

# BWN**otz**

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Buhl  
Amtsverwalter, Plochingen

Notar Dr. Oliver Fröhler  
Notariatsdirektor, Titisee-Neustadt

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**5/2017**

November

Seiten 113 – 144

## Inhalt

### Abhandlungen

*Dr. Sebastian Zander*  
*Die Reform des Bauvertragsrechts*  
..... 115

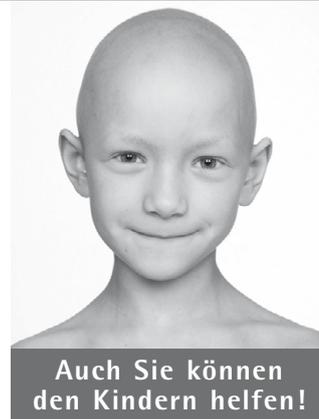
*Dr. Hans Eberhard Sandweg*  
*Die virtuelle Stiftung*  
..... 127

**Rechtsprechung** ..... 135

**Buchbesprechungen** ..... 141



Stiftung des Fördervereins  
für krebskranke Kinder Tübingen  
**KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN**



**Auch Sie können  
den Kindern helfen!**

Der Kampf gegen Krebserkrankungen im Kindes- und Jugendalter und die Unterstützung der Betroffenen sind wichtige Aufgaben moderner Medizinforschung und klinischer Therapie. Diesen Zielen hat sich die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ seit über 15 Jahren verschrieben.

- **Wir unterstützen die Krebsforschung.**
- **Wir verbessern die personelle und sachliche Ausstattung der Uni-Kinderklinik Tübingen.**
- **Wir vermindern die psychischen und sozialen Belastungen der Kinder und ihrer Familien.**

**Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Erbschaften von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.**

**Wenn Sie weiteren Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an.**

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts  
[www.stiftung-krebskranke-kinder.de](http://www.stiftung-krebskranke-kinder.de) . [info@stiftung-krebskranke-kinder.de](mailto:info@stiftung-krebskranke-kinder.de)

**Geschäftsstelle:** Frondsbergstr. 51 . 72070 Tübingen . Tel. 07071/946811 . Fax 07071/946813

**Vorsitzender:** Prof. Dr. Hans-Werner Stahl

**Im Beirat:** Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

**Bankverbindung:** Volksbank Herrenberg . Konto 41 59 00 000 . BLZ 603 913 10  
IBAN DE83 6039 1310 0415 9000 00 . BIC GENODES1VBH

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |   |                   |
|---|-------------------|
| <p><b>1. Dr. Sebastian Zander, Notar, Weinheim</b><br/>Die Reform des Bauvertragsrechts und ihre Auswirkung auf die notarielle Praxis</p> | <p><b>115</b></p> |
| <p><b>2. Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D., Müllheim/Baden</b><br/>Die virtuelle Stiftung in der notariellen Praxis</p>              | <p><b>127</b></p> |

## Rechtsprechung

- |  |                   |
|--|-------------------|
| <p><b>1. Erbrecht / Nachlassverfahren</b><br/>KG, 25.10.2016, 6 W 80/16<br/>Aufnahme des sog. güterrechtlichen Erhöhungsviertels in das ENZ</p>            | <p><b>135</b></p> |
| <p><b>2. Erbrecht / Nachlassverfahren</b><br/>KG, 10.01.2017, 6 W 125/16<br/>Internationale Zuständigkeit für die Erteilung eines deutschen Erbscheins</p> |                   |

## Buchbesprechungen

- |   |                   |
|---|-------------------|
| <p><b>1. Keidel, FamFG Kommentar</b><br/>19. Auflage<br/>(Prof. Böhringer)</p>                    | <p><b>141</b></p> |
| <p><b>2. Korintenberg, Gerichts- und Notarkostengesetz</b><br/>20. Auflage<br/>(Dr. Dr. Damm)</p> |                   |
| <p><b>3. Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen</b><br/>5. Auflage 2017<br/>(Dr. Becker)</p>         |                   |

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Offenburg. Schriftleiter: Amtsverwalter Daniel Buhl, Schulstraße 16, 73207 Plochingen, verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt, verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württembergischen Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Friedrichstraße 9A (Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. **Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.**

Herstellung: Erich Schretzmann Siebdruck GmbH, 71384 Weinstadt-Großheppach, Tel (0 71 51) 608 609-0, siebdruck-schretzmann.de.  
Satz: h+m kommunikationswerkstatt GmbH, k-werkstatt.de

# Bonner Notarrecht Dt. Notarverlag



## Bonner Notarrecht Dt. Notarverlag

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.), **Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare**; Mayer/Geck, **Der Übergabevertrag**, und Süß/Wachter, **Handbuch des internationalen GmbH-Rechts**: diese und weitere wichtige Werke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit im Notarrecht erleichtert: Formulare, die Zeitschriften notar und ZErB sowie Rechtsprechung in Hülle und Fülle. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell für Sie bezahlt.

► schon ab **€ 54,-/Monat**  
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

**4 Wochen kostenlos testen**  
Infos: [www.beck-shop.de/bdeqrx](http://www.beck-shop.de/bdeqrx)

# Die Reform des Bauvertragsrechts und ihre Auswirkung auf die notarielle Praxis

von Dr. Sebastian Zander, Notariat Weinheim

## I. Überblick

Durch die Reform des Bauvertragsrechts<sup>1</sup> möchte der Gesetzgeber eine legislatorische Lücke schließen. Schon im Koalitionsvertrag der in der 18. Legislaturperiode amtierenden CDU, CSU und SPD Regierung wurde von den Regierungsparteien verabredet, den Verbraucherschutz bei Bauverträgen und Dienstleistungen für Bauherren und Immobilieneigentümern zu stärken<sup>2</sup>. Vorausgegangen waren langjährige Diskussionen über die Notwendigkeit der groß angelegten Reform. Diese tritt zum 1. Januar 2018 in Kraft und erfasst alle nach dem 31. Dezember 2017 abgeschlossenen Verträge<sup>3</sup>.

Die Neuregelung hat drei – voneinander vollständig unabhängige – Schwerpunkte:

- Zum einen wird das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB umfassend um völlig neue Vorschriften zum Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Bauträgervertrag sowie zum Architektenvertrag und Ingenieurvertrag ergänzt. Neu aufgenommen werden zudem Anpassungen im GVG und in der ZPO, die diese materiellen Regelungen durch formelle Bestimmungen flankieren.
- Zum anderen wird das kaufrechtliche Mängelrecht an die zu den so genannten Ein- und Ausbaufällen ergangene Rechtsprechung des EuGH angepasst.
- Zuletzt enthält das Gesetz formelle Erleichterungen im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, die den Gebrauch von maschinellen Siegeln gestatten.

Dieser Beitrag zeigt auf, welche Änderungen das Reformgesetz mit sich bringt und welche Auswirkungen es für die tägliche Arbeit im Notariat hat. Dabei liegt der Schwerpunkt – naturgemäß – auf der Änderung der werkvertraglichen Regelungen. Da die beabsichtigten Änderungen des kaufrechtlichen Mängelrechts nahezu kein Anwendungsfeld im Notariat haben dürften, sollen sie hier – bis auf cursorische und eher der juristischen Allgemeinbildung dienende Hinweise – nicht näher vertieft werden. Wegen der Änderungen in der GBO und der SchRegO soll an dieser Stelle ein Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien genügen<sup>4</sup>.

Zunächst stellt dieser kurze Bericht die Impulse vor, die zum Erlass des Reformgesetzes geführt haben (unter II.), und erläutert anschließend dessen wesentlichen Inhalt (unter III.). Hier interessieren insbesondere die Auswirkungen der Neuregelung auf die tägliche Arbeit im Notariat (unter IV.).

## II. Impulse für das Reformgesetz

### 1. Regelungsschwerpunkt: kaufrechtliche Mängelhaftung

Im Bereich des kaufrechtlichen Mängelrechts hat der EuGH im Jahr 2011 entschieden, dass der Verkäufer einer beweglichen Sache im Rahmen einer Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen<sup>5</sup>.

Dies bedeutet für einen Werkunternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und dieses in Unkenntnis des Mangels bei einem Dritten verbaut hat, dass er diesem aus dem geschlossenen Werkvertrag zum Ausbau des mangelhaften und zum Einbau von mangelfreiem Baumaterial verpflichtet ist. Von dem Verkäufer des Materials kann der Werkunternehmer in seiner Rolle als Käufer dagegen nach geltendem Recht nur die Lieferung des dafür benötigten neuen Baumaterials verlangen. Diese soll durch die Neuregelung im Interesse des Werkunternehmers abgemildert werden.

### 2. Regelungsschwerpunkt: Werkvertragsrecht

Das Werkvertragsrecht des BGB ist angesichts der Vielzahl an denkbaren „versprochenen Werken“ (§ 631 Abs. 1 BGB) allgemein gehalten und trägt den speziellen Bedürfnissen der Baupraxis nicht ausreichend Rechnung, auch wenn der Bauvertrag (Herstellung eines (Bau-)Werks) geradezu den werkvertraglichen Prototyp darstellt.

1 BGBl. I (2017) S. 969. Das Gesetz hat den wenig griffigen Titel „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ vom 28.04.2017.

2 Siehe insbesondere S. 116. Abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

3 Bereits in der vergangenen Legislaturperiode wurden im Jahr 2010 die Reformüberlegungen kanalisiert und vom BMJ (damals noch ohne „V“) eine Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ins Leben gerufen, die im Jahr 2013 ihren Abschlussbericht vorgelegt hat. Die Schuldrechtsreform im Jahr 2002 hat das Werkvertragsrecht nur geringfügig geändert (vgl. den Überblick bei Hertel, DNotZ 2002, 6). Bereits der 55. DJT im Jahr 1984 in Hamburg hat sich in der Fachabteilung Zivilrecht mit der Thematik befasst. Das Gutachten stammt von Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, Gutachten, in: Verhandlungen des fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), 1984, A 1, 9.

4 BT-Drs. 18/11437 S. 46 f.

5 EuGH U.v. 16.06.2011 C65/09 und C 87/09 und dieser Rechtsprechung nunmehr folgend BGH, U.v. 21. 12. 2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 und BGH, U.v. 17. 10. 2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

Teilweise wurde die Regelungsdichte durch den Erlass der VOB erhöht<sup>6</sup>. Die dort enthaltenen Bestimmungen gelten indes nur, wenn sie im konkreten Einzelfall zwischen Besteller und Unternehmer konkret vereinbart wurden<sup>7</sup>.

Beim Bauträgervertrag, der ein Kaufvertrag mit Bauverpflichtung ist, bestehen vertragliche Beziehungen allein zwischen dem Erwerber und dem Bauträger, nicht aber zwischen dem Erwerber und anderen am Bau beteiligten Unternehmern, Planern oder sonstigen Beteiligten. Die Rechtsnatur ist bisher – trotz der im Jahr 2009 durch das FoSiG in das BGB aufgenommenen Regelung des § 632a Abs. 2 BGB – mangels gesetzlicher Regelung nicht ganz zweifelsfrei geklärt<sup>8</sup>. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass der Vertrag in Bezug auf die Herstellung des Bauwerkes werkvertragsrechtlichem Regime unterworfen ist, insbesondere im Hinblick auf das Mängelrecht<sup>9</sup>.

Im Bereich des Bau(werk)vertragsrechts wurden vom Gesetzgeber vor allem zwei Defizite identifiziert. Erster Kritikpunkt ist, dass der Gesetzgeber das Heft des Handelns aus der Hand gegeben hat. Die maßgeblichen Regelungen werden durch Richterrecht der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgebildet<sup>10</sup>. Obgleich es sich um eine wirtschaftlich enorm bedeutende Regelungsmaterie handelt, fehlt ein gesetzlicher Rahmen. Dies erschwert eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen<sup>11</sup>.

Zweitens sind daraus resultierende Mängel im Bereich des Verbraucherschutzes sichtbar. Trotz der für Verbraucher hohen Risiken beim Scheitern eines größeren Bauvorhabens wie etwa eines Eigenheims (die bis zum Verlust der bürgerlichen Existenz durch eine einzige wirtschaftliche Fehlentscheidung führen können), gibt es weder im deutschen noch im europäischen Verbraucherrecht Regelungen für das Bauvertragsrecht.

Der Gesetzgeber befürchtet zudem eine „konfrontative Vertragskultur“ mit unklaren oder unvollständigen Ausschreibungen und intransparenten Kalkulations- und Abrechnungspraktiken<sup>12</sup>. Daneben bestehen für Verbraucher erhöhte wirtschaftliche Risiken bei der Errichtung oder beim Umbau eines Hauses. Gewöhnlicherweise wendet er hierfür einen ganz wesentlichen Teil seines Einkommens und Vermögens auf<sup>13</sup>. Störfälle wie das Steckenbleiben des Bauvorhabens oder gar die Insolvenz des Unternehmers können empfindliche finanzielle Folgen nach sich ziehen.

### III. Wesentlicher Inhalt der Neuregelung

Das Reformgesetz ist – wie mittlerweile die meisten Reformgesetze – als Artikelgesetz ausgestaltet und soll wesentliche Änderungen herbeiführen im Schuldrecht des BGB und im EGBGB (siehe jeweils sogleich). Weitere Änderungen im GVG und in der ZPO, sowie im UKlaG sowie in der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen, die aus kosme-

tischen Gründen erforderlich sind, sollen hier indes nicht weiter interessieren; ebenso nicht die erst sehr spät im Gesetzgebungsverfahren eingefügten Änderungen der GBO und der SchRegO.

