkers (*restriction au droit de disposer*)⁵⁸. Schließlich gibt es für gesetzlich geregelte Ausnahmefälle (Art. 953 ff. CC) ein Rücktrittsrecht des Schenkers (*droit de révocation*).

Erbschaftsteuerlich ist diese Schenkung vorteilhaft, weil sich die Bemessungsgrundlage durch Anrechnung von Wohnungsrecht und Nießbrauch ermäßigt. Außerdem bietet das französische Erbschaftsteuerrecht Anreiz dazu, Schenkungen an Kinder möglichst frühzeitig vorzunehmen; denn die Schenkungsteuerfreibeträge können alle zehn Jahre erneut ausgenutzt werden und bei Schenkungen vor dem 75. Lebensjahr des Schenkers ermäßigt sich der Erbschaftsteuersatz erheblich, zur Zeit um jeweils 35 %.

Schenkungen dieser Art sind auch zugunsten von mehreren Kindern denkbar; hierbei ist aber als Besonderheit zu beachten, daß die *réserve légale* und die Gleichbehandlung aller Kinder berücksichtigt werden sollten; in den meisten Fällen wird es jedoch zweckmäßiger sein, für die Schenkung an mehrere Kinder die im folgenden zu behandelnde *donation partage* zu wählen.

3. Donation-partage (Art. 1076 ff. CC)

Falls das französische Immobilienvermögen bereits zu Lebzeiten auf mehrere Kinder oder aber nur auf ein Kind unter gleichzeitiger Ausgleichszuwendung an alle übrigen pflichterberechtigten Kinder (Abkömmlinge) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen werden soll, bietet sich die Teilungsschenkungen (*donation-partage*) gemäß Art. 1076 ff. CC als geeigneter Vertragstyp an. Die auf diese Weise übertragenden Vermögenswerte gelten als Vorempfang auf das Pflichterbrecht jedes Kindes, unabhängig von der Zeitspanne zwischen Schenkung und Erbfall (Art. 1077 CC).

Wenn ein Kind nicht an der Beurkundung der *donation-partage* teilgenommen und damit zugestimmt hat oder wenn ein Kind einen Anteil erhalten hat, der geringer als sein Pflichterbrecht ist, kann es die Herabsetzungsklage erheben, sofern es im Zeitpunkt des Erbanfalls unter Berücksichtigung des nach französischem Recht abzuwickelnden Teils des Gesamtnachlasses nicht mindestens eine *réserve légale* erhält (Art. 1077-1 CC); das gleiche Recht steht den etwa nach der Schenkung geborenen Kindern zu (Art. 1077-2 CC). Zur Gleichstellung der Kinder kann auch ein Wertausgleich in Sachwerten oder Geld vereinbart werden, und zwar zu erbringen entweder durch die Eltern oder durch die Kinder untereinander. Die *donation-partage* enthält wegen der – tatsächlichen – Mitwirkungspflicht aller Kinder gleichzeitig auch eine Festschreibung der in der Teilungsurkunde vereinbarten Werte, was z. B. für eine später erforderliche Berechnung der *réserve légale* eines Kindes wichtig ist.

Als Besonderheit verdient hervorgehoben zu werden, daß bei der Bewertung der übertragenen Immobilien (Art. 1078 CC) hypothekarische Belastungen nicht abgezogen und auch sonst nicht berücksichtigt werden, weil mit Rücksicht auf das spezielle System des französischen Hypothekenrechts keine vertragliche Schuldübernahme durch die Gläubigerbanken genehmigt wird; eine befreiende Schuldübernahme kommt also in der Rechtspraxis nicht vor; bei der Schenkung einer Immobilie, die noch mit einer Hypothek belastet ist, behält der Hypothekengläubiger also stets seinen bisherigen persönlichen Schuldner. Daraus ergibt sich die steuerrechtliche Konsequenz, daß in einer Schenkung unter Auflage etwa vom Erwerber übernommene Verbindlichkeiten des Schenkers niemals bei der Berechnung der Schenkungsteuer berücksichtigt werden.

Auch bei der *donation-partage* können die gleichen Vorbehalte vereinbart werden wie bei der Schenkung an ein Kind (vgl. Ziffer 2), z. B. Nießbrauch, Wohnungsrecht, Rückforderungsrecht oder Verfügungsverbot.

Zu den rechtlichen Vorteilen der *donation-partage* gehört es, daß durch die einvernehmliche Regelung unter Mitwirkung aller Pflichterbberechtigten eine größere Sicherheit für die spätere Einhaltung der *réserve légale* besteht und daß Streitigkeiten über den Wertausgleich praktisch ausgeschlossen sind. Hinsichtlich der Vorteile bei der Berechnung der Schenkungsteuer kann auf Ziffer 2 verwiesen werden⁵⁹.

E. Société civile immobilière (Art. 1845 ff. CC)

Die französische Immobiliengesellschaft bürgerlichen Rechts (*société civile immobilière – SCI*) bietet – zumindest bei der zur Zeit vorherrschenden französischen Rechtsauffassung – interessante Gestaltungsmöglichkeiten für die Nachfolgeplanung. Dies gilt insbesondere in folgenden Fällen:

1. Deutsche Eheleute kaufen ein französisches Grundstück in der Rechtsform einer SCI, an der sie im Innenverhältnis zu je 50 % beteiligt sind.

2. Ein deutscher Ehemann ist Alleineigentümer eines Wohnungseigentums in Frankreich und möchte dieses Wohnungseigentum auf eine SCI, bestehend aus ihm und seiner Frau übertragen unter gleichzeitiger Regelung der späteren Nachfolge.

3. Partner einer außerehelichen Lebensgemeinschaft (*union libre*) wollen ein Hausgrundstück in Frankreich in der Rechtsform einer SCI erwerben und die Nachfolge gestalten.

Die *société civile immobilière* ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die – auch von Ausländern – zu allen nichtgewerblichen Zwecken gegründet werden kann; im Beispielfall wird sie errichtet zum Zwecke des Ankaufs und der Verwaltung von Immobilien, die zu privaten oder gewerblichen Zwecken genutzt werden sollen. Im Unterschied zur deutschen BGB-Gesellschaft besitzt die SCI eine Rechtspersönlichkeit, sobald sie im Handels- und Gesellschaftsregister (*registre du commerce et des sociétés – RCS*) eingetragen worden ist; sie kann als juristische Person auch Grundeigentum erwerben und wird dann als Eigentümerin im Grundstücks- und Hypothekenregister eingetragen. Der durch Gesellschafterbeschuß oder Satzung zu bestellende Geschäftsführer darf nur im Rahmen des Gesellschaftszwecks für die SCI handeln, braucht jedoch nicht Gesellschafter zu sein⁶⁰.

Auch wenn die Immobilie der einzige Vermögensgegenstand der SCI sein sollte, werden die SCI-Gesellschaftsanteile im französischen Internationalen Privatrecht als bewegliches Vermögen qualifiziert mit der Folge, daß für deutsche Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland sowohl nach deutschem als auch nach französischem IPR die deutschen erbrechtlichen Normen anzuwenden sind. Dadurch werden sowohl Verfügungen von Todes wegen als auch Pflichtteilsvereinbarungen auf der Grundlage des deutschen Erbrechts ermöglicht; auch die bei einem französischen Immobiliarnachlaß kraft Gesetzes eintretende Nachlaßspaltung (vgl. Abschnitt II) sowie die damit verbundenen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Nachteile lassen sich auf diese Weise vermeiden.

Im ersten Beispielfall werden die deutschen Ehegatten je ein eigenes Testament nach deutschem Recht errichten und vielleicht zusätzliche Vereinbarungen über einen gegenständlich

⁵⁹ Einzelheiten zur *donation-partage* in Répertoire Dalloz, Partage d'ascendant.

⁶⁰ Zur *société civile immobilière* vgl. Mémento pratique Lefebvre – Sociétés civiles, 1995; Revillard (Fn. 4) Nr. 224 und 328; Revillard (Fn. 5) Seite 56; Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis, Seite 43 f., herausgegeben von Deutsches Anwaltsinstitut/Fachinstitut für Notare, Bochum 1997, mit weiteren Nachweisen.

auf die französischen Immobilien beschränkten Pflichtteilsverzicht treffen. Eine erbvertragliche Regelung kann nicht empfohlen werden, weil der deutschrechtliche Erbvertrag auch in diesem Fall Verfahrensschwierigkeiten bei der Berichtigung der Eintragungen im Grundstücks- und Hypothekenregister sowie im Handelsregister mit sich brächte. Unabhängig hiervon ist auch zu beachten, daß bei gegenseitiger Erbinsetzung der Ehegatten die SCI zur Ein-Personen-Gesellschaft wird, die unzulässig ist. Der überlebende Ehegatte als alleiniger Erbe oder als Zuwendungsempfänger der französischen Immobilie hat aber das Recht, innerhalb eines Jahres nach dem Erbfall eine – kleinere oder größere – Gesellschaftsbeteiligung an ein Familienmitglied oder an einen Dritten zu übertragen (Art. 1844-5 CC). Auf diese Übertragung wäre wiederum deutsches Recht anzuwenden.

Im zweiten Beispiel kann den Ehegatten empfohlen werden, durch Urkunde eines französischen Notars eine SCI mit entsprechender Ehegattenbeteiligung zu errichten unter Einbringung der Immobilie durch den Ehemann und einer Geldeinlage (z. B. 1 000,- FF) durch die Ehefrau.

Für das dritte Beispiel gelten die dargelegten Gestaltungsvorschläge entsprechend; es muß jedoch ausdrücklich auf die erheblichen Nachteile des französischen Erbschafts- und Schenkungsteuerrechts hingewiesen werden.

Für diese Rechtsvorgänge wird das französische Erbschaftsteuerrecht angewendet, unabhängig davon, ob die Gestaltungsmöglichkeiten unter Verwendung einer SCI von der französischen Rechtsprechung anerkannt werden oder nicht⁶¹. In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, daß die Gesellschafter oder Geschäftsführer einer SCI verpflichtet sind, dem Finanzamt jährlich (vor dem 16. Mai), eine Beschreibung der Immobilie zu übersenden, die Verkehrswert sowie Namen, Adressen und Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter enthält; andernfalls fallen Steuern an von jährlich 3 % des Verkehrswertes. Generell werden die Immobilien und die SCI-Anteile stets in Frankreich versteuert, unabhängig vom Wohnort oder tatsächlichen Aufenthaltsort der Eigentümer oder Gesellschafter⁶².

VIII. Schlußbemerkungen

Zu den geschilderten Nachfolgeregelungen des französischen Rechts können ergänzend noch folgende Hinweise für die rechtsgestaltende Praxis gegeben werden.

Beim Kauf eines Hauses oder Wohnungseigentums durch zwei nichtverheiratete Personen (z. B. durch Partner einer außerehelichen Lebensgemeinschaft oder durch Geschwister) wurde in der Vergangenheit häufig im Kaufvertrag zusätzlich vereinbart, daß der Grundstücksanteil des Erstversterbenden dem Längstlebenden allein zufallen soll (*clause tontine*). Dieser Erwerbsvorgang unterliegt nämlich dann nicht der Erbschafts- und Schenkungsteuerpflicht, wenn der Verkehrswert des Kaufobjekts im Todeszeitpunkt 500 000,- FF nicht übersteigt und es sich nicht um das gemeinschaftlich genutzte Domizil handelt⁶³. Wegen der inzwischen erheblich gestiegenen Immobilienwerte wird diese Steuervergünstigung aber heute nur noch in seltenen Ausnahmefällen erlangt werden können.

Falls bei der Nachfolgeplanung die Einräumung eines Nießbrauchs an der Immobilie in Betracht kommen sollte, darf die gesetzliche Vermutung der französischen Abgabenordnung (*Code général des impôts – CGI*) nicht übersehen werden, wonach die Immobilie beim Tod des Nießbrauchers im Zweifel dem Nachlaß in Höhe des Verkehrswertes zugerechnet wird (Art. 751 CGI). Diese Vermutung kann am besten durch den Nachweis widerlegt werden, daß nicht der Nießbraucher, sondern der Grundstückseigentümer den Kaufpreis beim Immobilienerwerb entrichtet hat⁶⁴.

Schließlich muß vor einer Übertragung von Immobilien auf mehrere Kinder in Miteigentümergeinschaft französischen Rechts gewarnt werden, weil jeder Miteigentümer jederzeit die Aufhebung der Miteigentümergeinschaft verlangen kann, was – anders als im deutschen Recht – auch durch vertragliche Vereinbarung nicht auszuschließen ist⁶⁵.

Vollmachten zur Durchführung von Nachfolgeregelungen nach dem Tod des Grundstückseigentümers (transmortale oder postmortale Verfügungsvollmachten) unterliegen in den Beispielfällen ebenfalls dem französischen Recht. In Art. 2003 CC ist zwingend geregelt, daß jede Vollmacht spätestens mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt und daß eine Vollmacht jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen werden kann (Art. 2004 CC). Aus diesen Gründen sind Verfügungsvollmachten französischen Rechts bei Nachfolgeregelungen kaum brauchbar⁶⁶.

Wegen der vom deutschen Recht stark abweichenden Rahmenbedingungen des französischen Rechts darf die eine oder andere der besprochenen Gestaltungsmöglichkeiten erst nach gründlicher Prüfung als Modell für den eigenen Fall übernommen werden; eine eigenverantwortliche Formulierung der speziellen Nachfolgeregelung bleibt unentbehrlich.

Deshalb wird generell für die Nachfolgeplanung hinsichtlich französischer Immobilien empfohlen,

- sich bei der Auswahl der passenden Gestaltung der Rechtsnachfolge zunächst von deutschrechtlichen Vorstellungen frei zu machen und sich nur nach den weitgehend unabänderlichen gesetzlichen Vorschriften des französischen Rechts auszurichten,
- nicht nur einen deutschen Berater (Notar oder Rechtsanwalt) mit französischen Rechtskenntnissen, sondern zusätzlich einen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr erfahrenen französischen Notar mit der Nachfolgeplanung zu beauftragen,
- auf die Schwierigkeiten Rücksicht zu nehmen, die der Vollzug einer in Deutschland beurkundeten Nachfolgeregelung in Frankreich mit sich bringt und stattdessen die vertragliche oder testamentarische Regelung bereits nach französischem Recht und durch einen französischen Notar beurkunden zu lassen.

Die Autoren:

Dr. Hans G. Wehrens, Notar a.D., Freiburg im Breisgau, Vorstandsmitglied der Commission des Affaires de l'Union Européenne (CAUE/UINL)

Maitre Edmond Gresser, Notar in La Wantzenau/Frankreich, Lehrbeauftragter für Rechtsterminologie an der Universität Mainz und Ständiger Vertreter der UINL beim Europäischen Parlament.

61 Art. 990 D-H Code générale des impôts (CGI). Vgl. auch Mémento pratique Lefebvre-Fiscal-1995 Nr. 6002 f. und 6273; Lefebvre/Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, 1991 Nr. 2337 ff.; Francis Lefebvre, Dossiers internationaux, Allemagne, 3. édition 1989; Nr. 4030 ff.

62 Zur Besteuerung französischer Immobilien vgl. Art. 3 Convention fiscale franco-allemande vom 21. 7. 1959 in: Lefebvre Allemagne Nr. 4030.

63 Vgl. Lefebvre (Fn. 61) Nr. 6530 f.; Revillard (Fn. 4) Nr. 194; Wehrens/Gresser (Fn. 1) Seite 133.

64 Einzelheiten bei Lefebvre (Fn. 61) Nr. 6512; vgl. auch Wehrens/Gresser (Fn. 1) Seite 132.

65 Art. 815 ff. CC.

66 Zum Vollmachtsstatut vgl. Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 5. Auflage 1996, Rz. 1716 ff., 1737 und 1758 ff. Zur Vollmacht französischen Rechts vgl. Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band I/1, 2. Auflage 1994, 1 F 1043.

Die Société civile Immobilière, Qualifizierungsversuch über ein Gestaltungsmittel des französischen Gesellschaftsrechts

Von Johannes Melchers, Notar in Staufen/Breisgau

I. Gesellschaftsrechtliche Abgrenzungen und Begriffseingruppierungen

Das französische Gesellschafts- und Gemeinschaftsrecht unterscheidet sich wesentlich von deutschen Erscheinungsformen auf diesem Rechtsgebiet, wenngleich auch Ähnlichkeiten in der Rechtsformbenennung anklingen. So kann man zumindest in der Kennzeichnung einen gewissen Gleichlauf erkennen zwischen der société en nom collectif und der OHG, der société en commandite simple und der KG, der société à responsabilité limitée (SARL) und der GmbH sowie zwischen der société par actions (SA) und der deutschen Aktiengesellschaft. Eine Entsprechung für die société civil gibt es im deutschen Recht nicht. Insbesondere wäre es verfehlt, die société civil mit der BGB-Gesellschaft deutschen Rechts gleichzusetzen.

Gemeinsamkeit besteht insoweit allenfalls darin, daß sich bei beiden Rechtsformen die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern und vereinbarte Beiträge zu leisten (§ 705 BGB, Art. 1832 Code civil). Im Kern unterscheiden sie sich insbesondere durch die dem französischen Recht wenig bekannte Gemeinschaftsform der Gesamthand und die der deutschen BGB-Gesellschaft fehlende eigene Rechtsfähigkeit. „Man stößt hinsichtlich der dem deutschen Recht geläufigen Kategorie eines zwischen Gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit stehenden teilweise verselbständigten gesamthänderischen Verbundes der Gesellschafter auf verbreitetes Unverständnis französischer Juristen“ (Ferid/Sonnenberger, das Französische Zivilrecht Bd. 2, S. 341).