#### 1. Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Das kaufrechtliche Mängelrecht soll ergänzt werden. Ziel ist, die Rechtssituation von Werkunternehmern, die mangelhaftes Baumaterial gekauft haben, zu verbessern. Daneben werden die kaufrechtlichen BGB-Vorschriften zur kaufrechtlichen Mängelhaftung an die Entscheidung des EuGH angepasst. Dies soll durch folgende Regelungen erreicht werden:

- In § 439 Abs. 3 BGB wird ein neuer Anspruch des Käufers auf Vornahme von Aus- und Einbauleistungen bzw. auf Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen eingefügt. Diese Vorschrift gilt nicht nur für B2C-Geschäfte, sondern für alle Kaufverträge und damit auch für B2B-Geschäfte.
- Der Anwendungsbereich der derzeit nach § 478 Abs. 2 BGB nur für Verbrauchsgüterkäufe bestehenden erleichterten Rückgriffsmöglichkeit des Unternehmers gegenüber seinem Lieferanten wegen Ersatz der Aufwendungen, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher im Rahmen der Nacherfüllung zu tragen hatte, wird erweitert (§§ 445a und 445b BGB). Dieser Rückgriff des Verkäufers soll auch möglich sein, wenn der letzte Käufer in der Lieferkette ein Unternehmer ist.

6 Die VOB (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [früher: Verdingungsordnung für Bauleistungen]) soll in Abweichung der §§ 631 ff. BGB erreichen, dass zwischen den Vertragsparteien Ausgewogenheit herrscht, dass Leistungspflichten präzisiert werden, dass Bauvorhaben rasch abgewickelt und mit Bauvorhaben entstandene Streitigkeiten ebenfalls rasch beigelegt werden. Hierzu begünstigen die Regelungen teilweise den Unternehmer (z.B. wenn in § 5 Abs. 4 VOB/B das Rücktrittsrecht des Bestellers erschwert wird) aber auch teilweise den Besteller (z.B. wenn in § 1 Abs. 3 ein einseitiges Änderungsrecht des Bestellers festgeschrieben wird). Sie stellt weder Gesetz noch Rechtsverordnung dar, sondern ist der Vorschlag einer Gesamtzahl von Regelungen, die in einem Vertrag zwischen den Beteiligten vereinbart werden können.

7 Locher, Das private Baurecht, 8. Aufl. München 2011, Rn. 141.

8 Zum Meinungsstand Locher, (Fn. 7) Rn. 636 f.

9 Dies unterstreicht nunmehr auch der Gesetzgeber durch die Ergänzung des Werkvertragsrechts.

10 Vgl. aber auch Glöckner, VuR 2016, 123, der völlig zu Recht darauf hinweist, dass der historische Gesetzgeber es nicht für erforderlich hielt, Bauverträge als selbständigen Typus zu regeln („Für die Ausgestaltung des Werkvertragsrechts waren Verträge über die Besohlung von Schuhen oder das Schneidern eines Anzuges ebenso typprägend wie Verträge über die Errichtung von Bauwerken.“).

11 BT-Drs. 18/8486 S. 1.

12 BT-Drs. 18/8486 S. 24.

13 Der geschätzte Verkehrswert des Haus- und Grundbesitzes in Deutschland betrug Anfang 2013 nach Angaben des Statistischen Bundesamtes je Haushalt durchschnittlich 103.600,00 €, das durchschnittliche Bruttogeldvermögen je Haushalt etwa 150.000,00 € was einer Quote von etwa 2/3 entspricht. Vgl. Details in Fachserie 15 Fach 2 (abrufbar unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de)).

## 2. Änderungen des Werkvertragsrechts

### a. Überblick

Der Schwerpunkt des Reformgesetzes liegt im Werkvertragsrecht. Dort wurden spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag und den Bauträgervertrag in das BGB eingefügt. Ziel ist es, die gesetzgeberische Regelungsdichte auf ein Rechtssicherheit stiftendes Niveau zu heben und den Verbraucherschutz bei Bauverträgen zu erhöhen. Bei der Gelegenheit werden auch Regelungen über den Architekten- und Ingenieurvertrag eingefügt und verschiedene Vorschriften vereinfacht oder effektiver ausgestaltet werden. So sollen kostenintensive Konflikte zwischen den Vertragsparteien von vornherein vermieden werden.

Im Einzelnen stellen sich die Gesetzesänderungen wie folgt dar:

1	Systematik des Werkvertragsrechts	Titel 9 des Buchs 2 Abschnitt 8 (Werkvertrag und ähnliche Verträge) wird neu gegliedert. Der Untertitel 1 (Werkvertrag) hat nun vier Kapitel. Dabei enthält Kapitel 1 (Allgemeine Vorschriften) die grundsätzlich für alle Werkverträge geltenden Vorschriften. Kapitel 2 (Bauvertrag) fasst die bisher in Untertitel 1 verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammen und enthält zudem eine Reihe neuer Regelungen. In Kapitel 3 (Verbraucherbauvertrag) sind die besonderen Regelungen zum Schutz der Verbraucher enthalten. Untertitel 2 umfasst Vorschriften zu Architekten- oder Ingenieurverträgen, während Untertitel 3 Vorschriften zum Bauträgervertrag enthält. Aufgrund dieser neuen Systematik wird der bisherige Untertitel 2 (Reisevertrag) zu Untertitel 4.
2	Änderung bestehender werkvertraglicher Vorschriften	Für die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts enthält der Gesetzentwurf folgende Änderungen: <ul style="list-style-type: none"> <li>• In § 632a BGB ist vorgesehen, dass Maßstab für die Berechnung einer Abschlagsforderung der Wert der von dem Unternehmer erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistung sein soll (nicht wie bisher, welcher Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers durch die bisher erfolgten Leistungen eingetreten ist); zudem soll der Besteller in dem Fall, dass die erbrachten Leistungen vom vertragsgemäßen Zustand abweichen, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern können.</li> </ul>

2	Änderung bestehender werkvertraglicher Vorschriften (Fortsetzung)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In § 640 BGB ist die so genannte „fiktive Abnahme“ neu geregelt: Die Abnahme wird fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.</li> <li>• In § 648a BGB ist in Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für alle Werkverträge geregelt. Dabei ist auch ein Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes vorgesehen, um spätere Streitigkeiten über den Stand der Arbeiten zum Zeitpunkt der Kündigung zu vermeiden.</li> </ul>
3	Einführung neuer Vorschriften	<p>Neu eingefügt wurden die §§ 650a bis 650v BGB. Diese enthalten in den Kapiteln 2 bis 4 des Untertitels 1 (allgemeine Vorschriften) zum Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag (§§ 650a bis 650o BGB) sowie im Untertitel 2 (§§ 650p bis 650t BGB) die Regeln zum Architektenvertrag und Ingenieurvertrag und im Untertitel 3 (§§ 650u und 650v BGB) Regelungen zum Bauträgervertrag.</p> <p>Neu eingefügt wurde in Art. 249 EGBGB auch eine die Anforderungen von § 650j BGB präzisierende Vorschrift zur Baubeschreibung.</p>

In der Form folgt der Entwurf daher nicht dem Vorbild der VOB/B, die breit ausformulierte und am zeitlichen Verlauf des Bauvorhabens orientierte Regelungen bereitstellt. Vielmehr lässt es der Gesetzgeber in begrüßenswerter Weise – trotz der zum Teil textlich sehr ausführlichen Vorschriften – bei inhaltlich knappen Regelungen bewenden. Diese müssen von Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis angewendet und ausgefüllt werden.

### b. Neugliederung des Werkvertragsrechts

Der Titel über den Werkvertrag wurde – wie aus der Tabelle ersichtlich – vollständig neu gegliedert und erhält eine neue Systematik. Neben allgemeinen Regelungen für alle Werkverträge bilden die neu aufgenommenen Vorschriften einen „besonderen Teil“ des Werkvertragsrechts.

### c. Änderung und Aktualisierung bestehender Vorschriften

Einige bisher bestehende Regelungen wurden wegen erkannter Defizite geändert und aktualisiert.

Hervorzuheben ist hier:

- Der Vergütungsanspruch des Unternehmers wird durch das Gesetz gestärkt<sup>14</sup>. Die Höhe der Abschlagszahlungen nach § 632a Abs. 1 BGB richtet sich bislang nach dem Wertzuwachs, den ein Besteller durch eine vertragsgemäß erbrachte Leistung erhalten hat. Dies wird zur Vermeidung von Streitigkeiten vereinfacht und das Gesetz knüpft an den (leichter zu ermittelnden) Wert der vom Unternehmer erbrachten Leistungen an<sup>15</sup>.
- Nach bisheriger Regelung sieht § 640 Abs. 1 S. 3 BGB vor, dass es der Abnahme gleichsteht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Grund für diese Abnahmefiktion ist, dass der Gesetzgeber vom Besteller erwartet, er könne auch begründen, weshalb er die Abnahme verweigere. Seine schutzwürdigen Interessen werden hinreichend durch die Zugrundelegung der sog. „Symptomrechtsprechung“ berücksichtigt<sup>16</sup>.
- Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme soll weitgehend ausgeschlossen werden. Um die Fiktion zu zerstören, soll es nun nicht mehr genügen, lediglich die Abnahme zu verweigern. Vielmehr muss der Besteller künftig mindestens einen Mangel angeben. Eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln wird dabei nicht vorgenommen, da diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig ist und oftmals erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden kann. Absatz 2 Satz 1 sieht nunmehr vor, dass die Abnahmefiktion immer dann greift, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Die Fiktion tritt also ein, wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung eines Mangels verweigert<sup>17</sup>.
- Hervorhebung verdient daneben auch die gesetzgeberische Ausgestaltung des Kündigungsrechts des Bestellers aus wichtigem Grund. Das Werkvertragsrecht des BGB gibt dem Besteller das Recht, bis zur Fertigstellung des Werks den Vertrag jederzeit zu kündigen (§ 649, künftig § 648 BGB). Dieses „freie“ Kündigungsrecht soll unverändert erhalten bleiben. Darüber hinaus besteht jedoch die Möglichkeit für den Besteller auch aus wichtigem Grund zu kündigen. Von der Rechtsprechung wird für den – im Gegensatz zum einfachen Werkvertrag – in der Regel auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag vielfach bisher schon ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund anerkannt und dabei das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB) als Vorbild herangezogen<sup>18</sup>. Dies wird damit begründet, dass dieser auf eine längere vertrauensvolle Zusammenarbeit der Vertragsparteien ausgelegt und angewiesen ist, weshalb unter bestimmten Umständen eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar sein kann. Die VOB/B eröffnet den Vertragspartnern in den §§ 8 und 9 ebenfalls die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden und hat hierzu eine Reihe von Kündigungstatbeständen normiert, die den

Vertragspartnern bei ihrer Entscheidung, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen können, Orientierung geben. Beim BGB-Vertrag besteht dagegen in der Praxis Rechtsunsicherheit, welche Gründe eine außerordentliche Kündigung tragen, da dieses Kündigungsrecht auf Richterrecht basiert. Die Neuregelung sieht daher vor, die außerordentliche Kündigung bei Werkverträgen in § 648 BGB gesetzlich zu verankern, um für die Praxis mehr Rechtssicherheit zu schaffen<sup>19</sup>.

- § 648a Abs. 1 BGB legt fest, dass beide Vertragsparteien das Recht haben, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach Satz 2 vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Von einer Normierung einzelner Kündigungstatbestände wie in § 8 VOB/B wurde abgesehen, da auf diese Weise nicht alle denkbaren Konstellationen erfasst werden könnten. Durch die stattdessen gewählte – sich an § 314 BGB orientierende – allgemeine Formulierung zum Kündigungsgrund können neben den typischen Kündigungsgründen auch besondere Einzelfälle (insbesondere den Fall der Insolvenz des Unternehmers) berücksichtigt werden, auch wenn diese Formulierung nicht sofort zu der erwünschten Rechtssicherheit für die Parteien führt<sup>20</sup>. Die Absätze 2 bis 6 präzisieren die Anforderungen des Kündigungsrechts<sup>21</sup>.

#### d. Bauvertrag (Kapitel 2)

Dem komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag wird insbesondere durch die folgenden, die allgemeinen Normen ergänzenden Regelungen Rechnung getragen:

##### aa. Definition des Bauvertrags

In § 650a BGB wird der Begriff des Bauvertrags erstmals im BGB definiert. Ziel ist, den Anwendungsbereich der nachfolgenden Vorschriften klarzustellen. Ein Bauvertrag ist danach ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder zum Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.

<sup>14</sup> Basty, MittBayNot 2017, 445 (446).

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/8486 S. 47.

<sup>16</sup> Es genügt danach, dass der Besteller die Mangelerscheinungen (z. B. Feuchtigkeit an der Wand) bezeichnet; nicht erforderlich sind Ausführungen zu den Ursachen der Mangelerscheinungen (z. B. undichtes Wasserrohr, mangelhafte Drainage) und zur Verantwortlichkeit des Unternehmers für die etwaigen Mängel (vgl. etwa BGH NJW-RR 1999, 813).

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/8486 S. 49.

<sup>18</sup> Vgl. beispielsweise OLG Hamm, U.v. 26.2.2015 – 24 U 56/10, NZBau 2015, 480 oder OLG Koblenz, U.v. 4.2.2014 – 3 U 819/13, NJW-RR 2014, 913. Hierzu auch Valerius/Gstöttner, NZBau 2008, 486.

<sup>19</sup> BT-Drs. 18/8486 S. 50.

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/8486 S. 50. Die Gesetzesbegründung zählt den Fall der Insolvenz des Unternehmers als Fall auf, in der das außerordentliche Kündigungsrecht Anwendung finden solle. So nunmehr auch die höchstrichterliche Rechtsprechung siehe jüngst BGH, U.v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, NJW 2016, 1945 mit Anmerkung Matthies, NZBau 2016, 481.

<sup>21</sup> Details sind noch in Bewegung, vgl. Änderungsanregung des Bundesrates (BR-Drs. 123/16 Beschluss S. 8) im Gesetzgebungsverfahren mit Zustimmung der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8486 S. 98).

Angeknüpft wird damit zum einen an den Begriff des Bauwerks, wie er bisher in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verwendet wurde: Zur Auslegung des Bauwerksbegriffs wird in der Regel an die zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bzw. der Vorgängernorm des § 638 BGB a. F. ergangene Rechtsprechung angeknüpft werden können.

Zum anderen wird auf den Begriff der Außenanlage Bezug genommen, der sich derzeit etwa in § 648a BGB (= § 650c BGB-neu) findet. Durch § 650a Abs. 2 BGB wird geregelt, wann ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag im Sinne des neuen Kapitels 2 „Bauvertragsrecht“ anzusehen ist.

#### **bb. Verfahren zur Vertragsänderung und Anordnungsrecht**

In den §§ 650b und 650c BGB wurde ein Vertragsänderungsverfahren (§ 650b Abs. 1 BGB) in das BGB aufgenommen, das bei seinem Scheitern ein Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b Abs. 2 BGB) einschließlich Regelungen zur Preis-anpassung bei Mehr- oder Minderleistungen auslöst (§ 650c BGB). Insbesondere das Anordnungsrecht des § 650b BGB ist trotz des Vorbilds in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B<sup>22</sup> ein dogmatisches Novum<sup>23</sup>. Angelehnt an diese Vorschriften soll die Privatautonomie durch das einseitige Gestaltungsrecht der Anordnung für den Besteller eingeschränkt werden, das anders als beim Bestimmungsrecht des § 315 BGB nicht bereits bei Vertragsschluss angelegt war.

Als rechtfertigenden Grund nennt die Gesetzesbegründung in recht ausführlicher Weise, dass das (bisherige) Werkvertragsrecht dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag und dem komplexen Baugeschehen häufig nicht gerecht wird<sup>24</sup>, insbesondere wenn während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten.

Gerade durch die in den meisten Fällen längere Erfüllungsphase des Bauvertrags können sich Änderungswünsche ergeben – bei allen Vertragsparteien. Aus Gründen des Verbraucherschutzes privilegiert der Gesetzesentwurf die Besteller und ermöglicht es ihnen, die gewünschte Änderung auch einseitig zum Vertragsinhalt werden zu lassen. Die „Änderung des Werkerfolgs“ ist dabei jede Änderung. Es kommt nicht darauf an, eine wie auch immer geartete Bagatellschwelle zu überschreiten. Die Begründung führt als Beispiel an, dass der Besteller bei der Planung unterzubringende Möbel nicht berücksichtigt hat und aus diesem Grund Änderungen bei der Bauausführung erforderlich werden<sup>25</sup>. Die Ausübung des Anordnungsrechts hat im Interesse der Rechtssicherheit in Textform zu geschehen (§§ 650b Abs. 2 S. 1, 126b BGB).

Der neue § 650b BGB verfolgt das Ziel, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist regelmäßig im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die Zusammenarbeit bei der weiteren Ausführung des Baus erheblich belasten kann. Absatz 1 Satz 1 sieht daher vor, dass die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung

zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Nummer 1) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nummer 2), wünscht.

In diesem Sinne kann das neue Anordnungsrecht auch als „Motivationshilfe“ für den Unternehmer verstanden werden, der aus tatsächlichen oder behaupteten „wirtschaftlichen Gründen“ Änderungswünschen des Bestellers eher nicht aufgeschlossen gegenüber steht. Damit die Regelung nicht dazu führt, dass das Bauvorhaben über Gebühr verzögert wird, sieht das Gesetz eine 30 Tage Grenze für Verhandlungen über den Änderungswunsch vor.

Die einvernehmliche Vertragsänderung oder die Vertragsänderung aufgrund Anordnung hat Auswirkungen auf den Werklohn<sup>26</sup>. Wie dieser in – die Belange beider Vertragsparteien gleichermaßen berücksichtigender Weise – ermittelt werden soll, gibt das Gesetz in umfangreicher Weise vor<sup>27</sup>. Ziel ist die rasche Umsetzung der Änderung mit der einhergehenden Zusatzvergütung und ebenso eine rasche Beilegung etwaiger Streitigkeiten<sup>28</sup>. Stichworte sind hier: Zumutbarkeit für den Unternehmer, Beweislastumkehr, Vermutung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Streitigkeiten der Vertragsparteien, Berechnungsmodelle für die Mehr- oder Mindervergütung mit dem Ziel, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preis-anpassung weitestgehend zu vermeiden.

§ 650d BGB sieht – um Baustoppphasen oder Liquiditätsengpässe zu vermeiden – Erleichterungen der einstweiligen Verfügung für Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB und für Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB vor.

Der Gesetzgeber ist sich über das gesetzgeberische Neuland des Anordnungsrechts bewusst. Ein spezielles Verfahren, das Streitigkeiten über Ausmaß und Umfang des Anordnungsrechts beilegen soll, wird nicht vorgesehen. Aber: „Falls sich nach den ersten Erfahrungen mit dem neuen Anordnungsrecht doch ein Bedarf für ein spezielles Bauverfügungsverfahren ergeben sollte, kann dieses später gesondert eingeführt werden.“<sup>29</sup>

22 Hierzu Zanner/Keller, NZBau 2004, 353.

23 Das BGB kennt kein Anordnungsrecht. Der BGH hat ein solches im Wege ergänzender Vertragsauslegung oder aus Treu und Glauben indes im Einzelfall schon anerkannt, wenn ohne die angeordnete Änderung eine funktionsgerechte und zweckentsprechende Leistung nicht erreicht werden kann (BGH U.v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BGHZ 131, 392).

24 BT-Drs. 18/8486 S. 53.

25 BT-Drs. 18/8486 S. 53.

26 „Der Besteller bestimmt, aber er zahlt!“ (Glöckler, VuR 2016, 123 (130)).

27 Details in BT-Drs. 18/8486 S. 54 f.

28 Wobei kritisch gesehen wird, ob die derzeitige Gerichtsorganisation diesem Ziel gerecht werden kann, vgl. Glöckler, VuR 2016, 123 (130) m.w.N. („Die gesetzlichen Regelungen helfen wenig, wenn die Sachverständigen nicht zur Verfügung stehen oder selbst der vorläufige Rechtsschutz zu spät kommt oder in qualitativer Hinsicht nicht den zu stellenden Anforderungen genügt.“).

29 BT-Drs. 18/8486 S. 55.

**cc. Sicherungshypothek und Bauhandwerkersicherung**

Die Vorschriften zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 648 Abs. 1 BGB) und zur Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB) betreffen ausschließlich Bauverträge. Sie werden daher aus systematischen Gründen als neue §§ 650e und 650f BGB in Kapitel 2 verschoben und erfahren einige redaktionelle Anpassungen. Ihr materieller Inhalt bleibt indes unverändert.

**dd. Zustandsfeststellung, Schlussrechnung**

In § 650g BGB ist vorgesehen, dass der Unternehmer von dem Besteller die Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung verlangen kann, wenn er die Abnahme verweigert. Diese Vorschrift soll künftige Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien vermeiden und ergänzt die neue Regelung des § 640 Abs. 2 BGB zur fiktiven Abnahme. Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks oder der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werks streiten, besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren. In einem späteren Prozess soll dadurch die Sachaufklärung erleichtert werden<sup>30</sup>. Insbesondere wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen bei einer späteren Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers oder dem des Unternehmers stammen. Ein entsprechendes Bedürfnis zur Dokumentation des Zustands kann auch bestehen, wenn die Vertragspartner einig sind, dass das Werk nicht abnahmereif ist. Künftig soll den Besteller eine Obliegenheit (vertragliche Nebenpflicht) treffen, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen, sie dient – entsprechend ihrer Bezeichnung – lediglich der Dokumentation des Zustands des Werks.

Neu aufgenommen wurde auch die Regelung des § 650g Abs. 4 BGB, wonach als Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Unternehmers neben der Abnahme die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung tritt. Mit dem Erfordernis der Prüffähigkeit wird in Form einer Generalklausel ausgedrückt, dass die Schlussrechnung übersichtlich und für den Besteller nachvollziehbar sein muss<sup>31</sup>. Angesichts der Vielzahl verschiedener Bauvertragskonstellationen gibt das Gesetz keine weiteren Vorgaben. Im Einzelfall könnten auch Mengenberechnungen, Zeichnungen und sonstige Belege beizufügen sein.

**ee. Formerfordernis für Kündigungen**

§ 650h BGB enthält ein Schriftformerfordernis für die Kündigung eines Bauvertrags. Dies ist der Kündigung eines Mietverhältnisses oder eines Arbeitsverhältnisses (§§ 568 und 623 BGB) nachempfunden und dient der Rechtssicherheit und der Beweissicherung.

**e. Verbraucherbaupvertrag (Kapitel 3)**

Speziell für Bauverträge von Verbrauchern werden neue Regelungen vorgesehen, die allesamt zum Ziele haben, den Verbraucher zu schützen. Zudem greifen daneben auch die

verschiedenen gesetzlichen Verbraucherschutzregeln ein, insbesondere die Regelungen über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (vgl. § 312b BGB) oder Fernabsatzverträge (vgl. §§ 312c BGB) sowie die allgemeine Informationspflicht (vgl. § 312a BGB) und die AGB-Kontrolle (vgl. §§ 305 ff. BGB, insbesondere § 310 Abs. 3 BGB).

**aa. Definition des Verbraucherbaupvertrags**

Nach § 650i BGB sind Verbraucherbaupverträge Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, durch die ein Unternehmer

- zum Bau eines neuen Gebäudes oder
- zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude

verpflichtet wird (Absatz 1).

Diese Definition knüpft nicht an die Definition des Bauvertrags nach § 650a BGB an (es fehlen insbesondere die Außenanlagen sowie die Beseitigung!), sondern an die Vorgaben der EU-Verbraucherrechterichtlinie vom 25. Oktober 2011 zu den vorvertraglichen Informationspflichten an, die Art. 3 Abs. 3 lit. f, Art. 6 Abs. 1 lit. a „Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“ gerade ausnimmt<sup>32</sup>.

Dass ausgerechnet in diesem für Verbraucher sensiblen und wirtschaftlich riskanten Bereich das Schutzniveau der Verbraucherrichtlinie nicht gelten soll, ist vom (deutschen) Gesetzgeber als Defizit identifiziert worden und soll durch spezielle vorvertragliche Informationspflichten (vgl. § 650j BGB) sowie weitere Schutzvorschriften ausgeglichen werden<sup>33</sup>. Keineswegs werden alle zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu privaten Zwecken geschlossenen Bauverträge erfasst, sondern gemeint sind vor allem „große Vorhaben“.

Die Beschränkung des besonderen Verbraucherschutzes, insbesondere des Widerrufsrechts, auf solche „großen“ Bauverträge wird als angemessen bewertet, da auf diese Weise ein „Wertungsgleichlauf“ mit der Pflicht zur notariellen Beurkundung von Bauträgerverträgen erreicht wird und zudem die Praxis nicht über Gebühr belastet wird<sup>34</sup>. Aus diesem Grund ist der Begriff Verbraucherbaupvertrag auch etwas irreführend; eine treffendere Bezeichnung wäre „Verbrauchergebäudeerichtungsvertrag“<sup>35</sup>.

30 Zudem kann es sein, dass das Bauwerk nach Fertigstellung wieder beschädigt wurde, obgleich es vom Unternehmer an sich vertragsgemäß errichtet wurde.

31 BT-Drs. 18/11437 S. 43.

32 ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64. Diese Lücke setzt § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB fort.

33 BT-Drs. 18/8486 S. 61.

34 Glöckler, VuR 2016, 123 (126).

35 So zu Recht Glöckler, VuR 2016, 123 (126) mit dem Hinweis, dass der Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB zum Kaufvertrag in einem ähnlichen Verhältnis stehen.

Mit Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung solcher Verträge für den Verbraucher verlangt § 650i Abs. 2 BGB, dass der Verbraucherbaupvertrag zumindest in Textform geschlossen wird.