Eine deutschsprachige Übersetzung der société civil mit Bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft oder Gesellschaft Bürgerlichen Rechts würde m. E. den Unterschied zur deutschen BGB-Gesellschaft zu sehr verwischen. Wegen der spezifischen Besonderheiten wäre eine Übersetzung als Zivilrechtliche Gesellschaft treffender.

Dadurch klingt schon vom Wort her augenfällig auch der wesentliche Unterschied der sociétés civiles zu den bereits genannten handelsrechtlichen Gesellschaftsformen (sociétés commerciales) an. Die société civil darf nämlich nicht auf Handelsgeschäfte ausgerichtet sein und unterliegt somit auch nicht den besonderen Vorschriften des Gesetzes vom 24. 7. 1966 über Handelsgesellschaften und Kaufleute. Wie bereits der Name aussagt müssen die Aktivitäten der société civil insoweit rein zivil sein als alle Handelsaktivitäten wie z. B. „Kaufen um weiter zu verkaufen“ ausgeschlossen sind. Gleichwohl sind Gewinnerzielungs- und Einsparungsabsicht gerade auch für die société civile typischerweise vorgegebene Kriterien (vgl. Art 1832 Abs. 1 CC). Dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von den Vereinen (associations), die ohne wirtschaftliche Zielrichtung zumindest nicht auf Gewinnverteilung ausgerichtet sein dürfen. Associations dürfen z. B. Immobilien nur zur Erfüllung ihres satzungsmäßigen Vereinszwecks besitzen. Hat ein Verein mit dem Ziel des Erwerbs und der Verwaltung von Immobilien eine société civil immobilière (nachfolgend kurz SCI) errichtet, kann gem. Art. 43 des Gesetzes vom 7. 6. 1977 die Umwandlung dieser Gesellschaft in einen Verein erfolgen. Für die Vereinszwecke nicht benötigtes Immobilienvermögen kann dabei ohne Erlösverteilung einem anderen entsprechenden Zwecke verfolgenden Verein (association) zugewiesen werden.

In Einzelfällen dürften die Abgrenzungen schwierig sein. Werden Handelsgeschäfte in der Form der société civile betrieben, bestimmt der Zweck und nicht die Form die anzuwendenden

Vorschriften, sodaß dann nur der äußere Schein einer Zivilrechtlichen Gesellschaft vorliegt, auf die gemäß faktischer Gründung als société créée de fait ohne Rechtspersönlichkeit die Vorschriften der OHG (société en nom collectif) entsprechend anzuwenden sein dürften.

Im Regelfall unterliegt die société civil auch nicht den strengen kaufmännischen Geschäfts- und Buchführungsregeln, außer sie überschreitet hinsichtlich ihres Geschäftsumfangs gewisse Grenzwerte, die beispielsweise durch das Dekret des Conseil d'Etat vom 1. 3. 1985 wie folgt festgelegt wurden: über 50 Angestellte, mehr als 20 Millionen FF Umsatz, mehr als 10 Millionen FF Aktivwerte, ferner bei Optierung zu bestimmten Gesellschaftssteuerarten oder zur Mehrwertsteuer.

Die société civil ist auch nicht lediglich eine Interessengemeinschaft (groupements d'intérêt économique GIE), die für ihre Mitglieder deren wirtschaftliche Tätigkeiten fördert, ihnen dient und sie weiterführt, selbst aber nicht auf Gewinn zielt und keine juristische Person ist. Erst recht unterscheidet sich die société civil von der Europäischen wirtschaftlichen Interessengemeinschaft (EWIV), die seit 1. 1. 1989 ohne die erwartete Bedeutung zu erlangen in Deutschland gilt. Rechtshistorisch baut die EWIV als eigenständige Weiterentwicklung auf der französischen Rechtsform der GIE auf (Eckehardt, Einführung in das Recht der EWIV, MittBayNot 1989, 125). Anders als die société civil ist sie ohne eigene Gewinnerzielungsvorgabe eine supranationale Kooperations-Rechtsform und personengesellschaftlich einer OHG mit Fremdgeschäftsführung angeglichen. Sie ist keine juristische Person, und die Gesellschafter haften unbeschränkt und gesamtschuldnerisch.

II. Die société civile immobilière (SCI) als bloß vom Zweck her besonders spezifizierter Unterfall einer société civil

Die Zwecke und Gegenstände einer société civil können vielfältiger Art sein und beschränken sich keineswegs auf den Immobilienbereich. Sie findet in weiten Bereichen auch Anwendung auf den Besitz und die Verwaltung mobiler Güter und anderen Materien wie z. B. Kunstwerke, Musikinstrumente, Börsendepots, Sportbetriebe, Veröffentlichung wissenschaftlicher Werke und häufig auch auf berufliche Zusammenschlüsse etwa zwischen Ärzten, Tierärzten, Architekten, Rechtsanwälten, Notaren, Gerichtsvollzieher (sociétés civiles professionnelles), wobei berufsspezifische Standesvorgaben in zahlreichen Einzeldekreten geregelt sind. In diesem Zusammenhang meint man Parallelen zur deutschen Partnerschaftsgesellschaft erkennen zu können. Diese ist allerdings ohne verselbständigte Außenvertretung als Personengesellschaft ausgestaltet und eine nur natürlichen Personen zugängliche Gesamthandsgemeinschaft. Die Partnerschaftsgesellschaft hat nicht die Eigenschaft einer juristischen Person, weshalb die Gesellschafter im Regelfall auch gesamtschuldnerisch neben dem Vermögen der Partnerschaft haften mit der Möglichkeit der Beschränkung auf den beruflichen Leistungserbringer (vgl. zur Partnerschaftsgesellschaft Mayr, Partnerschaft oder GmbH?, MittBayNot 1996, 61).

Im Immobilienbereich hat die société civil in der Erscheinungsform der *société civile immobilière* erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen (vgl. Jacques Bernard, La société civile immobilière et ses applications, Conseils par des Notaires, S. 4 ff). Dies ist insbesondere auf dem Hintergrund des Bedürfnisses auf Schaffung einer rationellen, leicht handhabbaren, steuerlich in Einzelfällen nicht uninteressanten und kostengünstigen Organisation der Verwaltung und Weitergabe

von Familien- und Partnerschaftsgrundbesitz unter Lebenden und von Todes wegen zu sehen. So kann beispielsweise die SCI für ihre Kapitaleinkünfte zur Gesellschaftsteuer (impôt sur les sociétés, kurz l'IS) mit einem Höchststeuersatz von 33,33 % optieren, während der Höchststeuersatz für Privateinkommen (impôt sur le revenu des personnes physiques, kurz l'IRPP) bis zu 60 % beträgt. Dabei ist die SCI – wie die meisten Rechtsinstrumente der juristischen Beratungspraxis – allerdings kein Allheilmittel (panacée), was von französischen Notaren und Autoren auch besonders hervorgehoben wird (vgl. Jacques Bernard a. a. O.). Ihre Anwendung kann nur nach einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalles im Kontext der familiären, partnerschaftlichen, beruflichen, erbrechtlichen, steuerlichen und ökonomischen Gegebenheiten und Auswirkungen angeraten werden. Sie unterscheidet sich nur in ihrer auf Immobilien ausgerichteten Zweckbestimmung und daraus etwa folgenden Formbesonderheiten und steuerlichen Auswirkungen von anderen sociétés civiles mit anderen Zwecken und entsprechend anderen Benennungen. Eine société civile ohne bestimmten gesellschaftsvertraglichen Zweck gibt es nicht (Art. 1835 CC).

Die SCI kann in ausdehnender Anlehnung an Jacques Bernard (a. a. O.) definiert werden als ein vertraglicher Zusammenschluß mehrerer (mindestens zweier) natürlicher oder juristischer Personen (personnes physiques oder personnes morales) unter Beachtung der allgemeinen gesetzlichen Gesellschaftsregeln der société civile (Art. 1832-1870 CC) mit der Zielrichtung, daß die Gesellschaft eine oder mehrere Immobilien, die von Dritten erworben oder durch Gesellschafter eingebracht wurden, besitzt, um diese zu vermieten oder zum Eigengebrauch der Gesellschafter zu verwenden, oder um für diese Gebrauchszwecke Gebäude auf eigenem Grundbesitz zu errichten. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um ein Wohn-, Büro- oder Geschäftshaus oder Mischformen dieser Art handelt. Im Einzelfall ist es der SCI auch erlaubt, eine Immobilie an Dritte zu verkaufen. Dies kann aber nur eine exzeptionelle Verwaltungsausnahme bleiben, da die SCI sonst in den Bereich gewerblichen Grundstückshandels geraten könnte, dessen Ausübung in der allgemeinen Form der société civile nicht zulässig ist. Zu beachten ist auch, daß eine SCI, die keine Immobilie mehr besitzt und den Verkaufspreis unter die Gesellschafter aufgeteilt hat, aufgelöst ist. Dies scheint nach Auskunft französischer Notarkollegen registerlich nicht allzu streng mit Lösungskonsequenzen gehandhabt zu werden. Vielmehr werden SCI's vielfach auch ohne Immobilienbesitz vorgehalten.

Ebensowenig ist es wegen spezialgesetzlicher Vorbehalte zulässig, ja sogar gefährlich, daß die SCI ein möbliertes oder sonst ausgestattetes Etablissement (z. B. Hotelzimmer oder eingerichtetes Studio) vermietet. Dies kann empfindliche Steuerstrafen unter persönlicher Haftbarmachung der Gesellschafter zur Folge haben.

In manchen Bereichen bestehen noch weitere spezielle Sonderregeln für zivilrechtliche Gesellschaftsbeteiligungen auf dem Immobiliensektor, die den allgemeinen Regeln der SCI vorgehen: So z. B. in der Land- und Forstwirtschaft für Betriebszusammenschlüsse von Nachbarn und Familienmitgliedern oder Fortführungszusammenschlüsse bei Auslaufen von Pachtverträgen und im Erbfall (groupements agricoles d'exploitation en commun bzw. groupements fonciers agricoles); ferner im Grundstücks- und Bauwesen die société de construction en vue de la vente d'immeubles und die société de construction en vue de l'attribution d'immeubles aux associés, soweit sie nicht ohnehin Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften sind; schließlich die sog. Plazierungsgesellschaften (société civile faisant publiquement appel à l'épargne), die öffentliche Plazierungsprospekte zur Kapitalbeschaf-

fung herausgeben und als sociétés civiles mit Sonderregeln zur Wohnungsbaubelebung zugelassen sind, sofern sie Erwerb und Verwaltung von Immobilien zum Zwecke der Vermietung vornehmen. Diese SCI-Sonderformen, die spezialgesetzlich geregelt waren und sind, wurden bei der umfassenden Novellierung der société civile durch das Reformgesetz vom 4. 1. 1978 aus politischen und speziellen Interessen-Gründen beibehalten. Ihre besonderen Regelungsvorgaben dürfen mit der oben definierten SCI, die nur den allgemeinen Regeln des Code Civile unterworfen ist, nicht vermengt werden.

III. Die allgemeingesetzlichen Regelungen der société civile und damit auch der SCI durch den Code

Die Gesetzesbestimmungen für die société civile und damit auch für die SCI ergeben sich aus den allgemeinen Gesellschaftsregelungen des IX. Kapitels (Art. 1832-1844) Code Civil, die in ihrer Allgemeinheit im Prinzip auch für die Handelsgesellschaften gelten. Das X. Kapitel schließt daran mit Regelungen für die société civile (Art. 1845-1870 CC) an, welche wiederum gegliedert sind in allgemeine Vorschriften, Geschäftsführung, gemeinschaftliche Beschlüsse, Information der Gesellschafter, Bindung der Gesellschafter gegenüber Dritten, Abtretung von Gesellschaftsanteilen und Ausscheiden durch Tod. Die Gesetzesbestimmungen sind zwingend, soweit sie nicht ausdrücklich gesellschaftsvertragliche Abbedingungen zulassen.

Mit diesen gesetzlichen Vorgaben wurden die sociétés civiles im Zuge der Reform von 1978 anders als im früheren Recht auf eine rechtlich gesicherte Grundlage gestellt, insbesondere was die Anerkennung einer den juristischen Personen angenäherten Rechtspersönlichkeit für die Gesellschaft angeht. Diese personnalité juridique sagt zwar nach französischem Verständnis (Jacques Bernard a. a. O. nennt sie eine „existence distincte“) nichts Endgültiges über das Vorliegen einer von den Gesellschaftern unabhängigen Verbandsorganisation und über eine gleichwohl bestehende persönliche Haftung der Gesellschafter aus, bedeutet aber eigene Rechtsfähigkeit. Die durch die Reform gesetzlich fixierten Grundlagen und dabei insbesondere die rechtliche Verselbständigung, die anders als noch vor der Reform erst mit Eintragung im Handels- und Gesellschaftsregister eintritt (Art. 1842 CC), haben wesentlich zur Erhöhung der praktischen Bedeutung der société civile und damit auch der SCI beigetragen.

Aufgrund ihrer personnalité juridique wird die société civile Eigentümerin der Einlagen der Gesellschafter. Der Geschäftsanteil der Gesellschafter (part sociale) wird gem. Art 529 CC allerdings auch dann als eine bewegliche Sache angesehen, wenn die Einlage wie bei der SCI in einem Grundstück besteht. Gläubigerforderungen gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter können nicht aufgerechnet werden. Die société civile besitzt mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit auch aktive und passive Parteifähigkeit mit einer speziellen Einschränkung, daß sie nur im Rahmen ihres satzungsmäßigen Zwecks (objet) tätig werden darf mit der Folge, daß ihre Geschäftsführer die Gesellschaft – auch nach außen – nur im Rahmen des vereinbarten Gesellschaftszwecks verpflichten können (Art. 1849 CC). Aufgrund EG-Recht kann eine solche Beschränkung nicht für Handelsgesellschaften gelten. Im so vorgegebenen Rahmen unterliegt die société civile eigener Haftung, wodurch allerdings eine eigene Haftung der Gesellschafter nicht ausgeschlossen ist. Die Reform von 1978 hat an der vorher schon geltenden anteiligen – nicht gesamtschuldnerischen – Haftung der Gesellschafter festgehalten, sie wurde aber proportional an das Verhältnis der Kapitalanteile untereinander gebunden. Neu eingeführt wurde ferner die Haftung der Gesellschafter als subsidiäre Ausfallhaftung nach Inanspruchnahme der Gesellschaft durch Klage und vergeblichen

Vollstreckungsversuch (Art. 1858 CC, vergleichbar etwa mit dem deutschen Bürgschaftsrecht). Insoweit enthält die société civil nach deutschrechtlichem Verständnis Elemente einer Personengesellschaft und gleichzeitig einer juristischen Person.

IV. Der Gesellschaftsvertrag bzw. das Statut der société civil im Rahmen der allgemeinen und speziellen Gesetzesvorgaben

Aus den gesetzlichen Vorgaben ist zu entnehmen, daß die société civil ein Vertrag ist, der vier *Wesensmerkmalen* (vgl. Ferid/Sonnenberger a. a. O., S. 337) entsprechen muß:

- Erbringung von Einlagen durch die Gesellschafter in Form von Geld, Gegenständen oder Diensten;
- partnerschaftliche Zusammenarbeit (*affectio societatis*);
- Vorliegen eines auf Gewinnerzielung oder Einsparungen gerichteten Gesellschaftszwecks;
- das Gesetz darf ihr nicht wegen Form, Natur oder Gegenstand einen anderen Charakter zugewiesen haben (Art. 1845 Abs. 2 CC), insbesondere nicht den einer Handelsgesellschaft.

Fehlt eine der ersten drei Merkmale, kann der Gründungsvertrag nicht einmal zur Qualifizierung als Gesellschaft führen, fehlt die vierte Voraussetzung handelt es sich nicht um eine société civil, sondern um eine andere Gesellschaftsform. Selbstverständlich müssen für eine bestandskräftige Gründung auch die allgemeinen Rechtsgeschäftsanforderungen wie Geschäftsfähigkeit (*capacité*) und Irrtumsfreiheit (*consentement*) vorliegen. Im einzelnen gilt für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages bzw. des Statuts:

1. Die Form

Das Statut bedarf mindestens der privaten Schriftform (Art. 1835 S. 1 CC). Ursprünglich war im Regierungsentwurf vorgesehen, daß der *Vertrag*, also die Verpflichtung zum Statut in Schriftform abgefaßt sein müsse. Da regelmäßig Vertrag und Statut als Gesamtheit formuliert werden, kann dieses dogmatische Problem vernachlässigt werden. Für die SCI schreibt Art. 4 des Dekrets 28 vom 4. 1. 1955 bei Einbringung von Immobilien als Einlage schon für die Zeit vor wie auch nach der Reform notarielle Beurkundung vor. Gleiches gilt wohl auch bei Einbringung eines Nutzungsrechts, das länger als 12 Jahre dauert (*Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires*, SCI, S. 13). Für Ehegatten als Gesellschafter gilt gem. Art. 1832 Abs. 1 § 2 CC, daß die Vorteile und Freistellungen und damit auch Unwiderrufflichkeiten eines Gesellschaftsvertrages zwischen Ehegatten zur Vermeidung versteckter Schenkungen und um nicht einseitig annulliert werden zu können, nur durch „*acte authentique*“ (d. h. notarielle Beurkundung) erlangt werden können. Diese ungewöhnliche gesetzliche Formempfehlung beruht auf der gesetzlich zwingend geregelten Besonderheit im französischen Recht (Art. 1096 CC), daß nach einer schenkweisen Übertragung unter Ehegatten (*donation entre époux*) diese unentgeltliche Ehegattenzuwendung ohne weiteres durch einseitige Erklärung in notarieller Urkunde (im deutschen Recht etwa vergleichbar mit dem Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments) rückwirkend und daher auch mit Wirkung gegenüber zwischenzeitlichen Dritterwerbern widerrufen werden kann.