#### bb. Baubeschreibung<sup>36</sup>

Der Unternehmer wird verpflichtet, dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen. Ergänzend zu § 650j BGB, der eine Unterrichtungspflicht des Unternehmers bei Verbraucherbaupverträgen normiert, regelt der neue Artikel 249 EGBGB die Einzelheiten dieser vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers. Ziele dieser Regelungen sind

- der Schutz der aufgrund der Vertragsverhandlungen entstandenen, gerechtfertigten Erwartungen des Bestellers,
- eine Überprüfung der angebotenen Leistung durch einen sachverständigen Dritten und einen Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten, sowie
- Wettbewerbsförderung.

Artikel 249 EGBGB sieht zunächst vor, dass dem Besteller rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen ist (§ 1). Für den Baupvertrag ist die Regelung dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher vor dem Vertragsschluss ausreichend Zeit zu einer Überprüfung der angebotenen Leistung, gegebenenfalls auch unter Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten, und einem Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten bleiben muss<sup>37</sup>.

Daneben muss sie die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darstellen (§ 2 Abs. 1 S. 1)<sup>38</sup>. Satz 2 ergänzt diese Generalklausel und legt in neun Ziffern den Mindestinhalt fest, den eine Baubeschreibung enthalten muss. Diese Regelungstechnik (konkrete Tatbestandsanforderung mit als Generalklausel ausgestaltetem Auffangtatbestand) hat der Gesetzgeber gewählt, weil er sich bewusst ist, dass er angesichts der vielen verschiedenen denkbaren Bauvorhaben und der fortschreitenden technischen Entwicklung eine abschließende Auflistung des notwendigen Inhalts der Baubeschreibung im Gesetz nicht vornehmen kann<sup>39</sup>.

Der Unternehmer muss daher (die Generalklausel greift ein) in der Baubeschreibung zum Ausdruck bringen, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind (beispielsweise die Beschaffenheit des Baugrundes). „Klar“ müssen die wesentlichen Eigenschaften des Bauvorhabens in der Baubeschreibung niedergelegt sein. Dies meint im Gegensatz zu den Anforderungen des Art. 246 EGBGB<sup>40</sup> nicht den Maßstab, den ein durchschnittlicher Verbraucher für die Verständlichkeit heranzieht. Angesichts der spezifisch technischen Informationen genügt vielmehr, dass die Informationen klar vermittelt werden, auch wenn sie der Verbraucher nur mit sachverständiger Hilfe nachvollziehen kann.

Die Baubeschreibung hat zuletzt auch verbindliche Angaben zur Bauzeit zu enthalten (§ 2 Abs. 2). Bei Verträgen über den Bau neuer Gebäude und bei Verträgen über wesent-

liche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden ist der Verbraucher hinsichtlich des Fertigstellungszeitpunkts besonders schutzwürdig. Diese Informationen sind auch bisher im Hinblick auf von Kreditinstituten verlangten Informationen zur Finanzierung des Bauprojekts oder die Kündigung des bisherigen Mietvertrags mit der Planung des Umzugs für den Verbraucher praktisch wichtig.

Der Besteller mit Verbrauchereigenschaft ist in besonderem Maß auf eine frühzeitige und verlässliche Information über die Beendigung der Baumaßnahme angewiesen. Kann wegen des noch nicht feststehenden Baubeginns ein Fertigstellungsdatum in der Baubeschreibung noch nicht angegeben werden, muss der Besteller über die Dauer der Baumaßnahme informiert werden. Damit hat der Besteller in diesem Stadium des Bauprojekts hinreichende Informationen für seine zeitlichen Planungen, zumal häufig der Baubeginn auch vom Besteller selbst abhängt, etwa wenn er das Baugrundstück bereitzustellen oder Genehmigungen einzuholen hat<sup>41</sup>.

#### cc. Baubeschreibung als Inhalt des Vertrags

Die vorvertraglich übergebene Baubeschreibung wird bezüglich der Bauausführung grundsätzlich Inhalt des Vertrags (§ 650k Abs. 1 BGB). Zweifel bei der Auslegung des Vertrags gehen zu Lasten des Unternehmers (§ 650k Abs. 1 und 2 BGB). Absatz 2 regelt die Rechtsfolgen einer den Anforderungen nicht genügenden Baubeschreibung. Der Vertrag ist in diesem Fall unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards der übrigen Leistungsbeschreibung auszulegen. Der Entwurf verfolgt damit das Ziel, den Vertrag bei Mängeln der Baubeschreibung möglichst aufrechtzuerhalten<sup>42</sup>. Der Baupvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Baus oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Baupvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung, enthalten (§ 650k Abs. 3 BGB).

#### dd. Widerrufsrecht

Dem Verbraucher wird das Recht eingeräumt, den Baupvertrag innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsschluss zu widerrufen (§§ 650l, 356d, 357d BGB). Die die formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung, die der Unternehmer einem Verbraucher, dem ein Widerrufsrecht nach § 650l S. 1 BGB zusteht, zu erteilen hat, bestimmt Art. 249 § 3 EGBGB.

36 Diese Neuregelung gilt wegen § 650u Abs. 1 BGB auch für den Bauträgervertrag.

37 BT-Drs. 18/8486 S. 73.

38 Die Gesetzesbegründung spricht auf S. 73 (dritter Absatz von unten) von „klarer und verständlicher Weise“, was offensichtlich ein Redaktionsversehen ist.

39 BT-Drs. 18/8486 S. 73. Kritisch in Bezug auf einen „information overload“ Glöcker, VuR 2016, 163 (165).

40 „Klar und verständlich“.

41 BT-Drs. 18/8486 S. 74.

42 BT-Drs. 18/8486 S. 62.

Die Belehrung des Verbrauchers ist vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung vorzunehmen und hat in Textform zu erfolgen. Das Reformgesetz enthält in einer Anlage 10<sup>43</sup> eine Musterbelehrung, die sich in der Praxis durchsetzen dürfte.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind Bauverträge, die notariell beurkundet werden. Hier bedarf es im Hinblick auf die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) der mit der Einführung des Widerrufsrechts angestrebten Bedenkzeit nicht.

#### ee. Abschlagszahlungen

Es werden Obergrenzen für die Zahlung von Abschlägen durch den Verbraucher (§ 650m Abs. 1 BGB) und für die Absicherung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers eingeführt (§ 650m Abs. 4 BGB), die das Verbot von Vorleistungen zum Ausdruck bringen. Mit Absatz 1 wird eine neue Schutzvorschrift für Verbraucher eingeführt, für den Fall, dass der Unternehmer von ihm Abschlagszahlungen nach § 632a BGB verlangt.

Sie sieht vor, dass die vom Unternehmer verlangten Abschlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Vergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nicht übersteigen dürfen. Die Regelung des § 632a BGB dient dazu, die Vorleistungspflicht des Unternehmers abzumildern, indem ihm die Möglichkeit eröffnet wird, Abschlagszahlungen vom Besteller zu verlangen. Bei Verbraucherverträgen besteht allerdings die Gefahr, dass es durch überhöhte Abschlagsforderungen des Bauunternehmers zu versteckten Vorauszahlungen kommt, da sich für den fachlich unkundigen Verbraucher oftmals nicht ohne weiteres ersehen lässt, ob die Höhe der Abschlagsforderung korrekt ermittelt wurde. Dies gilt – jedenfalls für in Bausachen unkundige Verbraucher – auch dann, wenn künftig die Abschlagsforderung nach den vom Unternehmer erbrachten Leistungen berechnet wird. Aus diesem Grund sollen in angeforderten Abschlagszahlungen „versteckte Vorleistungen“ verhindert werden.

Flankiert wird diese Regelung durch das neu eingeführte Klauselverbot des § 309 Nr. 15 BGB. Danach ist eine Klausel unwirksam, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragspartei verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Abs. 1 BGB und § 650m Abs. 1 BGB zu leistenden Abschlagszahlungen, oder die Sicherheitsleistung nach § 650m Abs. 2 BGB nicht oder nur in geringerer Höhe leisten muss. Die Regelung des § 650m BGB ist grundsätzlich abdingbar (Umkehrschluss aus § 650o BGB). Dennoch bewirkt die AGB-rechtliche Klauselkontrolle, dass ein Mindestschutzniveau für Verbraucher besteht. Den Parteien bleibt es unbenommen, von der gesetzlichen Regelung durch eine individuell ausgehandelte Vereinbarung bewusste abzuweichen.

#### ff. Unterlagen

Der Unternehmer wird verpflichtet, Unterlagen über das Bauwerk zu erstellen, die der Verbraucher zum Nachweis der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften oder zur Erlangung eines Kredits benötigt, und diese Unterlagen an den

Verbraucher herauszugeben (§ 650n BGB). Angesichts der immer komplexer und anspruchsvoller werdenden Bauvorhaben ist ein Besteller auf Kenntnisse des Planungsstandes angewiesen. Absatz 1 Satz 1 verpflichtet den Unternehmer daher, rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung diejenigen Unterlagen und Dokumente zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Regelung soll es dem Besteller zudem ermöglichen, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, durch einen sachverständigen Dritten schon während der Bauphase überprüfen zu lassen<sup>44</sup>.

#### gg. Unabdingbarkeit

Damit von den dem Schutz der Verbraucher dienenden Vorschriften aus dem Kapitel 3 und in § 640 Abs. 2 S. 2 BGB nicht zu Lasten der Verbraucher abgewichen werden kann, wird in § 650o BGB angeordnet, dass es sich hierbei um zwingende Vorschriften handelt. Anderes gilt für die Regelungen in § 632a und § 650m BGB, von denen durch Individualvereinbarungen abgewichen werden können soll.

#### f. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag (Untertitel 2)

Mit Blick auf seine Besonderheiten werden im Entwurf in Untertitel 2 Sonderregelungen für den Architektenvertrag und den Ingenieurvertrag in das BGB aufgenommen, die hier nur kurz erwähnt werden sollen. Die Anwendung des Werkvertragsrechts für Architekten und Ingenieure hat in manchen Punkten erhebliche, teilweise unverhältnismäßig belastende Konsequenzen für die Unternehmer (in diesem Fall Architekten oder Ingenieure). Daher sollen die Regelungen des Werkvertragsrechts nicht uneingeschränkt auf Architekten- und Ingenieurverträge Anwendung finden. Vielmehr tragen sie den Besonderheiten dieses Vertragstyps durch spezielle Regelungen Rechnung. Aus diesem Grund bestehen insbesondere folgende Abweichungen:

- In § 650p BGB werden die vertragstypischen Pflichten des Architekten oder Ingenieurs normiert.
- In § 650r BGB wird ein Sonderkündigungsrecht des Bestellers und unter bestimmten Voraussetzungen auch des Architekten oder des Ingenieurs vorgesehen, nachdem der Architekt oder Ingenieur eine erste Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung vorgelegt hat.
- § 650s BGB räumt Architekten und Ingenieuren ein Recht auf eine Teilabnahme ein, wenn das von ihnen geplante Bauwerk abgenommen ist.
- In § 650t BGB regelt den Vorrang der Nacherfüllung durch den bauausführenden Unternehmer, um die überproportionale Beanspruchung der Architekten und Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung abzumildern.

43 BT-Drs. 18/8486 S. 23.

44 BT-Drs. 18/8486 S. 64.

**g. Bauträgervertrag (Untertitel 3)**

**aa. Allgemeines**

Das Bauträgerrecht ist bislang in § 632a BGB, § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen und der Makler- und Bauträgerverordnung sehr unübersichtlich und nur äußerst fragmentarisch geregelt. Darüber hinaus wird die Absicherung des Bestellers durch das sogenannte Vormerkungsmodell<sup>45</sup> zunehmend kritisch gesehen.

Insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauträgers haben sich in der Vergangenheit Schutzlücken mit zum Teil existenzvernichtenden Folgen gezeigt. An diesem Befund ändert das Reformgesetz zunächst nichts<sup>46</sup>; es sieht im Gegenteil keine grundlegende Neuordnung des Bauträgervertragsrechts vor. Wichtigste Neuerung ist denn auch, dass der Vertragstyp des Bauträgervertrags nunmehr überhaupt seinen Niederschlag im BGB findet. Der Entwurf enthält Klarstellungen und Anpassungen des Bauträgervertragsrechts. Diese sind durch die neuen rechtlichen Regelungen des Bauvertrags und des Verbraucherbauvertrags erforderlich geworden, damit ein in sich stimmiges gesetzgeberisches System entsteht. Weiterer Reformbedarf wurde vom Gesetzgeber zunächst nicht identifiziert.

**bb. Definition des Bauträgervertrags**

In § 650u Abs. 1 BGB wird die bisher in § 632a Abs. 2 BGB enthaltene Definition des Bauträgervertrags übernommen<sup>47</sup>. Zudem bestätigt das Gesetz erstmals die bisher entwickelten Vorgaben der Rechtsprechung zum Bauträgervertrag, wonach hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus (also des Elements des Bauens im Gegensatz zum Vertragselements der Eigentums-/Erbaurechtsverschaffung) vorbehaltlich anderer Anordnungen die Vorschriften des Werkvertrags (Untertitel 1) Anwendung finden sollen.

**cc. Anwendbare Vorschriften**

Die Vorschriften des Untertitels 1 finden grundsätzlich auf den Bauträgervertrag Anwendung. Dabei wird eine auch aus anderen Gesetzen<sup>48</sup> bekannte Verweisungstechnik bemüht, die sich der Rechtsanwender zunächst einmal gründlich erschließen muss. Anwendbar sind aus den zuvor vorgestellten (neuen) Vorschriften damit insbesondere:

- § 650a BGB: Bauvertrag
- § 650f BGB: Bauhandwerkersicherung
- § 650g BGB: Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, Schlussrechnung<sup>49</sup>
- § 650h BGB: Schriftform der Kündigung
- § 650i BGB: Verbraucherbauvertrag
- § 650j BGB: Baubeschreibung
- § 650k Abs. 2 und 3 BGB: Folgen einer unvollständigen oder unklaren Baubeschreibung; Fertigstellung des Werkes
- § 650m Abs. 2 bis 4 BGB: Absicherung des Vergütungsanspruchs

Daneben sind durch den Verweis auf den Untertitel 1 ebenfalls die für alle Werkverträge geltenden §§ 631 ff. BGB (auch in ihrer durch das Reformgesetz modifizierten Form, insbesondere hinsichtlich der fiktiven Abnahme des neu gefassten

§ 640 BGB) anwendbar. Von diesen passen ihrer Rechtsfolge nach allerdings nicht alle auf die Besonderheiten des Bauträgervertrags. Daher bestimmt § 650u Abs. 2 BGB, welche Vorschriften des Werkvertragsrechts keine Anwendung auf den Bauträgervertrag finden sollen, nämlich die explizit erwähnten:

Norm	Stichwort	Grund für die Nicht-anwendbarkeit <sup>50</sup>
§ 648 BGB	entspricht dem heutigen § 649 BGB: Kündigungsrecht des Bestellers	Grundsätzlich ist der Bauträger zur Erbringung einer Gesamtleistung, zusammengesetzt aus Grundstücksveräußerung und Bauwerkerrichtung, verpflichtet – aber auch zur Erbringung der gesamten Leistung berechtigt. Die verschiedenen Elemente sind aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen für den Bauträger miteinander verknüpft und sollen gegenüber einem vertragstreuen Bauträger nicht durch eine freie Kündigung des Erwerbers getrennt werden können. Wenn der Erwerber solche Situationen frei, also unabhängig von einem Kündigungsgrund, herbeiführen könnte, liefe dies dem wirtschaftlichen Ziel eines Bauträgervertrags zuwider. Zudem würden insbesondere im Geschosswohnungsbau mit Blick auf die Gesamtherstellungsverpflichtung erhebliche Probleme im Verhältnis des Kündigenden zu den übrigen Erwerbem entstehen <sup>51</sup> .

45 Der Verbraucher muss erst seine gesamte Vergütung an den Bauträger bezahlen, bevor der Bauträger das Eigentum zu übertragen hat. Bis dahin ist der Erwerber nur durch eine Vormerkung zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs gesichert.

46 Kritisch Pause/Vogel, NZBau 2015, 667 (675).

47 „Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.“

48 Vgl. insbesondere die verweisende Regelungstechnik des UmwG.

49 Vgl. aber Basty, MittBayNot 2017, 445 (448), der zu Recht darauf hinweist, dass für Bauträgerverträge mit einer Festpreisvereinbarung die Pflicht eine Schlussrechnung zu erstellen, ins Leere geht und daher die Fälligkeit der Schlussrate hiervon nicht abhängen kann.

50 Details in BT-Drs. 18/8486 S. 71 ff.

51 Zu Erwägungen ggf. ein vertragliches Rücktrittsrecht zu vereinbaren Basty, MittBayNot 2017, 445 (447).

Norm	Stichwort	Grund für die Nicht-anwendbarkeit
§ 648a BGB	Kündigung aus wichtigem Grund	Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus soll es künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Vielmehr soll nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts (§§ 634 Nr. 3, 636, 323 Abs. 1 oder 326 Abs. 5 BGB bzw. §§ 324, 241 Abs. 2 BGB) möglich sein <sup>52</sup> .
§ 650b und 650c BGB	Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers, Vergütungsanpassung	Ein Anordnungsrecht würde – mehr noch als bei Bauverträgen – bei Bauträgerverträgen zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Problemen führen. So könnte bei WEG-Einheiten kaum einem einzelnen Erwerber ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum eingeräumt werden. Ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Sondereigentum brächte ebenfalls erhebliche Schwierigkeiten mit sich, da eine so bewirkte Änderung auch Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum oder das Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer haben könnte, mit der Folge, dass der Bauträger die Änderung nur nach entsprechenden Vertragsänderungen im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern umsetzen könnte.
§ 650e BGB	Sicherungshypothek des Bauunternehmers	Der Bauträger baut gerade nicht auf einem Grundstück, das im Eigentum des Bestellers steht, sondern auf einem eigenen Grundstück.
§ 650k Abs. 1 BGB	Inhalt des Vertrags	Aufgrund des aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB folgenden Beurkundungszwanges ist der gesamte Vertrag – einschließlich der Baubeschreibung – beurkundungspflichtig. Damit wird die Baubeschreibung unmittelbar zum Vertragsinhalt.

§ 650i BGB	Widerrufsrecht	Der Erwerber ist durch die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Abs. 2a Nr. 2 des Beurkundungsgesetzes vorgesehene Zwei-Wochen-Frist für die Prüfung des Vertragsentwurfs vor
§ 650m Abs. 1 BGB	Obergrenze für Abschlagszahlungen	Die Regelung wäre mit der in § 3 Abs. 2 MaBV enthaltenen Regelungen über die Zahlung von Teilbeträgen je nach Baufortschritt nicht vereinbar.

Das Recht der Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen bleibt unverändert. § 650v BGB schreibt die bisher in § 632a Abs. 2 BGB getroffene – von der allgemeinen Abschlagsvorschrift des § 632a Abs. 1 BGB abweichenden – Regelung fort, ohne weitere Anforderungen aufzustellen. § 632a BGB regelt nunmehr nur noch allgemein für Werkverträge einen Anspruch auf Abschlagszahlung, der die wirtschaftlichen Folgen der Vorleistungspflicht des Unternehmers zu mildern sucht.

Erwägenswert ist bei allen diesen ausgenommenen Regelungsbereichen, sie durch Vereinbarung in den Bauträgervertrag einzubeziehen.

#### IV. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Naturngemäß bleibt jede Prognose über die Auswirkungen eines noch nicht in Kraft getretenen Gesetzes vage. Die notarielle Praxis dürfte vom Reformgesetz berührt – wenn auch nicht stark betroffen – sein. Der Notar wird mit Bauverträgen häufig konfrontiert, wobei Bauträgerverträge die relevanteste Form darstellen und reine Bauverträge – mangels Beurkundungspflicht und angesichts der hohen anfallenden Notargebühren bei freiwilligen Beurkundungen – eher selten vorkommen dürften. Der Überblick über die geplanten Neuregelungen hat gezeigt, dass die Änderungen durch dieses umfangreiche Reformgesetz nur einen eher überschaubaren Einfluss auf die tägliche notarielle Praxis haben dürften. Worauf ist also zu achten?

##### 1. Der Bauträgervertrag ist nunmehr im BGB geregelt!

Die Regelungsdichte bei Bauträgerverträgen hat sich erhöht. Es liegen nicht mehr nur diffuse verstreute Regelungen vor, sondern Ausgangspunkt der Bestimmungen zum Bauträger-

<sup>52</sup> Die Möglichkeit der Teilkündigung wurde von BGH U.v. 21.11.1985, VII ZR 366/83 (NJW 1986, 925) bejaht; was als nicht übertragbare Einzelfallentscheidung vom Gesetzgeber als nicht maßgeblich erachtet wird.

vertrag sind nunmehr die §§ 650u und 650v BGB. Dorthin werden sich mittelfristig auch die relevanten Kommentierungen der einschlägigen Kommentare verschieben. Damit sind die beiden neu eingeführten Paragraphen die „Ankernormen“ des Bauträgervertragsrechts. Diese sind jederzeit ausbaufähig, so dass weiterhin offene Fragen des Bauträgerrechts zu gegebener Zeit an dieser Stelle des BGB einer gesetzgeberischen Regelung zugeführt werden können.

## 2. Verweisungstechnik auf andere werkvertragliche Vorschriften

Zur Kenntnis genommen werden muss, dass durch die Verweisungsvorschrift des § 650u BGB weitere neue Vorschriften auch im Bauträgerrecht zur Anwendung gelangen. Dies dürfte in der Praxis insbesondere die Regeln zur Zustandsfeststellung und die mit der Baubeschreibung zusammenhängenden Regeln betreffen.

## 3. Auswirkungen auf Vertragsmuster

Es scheint angezeigt, das geplante Gesetz zum Anlass zu nehmen, die eigenen Muster zum Bauvertrag unter die Lupe zu nehmen und ggf. anzupassen.

### a. Regelungen im Bauträgervertrag

Im Hinblick auf die verschärften Voraussetzungen der sogenannten fingierten Abnahme empfiehlt es sich, im die Abnahme regelnden Abschnitt des Bauträgervertrags einen Hinweis aufzunehmen<sup>53</sup>.

Der Mechanismus der Abschlagszahlungen (§§ 650m, 632a BGB ggf. § 309 Nr. 15 BGB) bewirkt, dass der von § 3 Abs. 2 MaBV zur Verfügung gestellte Ratenplan zwar grundsätzlich der Ausgangspunkt ist, aber nicht in jedem Fall übernommen werden kann. Im einzelnen Bauvorhaben ist zu überprüfen, ob der Wert der Leistung der Höhe der Zahlung entspricht.

Im Hinblick auf einen Fertigstellungstermin des Bauwerks geht das Gesetz auch für den Bauträgervertrag davon aus (§§ 650u Abs. 1 S. 2, 650j, 650k Abs. 3 BGB i.V.m. Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB), dass dieser in der Baubeschreibung enthalten ist. Dies ist in der Praxis unüblich. Indes gibt es m.E. keine Veranlassung von der gängigen Praxis abzuweichen. Es kommt darauf an, dass ein Werk zu einem bestimmten Zeitpunkt auch fertig wird, so dass dies auch im Bauträgervertrag vereinbart werden kann. Fehlt eine solche sowohl im Vertrag als auch in der Baubeschreibung (die Regelung des § 650k Abs. 3 BGB geht dann ins Leere) bleibt allein der Rückgriff auf § 271 BGB.

### b. Regelungen in Bezugsurkunden

Üblicherweise erfolgt die Beurkundung der Baubeschreibung in einer ausgelagerten Verweisungsurkunde, häufig der Teilungserklärung. Diese Verweisungsurkunden sind eminent wichtig für den eigentlichen Bauträgervertrag<sup>54</sup>. Der Inhalt der Baupflicht des Bauträgers folgt nämlich aus der Baubeschreibung und den Bauplänen. Diese enthalten grundsätzlich Be-

schaffensvereinbarungen i.S.v. § 633 Abs. 2 Halbs. 1 BGB. Abweichungen von der durch die Baubeschreibung und die Baupläne vereinbarten Beschaffenheit führen demnach zum Entstehen von Mängelrechten<sup>55</sup>.

Das Gesetz stellte bislang keine speziellen Anforderungen an die Qualität von Baubeschreibungen. Die Baubeschreibung wird vom Bauträger selbst erstellt. Da es sich um technische Angaben handelt, trifft den Notar keine Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG<sup>56</sup>. Denkbar ist jedoch, dass die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und zur klaren Formulierung eingreift, wenn die vom Bauträger verfasste Baubeschreibung (sogar) für den Notar erkennbar unklar oder in sich widersprüchlich ist. Rechtliche Regelungen sollten nicht in der Baubeschreibung enthalten sein. Sie gehören in den Bauträgervertrag selbst. Zudem besteht die Gefahr, dass sich sonst die Regelung im Bauvertrag und die in der Baubeschreibung widersprechen<sup>57</sup>. Wegen ihrer Bedeutung als Beschaffensvereinbarung und wegen des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB muss die Baubeschreibung klar sein. Wird dieses Gebot nicht beachtet, wird sie in der für den Erwerber günstigsten Weise ausgelegt. Baubeschreibungen sind in der Praxis an entscheidenden Stellen eher unbestimmt gehalten<sup>58</sup>.

Das Reformgesetz regelt nunmehr (klarer) die Anforderungen an eine lege artis verfasste Baubeschreibung und zeigt auch die Folgen auf, wenn diese Anforderungen nicht beachtet werden. Die entscheidende Vorschriftenkette für den Bauträgervertrag ist dabei §§ 650u Abs. 1 S. 2, 650j BGB, Art. 249 § 1, 2 EGBGB.

## 4. Auswirkungen auf die Büroabläufe

Teilweise hat das geplante Gesetz Auswirkungen auf die Büroabläufe im Notariat. Gemäß §§ 650u Abs. 1 S. 2 BGB, 650j BGB, Art. 249 § 1 EGBGB soll die Baubeschreibung,

53 Formulierungsvorschlag: „Andere Formen der Abnahme sind damit nicht ausgeschlossen. Der Notar wies insbesondere auf die gesetzliche Regelung des § 640 Abs. 2 BGB hin. Danach gilt ein Werk auch als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat.“

54 Möglich ist selbstverständlich auch die Beurkundung der Baubeschreibung im Rahmen des Bauträgervertrags (dann als Anlage nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG).