Eine ähnliche notarielle Formempfehlung sieht Art. 1854 CC für Gesellschaftsgründungen zwischen einem Erblasser und seinen künftigen Erben vor.

2. Eintragung und Publizität

Die Gründung, spätere Statutenänderung und Änderungen in der Anteilsinhaberschaft wie auch die Einsetzung und Veränderungen der Geschäftsführung bedürfen der Eintragung in das Handels- und Gesellschaftsregister (*registre du commer-*

ce et des sociétés, kurz RCS). Erst dadurch erlangt die société civile die Eigenschaft einer juristischen Person. Bis zur Eintragung der Gründung besteht eine Gründungsgesellschaft. Während der Gründungsphase gelten für die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern untereinander der Gesellschaftsvertrag und die allgemeinen Regeln des Vertrags- und Schuldrechts. In der Rechtsbeziehung zu Dritten werden die Gesellschafter im Gründungsstadium unmittelbar selbst verpflichtet.

Das Eintragungsverfahren ist recht formalistisch.

Es müssen vier Exemplare des Status eingereicht werden mit Kostenmarken, die zum Preis von 38,- FFR pro Seite bei der Gerichtskanzlei erworben werden können (nicht beschriebene Rückseiten müssen den Vermerk „Annullierte Seite“ enthalten). Die sonstigen Kosten belaufen sich wertunabhängig auf FFR 1500,-. Wenn eine Immobilie oder ein Immobilienrecht eingebracht ist, muß im Regelfall ferner eine mit 0,1 % des Kaufpreises kostenpflichtige Eintragung im Grundstücks- und Hypothekenregister (*bureau de la conservation des hypothèques*) erfolgen. Hinzu kommen schließlich die Bekanntmachungskosten in den vorgeschriebenen Veröffentlichungsorganen. Die Gesamtkosten werden von Praktikern mit etwa 10 000,- FF angegeben. Darüber hinaus fallen fast regelmäßig noch Beraterhonorare und Steuern an. Alles in allem ist die Gründung einer SCI in ihrem i. w. geschäftswertunabhängigen Kostengefüge gleichwohl als eher kostengünstig zu bezeichnen.

3. Gesellschaftskapital (*capital social*), Einlagen (*l'apports*) und Geschäftsanteil (*part social*)

Gem. Art. 1832 f CC ist für jede société civil ein Gesellschaftskapital erforderlich und in den Statuten anzugeben. Ein Mindestkapital ist im Regelfall nicht vorgeschrieben. Theoretisch könnten 1 FF oder 1 Euro ausreichen. Daraus kann man entnehmen, daß das Gesellschaftskapital bei dieser Gesellschaftsform weniger als Haftungsobjekt für Dritte, sondern vielmehr für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gem. der jeweiligen Einlagenhöhe und der Höhe der anteiligen (subsidiären) Gesellschafterhaftung Bedeutung hat. Nach Jacques Bernard (a. a. O., S. 11) setzt man es häufig auf 10 000,- oder 20 000,- FF fest. Neben Geldeinlagen sind auch die Einbringung von Sacheinlagen (auch Nutzungsrechten) und sogar die Erbringung von Dienstleistungen (*part d'industrie*) oder Mischformen dieser drei Einbringungsarten zulässig. Die Gesellschaftsanteile dienstleistender Gesellschafter bleiben allerdings bei der Bildung des Gesellschaftskapitals außer acht und sind naturgemäß unveräußerlich und nicht übertragbar. In der Außenhaftung wird der seine Dienste einbringende Gesellschafter wie der mit dem geringst bezifferten Gesellschaftsanteil behandelt. Die betragsmäßig in der Satzung anzugehenden Bewertung von eingebrachten Sacheinlagen und damit bei der SCI auch die eines eingebrachten Grundstücks sowie die daraus sich ergebenden Gesellschaftsanteile sind im Unterschied zu Handelsgesellschaften bei der société civil von den Gesellschaftern frei fixierbar, wobei aber zu beachten ist, daß kein Gesellschafter von seiner Einlagenverpflichtung durch Vereinbarung fiktiver Einlagen befreit werden kann. Eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht. In Fällen der Unterbewertung wird allerdings bei einer Veräußerung der Immobilie oder Verwertung des Gesellschaftsanteils einer SCI der Unterschied zwischen dem Nennbetrag des Statuts und dem wirklich erzielten Veräußerungspreis innerhalb von 22 Jahren einer Wertzuwachssteuer (*l'impôt sur la plus value*), die etwa 1/3 des Wertzuwachses beträgt, unterworfen. Von der Wertzuwachssteuer frei bleibt dagegen beim privaten Direktverkauf das selbstgenutzte Eigenheim (*residence principale*). Deutsche Verkäufer sind demnach dann nicht

wegen Wertzuwachs steuerpflichtig, wenn sie beim Direktverkauf ihres französischen Eigenheims ihren Wohnsitz und ständigen Aufenthalt in Frankreich hatten und dort der Einkommensteuerpflicht unterliegen (vgl. hierzu Wehrens/Gresser, Der Kauf von Immobilien in Frankreich, BWNtZ 1997, 129 Fn. 43 und 45 m. w. N.).

Ein ähnliches Wertzuwachsproblem kann sich eventuell auch hinsichtlich Erbschafts- oder Schenkungssteuer im Todesfall oder bei Übergaben zu Lebzeiten ergeben. Es wird deshalb vielfach empfohlen, bei Immobilieneinbringungen des Kapital nicht allzu niedrig anzusetzen.

Gem. Art. 1861 CC sind Geschäftsanteile einer société civil grundsätzlich veräußerlich, wobei die Satzung dafür besondere Einzelbeschränkungen vorsehen kann. Ein nach dem Gesetz zwingend vorgeschriebenes Verfahren (Art. 1864 CC) ermöglicht es jedem Gesellschafter, den Wert seines Geschäftsanteils zu realisieren unter gleichzeitiger Wahrung der Belange der anderen Gesellschafter.

Eine Veräußerung bedarf im Regelfall der Zustimmung (agrément) der anderen Gesellschafter. Das Zustimmungserfordernis gilt nach dem Gesetz nicht für Veräußerungen an Abkömmlinge oder Aszendenten, also in gerader Linie und wenn die Statuten Ausnahmen vorsehen, wie häufig für die Veräußerung an Mitgesellschafter und Ehegatten. Die Zustimmung kann durch das Statut auch der Geschäftsführung übertragen werden. Ein Veräußerungsvorhaben ist dem Zustimmungsgremium förmlich (Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder Einschreiben gegen Rückschein) anzuzeigen. Wird die Zustimmung erteilt, erfolgt die Veräußerung im Regelfall in Schriftform, wenn nicht wie z. B. bei Zuwendungen unter Ehegatten notarielle Beurkundung geboten ist. Erst nach erneuter förmlicher Information der Gesellschaft und Eintragung im Handels- und Gesellschaftsregister wird die Anteilsveräußerung wirksam.

Statt zuzustimmen können die Gesellschafter, benannte Dritte oder die Gesellschaft selbst als Erwerber eintreten. Im Fall von Unstimmigkeiten über den Wert des Anteils ist ein besonderes Schätzungsverfahren vorgesehen. Die Anteilsveräußerung wird im Regelfall auch bei der SCI bzgl. Wohnhäuser, die nach dem Erwerb 3 Jahre lang zu Wohnzwecken genutzt werden, mit einem noch günstigen Grunderwerbsteuersatz von 4,89 % besteuert. Diese bedeutet nur 0,09 Punkte mehr als bei Immobiliendirektverkäufen. Andere Veräußerungsfälle führen im Regelfall zu einheitlichen Grund- oder Mehrwertsteuerpflichten von 18,6 bis 20,6 %. Für die SCI kann insgesamt festgestellt werden, daß Anteilsveräußerungen zwar in einem recht formalistischen Verfahren, aber evtl. doch kostengünstiger erfolgen können als der Direktverkauf einer Immobilie. Steuerfolgen müssen vorab geprüft werden und können im Einzelfall Ersparnisse bringen. Der Grunderwerbsteuersatz von 4,89 % gilt nach Jacques Bernard (a. a. O., S. 11) selbst für den Fall, daß alle SCI-Anteile auf einmal verkauft werden.

Wie die Veräußerung ist auch die Verpfändung von Geschäftsanteilen einer société civil – ausgenommen wieder der Anteil eines nur dienstleistenden Gesellschafters – zulässig und ähnlich ausgestaltet. Auch das Zustimmungsverfahren ist i. w. dem Verfahren bei Veräußerung angeglichen. Die Zustimmung zur Verpfändung beinhaltet auch die Zustimmung zur Verwertung. Die Gesellschafter und die Gesellschaft haben ein Ankaufsrecht. Auch eine Pfändung ist möglich. Kommt es zur Verwertung gibt es ebenfalls u. a. die Möglichkeit des Ankaufs, sodaß die Gesellschaft und die Gesellschafter vor unerwünschtem Zugriff und Eintreten Dritter geschützt sind.

4. Sitz, Name, Zweck und Dauer.

Auch diese Essentialia einer société civil müssen in der Satzung angegeben werden. Der Satzungssitz ist i. d. R. der Ort

der Geschäftsniederlassung. Diese Übereinstimmung ist jedoch nicht zwingend. Nach Art. 1837 Abs. 1 CC können sich Dritte auf den statutarischen Sitz berufen. Die Gesellschaft kann ihnen nicht entgegenhalten, daß sich der wirkliche Sitz woanders befindet. Art. 1837 Abs. 2 CC bestimmt als einseitige Kollisionsvorschrift, daß jede Gesellschaft, deren Sitz auf französischem Boden liegt, den Bestimmungen des französischen Rechts unterworfen ist. Daraus und aus der international-gesellschaftsrechtlich herrschenden Sitztheorie kann man entnehmen, daß es einen Sitz für die société civil im nichtfranzösischen Ausland wohl nicht geben kann, da dort die speziellen französischen Bestimmungen für diese Gesellschaftsart keine Anwendung finden. Die Nationalität der Gesellschafter und der Lageort von Einbringungs- oder Besitzgegenständen der Gesellschaft ist dagegen meist unerheblich. Es dürfte rechtlich möglich sein, daß eine SCI mit Sitz in Frankreich auch durch Nichtfranzosen errichtet wird, die außerfranzösischen Grundbesitz in die Gesellschaft einbringen oder ausländischen Grundbesitz für die Gesellschaft erwerben, was jedoch kaum Vorteile erkennen läßt.

Der Sitz bestimmt im übrigen u. a. den Gerichtsstand und bringt oft steuerliche Konsequenzen mit sich, die im Vorfeld eingehend abgeklärt werden sollten.

In manchen Fällen kann eine société civil nach ihrem Zweck und den anzuwendenden Vorschriften französischen Staatsbürgern vorgehalten sein, weshalb man in solchen Fällen von einer „französischen Staatsangehörigkeit einer Gesellschaft“ (vgl. Ferid/Sonnenberger a. a. O., S. 352) spricht. Eine solche Einschränkung gilt im Regelfall für eine SCI nicht.

Gem. Art. 1835 CC ist der Gegenstand der Gesellschaft in der Satzung anzugeben. Dieser ist regelmäßig mit dem Gesellschaftszweck identisch. Daraus abgeleitet wird häufig auch die anzugebende Namensbezeichnung gewählt, wobei Erweiterungen in Anlehnung an den Ausübungs- oder Lageort und die Anfügung von Gesellschafternamen, aber auch von Phantasienamen möglich sind. Der Name der Gesellschaft muß mit dem Kennzeichnungsbestandteil „société civil“ und dem evtl. Gesellschaftskapital auf den Briefbögen der Gesellschaft angegeben werden.

In der Satzung ist ferner die Dauer der société civil festzulegen. Diese beträgt höchstens 99 Jahre ab dem Jahr der Eintragung in das Handels- und Gesellschaftsregister (Art. 1833 CC) und wird meistens auch so fixiert. Eine Festlegung auf unbestimmte Zeit ist nicht möglich. Andererseits gibt es keine Mindestdauer. Vor Ablauf der vorgesehenen Vertragsdauer kann zur Vermeidung der Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden. Hervorzuheben ist, daß nach der Reform von 1978 Tod, Insolvenz, Kündigung eines Gesellschafters oder das spätere Zusammentreffen aller Geschäftsanteile in einer Hand je nach Satzungsregelung nicht mehr zwingend zur Auflösung der Gesellschaft führen (Art. 1844 § 4 CC).

Sonstige Auflösungsgründe für die Gesellschaft können sich ergeben aus der Zweckerreichung, aus einem einstimmigen Auflösungsbeschluß, aus gerichtlicher Nichtigkeitserklärung nach Nichtigkeitsklage oder dem Fehlen eines Geschäftsführers über mehr als ein Jahr. Die Schlußverteilung nach Liquidation erfolgt mangels anderweitiger Statutenvorgabe proportional der Höhe der Geschäftsanteile unter Anwendung der Erbteilungsregeln.

5. Die Gesellschaftsorgane

Die Organe der Gesellschaft sind der oder die Geschäftsführer. Art. 1846-1851 CC schreiben die Geschäftsführerbestellung zwingend vor. Die Bestellung des Geschäftsführers (gérant) erfolgt durch die Satzung oder durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter. Hat die Gesellschaft mangels Eini-

gung keinen Geschäftsführer, kann nach der Rechtsprechung ein Notgeschäftsführer (administrateur provisoire) ernannt werden. Vertretung durch alle Gesellschafter ist nicht möglich. Zum Geschäftsführer kann jede natürliche oder auch juristische Person bestellt werden. Im letzteren Fall treffen die Geschäftsführerverpflichtungen unmittelbar deren Vertretungsorgane. Die Haftung gegenüber Dritten, der Gesellschaft und gegenüber den Gesellschaftern für Verstöße gegen Rechtsvorschriften und Statuten trifft die geschäftsführende juristische Person und deren Vertretungsorgane solidarisch (Art. 1850 CC) mit 30-jähriger Verjährungsfrist. Bei Involvenz kommt auch eine Ausfallhaftung der Geschäftsführer (faute de gestion) in Betracht.

Eine Gesamtdelegation der Geschäftsführungsaufgaben ist nicht zulässig. Ansonsten gibt es – abgesehen von bestimmten berufsständischen und insolvenzbedingten Einschränkungen – keine zeitlichen, Staatsangehörigkeits- oder sonstige Qualifikationsvorgaben für den Geschäftsführer, wobei die Satzung insoweit bestimmte Vorgaben vorsehen kann.

Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft nach außen im Rahmen des publizierten Gesellschaftsgegenstandes. Bei mehreren Geschäftsführern ist jeder alleinvertretungsbefugt, wobei weitere Geschäftsführer ein Widerspruchsrecht haben, welches Vertragspartner sich nur bei Kenntnis des Widerspruchgrundes entgegenhalten lassen müssen (Art. 1849 Abs. 2, S. 2 CC).

Im Verhältnis zu den Gesellschaftern und der Gesellschaft hat der Geschäftsführer vor allem im Rahmen der Statuten zu agieren und ansonsten alle Maßnahmen zu ergreifen, die dem Interesse der Gesellschaft nützlich und der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens förderlich sind (Art. 1848 Abs. 1 CC). Den Gesellschaftern ist durch die Geschäftsführung mindestens einmal jährlich darüber Rechnung zu legen und ein Geschäftsbericht zu erstellen.

Art. 1852 CC grenzt die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung dahingehend ab, daß sie über alle Maßnahmen entscheidet, die nicht in den Entscheidungsbereich der Geschäftsführer fallen, insbesondere über Satzungsänderungen, Auflösungen und Fortsetzung der Gesellschaft. Sehen das Gesetz oder die Statuten kein anderes Quorum vor, ist für die Gesellschafterbeschlüsse Einstimmigkeit erforderlich. Jeder Gesellschafter ist entsprechend seinem Geschäftsanteil beratungs- und beschlußberechtigt, wobei jeder Geschäftsanteil eine Stimme gewährt, sofern die Satzung keine andere Stimmrechtsverteilung vorsieht. Dabei sind Klauseln, die einen Gesellschafter vom Stimmrecht oder der Gewinnbeteiligung völlig ausschließen ebenso unzulässig wie die völlige Freistellung von der Beteiligung an Verlusten.

V. Zusammenfassende Anwendungsgesichtspunkte für die SCI

Wegen der zahlreichen zwingenden gesetzlichen Vorschriften für die rechtliche Stellung der Gesellschafter einer SCI untereinander, im Verhältnis zu ihren Organen und gegenüber Dritten und wegen bereits geschilderter steuerlicher Nachteile (s. o. IV, Ziff. 3) raten französische Notar nur zögerlich zu dieser gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit. Dabei wird insbesondere bei Fehlen oder Unzulässigkeit flexibel handbarer Statutenregelungen auf die zu starre, oft langfristige Gebundenheit und evtl. Verwaltungs- oder Verwertungsblockaden durch nur einen anders gesinnten Gesellschafter hingewiesen. Nach Einführung der Steuer auf große Vermögen (impôt sur le grandes fortunes l'IGF) sah man in den vergan-

genen Jahren in Frankreich, vielfach beraten durch Buchprüfer, in der SCI eine Ausweichmöglichkeit, welche sie fast zu einer Modeerscheinung werden ließen. Die Grenze zur Annahme großer Privatvermögen lag beispielsweise für das Jahr 1993 bei 4 390 000,- FF.

Dabei sind wohl auch zahlreiche Schein- und Unterwertgründungen erfolgt, die zu Schwierigkeiten bei der Absetzung von Darlehens- sowie Unterhaltungs- und Erneuerungsaufwendungen führen konnten (vgl. Jacques Bernard a. a. O. S. 6).