55 A.A. Bast, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. Köln 2014, Rn. 814, der die in der Baubeschreibung enthaltenen Leistungsbeschreibungen als „Beschaffensmerkmale“ qualifiziert, die zwar die vereinbarte Beschaffenheit regeln, aber nicht in dem Sinne verbindlich sind, als jede Abweichung zu einer Mängelhaftung des Unternehmers führen soll.

56 Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. Köln 2015, Teil 2 Kap. 3 Rn. 50.

57 Üblicherweise enthält der Bauträgervertrag daher eine Regelung, ob bei Widersprüchen der Baubeschreibung oder den Bauplänen der Vorrang gebührt. Auch wenn eine Regelung über die Rangfolge fehlt, gehen spezielle Änderungen im Vertrag oder in einem dem Vertrag beigefügten Plan den allgemeinen Regelungen von Baubeschreibung und Bauplänen vor.

58 Vgl. aber Hertel, (Fn. 54) Rn. 50, der zu Recht darauf hinweist, dass der Erwerber – wenigstens in der Theorie – deswegen kaum etwas zu befürchten hat, da jedenfalls ein funktionstauglicher Bau geschuldet ist, der den üblichen Standards entspricht.

die Vertragsinhalt werden soll, dem Verbraucher beim Bauträgervertrag rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung vom Bauträger vorgelegt werden. Nach § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden.

Um beurkundungsrechtliche Fehler auszuschließen, ist es unabdingbar, dass dem Verbraucher die Baubeschreibung vorliegt. Meines Erachtens ist das neue Kriterium der „Rechtzeitigkeit“ sichergestellt, wenn die aus § 17 Abs. 2a BeurkG folgenden Amtspflichten beachtet werden. Der Notar kann nicht überprüfen, ob die beim Bauträgervertrag zu beurkundende Baubeschreibung identisch ist mit der Baubeschreibung, die der Verbraucher unter Umständen schon Monate vor der Beurkundung erhalten hat. Daher ist es seine Aufgabe vor der Beurkundung des Bauträgervertrags eine aktuelle Baubeschreibung beim Bauträger abzurufen, die er (nicht der Bauträger!) dem Verbraucher übermittelt.

Liegt eine bereits beurkundete Baubeschreibung in einer Verweisungsurkunde bereits vor, muss der Notar ggf. sich ergebende Abweichungen beim Bauträger erfragen, die dann im Bauträgervertrag zu bezeichnen sind<sup>59</sup>. Gleiches gilt, falls dem Verbraucher bereits eine Baubeschreibung aus einem früheren Verhandlungsstadium vorliegt, aber das geplante Bauvorhaben von diesen Vorgaben abweicht.

## V. Fazit

Mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts u.a. hat der Gesetzgeber noch vor dem Abschluss der 18. Legislaturperiode umfassend in das geltenden BGB-Schuldrecht eingegriffen.

Neben der Anpassung des kaufvertraglichen Mängelrechts ist für die notarielle Praxis der zweite Schwerpunkt des Entwurfs weit relevanter, der das (Bau-)Werkvertragsrecht zum Gegenstand hat. Dadurch soll der rechtliche Boden sicherer werden, auf dem Verträge zwischen Bauherren und Baufirmen geschlossen werden. Als wesentliches Ziel soll zudem der Verbraucherschutz für Bauherren verbessert werden. Hierzu werden die allgemeinen Regeln des Werkvertragsrechts um spezifische Regelungen eines Bauvertragsrechts ergänzt. Die Auswirkungen auf die notarielle Praxis dürften trotz der umfangreichsten gesetzgeberischen Änderung seit der Schuldrechtsreform in der täglichen Arbeit eher überschaubar sein. Insbesondere bringt das Reformgesetz für den Bauträgervertrag nichts inhaltlich Neues mit sich.

Begrüßenswert ist es jedenfalls, dass das werkvertragliche Element des Bauens in den jeweiligen Verträgen eine gesetzgeberische Klarstellung erfährt.

59 Formulierungsvorschlag: Abweichend von der Baubeschreibung wird entsprechend der bisherigen tatsächlichen Bauausführung vereinbart.

Loslegen leicht gemacht:

**Ganz einfach zum neuen Notariatsauftritt!**

Sie kümmern sich um Ihr neues Notariat, wir um Ihren Auftritt nach außen:

**Logo, Briefbogen, Firmenanzeige, Webseite**

Prompte Beratung. Fixe Lösung. Fester Preis.

Jetzt informieren und einfach loslegen ..... [www.loslegen.jetzt](http://www.loslegen.jetzt)

Ihr direkter Draht zu unserem Ansprechpartner Alexander Menzel: 07171 9059894 | [am@loslegen.jetzt](mailto:am@loslegen.jetzt)

# Die virtuelle Stiftung in der notariellen Praxis

Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D., Müllheim/Baden

## I. Grundlagen

Die rechtsfähige Stiftung ist der in §§ 80 bis 88 BGB gesetzlich geregelte Prototyp einer Stiftung. Daneben existiert die nicht gesetzlich geregelte, unselbständige Stiftung, die Karsten Schmidt<sup>1</sup> zutreffend<sup>2</sup> als ein „virtuelles“ Gebilde bezeichnet hat. Gebräuchlich sind für diesen Typ einer Stiftung auch die Bezeichnungen „Treuhandstiftung“ und „nicht rechtsfähige Stiftung“. Alle diese Bezeichnungen sind synonym. Der juristische Stiftungsbegriff knüpft an das Ergebnis des Stiftungsvorgangs an. Stiftung im Rechtssinn ist also nur die vom Stifter geschaffene Institution. Konstitutive Merkmale jeder Stiftung, also auch der unselbständigen, sind der Stiftungszweck, das Stiftungsvermögen sowie eine Stiftungsorganisation.<sup>3</sup>

Das besondere Kennzeichen des Stiftungstyps einer virtuellen Stiftung ist einerseits die fehlende Rechtsfähigkeit, andererseits ist sie in steuerlicher Hinsicht der rechtsfähigen Stiftung gleichgestellt. Sie ist nämlich Körperschaft im Sinne des Körperschaftssteuergesetzes (§1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), muss allerdings für ihre steuerliche Selbständigkeit drei Kriterien erfüllen:

1. Das Stiftungsvermögen muss aus dem Vermögen des Stifters ausgeschieden und auf einen anderen Träger übergegangen sein.
2. Die Erträge des Stiftungsvermögens dürfen nur dem Stiftungszweck dienen und dem Träger nicht steuerlich zugerechnet werden.
3. Das Stiftungsvermögen muss dauerhaft an den steuerbegünstigten Zweck gebunden sein.<sup>4</sup>

Während der historische Gesetzgeber in den §§ 80 ff BGB die rechtsfähige Stiftung als ein selbständiges Rechtssubjekt ausgestaltet und ihr so eine feste rechtliche Struktur verliehen hat,<sup>5</sup> wurde die bereits im römischen Recht<sup>6</sup> bekannte unselbständige Stiftung nicht ausdrücklich geregelt; der historische Gesetzgeber sah hierfür keinen Bedarf.<sup>7</sup> Auch spätere gesetzgeberische Maßnahmen, zuletzt das Reformgesetz vom 15.07.2002,<sup>8</sup> haben an diesem Zustand nichts geändert. So sind die einzigen Grundlagen der virtuellen Stiftungsgestaltungen, die nur auf den allgemeinen Bestimmungen des Schuld- und des Erbrechts beruhen können.<sup>9</sup> Eine analoge Anwendung der §§ 80 ff BGB kommt im Rahmen der virtuellen Stiftung nicht in Betracht, da eine planwidrige Regelungslücke nicht gegeben ist.<sup>10</sup>

Insbesondere wegen der steuerlichen Anerkennung wird die unselbständige Stiftung allgemein als eine probate Alternative zur rechtsfähigen Stiftung betrachtet, und deren Gleichwertigkeit mit der rechtsfähigen Stiftung wird dann angenommen, wenn die Stiftungsbeteiligten ihre durch das Stiftungsgeschäft begründeten Pflichten erfüllen und von den ihnen zustehenden Rechten gewissenhaft Gebrauch machen.<sup>11</sup>

Die Wahl fällt auf eine virtuelle Stiftung insbesondere in den Fällen, in denen das Stiftungsvermögen nicht ausreicht, eine Stiftung gemäß §§ 80 ff BGB zu gründen.<sup>12</sup>

Aufgabe der Rechtsgestaltung ist es daher in diesen Fällen, Vorsorge dafür zu treffen, dass das durch Rechtsgeschäft zu begründende Rechtsverhältnis zwischen Stifter und dem Stiftungsträger eine Ausgestaltung erfährt, die möglichst weitgehend den Zielen und den Sicherheiten einer rechtsfähigen Stiftung entspricht.

Während bei der rechtsfähigen Stiftung nach deren Anerkennung durch die Stiftungsbehörde ein neues selbständiges Rechtssubjekt entsteht, ist die virtuelle Stiftung dadurch geprägt, dass das Stiftungsvermögen vom Stifter auf einen schon bestehenden Rechtsträger, der sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein kann, übertragen wird.

Zunächst sollte aber der Stifter bei der Auswahl des Rechtsträgers bedenken, dass eine natürliche Person für eine dauerhafte Umsetzung des Stiftungszwecks generell keine guten Voraussetzungen mitbringt, während eine juristische Person, sei es des Privatrechts oder sei es des öffentlichen Rechts, wegen ihrer möglichen zeitlich unbegrenzten Existenz eine größere Bestandskraft aufweist. Auch besteht die Möglichkeit, dass die auszuwählende juristische Person nach ihrer Satzung einen der Stiftung ähnlichen oder gleichen<sup>13</sup> Zweck verfolgt und so eine dauerhafte Identifikation mit dem Stiftungszweck gewährleistet ist.<sup>14</sup> Außerdem können qualifizierte Organe der juristischen Person, die als Rechtsträgerin ausgewählt wird, den Gründungs- und Verwaltungsaufwand durch Synergieeffekte schmälern.<sup>15</sup>

1 K. Schmidt, Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 180 f.

2 Unterstützend Meyn/Richter, Die Stiftung Rn. 53; Rawert in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches Recht, I 30

3 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 17.

4 Buchna, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, S. 34; Eversberg, Stiftung & Sponsoring 4/2000, S. 3; Schindler, BB 2000, 2077 f; Heinicke in L. Schmidt, EStG, § 10 b Rn. 28; Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht I, 32, Anm. 2.

5 OLG Stuttgart NJW 1964, 1231, 1232; Liermann, Handbuch des Stiftungsrechts I, 235 ff.

6 v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 1, 645; Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht, 228, 277.

7 Protokolle II, 33 ff; Protokolle bei Mugdan II, 754 f.

8 BGBl 2002 Teil I, 2634

9 Ebersbach, Handbuch des Stiftungsrechts, 170; Ermann-H.P. Westermann, BGB, Vor § 80 Rn. 3

10 RGZ 105, 305, 306 ff; Ebersbach, Handbuch des Stiftungsrechts, 175; Ermann-H.P. Westermann, BGB, Vor § 80 Rn. 3; Staudinger/Rawert, BGB Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 153, 171; a. A. Soergel-Neuhoff, BGB Vor § 80 Rn. 23

11 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 136

12 Zur Zeit ist von einem Mindeststiftungskapital für eine rechtsfähige Stiftung von 200.000 Euro auszugehen. Im Jahr 1980 ging das Regierungspräsidium Freiburg noch von einem Mindestbetrag in Höhe von 20.000 DM, also ungefähr 1/20 des jetzigen Betrages, aus.

Vgl. Sandweg, Das Stiftungsrecht in Baden-Württemberg, BWNNotZ 1981, 2.

13 Vgl. hierzu unten G Fazit

14 A. Werner, Die Zustiftung, S. 82.

15 Vgl. Wochner, ZEV 1999, 125 f.

Eine zu gründende virtuelle Stiftung ist und wird kein selbständiges Rechtssubjekt, sie kann somit weder als Erbin oder Vermächtnisnehmerin eingesetzt, noch können auf sie direkt Vermögenswerte übertragen werden. Sie kann nämlich nicht Trägerin von Rechten oder Pflichten sein.<sup>16</sup> Vielmehr bleibt der Rechtsträger alleiniger Inhaber des Stiftungsvermögens. Er handelt nach außen für die Stiftung.

Die virtuelle Stiftung ist also ausschließlich durch das im Innenverhältnis zwischen Stifter und Rechtsträger bestehende Rechtsverhältnis geprägt.<sup>17</sup> Sie ist somit lediglich ein durch Rechtsgeschäft begründetes Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Rechtsträger, innerhalb dessen der Träger verpflichtet ist, die ihm vom Stifter übertragenen Vermögenswerte dauerhaft zur Verfolgung eines vom Stifter bestimmten Zwecks zu verwenden und als von seinem übrigen Vermögen getrenntes Sondervermögen zu verwalten.<sup>18</sup>

Konstituierendes Merkmal jeder Stiftung ist die Verfolgung eines auf Dauer angelegten Stiftungszwecks, wobei der Begriff der „Dauer“ nicht mit „Ewigkeit“ gleichzusetzen ist. Auch ein zeitlich begrenzter Zweck kann auf Dauer angelegt sein,<sup>19</sup> allerdings haben Zwecke, die einmalig und kurzfristig zu erreichen sind, als Stiftungszwecke auszuschneiden. Zwar ist das Stiftungsvermögen grundsätzlich in seinem Bestand zu erhalten, jedoch ist auch der Verbrauch des Stiftungsvermögens zugelassen, wenn die Satzung dies vorsieht oder der Stifterwille nicht anders zu verwirklichen ist.<sup>20</sup>

Während bei der rechtsfähigen Stiftung eine Änderung des Stiftungszwecks nur unter Mitwirkung der Stiftungsbehörde zulässig ist, kann bei der virtuellen Stiftung das Stiftungsvertragsverhältnis zwischen Stifter und Rechtsträger nach dem Grundsatz der Privatautonomie jederzeit einvernehmlich geändert werden.<sup>21</sup> Dies verleiht der nicht rechtsfähigen Stiftung gegenüber der rechtsfähigen Stiftung eine größere Flexibilität. Grenzen der Änderungsbefugnis ergeben sich lediglich aus den steuerlichen Vorgaben zur Anerkennung der virtuellen Stiftung als gemeinnützig.<sup>22</sup>

## II. Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden

Umstritten ist die rechtsdogmatische Einordnung eines Vertrags, durch den Vermögenswerte vom Stifter auf einen Rechtsträger mit der Maßgabe übertragen werden sollen, dass der Rechtsträger dieses Vermögen von seinem übrigen Vermögen getrennt zu verwalten und die Erträge nur für den vom Stifter festgelegten Zweck zu verwenden hat. Der Vertragstyp wird sowohl als uneigennützige Treuhand oder als Schenkung unter Auflage eingeordnet<sup>23</sup> bzw. als eigener Vertragstyp behandelt.<sup>24</sup>

### 1. die uneigennützige Treuhand

Gegen die Annahme einer uneigennützigen Treuhand sprechen die Kriterien eines Treuhandvertrages, in dessen Rah-

men dem Treuhänder ein Kündigungsrecht und dem Treugeber ein Widerrufsrecht gemäß § 671 BGB mit der Folge zustehen, dass das Treugut gemäß § 667 BGB an den Treugeber zurückfällt. Auch im Fall der Insolvenz des Treugebers fällt das Treugut an den Treugeber zurück (§§ 115, 116, 80 InsO i.V.m. § 667 BGB). Diese Rechtsfolgen würden der Annahme einer Treuhand bei der Stiftung widersprechen, da damit eine Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks nicht mehr gegeben ist.

Die Vertreter der Rechtsmeinung, dass die unselbständige Stiftung als Treuhand dogmatisch einzuordnen sei, gehen jedoch im Hinblick auf die Verfolgung eines „übergeordneten Zwecks“ davon aus, dass der Stifter im Rahmen des Stiftungsvertrages auf seine Rechte aus § 667 BGB verzichten werde, sodass er durch diesen Verzicht nicht wirtschaftlicher Eigentümer des gestifteten Vermögens bleibe.<sup>25</sup> Demgegenüber weist Reuter<sup>26</sup> darauf hin, dass die Annahme eines „übergeordneten Zwecks“ dem Vertrag über die Gründung einer unselbständigen Stiftung widerspreche. Als Vertragsverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder könne das Treuhandverhältnis entweder nur den Interessen des Treugebers (Stifter) oder denen des Treuhänders (Träger) dienen, nicht aber, wie die rechtsfähige Stiftung, als juristische Person einem übergeordneten Zweck. Dies sei auch der Grund, warum es nur die uneigennützige Treuhand im Interesse des Treugebers und die eigennützige Treuhand im Interesse des Treuhänders gebe. Eine dritte Kategorie der Treuhand sei auf vertraglicher Basis nicht denkbar.<sup>27</sup>

Ein weiteres Argument gegen die Annahme einer Treuhand wird darin gesehen, dass es nicht dem Willen der Parteien entspreche, wenn es dem Treugeber vorbehalten bleibe, das Stiftungsvermögen wieder zu erlangen.<sup>28</sup>

16 RGZ 105, 305 f

17 So die allgem. Meinung. Abweichend hiervon Koos, Fiduziarische Person und Widmung, S. 281 ff, der das Entstehen einer „fiduziarischen Person“ im Sinne eines Rechtssubjekts ohne Rechtspersönlichkeit dadurch annimmt, dass sich das Stiftungsvertragsverhältnis von den Vertragsparteien emanzipiert. Ablehnend u. a. Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 61

18 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 26

19 Wallenhorst, DStR 2002, 984, 986; Hüttemann, FG Flume, S. 59, 95 ff.

20 Sandweg, BWNNotZ 1981, 3.

21 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 61

22 Vgl. oben Fußnote 4

23 Ebersbach, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 172; Liermann, Deutsches Stiftungswesen 1948-1966, S. 236 ff; Hauger, Die unselbständige Stiftung, S. 73 ff; Staudinger/Rawert, BGB Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 163 ff; Wochner, ZEV 1999, 125 ff.

24 Koos, Fiduziarische Person und Widmung, S. 290 f, der eine Ver selbständigung des Vertragsverhältnisses dadurch erreichen will, dass die Parteien ihre Rechte auf nachträgliche Aufhebung oder Veränderung des Vertragsverhältnisses ausschließen. Diese Selbstentmündigung zur Erreichung einer „fiduziarischen Person“ widerspricht dem Grundsatz der Privatautonomie.

25 Staudinger/Rawert, BGB, Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 164; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 155; Wachter, Stiftungen, F II 2 Rn. 7.

26 MünchKomm-Reuter BGB, Ergänzungsband, Vor § 80 Rn. 85; Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 209 f.

27 Zustimmung Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 41

28 Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 217; Wochner, ZEV 1999, 125 f.

Gegen diese Argumentation wird eingewendet, dass es auch bei der Treuhand eine endgültige Vermögensübertragung gebe, wenn man einen gemischten Vertrag aus Auftrag und endgültiger Vermögensübertragung annehme.<sup>29</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass beim gemischten Vertrag die Wesensmerkmale der Vertragstypen erhalten bleiben müssten, was nicht der Fall sei, wenn die Vermögenszuordnung des Auftragsrechts geändert werde.<sup>30</sup>

## 2. Schenkung unter Auflage

Die Schenkung setzt eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers (Stifters) voraus, die zu einer Bereicherung des Beschenkten (Rechtsträgers) führt und bei der sich die Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. Bei einer Schenkung unter Auflage enthält der Vertrag gemäß § 525 BGB die Nebenabrede, dass der Beschenkte eine bestimmte Leistung zu erbringen hat (Verfolgung des Stiftungszwecks), sobald der Schenker geleistet hat. Die in der Auflage konkretisierte Verpflichtung des Beschenkten muss sich nicht darauf beschränken bloßer Nebenzweck zu sein, sondern sie kann das Hauptmotiv der Zuwendung bilden.<sup>31</sup>

Umstritten ist es, ob eine die Schenkung konstituierende Bereicherung des Rechtsträgers angenommen werden kann, wenn wirtschaftlich betrachtet durch die Auflagenverpflichtung der Vermögensvorteil aufgewogen wird. So wird die Meinung vertreten, dass der Träger des Stiftungsvermögens wegen der fremdnützigen Zweckbestimmung der Auflage weder materiell noch immateriell bereichert sei.<sup>32</sup> Eine vermittelnde Meinung will eine Bereicherung dann sehen, wenn eine juristische Person als Rechtsträger gewählt wird, deren eigener satzungsmäßiger Zweck dem Zweck der virtuellen Stiftung entspreche, sodass die juristische Person nicht nur formal, sondern auch materiell bereichert sei.<sup>33</sup>

Demgegenüber bejahen Reuter<sup>34</sup> und Lieder<sup>35</sup> eine materielle Bereicherung des Trägers, wenn die Vermögensübertragung endgültig sein soll, sie also insbesondere auch dann Bestand hat, wenn die Erfüllung der Auflage unmöglich werde.<sup>36</sup> Eine Bereicherung scheidet nur dann aus, wenn für den Fall der Beendigung der Stiftung über die Fälle der §§ 527, 528, 530 BGB hinaus ein Rückfall des Stiftungsvermögens vereinbart werde.

Herzog<sup>37</sup> bejaht ebenso eine Bereicherung des Trägers des Stiftungsvermögens. Hierbei beruft er sich auf den historischen Gesetzgeber, der es ausdrücklich abgelehnt habe, eine Bestimmung in das BGB aufzunehmen, wonach „eine Schenkung mit einer Auflage nur soweit als Schenkung anzusehen sei, als der Werth des Zugewendeten den der Auflage übersteige“.<sup>38</sup> Der historische Gesetzgeber habe diese Entscheidung damit begründet, es sei selbstverständlich, „dass sich die Schenkung um den Werth der Auflage mindert.“<sup>39</sup> Eine solche Minderung „der Schenkung“ sei aber nur denkbar, wenn vorher eine Bereicherung eingetreten sei. Dies spreche dafür, dass die Auflage bei der Prüfung der Bereicherung unbeachtlich sein sollte.<sup>40</sup> Dieser Wille des Gesetzgebers komme auch im Wortlaut des § 526 BGB zum Ausdruck, indem das Gesetz dem Beschenkten das Recht einräume, den Vollzug der Auflage zu ver-

weigern, wenn die durch die Zuwendung entstandene Bereicherung den Wert der Auflagenverpflichtung nicht erreiche.

Hieraus folge, dass auch bei der Schenkung unter Auflage die Bereicherung des Zuwendungsempfängers materiell ohne Berücksichtigung des Aufwandes für Auflagenverpflichtung bestimmt werden müsse. Erforderlich sei hierfür eine objektive, im Weg einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise feststellbare Vermögensmehrung.<sup>41</sup> Daran fehlt es, wenn das Vermögen des Zuwendungsempfängers nicht endgültig und materiell, sondern nur vorübergehend und formal vermehrt wird.<sup>42</sup> Bei der Stiftung sei eine solche Konstellation jedoch nicht gegeben, da dem Träger das Vermögen nicht nur als „Durchgangsperson“ übertragen werde, vielmehr zeige die dem Träger auferlegte Pflicht zur dauerhaften Verfolgung des Stiftungszwecks, dass der Träger das Stiftungsvermögen erhalten solle, um es zu verwalten und daraus Stiftungsleistungen zu erbringen.<sup>43</sup>

Im Übrigen wird das Modell der „Schenkungen unter Auflage“ im Hinblick auf die Parallelität der Interessenlage beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen der Rechts- und Interessenlage eher gerecht als das „Treuhandmodell“.

Für die notarielle Praxis maßgebend ist die Beurkundungspflicht des § 518 Abs. 1 S. 1 BGB, bei dessen Nichtbeachtung allerdings Heilung des unwirksamen Schenkungsverprechens durch Erfüllung eintritt.<sup>44</sup>

Bei den Vertragsregelungen ist besonders zu beachten, eine endgültige Vermögensmehrung des Trägers nicht dadurch auszuschließen, dass für den Fall der Beendigung der Stiftung über die Fälle der §§ 527, 528, 530 BGB hinaus eine

29 Hof, Seifarth/v. Campenhausen (Hrsg), Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 39 ff.

30 Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 212; Wochner, ZEV 1999, 125, 126 (Fn. 13).

31 RGZ 60, 238, 240; Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 47 m. w. Nachw.

32 Dankwerth, Das Recht der unselbständigen Stiftungen, S. 51 ff.; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 68 f.; Koos, Fiduziarische Person, S. 97 f.

33 Andrick, Stiftungsrecht und Staatsaufsicht, S. 45 f.; Ebersbach, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 175 f.; Hauger, Die unselbständige Stiftung, S. 77 ff.

34 MünchKomm-Reuter, BGB, Ergänzungsband, Vor § 80 Rn. 92; ders., Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203.

35 Lieder, ZSt 2004, 74, 77.

36 Auf ein Verschulden des Auflagebeschwerften kommt es gemäß §§ 527 Abs. 1, 326 Abs. 6 BGB entgegen der Rechtslage vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz BGBl. 2001, I, S. 3138 nicht mehr an.

37 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 49 ff.

38 Motive II S. 299

39 Motive II S. 299

40 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 49.

41 RGZ 62, 386, 390; BGH NJW 2004, 1382, 1383; MünchKomm-Kohlhossler, BGB § 516 Rn. 8.

42 BGH NJW 2004, 1382, 1383.

43 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 53; a. A. OLG Dresden, NJW 2002, 3181 f, das die Meinung vertritt, allein wegen einer Zweckbindung der Zuwendung liege ein die Bereicherung ausschließender Durchgangserwerb vor.

44 § 518 Abs. 2 BGB Es ist für die rechtsfähige Stiftung im Hinblick auf § 82 S. 2 BGB, der bei der virtuellen Stiftung keine Anwendung findet, eine ungeklärte Streitfrage, ob das Stiftungsgeschäft gemäß § 311 b BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG formbedürftig sein kann. Vgl. Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, Teil B § 81 Rn. 6

Verpflichtung begründet wird, das Stiftungsvermögen an den Stifter oder einen von diesem zu benennenden Dritten zurück zu übertragen. Eine derartige Regelung, die im Widerspruch zur intendierten Dauerhaftigkeit der Verfolgung des Stiftungszwecks stünde, würde den Sonderausgabenabzug des § 10 b Abs. 1 a EStG für Zuwendungen anlässlich der Neugründung einer nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreiten Stiftung verhindern.<sup>45</sup>

Aus dem Gesichtspunkt, dass das Stiftungsvermögen grundsätzlich nicht an den Stifter zurückfallen soll, und weil der Stifter nicht Gläubiger und Schuldner in einer Person sein kann, wird die Eigenstiftung von der herrschenden Meinung abgelehnt.<sup>46</sup> Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass der potentielle Stifter einen nahen Angehörigen, wie z. B. den Ehepartner, zum Stiftungsträger auswählt oder mit ihm eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zweck der Stiftungserrichtung gründet und so diese Rechtsgedanken faktisch unterläuft.