Andererseits kann die SCI bei der vorweggenommenen Erbfolge unter Nießbrauchsvorbehalt (l'usufruit) durchaus Vorteile bringen. In einem solchen Fall wird bei bloßem Immobilieneigentum für die Versteuerung der reine Wert ohne Abzug von Schulden zugrundegelegt, während bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen einer SCI ein Schuldenabzug erfolgen kann. Weitere Vorteile können sich auch durch Abzug eines Nießbrauchwertes ergeben, der etwa im Falle bloßer Immobilienübertragung bei Übergebern im Alter zwischen 60 und 70 Jahren $\frac{2}{10}$ des Gesamtwertes beträgt, während je nach verbleibender statistischer Lebenserwartung der Abzugswert bei Übertragung von SCI-Anteilen fast $\frac{5}{10}$ betragen kann.

Bei allem ist in der Einzelgestaltung aber große Vorsicht geboten, da man nicht sicher gehen kann, ob die gewählte Verfahrensweise von der Finanzverwaltung nicht als Umgehungsgeschäft angesehen wird.

Auch im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen kann die lebzeitige Gründung einer SCI Vorteile für die Erbteilung ergeben. Die Verteilung von SCI-Anteilen kann unter Umständen bequemer sowie kosten- und steuergünstiger erfolgen als die Zuweisung des Immobilieneigentums selbst. Die Gestaltungsform der SCI kann vor allem auch Nachteile einer Miteigentümergeinschaft (indivision) vermeiden helfen, gerade auch auf dem Gebiet des Erbrechts. Die SCI-Geschäftsanteile gelten als bewegliches Vermögen mit der Folge, daß sie bei einem deutschen Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland nach deutschem Recht vererbt werden, wodurch letztwillige Verfügungen und Pflichtteilsvereinbarungen nach deutschem Erbrecht möglich sind. Es verbleibt allerdings bei der Anwendung französischen Steuerrechts (vgl. Wehrens/Gresser a. a. O. S. 133).

Insbesondere kann die Gesellschaftsform der SCI zum erwünschten Erhalt von wertvollem Familiengrundbesitz über Generationen beitragen und dem Verwertungsbegehren durch einen der Erben vorbeugen. Sinnvoll kann die Gründung einer SCI auch zum Zwecke der Vermietung oder Verpachtung von Gebäuden zur Gewerbeausübung an einen Familienbetrieb sein.

In allen Fällen ist die sorgfältige vorherige Abwägung aller familiären, erbrechtlichen und steuerlichen Aspekte unerlässlich. Wenn schon die notarielle Beratungspraxis der französischen Notare anders vielleicht als professionelle Buchprüfer, die sich langfristige Beratungs- und Betreuungspfände erhoffen, ihrer französischen Klientel nur mit Vorbehalt zur Gründung einer SCI rät, ist für nicht französische Staatsangehörige erst recht Vorsicht und eingehende vorherige Prüfung aller Aspekte geboten.

Festzuhalten bleibt letztlich, daß eine im französischen Handels- und Gesellschaftsregister eingetragene SCI im Handlungsrahmen ihres gesellschaftlichen Zwecks auch in Deutschland anzuerkennende Rechts- und Geschäftsfähigkeit mit aktiver und passiver Parteifähigkeit (personnalité juridique) besitzt und unter Vorlage entsprechender Registernachweise in das deutsche Grundbuch eingetragen werden kann.

Zur Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeneinsetzung juristischer Personen

von Kirchenrechtsdirektor Dr. Michael Frisch

Häufig setzen sich insbesondere kinderlose Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben und eine oder mehrere juristische Personen zu Schlußerben ein. Sicherlich kann und soll im Testament die Wechselbezüglichkeit und Bindung jeder Verfügung ausdrücklich geklärt werden. Leider kommt es dennoch nicht nur in privatschriftlichen, sondern auch in notariellen Testamenten immer wieder vor, daß zur Frage der Wechselbezüglichkeit und Bindung einzelner oder aller Verfügungen nichts gesagt wird. Bei Fehlen einer klaren und eindeutigen Anordnung ist es insbesondere oft fraglich, ob die Schlußerbeneinsetzung einer juristischen Person in einem Berliner Testament (§ 2269 Abs. 1 BGB) wechselbezüglich ist.

I. Die Wechselbezüglichkeit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB

Wechselbezüglich sind Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, wenn die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die Verfügungen miteinander stehen oder fallen sollen. Die Korrespondenz ergibt sich also aus der gegenseitigen inneren Abhängigkeit der Verfügungen, aus dem Zusammenhang des Motivs.

Nach F. W. Bosch¹ ist die „Erbeneinsetzung einer gemeinnützigen, karitativen, od. ä. Vereinigung durch ein gemeinschaftliches Ehegatten-Testament – in dem Sinne, daß die Vereinigung *Schlußerbe* des zuletzt versterbenden Gatten werden soll – ... i. d. R. nicht wechselbezüglich und kann daher vom Überlebenden durch Testament widerrufen werden. Wünscht ein Ehepaar eine Bindung des Überlebenden, so muß also ein Erbvertrag geschlossen und – zweckmäßigerweise – darin sogar ausdrücklich gesagt werden, die Einsetzung des Schlußerben sei beiderseits als bindende gewollt.“

1. Anordnung der Bindung in gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine klare und eindeutige Anordnung der Bindung an die Schlußerbeneinsetzung einer juristischen Person nur in einem Erbvertrag und nicht auch in einem gemeinschaftlichen Testament möglich sein soll. Dagegen spricht schon, daß das Gesetz die Anordnung der Wechselbezüglichkeit im gemeinschaftlichen Testament (§ 2270 Abs. 3 BGB) und der Vertragsmäßigkeit im Erbvertrag (§ 2278 Abs. 2 BGB) bei Erbinsetzungen gleich behandelt.

2. Keine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit, Auslegung

Aber auch dort, wo eine klare und eindeutige Anordnung der Wechselbezüglichkeit fehlt, gibt es allein wegen der Schlußerbeneinsetzung einer juristischen Person keine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit.

a) Keine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit

Das Gesetz kennt nur umgekehrt die Regel, daß in den Fällen des § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel die Wechselbezüglichkeit anzunehmen sei. Aber selbst wenn die Voraussetzungen des § 2270 Abs. 2 BGB nicht vorliegen, ergibt sich aufgrund der Unanwendbarkeit dieser Auslegungsregel² keine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen³.

b) Auslegung des Testaments

Ist in einem gemeinschaftlichen Testament „keine klare und eindeutige Anordnung hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit der einzelnen Verfügungen enthalten, so muß diese durch Auslegung des Testaments nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ermittelt werden“⁴. Dies gilt selbstverständlich auch für die Schlußerbeneinsetzung juristischer Personen.

Einen in diesem Zusammenhang instruktiven Fall hatte das Landgericht Stuttgart⁵ zu entscheiden. Ein konfessionsverschiedenes Ehepaar ohne gemeinschaftliche Kinder hatte in einem gemeinschaftlichen Testament eine Freimaurerloge, die Katholische Kirche und eine Evangelische Landeskirche zu Schlußerben berufen. Entgegen früheren Testamenten fand sich in der letzten Verfügung von Todes wegen keine Bestimmung, nach der der Überlebende berechtigt sein sollte, letztwillig anders zu verfügen.

Die Auslegung des Testaments ergab unter Berücksichtigung der früheren Testamente und der Zeugenaussage des beurkundenden Notars die Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeneinsetzungen. Für die Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeneinsetzung der Kirchen sprach auch die Tatsache, daß es sich um ein konfessionsverschiedenes Ehepaar handelte⁶. Bei konfessionsverschiedenen Ehegatten, die beide Kirchen zu gleichen Teilen als Schlußerben bedacht haben, spricht manches für die Annahme, daß der überlebende Ehegatte nicht frei sein sollte, beispielsweise allein seine Kirche zu bedenken und die Kirche des vorverstorbenen Ehegatten zu übergehen. Auch bei der Einsetzung anderer juristischer Personen ist es nicht selten, daß Ehegatten mehrere Einrichtungen bedenken, zu denen je ein Ehegatte eine besondere Nähe hatte.

Ergibt die Auslegung bezüglich der Wechselbezüglichkeit kein eindeutiges Ergebnis, ergibt die Erforschung des Willens beider Ehegatten also weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der Verfügungen, so ist entscheidend, ob die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB auch auf juristische Personen als Schlußerben anwendbar ist.

II. Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB

1. Literatur und Rechtsprechung

In der Kommentarliteratur findet sich häufig die nicht näher begründete Ansicht, die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB finde auf die Schlußerbeneinsetzung juristischer Personen keine Anwendung, da nur eine natürliche, nicht jedoch eine juristische Person als eine Person in Frage komme, die dem anderen Ehegatten „sonst nahe steht“⁷. Das BayObLG hat offengelassen, ob eine juristische Person „überhaupt eine ‚sonst nahestehende Person‘“ im Sinne des § 2270 Abs. 2 BGB sein könnte⁸, da im zu entscheidenden Fall nach den Feststellungen der Vorinstanz die testierenden Ehegatten zu dem Schlußerben keine besonderen Beziehungen hatten.

2. Auslegung des § 2270 Abs. 2 BGB

a) Wortlaut und Systematik

§ 2270 Abs. 2 BGB spricht von einer „Person ...“, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.“

1 Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 27. August 1985, BReg. 1 Z 20/85, FamRZ 1986 S. 606.

2 Zur praktisch wenig bedeutsamen Frage, ob § 2270 Abs. 2 BGB eine Auslegungsregel oder eine gesetzliche Vermutung ist, vgl. Staudinger-Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2270 Rdn. 26.

3 Soergel-Wolf, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2270 Rdn. 12; Staudinger-Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2270 Rdn. 22 f.

4 BayObLG, Beschluß vom 27. August 1985, BReg. 1 Z 20/85, FamRZ 1986 S. 604 (606).

5 LG Stuttgart, Beschluß vom 20. April 1999, 2 T 28/99 u. 29/99, ZEV 1999, S. 441 mit Anmerkung von Michael Frisch.

6 Michael Frisch, Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschluß vom 20. April 1999, 2 T 28/99 u. 29/99, in: ZEV 1999, S. 443.

7 Soergel-Wolf, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2270 Rdn. 7; Staudinger-Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2270 Rdn. 31; Palandt-Eidenhofer, BGB, 59. Aufl. 2000, § 2270 Rdn. 9.

8 Beschluß des BayObLG vom 27. August 1985, BReg. 1 Z 20/85, FamRZ 1986 S. 604 (606).

Die Verwandtschaft ist in § 1589 BGB gesetzlich geregelt als Abstammungsverhältnis und deshalb auf natürliche Personen beschränkt. Fraglich ist, ob diese Beschränkung auch für sonst nahestehende Personen gilt.

Das BGB unterscheidet natürliche (§§ 1 ff. BGB) und juristische (§§ 21 ff. BGB) Personen. „Personen“ ist also ein Oberbegriff (vgl. Überschrift des ersten Abschnitts des ersten Buchs) für alle Subjekte von Rechten und Pflichten. Dies könnte dafür sprechen, unter Person i. S. v. § 2270 Abs. 2 BGB sowohl natürliche als auch juristische Personen zu verstehen. Allerdings ist der Sprachgebrauch des BGB nicht einheitlich; so spricht § 1589 BGB beispielsweise ebenfalls nur von Personen, obwohl sich aus der Bestimmung ergibt, daß nur natürliche Personen gemeint sind.

Die Beschränkung des Begriffs der Verwandten auf natürliche Personen kann jedoch nicht ohne weiteres auf den Begriff der sonst nahestehenden Personen übertragen werden, da gesetzestechnisch „die ‚nahestehende Person‘ als Oberbegriff anzusehen“⁹ ist. „Aus diesem Personenkreis werden die Verwandten gemäß § 1589 BGB generell und ohne Einzelprüfung als nahestehend betrachtet. Wegen der ausdrücklichen Benennung dieser Personengruppe ist es nicht zulässig, sonst noch andere, abstrakt abgegrenzte Gruppen, wie z. B. die Schwägerschaft, über die Gesetzesauslegung in die Regel mit einzubeziehen“¹⁰. Umgekehrt sollte auch nicht von vornherein eine abstrakt abgegrenzte Gruppe wie die juristischen Personen aus der Regel ausgegrenzt werden.

b) Entstehungsgeschichte

§ 2270 BGB entspricht § 2137 des Entwurfs nach der zweiten Lesung¹¹. Aus den Protokollen ergibt sich keine Beschränkung der Auslegungsregel des § 2137 Abs. 2 auf natürliche Personen¹².

c) Sinn und Zweck

Gemäß § 2270 Abs. 2 BGB ist im Zweifel anzunehmen, daß

die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen sein würde, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm vorliegen. Diese Tatbestandsvoraussetzungen beschreiben typische Fälle, in denen nach der Lebenserfahrung im Zweifel angenommen werden kann, daß die Bindungswirkung des § 2271 Absatz 2 Satz 1 BGB von den Testierenden gewollt ist, um die Zuwendung an die zuletzt Begünstigten zu sichern. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn es dem Erstversterbenden aus persönlichen Gründen darauf ankommt, daß die Zuwendung auch tatsächlich an die oder den Schlußerben fällt. Er darf nicht nur die Beerbung des letztversterbenden Ehegatten vorsorglich mitgeregelt haben¹³. § 2270 Abs. 2 BGB ordnet entsprechend der Lebenserfahrung an, daß dies im Zweifel bei einer Zuwendung an eine nahestehende Person anzunehmen sei. Es beschränkt jedoch – anders als noch das Preußische Allgemeine Landrecht¹⁴ – diesen Personenkreis nicht auf gemeinschaftliche Kinder, Verwandte oder besondere Freunde, sondern läßt jede Beziehung mit besonderer Nähe genügen. Es spricht deshalb nichts dagegen, daß von dieser Auslegungsregel nicht auch juristische Personen umfaßt sind, wenn sie dem anderen Ehegatten besonders nahe stehen.

Insbesondere bei Mitgliedern von Kirchen und gemeinnützigen Vereinen kommt es nicht selten vor, daß sie sich mit den Zielen derselben identifizieren, sie in hohem Maße ideell und finanziell unterstützen und ein enges, persönliches Verhältnis zu Aufgaben und Tätigkeiten dieser juristischen Personen entwickeln. In allen Fällen muß freilich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Anlegung eines strengen Maßstabs feststehen, daß die juristische Person dem anderen Ehegatten nahe stand.

d) Ergebnis

Auch eine juristische Person kann nach grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung eine sonst nahe stehende Person i. S. v. § 2270 Abs. 2 BGB sein. Voraussetzung ist – wie bei natürlichen Personen – eine besondere Beziehung, ein besonderes Näheverhältnis, das über das spannungsfreie und ungetrübte Verhältnis, das in der Regel jeder Erbeinsetzung zu Grunde liegt¹⁵, hinaus geht.

9 Manfred Bengel, Zum Begriff „nahestehende Person“ in § 2270 Abs. 2 BGB, in: DNNotZ 1977, S. 5-11 (8).

10 Manfred Bengel, aaO (Anm. 9) S. 8.

11 Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Buch V und VI, Text = Ausgabe, Berlin 1895, S. 478. – Anders noch das ALR, Zweiter Teil, Erster Titel, § 493: „Dies wird hauptsächlich bey solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besondern Freunde des Erstverstorbenen abzielen.“, zitiert nach: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main, Berlin 1970, S. 361.

12 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht, Berlin 1899, S. 459, ferner S. 448 ff.

13 Vgl. Manfred Bengel, aaO (Anm. 9) S. 8 f.

14 Vgl. Anm. 11.

15 Manfred Bengel, a. a. O. (Anm. 9) S. 8.

Zu dem Aufsatz von Leibbrandt, Betriebsaufspaltung im Steuerrecht, in BWNotZ 1999, 117, teilt unser Leser Notar Dr. Guckes, Tübingen, folgendes mit:

Der in dem Aufsatz Betriebsaufspaltung im Steuerrecht vertretene Auffassung, dass eine Buchwertübertragung ohne Gewinnrealisierung bei Betriebsaufspaltung möglich sei, muss widersprochen werden. Die seit dem 1. 1. 1999 geltende Neufassung

des § 6 Abs. 5 EStG hat zur Folge, dass die erfolgsneutrale Begründung der Betriebsaufspaltung nicht mehr möglich ist.

Liegt ein Fall der Zurückbehaltung des Grundstücks vor, kann § 20 UmwStG keine Anwendung finden. Werden Wirtschaftsgüter auf die GmbH im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen, so ist seit 1. 1. 1999 zwingend der gemeine Wert anzusetzen.

Rechtsprechung

BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1

a) Eine erloschene Auflassungsvormerkung kann durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden.

b) Der Rang der neu bewilligten Vormerkung bestimmt sich nicht nach der alten Eintragung, sondern nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.

BGH, Urt. v. 26. November 1999 – V ZR 432/98 –

Zum Sachverhalt:

Die Kläger, eingetragene Eigentümer eines Hausgrundstücks, fordern von der Beklagten die Einwilligung in die Löschung einer zu deren Gunsten in Abteilung III lfd. Nr. 7 eingetragenen Höchstbetragshypothek.

Sie kauften das Anwesen mit notariellem Vertrag vom 19. September 1996 von einer Baugesellschaft mbH für 340 000 DM. Die zu ihren Gunsten bewilligte Auflassungsvormerkung wurde am 16. Oktober 1996 in das Grundbuch eingetragen. Die Verkäuferin

wies den Notar „unwiderruflich“ an, einen Teil des Kaufpreises nach Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen an einen Dritten auszuzahlen. Am 11. November 1996 schlossen die Vertragsparteien einen weiteren notariellen Kaufvertrag über das Grundstück, jetzt zum Preis von 225 000 DM und zwar frei von Belastungen in Abteilung III. Außerdem brauchte die Verkäuferin das Haus nicht mehr fertigzustellen. In der Präambel des Vertrages wurde die Erklärung aufgenommen, daß der Kaufvertrag vom 19. September 1996 durch die bevorstehende neue Beurkundung insgesamt aufgehoben und ein neuer Grundstückskaufvertrag mit den nachfolgenden Bedingungen abgeschlossen werde. Die Verkäuferin bewilligte zugunsten der Kläger erneut eine (inhaltsgleiche) Auflassungsvormerkung. Die am 19. September 1996 bewilligte Vormerkung sollte im Falle ihrer bereits erfolgten Eintragung aufgrund des am 11. November 1996 abgeschlossenen Vertrages als fortbestehend gelten.

Am 2. Dezember 1996 wurde für die Beklagte eine Höchstbetragshypothek über 145 000 DM eingetragen, die in Höhe von 138 000 DM valutiert.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Einwilligung in die Löschung der Höchstbetragshypothek nebst Zinsen und Nebenleistungen verurteilt. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Die Revision hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht billigt den Klägern einen Anspruch auf Zustimmung der Beklagten zur Löschung der Höchstbetragshypothek nach §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB zu. Die am 16. Oktober 1996 zugunsten der Kläger ins Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung sei wirksam. Sie habe zunächst den mit notariellem Vertrag vom 19. September 1996 begründeten Anspruch der Kläger auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück in W. gesichert. Zwar sei dieser Vertrag nach dem klaren Wortlaut des Kaufvertrages vom 11. November 1996 aufgehoben und damit der zu diesem Zeitpunkt durch die Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch zum Erlöschen gebracht worden. Da aber durch den neuen Kaufvertrag ein inhaltsgleicher Auflassungsanspruch für die Kläger vereinbart worden sei, sichere die bereits im Grundbuch eingetragene Vormerkung ab 11. November 1996 auch ohne Neueintragung diesen später entstandenen Anspruch. § 879 Abs. 2 BGB zeige, daß die für die Begründung eines dinglichen Rechtes erforderliche Einigung der Eintragung nachfolgen könne. Für die Vormerkung könne nichts anderes gelten.

II.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Zu Recht billigt das Berufungsgericht den Klägern einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der für die Beklagte eingetragenen Höchstbetragshypothek gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB zu. Denn zum Zeitpunkt der am 2. Dezember 1996 erfolgten Eintragung des Grundpfandrechts der Beklagten bestand zugunsten der Kläger eine wirksame Auflassungsvormerkung. Die von der Beklagten veranlaßte Belastung erweist sich damit als vormerkungswidrige, den Klägern gegenüber unwirksame Verfügung, die die Beklagte zur Bewilligung der Löschung der eingetragenen Hypothek verpflichtet.

1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen stellt das Berufungsgericht fest, daß für die Kläger mit der am 16. Oktober 1996 bewirkten Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung des durch notariellen Kaufvertrag vom 19. September 1996 begründeten Anspruchs der Kläger auf Übereignung des Grundstücks bestellt worden ist.

2.a) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß die Vertragsparteien mit Abschluß des notariellen Kaufvertrages vom 11. November 1996 den ursprünglichen notariellen Vertrag vom 19. September 1996 aufgehoben und nicht lediglich, unter Aufrechterhaltung des bereits begründeten Übereignungsanspruchs, abgeändert haben. Die insoweit von der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrügen lassen Rechtsfehler des Beru-

fungengerichts bei der Auslegung des Kaufvertrages vom 11. November 1996 nicht erkennen. Das Auslegungsergebnis ist nicht nur, was ausreichen würde, möglich, sondern im Hinblick auf die gesamte vom Berufungsgericht sorgfältig abgewogene Vertragsgestaltung naheliegend. Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht verkannt, daß der tatsächliche Wille der Vertragsschließenden entscheidend ist und nicht der Vertragswortlaut (BGH, Urt. v. 20. November 1997, IX ZR 152/96, NJW 1998, 746, 747 m. w. N.). Es fehlt jedoch schon an hinreichend konkretem Tatsachenvortrag der Kläger dazu, daß, entgegen dem klaren Wortlaut der Urkunde vom 11. November 1996, der Wille der Vertragsparteien nur auf eine Modifizierung, nicht auf eine Aufhebung des ersten Vertrages gerichtet gewesen sei. Ebenso wenig lassen sich der von der Notariatsangestellten G. für beide Vertragsparteien am 3. Januar 1997 abgegebenen notariellen Erklärung bezüglich der Willenseinrichtung der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des zweiten Vertragsabschlusses hinreichende Anhaltspunkte für eine entsprechende frühere Willenslage der Vertragsparteien (vgl. hierzu etwa BGH, Urt. v. 16. Oktober 1997, IX ZR 164/96, NJW-RR 1998, 259; BGH, Urt. v. 26. November 1997, XII ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801, 803; BGH, Beschl. v. 24. November 1993, BLW 57/93, WM 1994, 267, 268) entnehmen. Die Erklärung kann nur einen vergeblichen Versuch zur „Nachbesserung“ der Vertragsurkunde vom 11. November 1996 darstellen.

Das Berufungsgericht hat auch nicht gegen das Gebot einer für beide Vertragspartner interessengerechten Auslegung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 6. Mai 1997, KZR 43/95, WM 1998, 879 f., 883; BGH, Urt. v. 26. April 1994, XI ZR 114/93, WM 1994, 1063) verstoßen. Hierbei geht es nicht darum, dem Rechtsgeschäft nachträglich zu einem Inhalt zu verhelfen, der nunmehr interessengerecht erscheint, sondern um den Einfluß, den das Interesse der Parteien auf den objektiven Erklärungswert ihrer Äußerungen bei deren Abgabe hatte (Senat, Urt. v. 10. Juli 1998, V ZR 360/96, NJW 1998, 3268, 3269 f.). Diesem Interesse haben die Vertragsparteien hier durch die Vereinbarung Rechnung getragen, daß eine möglicherweise eingetragene Vormerkung als Sicherung für den neu begründeten Eigentumsverschaffungsanspruch fortbestehen sollte.

b) Die Vertragsaufhebung bewirke nicht nur das Erlöschen des durch die eingetragene Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruches, sondern auch der vom Bestand dieses Anspruches abhängigen (akzessorischen) Vormerkung (Senat, Urt. v. 30. April 1980, V ZR 56/79, NJW 1981, 447, 448; Senat, BGHZ 60, 46 f., 50; BayObLG, DNotZ 1989, 363; Palandt/Bassenge, BGB, 58. Aufl., § 883 Rdn. 2; MünchKomm-BGB/Wacke, 3. Aufl., § 886 Rdn. 6; Staudinger/Gursky, [1995], § 883 Rdn. 16). Das Grundbuch wurde unrichtig.

3. Zu Recht vertritt das Berufungsgericht ferner die Ansicht, daß die am 16. Oktober 1996 (zunächst) wirksam eingetragene Vormerkung mit Wirkung vom 11. November 1996 den aus dem neuen Vertragsverhältnis erwachsenen Übereignungsanspruch der Kläger sichert. Mit Abschluß des zweiten notariellen Kaufvertrages wurde trotz des Verzichts auf ihre nachfolgende Grundbucheintragung wirksam eine neue Auflassungsvormerkung begründet. Das Entstehen einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Vormerkung setzt zwar neben dem Vorhandensein eines sicherungsfähigen Anspruchs und der Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers eine Eintragung in das Grundbuch voraus (§§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 BGB). Die Beteiligten können jedoch die die erloschene Vormerkung betreffende Eintragung ohne Löschung und Neueintragung durch erneute Bewilligung zur Sicherung eines der Eintragung entsprechenden neuen Anspruchs verwenden.

a) Für den Anwendungsbereich des § 873 BGB ist in den Bestimmungen der §§ 879 Abs. 2, 892 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Möglichkeit einer der Eintragung zeitlich nachfolgenden Einigung vorgesehen. Die Regelung des § 885 Abs. 1 BGB gibt – als materiell-rechtliche Sondervorschrift zu § 873 BGB (vgl. etwa MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 885 Rdn. 1; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 885 Rdn. 1; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 885 Rdn. 1) – für die Eintragung der Vormerkung keine bestimmte Reihenfolge von Bewilligung und Eintragung vor. Denn die Wortwahl

„auf Grund“ in § 885 Abs. 1 BGB ist kausal, nicht temporär zu verstehen (MünchKomm/Wacke, a. a. O., Fn. 42). Wegen des in vielerlei Hinsicht einem dinglichen Recht im Sinne des § 873 BGB angenäherten Charakters der Vormerkung (vgl. hierzu Senat, BGHZ 60, 46 ff., 50; 28, 182 ff., 185 f.) ist kein durchschlagender Grund ersichtlich, die für die Fälle des § 873 BGB allgemein als zulässig angesehene Bestimmbarkeit der zeitlichen Reihenfolge von materieller Erklärung und Eintragung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28. Februar 1952, IV ZR 86/51, LM Nr. 1 zu § 873 BGB; OLG Frankfurt, OLGZ 1989, 3, 5; Staudinger/Gursky, [1995], § 873 Rdn. 9 m. w. N.; Erman/Hagen, BGB, 9. Aufl., § 873 Rdn. 21; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 873 Rdn. 1; RGRK-Augustin, BGB, 12. Aufl., § 873 Rdn. 100; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 873 Rdn. 1, 49; Soergel/Stürner, a. a. O., § 873 Rdn. 16; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. § 19 Rdn. 38; Streuer, Rpfleger 1988, 513) nicht auch bei der rechtsgeschäftlich begründeten Vormerkung entsprechend anzuerkennen. Dementsprechend hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Bewilligung einer Vormerkung der Grundbucheintragung zeitlich nachfolgen kann (LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; Staudinger/Gursky, [1995], § 885 Rdn. 11 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 885 Rdn. 15; Soergel/Stürner, a. a. O., § 885 Rdn. 6; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 885 Rdn. 8; RGRK-Augustin, a. a. O., § 885 Rdn. 14; Streuer, Rpfleger 1988, 513; a. A. Güthe, Gruchot 57 (1913), 1, 41 ff.).

b) Für den Fall einer Grundstücksübereignung hat der Senat bereits entschieden (Urt. v. 12. Januar 1973, V ZR 98/71, NJW 1973, 613 ff., 614 f.), daß ein Erwerber, der aufgrund eines nichtigen Vertrages mit einem Nichtberechtigten als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde, durch eine spätere vertragliche Einigung mit dem wahren Rechtsinhaber ohne Neueintragung das Eigentum am Grundstück erlangt. Folgerichtig wird heute überwiegend die Neueintragung eines Rechts oder einer Vormerkung für entbehrlich gehalten, wenn sich eine spätere Einigung bzw. Bewilligung zwar auf eine neue schuldrechtliche Grundlage stützt (z. B. Bestätigungsvertrag, Ersetzung eines Vertrages nach Eintritt der Wirkung des § 326 BGB, Novation), aber vom Inhalt her die gleiche herbeizuführende bzw. zu sichernde Rechtsänderung wie die vorangegangene Eintragung betrifft (OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 540; OLG Frankfurt OLGZ 1989, 3, 5; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 873 Rdn. 2, § 866 Rdn. 2, § 885 Rdn. 2; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 883 Rdn. 12, § 877 Rdn. 3, § 873 Rdn. 50; Soergel/Stürner, a. a. O., § 873, Rdn. 16; Wacke, DNotZ 1995, 507 f., 512 ff.; Ertl, Rpfleger 1979, 361, 364; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdn. 1487; Gotzler, NJW 1973, 2014 ff.; weitere Nachw. bei Staudinger/Gursky, [1995], § 873 Rdn. 198; s. auch OLG Hamm, Rpfleger 1983, 435 für den Fall einer aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung; a. A. BayObLG, DNotZ 1963, 681; Staudinger/Gursky, [1996], § 883 Rdn. 39, 225a; ders. differenzierend bei § 873 Rdn. 199, 202; Amann, Beckisches Notarhandbuch, 2. Aufl., A I Rdn. 165; wohl auch OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, 495, 496; einschränkend auch RGRK-Augustin, a. a. O., § 873 Rdn. 101 und Streuer, Rpfleger 1988, 513, 516, 518).

c) Durch die Aufhebung des gesicherten Anspruchs wird die im Grundbuch verbliebene Eintragung unrichtig (OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 541; Staudinger/Gursky, [1995] § 873 BGB Rdn. 9). Solange sie nicht gelöscht oder ihre Löschung beantragt wird, kann sie auch wieder werthaltig werden. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Vielmehr müssen die Eintragung und eine nachträgliche Bewilligung einander entsprechen (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28. Februar 1952, IV ZR 86/51, LM Nr. 1 zu § 873 BGB; Senat, BGHZ 123, 297, 301; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 873 Rdn. 51; RGRK-Augustin, a. a. O., § 873 Rdn. 101; Soergel/Stürner, a. a. O., § 873 Rdn. 16, 24). Die beiden Rechtsakte brauchen dabei nicht in einem beabsichtigten Zusammenhang zu stehen (vgl. Senat, Urt. v. 12. Januar 1973, V ZR 98/71, NJW 1973, 613 ff., 614; OLG Frankfurt OLGZ 89, 3, 5 m. w. N.; Gotzler, NJW 1973, 2014, 2015; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 873 Rdn. 50; Staudinger/Gursky, [1995], § 873 Rdn. 197; Erman/Hagen, a. a. O., § 873 Rdn. 21; ähnlich Streuer, Rpfleger 1988, 513, 515 f.). Ausreichend ist vielmehr, daß Eintragung und

(nachträgliche) Bewilligung der Vormerkung den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen. Damit ist dem Grundbuch der Akzessorietät der Vormerkung hinreichend Rechnung getragen. Denn zu sichernder Anspruch, Eintragung und Bewilligung erweisen sich im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens als kongruent. Die Vormerkung erfüllt ihren Zweck.

d) Entgegen einer teilweise in der Literatur geäußerten Ansicht kann es für die Frage der Entbehrlichkeit einer Neueintragung keinen Unterschied bedeuten, ob sich die bereits im Grundbuch befindliche Eintragung von vornherein auf ein nicht entstandenes Recht bzw. eine nichtige Eintragung von vornherein auf ein nicht entstandenes Recht bzw. eine nichtige Einigung oder Bewilligung bezieht oder eine ursprünglich wirksame, nach erfolgter Eintragung aber erloschene Forderung bzw. eine nachträglich unwirksam gewordene Einigung oder Bewilligung betrifft (so auch MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 873 Rdn. 50; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 873 Rdn. 2; Wacke, DNotZ 1995, 507, 514 ff.; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; vgl. auch OLG Hamm, Rpfleger 1983, 435; a. A. Streuer, Rpfleger 1988, 513, 516; Staudinger/Gursky, [1995], § 873 Rdn. 202; ähnlich auch RGRK-Augustin, a. a. O., § 873 Rdn. 101). In allen diesen Fällen wären eine Löschung und Neueintragung des gleichen Rechts bzw. der gleichen Vormerkung unnötiger Formalismus. Sie wird auch nicht von den rechtlichen Interessen Dritter gefordert. Denkbar ist zwar, daß ein Interessent ein Geschäft mit dem Eigentümer oder eine Zwangsmaßnahme mit Rücksicht auf die Buchposition unterläßt. Dadurch werden aber rechtliche Interessen nicht tangiert. Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, unrichtige Eintragungen löschen zu lassen.

e) Hier weisen die am 16. Oktober 1996 bewirkte Grundbucheintragung und die ihr zeitlich nachfolgende materiell-rechtliche Bewilligung vom 11. November 1996 die erforderliche Kongruenz auf. Beide Rechtsakte beziehen sich auf einen inhaltlich identischen Übereignungsanspruch. Den Klägern wurde sowohl mit notariellem Vertrag vom 19. September 1996 als auch mit notariellem Kaufvertrag vom 11. November 1996 bei fortbestehender Identität der Vertragsparteien ein durch eine Vormerkung zu sichernder Anspruch auf Übertragung des Eigentums (zu je 1/2) an dem Grundstück eingeräumt. Eine Erweiterung dieses Eigentumsverschaffungsanspruchs erfolgte bei Abschluß des späteren Vertrages nicht. Lediglich die Kaufmodalitäten, insbesondere die Höhe des Kaufpreises und die Fertigstellungsverpflichtung der Verkäuferin, wurden geändert. Dies führte jedoch nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Übereignungsanspruchs, denn die vorgenommenen Modifizierungen bezogen sich nur auf die von der Vormerkung nicht umfaßten weiteren Ansprüche der Parteien (vgl. hierzu auch Wacke, DNotZ 1995, 514; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 877 Rdn. 3). Infolge der Verwirklichung aller Entstehungsvoraussetzungen begründeten die Vertragsparteien daher am 11. November 1996 wirksam eine neue, inhaltlich der ursprünglichen Vormerkung entsprechende Auflassungsvormerkung.

4. Der Verzicht auf eine Grundbuchberichtigung und Neueintragung der Vormerkung darf nicht dazu führen, daß die Rangvorschriften des § 879 BGB umgangen werden. Deswegen entfällt die neuerlich bewilligte Vormerkung keine auf den alten Eintragungszeitpunkt (16. Oktober 1996) zurückreichende Sicherungswirkung (vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 540; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, 495, 496; MünchKomm-BGB/Wacke, a. a. O., § 873 Rdn. 50; § 883 Rdn. 12; Staudinger/Gursky, [1996], § 883, Rdn. 39; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdn. 1487). Der Rang bestimmt sich vielmehr nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung. Dies ist gegebenenfalls im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen. Im Streitfall tritt ein Rangproblem jedoch nicht auf. Die neu begründete Vormerkung ist zwar erst am 11. November 1996 zur Entstehung gelangt. Die Eintragung der Höchstbetragshypothek erfolgte jedoch erst später, nämlich am 2. Dezember 1996. Letztere erwies sich daher als vormerkungswidrige Verfügung und unterliegt dem Lösungsanspruch gemäß §§ 883, 888 Abs. 1 BGB.

BGB §§ 504, 505 Abs. 2, 883 Abs. 1, 888

Macht eine Vorkaufsverpflichtete ein Verkaufsangebot für ihr Grundstück, das nach ihrem Tod wirksam angenommen wird (§ 153 BGB), so erlischt eine zugunsten des Vorkaufsberechtigten und Alleinerben der Grundstückseigentümerin bestehende, bedingte Auflassungsvormerkung. Seine Vorkaufsrechtsausübung geht ins Leere.

BGH, Urt. v. 3. Dezember 1999 – V ZR 329/98

Tatbestand:

Die Erblasserin E. S. (künftig nur: Erblasserin) bot den Klägern mit notarieller Urkunde vom 18. April 1996 ihr bebautes Grundstück in N. für einen Preis von 300 000 DM zum Kauf an. Dieses bis zum 31. Dezember 1996 befristete Angebot nahmen die Kläger, nachdem die Erblasserin am 19. September 1996 verstorben war, durch notariell beurkundete Erklärung vom 17. Dezember 1996 an. Für sie wurde am 21. Januar 1997 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte ist Neffe und Alleinerbe der Erblasserin und als solcher seit 21. Januar 1997 im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen. Die Erblasserin hatte ihm mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16. Dezember 1979 ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für das genannte Grundstück zu einem festen Kaufpreis von 200 000 DM eingeräumt. Aufgrund einer in diesem Vertrag enthaltenen Bewilligung ist für ihn seit 15. Januar 1980 eine „Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Auflassung ...“ im Grundbuch eingetragen.

Mit gleichlautendem Schreiben vom 17. Januar 1997 an den Notar und die Kläger erklärte er, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe.

Die Kläger sind der Ansicht, das Vorkaufsrecht des Beklagten sei durch „Konfusion“ erloschen und haben beantragt, ihn zur Bewilligung der Löschung seiner Auflassungsvormerkung zu verurteilen. Der Beklagte seinerseits verlangt von den Klägern widerklagend die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dagegen unter Abweisung der Klage der Widerklage entsprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Kläger, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Löschungsanspruch der Kläger nach § 886 BGB und bejaht den Widerklageanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, weil die Auflassungsvormerkung der Kläger dem Beklagten gegenüber relativ unwirksam sei (§ 883 Abs. 2 BGB). Es meint – unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und Stimmen in der Literatur –, die vom Bestand eines zu sichernden Anspruchs abhängige Vormerkung des Beklagten sei nicht untergegangen. Das durch Erbfolge bedingte Zusammenfallen von Vorkaufsverpflichtung und Vorkaufsberechtigung habe nicht zu einer Konfusion geführt, weil das Sicherungsinteresse des Beklagten ein Weiterbestehen der Vormerkung gebiete, die gerade den vormerkungswidrigen Erwerb Dritter verhindern solle.

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht verkennt, daß der Fall unmittelbar nichts mit dem Problem der Konfusion, d. h. dem Erlöschen einer Schuld durch Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner zu tun hat. Eingeräumt hatte die Erblasserin dem Beklagten ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht (§ 504 BGB). Nicht dieses Vorkaufsrecht (Recht zur Ausübungserklärung nach § 505 BGB) ist – wie das Berufungsgericht teilweise ungenau ausführt – durch die Vormerkung abgesichert, sondern erst der durch die Ausübungserklärung entstehende Anspruch aus dem Kaufvertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) auf dingliche Rechtsänderung, nämlich auf Übereignung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB), wie es auch die Grundbucheintragung zutreffend wiedergibt. Nur dieser künftige oder bedingte Anspruch war überhaupt vormerkungsfähig (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), und zwar schon mit

Schutzwirkung vom Zeitpunkt der Vormerkungseintragung an (vgl. Senatsurt. v. 31. Oktober 1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447). Geltend gemacht werden kann diese Schutzwirkung allerdings erst mit der Entstehung eines entsprechenden Auflassungsanspruchs (Senat, a. a. O.). Dieser Anspruch ist hier jedoch nicht entstanden und konnte demgemäß auch nicht durch sog. Konfusion erlöschen. Der Beklagte hat seine Ausübungserklärung am 17. Januar 1997 abgegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt hätte frühestens ein Kaufvertrag zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten nach den Bedingungen des sog. Drittkaufs zustande kommen können (§ 505 Abs. 2 BGB), aus dem sich dann der durch Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch ergeben hätten. Im maßgeblichen Zeitpunkt war die Erblasserin jedoch schon gestorben, der Beklagte ihr Alleinerbe und Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks (§ 1922 Abs. 1 BGB). Mit sich selbst konnte der Beklagte aber keinen Kaufvertrag zustande bringen, weil der Entstehungstatbestand für jeden Vertrag Personenverschiedenheit voraussetzt. Die Ausübungserklärung kann auch nur wirksam gegenüber dem Verpflichteten erfolgen (§ 505 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das war der Beklagte selbst (§ 1922 Abs. 1 BGB). Im übrigen wäre ein solcher Vertrag auch auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet (§ 306 BGB), weil er auf Verschaffung von Eigentum zielte, das der Beklagte bereits inne hatte (§ 1922 Abs. 1 BGB). Schon im Ansatz hat der Fall also nichts mit der im Senatsurteil vom 30. April 1980 (V ZR 56/79, NJW 1981, 447, 448) behandelten Konfusionswirkung, nämlich dem Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner hinsichtlich eines bereits bestehenden Anspruchs zu tun, sondern betrifft das vorgelagerte Problem, daß niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen kann. Ins Leere gehen damit die Überlegungen des Berufungsgericht zur „interessengerechten“ Konfusionswirkung, für die es in dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14. Juni 1995 (IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287) Ansatzpunkte entnehmen will. Auch dieses Urteil betraf im übrigen eine Fallgestaltung, in der bereits vor Vereinigung von Forderung und Schuld ein Dritter ein Recht an der Forderung erworben hatte, d. h. rechtlich geschützte Interessen Dritter es geboten, nicht von einer Konfusion auszugehen (vgl. auch Senatsurt. v. 30. April 1980, a. a. O.).

Da die Bedingung des Auflassungsanspruchs (wirksame Vorkaufsrechtsausübung) nicht eintrat und auch nicht mehr eintreten kann, ist auch die Vormerkung des Beklagten erloschen (vgl. auch BGHZ 117, 390, 392; BayObLG, Rpfleger 1993, 58, 59 m. w. N.). Insoweit ist die Lage nicht anders als bei einem formnichtigen Grundstückskaufvertrag (BGHZ 54, 56, 63 ff.). Dann aber hat der Beklagte aus dieser Vormerkung gegen die Kläger auch keinen Hilfsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, weil dieser voraussetzt, daß irgendwann ein Primäranspruch auf Übereignung entstanden ist, der durch Vormerkung hätte gesichert werden können. Das entspricht dem für die Vormerkung geltenden Akzessorietätsprinzip (h. M., vgl. z. B. BGHZ 60, 47, 50; BayObLG, Rpfleger 1993, 58, 59; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 883 Rdn. 6; Staudinger/Gursky, BGB, 1996, § 883 Rdn. 16 m. w. N.) und auch der vom Senat vertretenen Meinung, daß eine zu Lasten des jeweiligen Grundstückseigentümers vereinbarte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht durch Vormerkung gesichert werden kann (vgl. Senatsurt. v. 20. Mai 1966, V ZR 182/63, NJW 1966, 1656, 1657).

Allgemeine Billigkeitsüberlegungen, etwa des Inhalts, der Beklagte könne nicht deshalb schlechter gestellt werden, weil er „die Verkäuferin“ des Grundstücks beerbt habe, können an diesem Ergebnis nichts ändern. Auch von seinem eigenen Standpunkt aus übersieht der Beklagte nämlich folgendes: Derjenige Kaufvertrag, den er als Auslöser seines Vorkaufsrechts ansieht (sog. Vorkaufsfall) besteht nicht – wie dies § 504 BGB voraussetzt – mit einem Dritten, sondern mit ihm als Erben der das Angebot abgebenden Erblasserin. Deren Angebot überdauerte ihren Tod (§ 153 BGB), die Annahmeerklärung der Kläger führte zu einem Vertragsabschluß unmittelbar mit dem Beklagten.

Ob eine solche Fallgestaltung ihn überhaupt berechtigen könnte, sein Vorkaufsrecht auszuüben, mag dahin stehen. Die Vorkaufsrechtsausübung würde jedenfalls nach ganz einhelliger Auffassung den sog. Drittkauf nicht berühren (vgl. RGZ 121, 137, 138; BGB-RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 505 Rdn. 7; MünchKomm-BGB/Wester-

mann, 3. Aufl., § 505 Rdn. 5 und 10; Palandt/Putzo, BGB, 58. Aufl., vor § 504 Rdn. 8; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 505 Rdn. 25; Staudinger/Mader, BGB [1995] § 504 Rdn. 38 und 39). Der Beklagte bleibt an diesen mit ihm selbst abgeschlossenen Vertrag auch nach der Vorkaufsrechtsausübung gebunden. Daran kann selbst die Tatsache nichts ändern, daß die Kläger den Vertrag in Kenntnis des Vorkaufsrechts und der für den Beklagten eingetragenen Vormerkung abgeschlossen haben. Entgegen einer verbreiteten Übung enthält dieser Vertrag keine Rücktrittsklausel oder eine ähnliche Sicherung für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung (vgl. § 506 BGB; Palandt/Putzo, BGB, 58. Aufl., vor § 504 Rdn. 8). Dies kann ihm auch im Wege der Auslegung (vgl. dazu einerseits MünchKommBGB, a. a. O., § 505 Rdn. 10; andererseits Staudinger/Mader, a. a. O., § 504 Rdn. 39) nicht entnommen werden. Vielmehr verpflichtet dieser Vertrag den Verkäufer (= Beklagter) entsprechend dem Angebot der Erblasserin ausdrücklich, die in Abteilung II eingetragene Vormerkung (d. h. die zugunsten des Beklagten) zur Löschung zu bringen und demgemäß das Grundstück den Klägern lastenfrei zu übereignen (§ 7 Abs. 1 des Vertrages). Demgemäß wird im Vertrag bereits die Löschung dieser Vormerkung beantragt (§ 9 Abs. 1 des Vertrages). Ist der Beklagte aber an diesen Vertrag gebunden, dann schuldet er den Klägern die Auflassung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB) und zwar unter Löschung seiner eigenen Vormerkung. Dafür erhält er auch den Kaufpreis. Seine Vormerkung könnte allenfalls die Wirkung haben, sein Vorkaufsrecht durchzusetzen, d. h. den Vollzug jenes – aus der Sicht des Beklagten wohl fingierten – zweiten Vertrages (vgl. § 505 Abs. 2 BGB; Senatsurt. v. 12. Januar 1996, V ZR 269/94, WM 1996, 794, 795) zu gewährleisten. Sie könnte ihm aber nicht dazu verhelfen, sich seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag mit den Klägern zu entledigen, und zwar genauso wenig wie dies die Erblasserin hätte tun können, wäre der Vertrag noch zu ihren Lebzeiten mit ihr zustande gekommen.

Der Beklagte kann die Übereignung des Grundstücks an die Kläger auch nicht mit der Begründung verweigern, er sei zugleich Vorkaufsberechtigter und daraus ergebe sich eine Rangfolge der Vertragserfüllung. Eine solche existiert im Vorkaufsfall grundsätzlich nicht, vielmehr stehen die beiden Kaufverträge, nämlich der sog. Drittkauf und der durch die Ausübungserklärung zustande gekommene Vertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) – sofern sich ein solcher hier überhaupt annehmen ließe – selbständig nebeneinander. Anders wäre es nur dann, wenn sich die Vorkaufsrechtsausübung als Vertragseintritt des Vorkaufsberechtigten darstellte. Diese Auffassung wird aber nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu Recht abgelehnt (vgl. z. B. RGZ 121, 137; BGHZ 67, 395, 397 m. w. N.; BGH, Urt. v. 28. November 1962, VIII ZR 236/61, LM BGB § 505 Nr. 4). Ob sich eine solche Rangfolge dann ergeben könnte, wenn die Kläger den Kaufvertrag noch zu Lebzeiten der Erblasserin abgeschlossen hätten, der Beklagte sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hätte und dann Erbe der Verkäuferin geworden wäre, kann offenbleiben, da eine solche Fallgestaltung hier nicht vorliegt.

III.

Eine abschließende Entscheidung kann der Senat nicht treffen. Der Beklagte hat mit – allerdings bestrittenem – Sachvortrag die Unwirksamkeit des mit den Klägern geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB, insbesondere wegen eines angeblichen groben Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung geltend gemacht. Hierzu hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Diese wird es nachholen müssen.

BGB § 1147, ZVG § 59

Die Aufnahme der Klausel, dass die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig sei, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die in Abt. II eingetragene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlags noch eingetragen ist, als dinglicher Inhalt der Grundschuld ist zulässig.

LG Saarbrücken, Beschl. vom 4. 2. 2000 – 5 T 73/00

Aus den Gründen:

I.

Die Antragsteller haben unter Hinweis auf die Eintragungsbewilligungen UR Nr. 1846/1999 und UR Nr. 1968/1999 aufgrund einer Vereinbarung vom 24. 6. 1999 die Eintragung folgender Inhaltsänderung bei der Grundschuld Abteilung III Nr. 4 beantragt:

Die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld ist nur zulässig, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die in Abteilung II Nr. 7 für die Landeshauptstadt eingetragene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlags noch eingetragen ist.

Das Amtsgericht – Rechtspflegerin – hat diesen Antrag durch Beschluss vom 22. 10. 1999 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, durch die Eintragung dieser Vereinbarung in das Grundbuch solle das dem jeweiligen Gläubiger der Grundschuld durch die Vorschrift des § 1147 BGB gewährleistete Recht, sich aus dem belasteten Grundstück wegen des Grundschuldbetrages im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, selbst eingeschränkt werden, womit der Inhalt der Grundschuld selbst vertraglich geregelt werden solle. Das Verwertungsrecht des Gläubigers sei jedoch wesentlicher Inhalt der Grundschuld. Der übereinstimmende Wille aller Beteiligten könne die zur Eintragung beantragte Vereinbarung nicht zum Inhalt der Grundschuld, also zum Inhalt des dinglichen Rechts machen. Das Verwertungsrecht des Gläubigers nach § 1147 BGB sei eine zwingende Vorschrift.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin zu 1) Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, die beantragte Inhaltsänderung verstoße nicht gegen den wesentlichen Inhalt einer Grundschuld und gegen zwingendes Sachenrecht. Die Grundschuld sei nicht bedingungsfeindlich. Ihre Entstehung und ihre Geltendmachung könne mit einer Bedingung versehen werden. Auch sei der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt.

Die Rechtspflegerin hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Beschwerde ist zulässig gemäß §§ 11 Abs. 1 Rechtspflegergesetz, 71, 73 GBO.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Die Auffassung des Amtsgerichts hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zwar trifft es zu, dass das Recht des Gläubigers nach § 1147 BGB auf jede Zwangsvollstreckung weder schuldrechtlich noch dinglich ausgeschlossen werden kann (vgl. Staudinger-Wolfsteiner, 2 zu § 1113; Palandt, BGB, 59. Auflage, Anmerkung 1 zu § 1147).

Um einen solchen absoluten Ausschluss jeglicher Zwangsvollstreckung geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht, es handelt sich vielmehr um die Vereinbarung einer Bedingung im Sinne einer Vollstreckungsbeschränkung.

Derartige Vollstreckungsbeschränkungen sind aber zulässig (vgl. Palandt, a. a. O.; Staudinger-Wolfsteiner, a. a. O.).

So ist etwa zulässig die Vereinbarung, dass der Gläubiger nur vollstrecken darf, wenn die Hypothek ersten Rang einnimmt, während er im Übrigen darauf beschränkt sein soll, im Verteilungsverfahren befriedigt zu werden, falls ein vor- oder gleichrangiger Gläubiger vollstrecken sollte. Gleiches gilt für eine Abrede, dass sich der Gläubiger nur einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung anschließen darf (vgl. Staudinger-Wolfsteiner, a. a. O.; Kammergericht JW 1931, 3282).

Auch gegen andere Vollstreckungsbeschränkungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. So kann immer mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass nur Zwangsverwaltung, keine Zwangsversteigerung zulässig ist und umgekehrt (vgl. Staudinger-Wolfsteiner, Anmerkung 3 zu § 1113; BGB-RGRK-Mattern, Rdnr. 12 zu § 1147; Ehrmann, BGB, Rdnr. 1 zu § 1147).

Zulässig ist auch die Abrede, die Hypothek dürfe erst geltend gemacht werden, wenn erfolglos die Verwertung anderer Sicherheiten versucht worden war (vgl. Staudinger, a. a. O.; BGH NJW 1986, 1487).

Ist demnach sogar die Vereinbarung jeglichen Ausschlusses der Zwangsversteigerung bei bestehendem Recht, die Zwangsverwaltung zu betreiben zulässig, bestehen nach Auffassung der Kammer

im vorliegenden Fall keinerlei Bedenken, eine Inhaltsänderung des Inhalts einzutragen, dass die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig ist, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die eingetragene in Bezug genommene Eigentumsvermerkung durch den Zuschlag noch eingetragen ist.

Auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz ist gewahrt. Es ist aus dem Grundbuch ersichtlich, ob der Grundschuldgläubiger, will er die Grundschuld verwerten, den Antrag nach § 59 ZVG stellen muss, dass die Eintragungsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt.

Das Amtsgericht war daher unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses anzuweisen, anderweitig über den gestellten Antrag zu entscheiden.

Mitgeteilt von Notar Rudolf Lehmann, Saarbrücken

1. Hat der Veräußerer eines älteren Wohnhauses an diesem umfangreichen Renovierungs-, Sanierungs- und Umbauarbeiten in Angriff genommen und verpflichtet er sich gegenüber dem Erwerber, diese Arbeiten fertig zu stellen, führt dies dazu, dass sich die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers insgesamt nach Werkvertragsrecht beurteilen.

2. Auch in einem Individualvertrag über die Veräußerung eines umgebauten Altbaus kann der Veräußerer seine Gewährleistung durch formelhafte Klauseln nur dann wirksam ausschließen, wenn der Erwerber vom Notar über die damit verbundenen einschneidenden Rechtsfolgen eingehend belehrt worden ist; zur Vorbereitung der Beurkundung geführte Gespräche des Bürovorstehers des Notars mit den Urkundsbeteiligten vermögen die notarielle Belehrung nicht zu ersetzen.

OLG Köln, Urt. v. 18.11.1999 – 12 U 71/99

Aus den Gründen:

Die Kläger haben von den Beklagten aufgrund notarieller Verträge vom 27. 11. 1995 und 29. 7. 1996 ein Grundstück nebst Einfamilienhaus zum Preis von 548 000 DM erworben. Die Beklagten hatten das Grundstück mit einem darauf befindlichen Gebäude im Jahr 1993 gekauft und in der Folgezeit Baumaßnahmen an dem Gebäude durchgeführt, deren Umfang in den Einzelheiten zwischen den Parteien streitig ist. In dem Vertrag vom 27. 11. 1995 haben sich die Beklagten verpflichtet, bis zum 28. 2. 1996 auf ihre Kosten noch bestimmte Arbeiten an dem Haus auszuführen. In dem Kaufvertrag ist vereinbart, daß die Beklagten keine Gewähr für erkennbare oder verborgene Sachmängel leisten; sie versichern jedoch, daß ihnen verborgene Sachmängel nicht bekannt sind. Die Kläger begehren die Wandelung des Vertrags mit der Behauptung, das Haus dürfe mangels bauaufsichtlicher Genehmigung der vorgenommenen Umbauten nicht zu Wohnzwecken genutzt werden; außerdem erheben sie Bemängelungen hinsichtlich der Wasser- und Stromversorgung des Hauses sowie der Zinkabdeckung des Dachs.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Rechtsmittel der Beklagten ist zulässig, jedoch überwiegend nicht begründet. Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach zu Recht stattgegeben; auf die Berufung der Beklagten ist lediglich zu berücksichtigen, daß die Kläger den Beklagten einen Ausgleich für die gezogenen Nutzungen schulden und zur Rückgabe des Grundstücks ohne Belastungen in Abt. III des Grundbuchs verpflichtet sind (wobei die Kläger letzterem durch eine Neufassung ihres Klageantrags Rechnung getragen haben) sowie daß ein höherer als der gesetzliche Zinsanspruch nicht belegt ist.

1. Auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft können die Kläger ihren Anspruch allerdings nicht stützen. Zwar kann die Nutzbarkeit eines Hauses zu Wohnzwecken (auch unter öffentlich-rechtlichen Erlaubnisgesichtspunkten) zweifellos als dessen Eigenschaft angesehen werden. Es fehlt vorliegend jedoch an einer dementsprechenden Zusicherung der Beklagten. Eine ausdrückliche Zusicherung ist unstreitig nicht erfolgt, eine stillschweigende ergibt sich aus dem Kaufvertrag nicht. Der Umstand, daß das Gebäude als „Einfamilienhaus“ bezeichnet wurde, kann nicht als Zusicherung der Bewohnbarkeit gewertet werden, sondern stellt nur eine Beschrei-

bung des Kaufobjekts dar (vgl. BGH NJW 1988, 1202 m. w. N.: Bezeichnung eines Grundstücks als „Bauplatz“ beinhaltet keine Zusicherung hinsichtlich der Baugrundbeschaffenheit; s. auch BGH NJW 1996, 2027). Durch diese Bezeichnung wird zwar eine bestimmte Eigenschaft des Objekts wiedergegeben, was aber nicht bedeutet, daß sie auch im Sinne einer vertraglichen Gewährübernahme zugesichert wird.

Daß die Parteien die Nutzbarkeit des Hauses stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt haben, ist insoweit belanglos. Daß diese Annahme sich nach dem Vortrag der Kläger als unzutreffend herausgestellt haben soll, führt auch nicht zu einer Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, da diese neben dem Sachmängelgewährleistungsrecht nicht zur Anwendung kommen (BGH a. a. O. S. 2028).

2. Auf die §§ 459 I, 462 BGB können sich die Kläger nicht mit Erfolg berufen und zwar unabhängig von dem vereinbarten Gewährleistungsausschluß und dessen umstrittener Wirksamkeit bereits deshalb nicht, weil insoweit die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede durchgreift.

Die Frist des § 477 I 1 BGB von einem Jahr ist verstrichen, unabhängig davon, auf welches in Betracht kommende Datum als „Übergabe“ abzustellen ist. Der Einzug der Kläger erfolgte unstreitig Ende Dezember 1995, die Zahlung eines Kaufpreisteilbetrags von 210 000 DM, die nach dem Vertrag der Parteien für den Besitzübergang maßgeblich sein sollte erfolgte am 2. 1. 1996. Da die Wandelungsklage erst am 17. 11. 1997 eingereicht wurde, kam sie jedenfalls mehr als 10 Monate zu spät, um noch unterbrechend wirken zu können.

3. Das Landgericht hat jedoch zu Recht dahin entschieden, daß den Klägern ein Wandelungsrecht gem. § 634 I 1 u. 3, IV BGB zusteht, das nicht wirksam vertraglich abbedungen worden und noch nicht verjährt ist, da insoweit die Verjährungsfrist von fünf Jahren gem. § 638 I 1 BGB gilt.

a) Das Landgericht ist mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, daß auf die Verträge der Parteien die Bestimmungen des Werkvertragsrechts über die Gewährleistung anzuwenden sind.

Nach gefestigter Rspr. des BGH kommt beim Erwerb neuer Häuser oder Eigentumswohnungen werkvertragliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung. Maßgeblich ist insoweit, ob sich aus dem Vertrag oder sonstigen Umständen ergibt, daß den Veräußerer eine Pflicht zur Erstellung oder Fertigstellung des Gebäudes trifft. Ob die noch zu erbringenden Arbeiten mehr oder weniger umfangreich sind, ist dabei ebenso ohne Bedeutung wie die Frage, ob der Veräußerer ein gewerblicher Bauträger ist oder ein Privatmann; Werkvertragsrecht kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn das Haus schon fertig war und/oder der Veräußerer es für sich selbst errichtet und sogar schon zeitweise bewohnt hat (vgl. nur BGHZ 74, 204 = NJW 1979, 1406; BGH BauR 1982, 58 = ZfBR 1982, 18; NJW 1982, 2243 = BauR 1982, 493 = DNotZ 1982, 626; Kanzleiter DNotZ 1987, 651, 653 m. w. N.). Wenn es sich vorliegend um ein von den Beklagten neu errichtetes Gebäude gehandelt hätte, wäre nach diesen Regeln zweifellos Werkvertragsrecht anzuwenden, da die Beklagten es im Vertrag übernommen hatten, noch einige restliche Arbeiten an dem Haus auszuführen. In der Verpflichtung, das Bauwerk fertigzustellen, ist die Erstellungsverpflichtung zu sehen, die nach der Rspr. zur Anwendung des Werkvertragsrechts führt (BGH NJW 1979, 1406, 1407 unter I. 2. b) m. N.) und zwar nicht nur hinsichtlich dieser Restarbeiten, sondern in Bezug auf das Gebäude insgesamt.

Der Umstand, daß die Beklagten kein neues Gebäude errichtet, sondern ein bereits vorhandenes renoviert, saniert und umgebaut haben, führt zu keinem abweichenden Ergebnis.

Beginnend mit BGHZ 100, 391 = NJW 1988, 490 = NJW-RR 1987, 1046 = BauR 1987, 439 hat der BGH seine Rspr. zur Gewährleistung für neu errichtete Gebäude auf Altbauten übertragen, wenn mit dem Kauf des Grundstücks eine Herstellungsverpflichtung des Veräußerers verbunden ist (ähnlich zuvor schon OLG Frankfurt NJW 1984, 2586). In der Folgezeit wurde diese Rspr. wiederholt bestätigt und auf verschiedene Fallkonstellationen zur Anwendung gebracht (BGH NJW 1988, 1972 = BauR 1988, 464 = WM 1988, 1028: Umgestaltung von Gewerberaum in eine Eigentumswohnung; BGHZ 108, 164 = NJW 1989, 2748: Umbau eines Bungalows in zwei Eigentumswohnungen; BGH NJW-RR 1990, 786 = BauR 1990, 466: Umwandlung eines Ladenlokals in Eigentumswohnungen; OLG

Hamm BauR 1995, 846: Sanierung eines 1954 gebauten Mehrfamilienhauses und Aufteilung in Wohnungseigentum).

Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Regeln sind vorliegend gegeben, da die von den Beklagten an dem Gebäude durchgeführten Arbeiten nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten gleichzustellen sind. Denn wenn auch zwischen den Parteien der Umfang der von den Beklagten vorgenommenen Arbeiten in Einzelheiten streitig ist, so ist jedoch (teils aufgrund Zugeständnisses der Beklagten, teils mangels ausdrücklichen Bestreitens gem. § 138 III ZPO) davon auszugehen, daß die Beklagten folgende Arbeiten haben ausführen lassen:

- Die an den Außenwänden vorhanden gewesene Verbreiterung wurde entfernt und durch Putz mit Anstrich ersetzt;
- Im Innern haben die Beklagten alle nicht tragenden Holzwände abgerissen und entweder entfallen lassen oder durch Kalksteinmauerwerk ersetzt, hierbei sind zum Teil auch Türöffnungen versetzt worden oder entfielen, die Räume wurden neu zugeschnitten und aufgeteilt;
- Die Beklagten haben die vorhanden gewesene Kellertreppe durch eine neu ersetzt, die an einer anderen Stelle plaziert wurde;
- Sie haben den Aufgang (Luke) in den Dachboden in ein anderes Zimmer verlegt;
- Sie haben die im Erdgeschoß vorhandene Deckenverkleidung aus Holzbrettern beseitigt und Rigipsplatten angebracht;
- Sie haben die im Bad vorhandenen Sanitäreinrichtungen komplett ersetzt und neue Fliesen geklebt;
- Alle Heizkörper sind ersetzt worden (teilweise an anderer Stelle angebracht), ebenfalls die Rohrleitungen für die Heizkörper;
- Alle Zuflußleitungen für Kalt- u. Warmwasser sowie die Abflußleitungen wurden erneuert bei lagemäßiger Veränderung;
- Die Elektroinstallation wurde komplett erneuert;
- Das Dach und der Schornstein wurden mit Zinkscharen abgedeckt bzw. ummantelt.

Durch diese Arbeiten erhielt das Haus nicht nur äußerlich ein wesentlich verändertes Erscheinungsbild, sondern wurde insbesondere in seinem Innern in der Raumaufteilung und Ausgestaltung verändert und durch umfangreiche Erneuerungsarbeiten an der Haustechnik auf den aktuellen Stand gebracht. In ihrer Gesamtheit sind diese Arbeiten so umfassend und bedeutsam, daß ihre Gewährleistungsrechtliche Gleichstellung mit Neubauarbeiten angezeigt ist.

b) Der Senat folgt dem Landgericht ebenfalls darin, daß die im Vertrag vom 27. 11. 1995 enthaltene Regelung über die Gewährleistung dem Begehren der Kläger nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden kann.

Der BGH vertritt in st. Rspr. die Auffassung, daß ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in notariellen Individualverträgen gem. § 242 BGB unwirksam ist, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (BGHZ 101, 350 = NJW 1988, 135 m. w. N.). Da er unter den oben dargestellten Voraussetzungen umgebaute Altbauten gewährleistungsrechtlich wie Neubauten behandelt, wendet der BGH konsequenterweise auch insoweit die Grundsätze zur Inhaltskontrolle der Freizeichnungsklauseln an (BGH NJW 1988, 1972 = BauR. 1988, 464; BGHZ 108, 164 = NJW 1989, 2748). Das Landgericht hat diese Grundsätze zutreffend angewandt, da von einer nicht ausreichenden *notariellen* Belehrung aufgrund des eigenen Vortrags der Beklagten auszugehen war. Daran vermag das Vorbringen in der Berufungsbegründung und im Schriftsatz vom 18. 8. 1999 nichts zu ändern. Die Pflicht zur besonderen Belehrung obliegt gem. § 17 BeurkG dem *Notar* (BGH a. a. O.); vorbereitende Gespräche mit dem Bürovorsteher des Notars, wie sie vorliegend erfolgt sein sollen, genügen dem nicht. Der Ausschluß der Gewährleistung erfolgt in dem Vertrag der Parteien auch mit den Klauseln, wie sie in der Vertragspraxis beim Verkauf gebrauchter Immobilien durchaus üblich sind; daß es sich vorliegend gerade nicht um einen nach Kaufrecht zu beurteilenden Vorgang handelt, sondern um ein – zumindest in gewährleistungsrechtlicher Hinsicht – dem Werkvertragsrecht unterfallendes Rechtsgeschäft, ist seinerzeit offensichtlich nicht erkannt worden; dann fehlt es aber geradezu zwangsläufig an der erforderlichen Belehrung.

c) Daß die übrigen Voraussetzungen (Fristsetzung pp) für das Wandlungsbegehren vorliegen, hat das Landgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt.

d) Dem Landgericht ist auch beizutreten, soweit es festgestellt hat, daß das Haus wegen der von der Baubehörde erhobenen baurechtlichen Beanstandungen mangelbehaftet ist. Dabei kommt es rechtlich nicht darauf an, ob die vom Bauaufsichtsamt beanstandete Erweiterung und Nutzungsänderung des Gebäudes möglicherweise schon früher vorgenommen worden ist. Denn entscheidend ist, daß den Werkunternehmer für die Mangelfreiheit seines Werks eine Garantiehaftung trifft. Er hat seinem Auftraggeber dafür einzustehen, daß das Werk insgesamt mangelfrei ist. Wenn die ihm gehörende Sache, die er nach Umbau und Sanierung seinem Auftraggeber übereignet, bereits vor Beginn seiner eigenen Arbeiten mit einem grundlegenden Mangel behaftet war, der sich an dem von ihm fertig gestellten Werk fortsetzt, treffen ihn die Gewährleistungspflichten hierfür.

Buchbesprechungen

Praxishandbuch Grundbuch- und Grundstücksrecht. Von Notar Dr. Herbert Grziwotz. Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 1999, 98 DM.

Der moderne Grundstücksverkehr hat sich zu einer attraktiven, aber hochkomplexen und fehlerträchtigen Rechtsmaterie entwickelt. Mit dem vorliegenden Praxishandbuch will der Autor – ein ausgewiesener Kenner der Materie – einen an der grundstücksrechtlichen Tagesarbeit orientierten Überblick über das Grundbuchverfahren und die Rechte an Grundstücken bieten. Das Werk wird diesem selbst gestellten Anspruch vollauf gerecht; es kann und will aber weder Lehrbuch noch Kommentar sein. Die Ausführungen orientieren sich stets an der herrschenden Meinung, zeigen dem Praktiker aber auch eine verlässliche Bandbreite für seine Gestaltungsmöglichkeiten auf. Viele weiterführende Hinweise gestatten einen schnellen Zugriff auf Problemfälle und deren Vertiefung.

Im 1. Teil des Buches werden das Grundstück und die grundstücksgleichen Rechte mit den Vorgängen der Teilung, Vereinigung und Bestandteilszuschreibung erläutert. Im 2. Teil werden die Grundsätze des Grundbuchrechts und das Grundbuchverfahren vom Antrag bis zur Eintragung samt den öffentlich-rechtlichen Verfügungsbeschränkungen sowie der Rang der dinglichen Rechte im Grundbuch dargestellt. Ausführungen zu den Grundstücksrechten nach dem

BGB-Sachenrecht sind im 3. Teil enthalten, während der letzte Teil dann den Eigentumserwerb abhandelt, wobei Hinweise zu den Steuerfolgen der Veräußerung von Grundbesitz (Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer, Einkommensteuer, Erbschaft- und Schenkungsteuer) einen beachtlichen Umfang haben. Der Praktiker wird besonders auch die vielen Formulierungsbeispiele für die einzelnen Rechtsinstitute begrüßen, ebenso die grafisch auffällig gestalteten Hinweise auf „Fallstricke“ im Rechtsalltag. Die Besonderheiten des Grundstücksverkehrs in den neuen Ländern sind schwerpunktmäßig erläutert. Hinweise auf die steuerlichen Gestaltungskonsequenzen veranschaulichen, daß auch im Grundstücksrecht der Zusammenhang mit anderen Rechtsgebieten nicht vernachlässigt werden darf. Im Anhang sind verschiedene Grundbuchmuster, selbst ein maschinell geführtes Grundbuchblatt enthalten. Ferner finden sich Gestaltungsmuster für eine Aufteilung in Wohnungseigentum (§§ 3 und 8 WEG), Kaufverträge über gebrauchte Immobilien und nicht vermessene Teilflächen. Das Werk gibt eine verlässliche Hilfestellung im Grundstücksverkehr. Dem Verfasser ist es hervorragend gelungen, das Grundstücksrecht praxisnah, aktuell und verständlich darzustellen.

Notar Prof. Böhringer, Heidenheim/Brenz

Grundstücksüberlassung. Von Notar Dr. Bernd Wegmann. DNOTI-Schriftenreihe, Band 1. 2. Auflage 1999, 169 Seiten. Verlag C. H. Beck, München. 48,- DM.

Das Buch leistet wertvolle Hilfe bei der Errichtung von Grundstücksüberlassungsverträgen. Dargestellt werden Gestaltungsfragen sowie bestehende Gestaltungsalternativen. Umfangreich formuliert sind die Vertragsbausteine, Fallbeispiele verdeutlichen die Auswirkungen von Gestaltungen und ermöglichen die leichte Abfassung von Verträgen. Die einzelnen Kapitel des sehr gut gelungenen Werkes befassen sich mit den einzelnen Typen von Überlassungsverträgen, mit Rückforderungsrechten und Nutzungsrechten wie Nießbrauch und Wohnungsrecht sowie mit den steuerrechtlichen Konsequenzen der jeweiligen Vertragsgestaltung. Selbstverständlich werden auch die pflichtteils(ergänzungs-)rechtlichen Folgen von Gegenleistungen berücksichtigt. Überall wird das Bestreben des Verfassers deutlich, Zivil- und Steuerrecht bei den stets zuverlässigen und prägnanten Erläuterungen zu verzahnen. Der Praktiker erhält auch viele weiterführende Hinweise zu Spezialproblemen. Stets wird dem Nutzer des Buches eine praxisnahe Lösung angeboten. Das hervorragende Werk liefert viele Anregungen und verdient uneingeschränkt das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis geschrieben“. Es sollte Bestandteil in der Bibliothek eines jeden Kautelarjuristen sein.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Rahm/Künkel, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens mit Auslands- und Formularteil. Herausgegeben von Richter am OLG Bernd Künkel. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1998. Loseblattausgabe, 4. Auflage, 3844 Seiten DIN A5, einschl. 3 Ordnern 198,- DM. Ergänzungslieferungen erscheinen etwa zweimal jährlich. Lieferung 35 (Stand: September 1999), 294 Seiten, 84,80 DM.

Den Schwerpunkt der 35. Lieferung bildet das Unterhaltsrecht mit Ausführungen zu steuerrechtlichen Fragen und zum Verfahren. Kanzler gibt einen Zwischenbericht über die Rechtslage nach den Entscheidungen des BVerfG zur steuerlichen Behandlung der Aufwendungen für Kinder (Kinderfreibeträge und Kinderbetreuungskosten). Überarbeitet wurde das Kapitel Nichtehele Lebensgemeinschaft und um Ausführungen zum Erbrecht, Sozial- und Versicherungsrecht erweitert. Wegen der unbefriedigenden Gesetzeslage empfiehlt Wohlnick den Abschluß von Partnerschaftsverträgen. Muster für eine Unterhaltsvereinbarung zwischen den Partnern und für einen Vertrag zum Ausgleich des Zugewinns stellen den Praxisbezug her. In die Fristenübersicht wurden die Änderungen eingearbeitet, die auf dem KindRG, IndUG und 3. RptlÄndG beruhen. Wieder einmal beweist die Lieferung, daß das Gesamtwerk aus der Praxis für Praxis geschrieben ist.

Notar Prof. Böhringer, Heidenheim/Brenz

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, herausgegeben von RA Dr. Michael Hoffmann-Becking, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage. 1999. LIV, 1316 Seiten. In Leinen. DM 268,-/OES 1956,-/SFR 238,-. ISBN: 3-406-37063-2.

Die Erstauflage 1988 hat sich in meiner Praxis als Nachschlagewerk bei Hauptversammlungen und anlässlich der laufenden Beratung von AG sowie als Hilfsmittel bei der Gestaltung insbesondere von Kapitalmaßnahmen bewährt. Angesichts dessen, dass der Praktiker nicht jeden Tag mit aktienrechtlichen Spezialfragen befasst ist, bringt ein Handbuch mit zusammenhängend lesbaren Problemdarstellungen zumindest für den ersten Zugang mehr als ein Kommentar. Angesichts der erheblichen Änderungen im Recht der AG entspricht die Neuauflage deshalb einem praktischen Bedürfnis.

Dass die Autoren fleissig waren, beweist schon der Umfangszuwachs von 400 Seiten. Ganz neu ist die Darstellung der Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Herfs und Kantenwein. Weiterhin unbearbeitet bleibt zu Recht das Umwandlungsrecht unter Beteiligung von AG. Hier gibt es Spezialdarstellungen. Dafür wurden das Gesetz über die „kleine AG“, das Gesetz zur Einführung der Stückaktie und

das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich eingearbeitet. An vielen Stellen waren hier neue gesetzliche Möglichkeiten und praktische Entwicklungen zu berücksichtigen. Hierzu sei beispielhaft auf die ganz neue Darstellung (Krieger) von Aktienbezugsprogrammen für Führungskräfte („stock options“) hingewiesen. Nach meinen Erfahrungen sind gerade Wachstumsbranchen wie die Datenverarbeitung darauf angewiesen, ihre Informatiker durch Beteiligung an das Unternehmen zu binden.

Jedem Notar, der mit AG zu tun hat, wird das Handbuch uneingeschränkt empfohlen.

Notariatsdirektor Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Karlsruhe

Meincke, Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, C. H. Beck, 12. Aufl. 1999, XVI, 961 Seiten. In Leinen. ISBN 3-406-45662-6.

Während die nur wenige Wochen nach Verabschiedung des Jahressteuergesetzes 1997 und der damit in Kraft getretenen Neuregelung des Erbschaftssteuerrechts erschienene Voraufgabe die erste geschlossene Neukommentierung des geänderten Erbschaftssteuerrechts bot, Stellungnahmen der Finanzverwaltung aber überwiegend nicht mehr berücksichtigt werden konnten, wurden in die 12. Auflage nun die Erbschaftssteuer-Richtlinien vom 21. 12. 1998 (BStBl. I 98, Sondernummer 2) und die Erbschaftssteuer-Hinweise in gleichlautenden Ländererlassen vom selben Tag (BStBl. I 98, 1529) durchgehend eingearbeitet. Die Neuauflage erfaßt auch die neuen Bestimmungen zur Trust-Besteuerung durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002. Mit diesen Änderungen soll versucht werden, Steuerumgehungen durch Einschaltung ausländischer Trust-Konstruktionen zu verhindern. Darüberhinaus wurde der Steuertatbestand für bestimmte gesellschaftsrechtliche Erwerbe deutlicher gefaßt. Schwerpunkte der Neubearbeitung liegen im übrigen bei § 2 (Internationales Steuerrecht), § 12 (Bewertung), §§ 13 und 13a (Steuerbefreiungen), § 15 (Steuerklassen) und § 19 (Steuerersätze).

Die enge Verknüpfung des Erbschafts- und Schenkungssteuerrechts mit dem Zivilrecht verlangt zwangsläufig das Eingehen auf die zivilrechtlichen Vorschriften des Schenkungsrechts, des Gesellschafts- und Erbrechts. Es ist bewundernswert, wie der Verf. auf knappem Raum umfassende Informationen bietet, dabei gleichermaßen wissenschaftlich fundiert kommentiert aber auch die praktisch relevanten Themen aufgreift und vertieft. Wissenschaftlich arbeitenden Steuerfachleuten wird die Neuauflage ein ebenso unentbehrliches Hilfsmittel sein wie den mit dem Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuergesetz befassten Praktikern in der Steuerberatung namentlich bei der Gestaltung von Vermögenstransaktionen, den Notaren, den Richtern an den Finanzgerichten sowie den Mitarbeitern von Finanzbehörden.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Karlsruhe

Hartmann, Kostengesetze, 29. Aufl. 2000. Beck XXXIV, 2239 Seiten. In Leinen. ISBN 3-406-45599-9. DM 192,-.

Die vielen Gesetzänderungen der letzten Legislaturperiode haben erwartungsgemäß zahlreiche neue Unklarheiten und Streitfragen ausgelöst. Ein Kommentar für die Praxis muß hierauf reagieren. So nimmt es nicht wunder, daß der Voraufgabe bereits nach einem Jahr eine Neuauflage folgt, um dem Benutzer den neuesten Sach- und Streitstand zu bieten.

In der 29. Auflage, die den Rechtsstand von Anfang Oktober 1999, teilweise bereits vom 1. 1. 2000 enthält, wurden namentlich berücksichtigt:

- Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zur InsO und anderer Gesetze vom 19. 12. 1998.
- Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2. 9. 1994, welches am 1. 1. 2000 in den alten Bundesländern und ganz Berlin in Kraft tritt
- Überweisungs-gesetz vom 21. 7. 1999 mit der Umstellung des Grundbuchs von DM auf EURO.

Lobenswert sind auch die zahlreichen neuen, ergänzten und präzisierten Eingangs-anmerkungen zur Systematik und zum Regelungszweck

in den Bereichen der KostO, des ZSEG, der BRAGO und des GVKostG, welche die dogmatischen Grundlagen und Zusammenhänge erhellen sollen.

Es ist hier nicht der Raum, auf Einzelheiten einzugehen. Der Aktualität wegen und mit Rücksicht auf die enormen praktischen Auswirkungen interessiert den Leser jedoch besonders die Handhabung des § 26 KostO durch die registerrechtliche Praxis. Der Verf. moniert die durch die Entscheidung des EuGH (ZIP 98, 206) hervorgerufene Rechtsunsicherheit zur Höhe der Eintragungsgebühren, soweit sie den erforderlichen Aufwand übersteigen. § 26 KostO ist danach nur noch insoweit anwendbar, als er Art. 12 I e der europarechtlichen Gesellschaftssteuererrichtlinie vom 17. 7. 1969 nicht widerspricht. Die Auslegung hat richtlinienkonform zu erfolgen. Die Rechtsprechung hierzu wird vollständig referiert. Resignierend wird schließlich festgestellt, daß für die Alltagspraxis kaum lösbare Probleme und hohe Prozeßkostenrisiken bleiben, wenn die Richtlinienanforderungen erfüllt werden sollen. In dieser mißlichen Lage helfen – wie der Verf. zurecht betont – weder Perfektionswahn (Ansätze hierzu bei OLG Köln NJW 1999, 1342) noch ein billiges Ausweichen, sondern nur ein Bemühen um eine zwar europarechtlich korrekte, aber doch noch praktikabel bleibende Auslegung.

Auch die 29. Auflage des *Hartmann* untermauert die herausragende Stellung des Kommentars in der kostenrechtlichen Praxis.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Karlsruhe

Pahlke/Franz, Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG), 2. Aufl. 1999, Beck XX, 600 S. in Leinen. ISBN 3-406-44857-7.

Die völlig neubearbeitete 2. Auflage trägt der dynamischen Entwicklung des Grunderwerbsteuerrechts Rechnung. Es berücksichtigt die Gesetzesänderungen seit der Voraufgabe und arbeitet die Rechtsprechung bis zum Frühjahr 1999 auf. Schwerpunkte der Neuauflage sind

- die eingehende Darstellung aller Gesetzesänderungen durch das JStG 1997 und das StEntG 1999/2000/2002, schwerpunktmäßig betreffend das Recht der Personengesellschaften und sonstigen Gesamthandsgemeinschaften (§§ 1 Abs. 2a, Abs. 3, § 5 Abs. 3). Hier ging es dem Gesetzgeber um die Schließung von Schlupflöchern. Den Verf. gelingt es, die durch gleich mehrfache Änderung der Vorschriften komplizierte Rechtsmaterie übersichtlich darzustellen.
- eingehende Darstellung der grunderwerbsteuerlichen Folgen von Umwandlungsvorgängen unter Berücksichtigung der *GrESt-Erlasse* Umwandlung
- Ergänzung um Hinweise zur ertragsteuerlichen Behandlung der Grunderwerbsteuer im Rahmen der Einzelkommentierung
- Darstellung verfassungsrechtlicher Problemkreise der Grunderwerbsteuer. Hier bezieht der Verfasser (Pahlke) deutlich Stellung und betont mit Recht, daß der vom BVerfG dem sog. persönlichen Gebrauchsvermögen zugesagte Schutz vor steuerlicher Belastung nicht für die GrESt gelte. Die Finanzverwaltung hat inzwischen die gem. § 165 I Nr. 3 AO in den Fällen der Selbstnutzung praktizierte vorläufige Steuerfestsetzung beendet.

Das Werk ist ein Kommentar vornehmlich für die Praxis der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Notare sowie für alle, die mit der Grunderwerbsteuer zu tun haben. Sie werden ihn mit Gewinn in die Hand nehmen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Karlsruhe

Handbuch der Grundstückspraxis. Herausgegeben von Richter am BGH Dr. Heidi Lambert-Lang, Richter am BGH Karl Friedrich Tropic und Notar Dr. Norbert Frenz. Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne. 2000, 1500 Seiten, 248,- DM.

Das Grundstücksrecht ist im letzten Jahrzehnt und in besonderem Maße auch die Wiedervereinigung Deutschlands bedingt in den Vordergrund des juristischen Interesses gerückt. Das vorliegende Werk versteht sich als Handbuch und erfasst alle Aufgabenfelder, die sich dem Praktiker, sei es als Richter, Rechtsanwalt oder Notar, als Steuerberater, als im Bank- und Immobiliengeschäft oder im Verbandswesen Tätigen stellen. Trotz dieser Nutzerbreite bietet das Buch eine erstaunliche Darstellungstiefe. Das Werk bietet auf rund 1500 Seiten eine optimale Rundumversorgung für Grundstücksgeschäfte. Es stellt in 13 Teilen, deren jeweilige Thematik durch die Bedürfnisse der Praxis bestimmt ist, das Recht des Grundstückskaufs und der Vertragsstörungen, der unentgeltlichen Grundstücksgeschäfte, der Dienstbarkeiten und Grundpfandrechte, der Baulasten, der Abwehrbefugnisse des Eigentümers, des Wohnungseigentums- und Erbbaurechts, der Landwirtschaft und des Grundbuchverfahrens zusammen. Das Gesellschafts- und Insolvenzrecht sind grundstücksbezogen behandelt. Das Maklerrecht und steuerrechtliche Aspekte fanden ebenso Berücksichtigung wie die Grundstücksbewertung. Alle diese Bereiche sind gleichermaßen aus der Sicht des sachlichen Rechts wie der notariellen oder anwaltlichen Vertragsgestaltung dargestellt. Die systematischen Erläuterungen orientieren sich an den obergerichtlichen Entscheidungen. Geboten wird ein Rechtssprechungslexikon mit 745 Einträgen. Für Sicherheit bei Grundstücksgeschäften und im Grundstücksverkehr sorgen außerdem 80 Musterverträge und Formulierungsbeispiele, Hinweiskästen mit Tipps und Strategien für die Beratung. Die Besonderheiten der einzelnen Bundesländer z. B. im Bereich der Baulasten und der Vorkaufsrechte sowie das liegenschaftsrechtliche Sonderrechte in den neuen Ländern wurden gebührend berücksichtigt.

Aus der Praxis für die Praxis werden alle Facetten des Grundstücksrechts behandelt. Der Schwerpunkt des Buches liegt im Vertragsrecht. Das Werk zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es die Regelungssystematik sehr anschaulich erläutert, hoch aktuell einen hervorragenden Überblick und tief gehende Erläuterungen über alle Fragen des Immobilienverkehrs gibt; es ist klar gegliedert und prägnant geschrieben. Das Handbuch bietet dem Praktiker Erstaunliches und ist ein vorzügliches Nachschlagewerk.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

VEP Vorhaben- und Erschließungsplan in der Praxis – Das Planungsinstrument in der Praxis. Von Dr. Jürgen Busse, Direktor im Bayerischen Gemeindetag, München und Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar. Verlagsgruppe Jehle Rehm GmbH, München. 258 S., 1999, 58,- DM.

Das Instrument des Vorhaben- und Erschließungsplans wurde 1998 dauerhaft in das allgemeine Städtebaurecht überführt, nach dem es ab 1990 für das Gebiet der ehemaligen DDR galt. Der Vorhaben- und Erschließungsplan bzw. der vorhabenbezogene Bebauungsplan bietet für Kommunen und Bauherren bzw. Investoren die Chance, Bauprojekte schnell und reibungslos durchzuführen. Das Handbuch hilft allen in der Praxis tätigen Bauherren, Planern und Juristen, das Planungsinstrument VEP sinnvoll umzusetzen. Der Praktiker erhält Aufschluss über die Voraussetzungen des VEP, die Vorbereitungsphase, den Durchführungsvertrag, das Aufstellungsverfahren und den Inhalt des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Im Anhang finden sich Auszüge aus den einschlägigen Rechtsvorschriften. Eine wertvolle Hilfe sind die umfangreichen Muster für den Einsatz des auf Kooperation angewiesenen VEP. Wer auf Planungssicherheit Wert legt, kommt an diesem Handbuch nicht vorbei.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum:

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar, 73525 Schwäbisch Gmünd, Uhlandstraße 3 (Tel. 0 71 71/60 25 58), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 76133 Karlsruhe 1, Kaiserstraße 184 (Tel. 07 21/9 26 51 62). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellun-

gen sind zu richten an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51). Bezugspreis jährlich DM 75,-. Einzelnummer DM 10,-. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16-18 (Tel. 0 73 21 / 35 00-0, Fax 0 73 21 / 35 00 15).