### III. Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen

Anders als bei der rechtsfähigen Stiftung ist es nicht möglich, die zu gründende virtuelle Stiftung zur Erbin einzusetzen oder mit einem Vermächtnis zu bedenken; denn eine analoge Anwendung des § 84 BGB, der dies für die rechtsfähige Stiftung ermöglicht, scheidet im Hinblick auf die gewollte und planmäßige gesetzliche Lücke bei der nicht rechtsfähigen Stiftung aus.

Das letztwillige Stiftungsgeschäft erfolgt demgemäß in der Weise, dass der Stifter und Erblasser einen Stiftungsträger zum Erben einsetzt oder ihm ein Vermächtnis zuwendet unter der Auflage, das ererbte bzw. vermachte Vermögen zu dem vom Stifter bestimmten Zweck zu verwenden und als ein von seinem übrigen Vermögen getrenntes Sondervermögen zu verwalten (§§ 1940, 2192 ff. BGB).<sup>47</sup> Eine Gestaltung, durch die den zukünftigen Destinatären der Stiftung ein Vermächtnis zugewendet wird, ist insbesondere wegen des in der Regel nicht eindeutig abgrenzbaren Personenkreises, nicht praktikabel.<sup>48</sup> Außerdem wäre ein abgrenzbarer namentlich bekannter Personenkreis gemäß § 52 AO steuerschädlich, da als Stiftungszweck nicht mehr die Förderung der Allgemeinheit gegeben wäre.

Mit der Annahme der Erbschaft bzw. mit der Erfüllung des Vermächtnisses ist der Träger zur Erfüllung der Auflage verpflichtet.<sup>49</sup> Die Überwachung der Erfüllung der Auflagenverpflichtung sollte im Hinblick auf das Fehlen eines behördlichen Verfahrens entsprechend § 83 BGB durch die Anordnung einer Testamentvollstreckung, zumeist sogar Dauertestamentvollstreckung,<sup>50</sup> sichergestellt werden, denn die Druckmittel des § 2194 BGB können sich als wenig effektiv herausstellen.

Wird als Stiftungsträger eine natürliche Person gewählt und gehört diese Person zu den Pflichtteilsberechtigten, so ist darauf zu achten, dass der dem Pflichtteilsberechtigten zur

eigenen Verfügung stehende Nachlass die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, anderenfalls die Auflage der Stiftungserrichtung gemäß § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB als nicht angeordnet gilt.

Im Übrigen kann es bei der Wahl einer natürlichen Person als Stiftungsträger nach deren Tod zu Schwierigkeiten führen, wenn davon ausgegangen wird, dass die Auflage der Stiftungserrichtung und Stiftungsunterhaltung als eine höchstpersönliche Verpflichtung anzusehen ist, da eine Vererbung der höchstpersönlichen Pflichten ausscheidet.<sup>51</sup> Darüber hinaus wird die Meinung vertreten, dass die Leistungspflicht des Rechtsträgers erst mit jeder fälligen Ertragsausschüttung entstehe, so dass die Erben des Rechtsträgers nur für die bis zu seinem Tod entstandenen Pflichten hafteten. Somit würden die Verpflichtungen des Rechtsträgers, wiederkehrende Stiftungsleistungen zu erbringen, nach dessen Tod nicht auf seine Erben übergehen.<sup>52</sup> Gegen diese Meinungen spricht, dass der Stifter an der Fortführung des Stiftungszwecks in der Regel mehr Interesse hat als an einer höchstpersönlichen Leistung des Stiftungsträgers, sodass auch die Erben des Trägers in dessen Verpflichtungen eintreten und mit seinem Tod diese als kontinuierlich zu bewertenden Pflichten auf die Erben des Trägers übergehen, sodass der Stiftungsträger dauerhaft zu einer kontinuierlichen Verwaltung des Stiftungsvermögens und Verfolgung des Stiftungszwecks verpflichtet ist.<sup>53</sup>

Gleichwohl sollte im Hinblick auf die dargelegten Rechtsmeinungen der sicherste Weg gewählt und in der letztwilligen Verfügung dafür Sorge getragen werden, dass die Stiftungsverpflichtungen nicht mit dem Tod des Rechtsträgers untergehen. Hierfür bietet es sich an, den Stiftungsträger nur als Vorerben einzusetzen und zur Nacherbin eine geeignete juristische Person oder eine aus der virtuellen Stiftung hervorgehende rechtsfähige Stiftung nach §§ 80 ff BGB, sofern das Volumen des Stiftungsvermögens dies zulässt. Eine solche Transaktion ist grundsätzlich nicht steuerschädlich.<sup>54</sup>

- 
- 45 Vgl. Buchna, *Gemeinnützigkeit im Steuerrecht*, S. 34; Eversberg, *Stiftung & Sponsoring* 4/2000, S. 3; Schindler, *BB* 2000, 2077 f.; Heinicke in L. Schmidt, *EStG*, § 10 b Rn. 28.
- 46 Ebersbach, *Handbuch des Stiftungsrechts*, S. 173; Herzog, *Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts*, S. 35; Staudinger/Rawert, *BGB*, Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 152; a.A. Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 47 f.; Koos, *Fiduziarische Person und Widmung*, S. 253 f., 347 f., der ein einseitiges Rechtsgeschäft als wirksam akzeptiert; vgl. auch Nieder, *Münchener Vertragshandbuch, Erbrecht*, 1. Aufl. Nr. 42, S. 1198, der durch eine „Absonderungs-erklärung“ die Eigenstiftung für zulässig erachtet.
- 47 Herrschende Meinung, vgl. Ebersbach, *Handbuch des Stiftungsrechts*, S. 180; Staudinger/Rawert, *BGB* Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 166; O. Schmidt, *ZEV* 2003, 316; Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 79.
- 48 Staudinger/Rawert, *BGB* Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 166; Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 75 ff.; Wochner, *ZEV* 1999, 125, 129.
- 49 Vgl. Staudinger/Rawert, *BGB* Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 166.
- 50 Rawert, *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht I*, 31, Anm. 6.
- 51 MünchKomm-Reuter, *BGB*, Vor § 80 Rn. 93.
- 52 Wochner, *ZEV* 1999, 125, 129.
- 53 Ebersbach, *Handbuch des Stiftungsrechts*, S. 181 f.; Herzog, *Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts*, S. 65; O. Schmidt, *ZEV* 2003, 316, 318; Staudinger/Rawert, *BGB* Vorbem. zu §§ 80 ff Rn. 166; Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 80;
- 54 Vgl. Möller, *Die Überführung von Treuhandstiftungen in rechtsfähige Stiftungen*, *ZEV* 2007, 565 ff.

## IV. Die Stiftungssatzung

Wegen der Tendenz, mit der virtuellen Stiftung eine rechtsfähige Stiftung nach §§ 80 ff BGB zu simulieren, enthält das Stiftungsgeschäft auch bei der nicht rechtsfähigen Stiftung eine „Satzung“,<sup>55</sup> in der die Rechte und Pflichten des Rechtsträgers konkretisiert werden. Auch werden in der Regel ein Stiftungszweck und ein Stiftungsname festgelegt, sowie Bestimmungen über Stiftungsgremien und deren Kompetenzen im Verhältnis zum Stiftungsträger getroffen.

Diese „Stiftungssatzung“ kann nicht als konstitutives Element eines Verbandes angesehen werden, da bei der virtuellen Stiftung ein solcher nicht entsteht. Die Funktion der Satzung kann also lediglich darin bestehen, das Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter und dem Rechtsträger näher auszugestalten.<sup>56</sup> Beim Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist die Satzung daher Teil des Stiftungsvertrages und beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen Teil der Erbeinsetzung unter Auflage, sodass sie in die Urkunde aufzunehmen ist. Beim eigenhändigen Testament ist sie ihrem vollen Inhalt nach handschriftlich niederzulegen und zu unterschreiben. § 83 S. 2 BGB findet weder direkte noch analoge Anwendung.<sup>57</sup>

In der Satzung der nicht rechtsfähigen Stiftung sollte klargestellt werden, dass der Stiftungsträger allein verantwortlich die Geschäfte der Stiftung führt und für die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen hat.<sup>58</sup> Der Stiftungsträger ist somit der „geborene“ Geschäftsführer der virtuellen Stiftung; denn nur er ist gemäß §§ 525 Abs. 1, 2194 BGB zur Vollziehung der Auflage verpflichtet. Da die virtuelle Stiftung keine Rechtsperson darstellt, kann sie auch nicht über Organe verfügen, wie sie bei einer rechtsfähigen Stiftung bestehen. Den in der Satzung der virtuellen Stiftung vorgesehenen „Organen“ können somit grundsätzlich nur die Geschäftsführung unterstützende Funktionen zukommen.

Eine andere Funktion, wie zum Beispiel die Aufgabe, den Stiftungsträger bei der Erfüllung des Stiftungszwecks zu überwachen und die Verwendung des Stiftungsvermögens zu kontrollieren,<sup>59</sup> kann den Organen nur dann zuerkannt werden, wenn hierfür im Stiftungsgeschäft eine rechtliche Grundlage zugunsten der entsprechenden Personen geschaffen worden ist. Bei der Gründung der virtuellen Stiftung unter Lebenden könnte z.B. der Stifter die Personen des Kontrollorgans selbst berufen oder beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen könnte dem Testamentsvollstrecker diese Aufgabe zufallen. Geschieht dies nicht, dürfte die abstrakte Normierung eines Kontrollorgans allein in der Satzung keine ausreichende Legitimation für dessen erforderliche und weitgehende Überwachungsfunktion darstellen.<sup>60</sup>

Ein weiterer in der Satzung zu regelnder Aspekt ist der Umstand, dass die Vollziehung der Auflage z. B. durch eine Veränderung der Umstände unmöglich wird. Bei der rechtsfähigen Stiftung greift in Fällen der notwendigen Zweckänderung § 87 BGB ein. Da eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die virtuelle Stiftung ausscheidet,<sup>61</sup> kann entweder im Stiftungsgeschäft oder in der Satzung der virtuellen Stiftung für derartige Fälle dadurch Vorsorge getroffen

werden, dass bei der Stiftungerrichtung unter Lebenden der Stifter bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolger oder bei der Stiftungerrichtung von Todes wegen der Testamentsvollstrecker die Befugnis erhalten, den Stiftungszweck an die geänderten Verhältnisse anzupassen, um damit eine Fortsetzung der Stiftung zu ermöglichen.

Im Übrigen wäre bei einer von Todes wegen zu errichtenden virtuellen Stiftung die Anordnung einer Auflage, die auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, gemäß §§ 2192, 2171 BGB unwirksam, und wäre zwar die Anordnung der Auflage wirksam, aber für den Träger die Vollziehung der Auflage unmöglich, so würde der Träger gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Auflagenverpflichtung frei werden.<sup>62</sup>

## V. Überwachung der Stiftung

Eine Stiftungsbehörde im Sinne der §§ 80 ff BGB ist bei der virtuellen Stiftung nicht gegeben. Die Überwachung der Erfüllung der gemäß §§ 525 Abs. 1, 2194 BGB begründeten Auflagen ist daher auf andere Weise sicherzustellen.

Bei der virtuellen Stiftung, die unter Lebenden gegründet ist, kann gemäß § 525 Abs. 1 BGB der Stifter die Vollziehung der Auflage überwachen. Nach seinem Tod steht dieses Recht seinen Erben zu. Analog § 666 BGB hat der Träger den Vollziehungsberechtigten Auskunft und Rechenschaft über seine Stiftungstätigkeit zu erstatten; um hierdurch die Vollziehungsberechtigten in die Lage zu versetzen, eventuelle Ansprüche auf Pflichterfüllung im Klageweg gegenüber dem Träger durchzusetzen. Mit dieser rechtlichen Konstruktion sollen die Kontroll- und Schutzfunktionen der hier fehlenden staatlichen Stiftungsaufsicht kompensiert werden.<sup>63</sup>

Wenn bei der Gründung der Stiftung von Todes wegen nicht der oben angedeutete sichere Weg der Anordnung einer Testamentsvollstreckung eingeschlagen wird, bleiben lediglich der wenig effiziente Vollziehungsanspruch gemäß § 2194 Satz 1 BGB und ferner die Maßnahmen der zuständigen Behörde gemäß §§ 525 Abs. 2, 2194 Satz 2 BGB, wenn durch die Auflage das Gemeinwohl gefördert werden soll.

55 Nieder, Münchener Vertragshandbuch, Band 6 Bürgerliches Recht II, Teil XVII; Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht I, 29; Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 47 (Anlage 3); Wachter, Stiftungen, F. IV. Rn. 15 (S.197).

56 K. Schmidt, Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 184;

Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 69.

57 Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht I, 29, Anm. 8.

58 Mustersatzung bei Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht I, 32.

59 So u. a. in der Mustersatzung oben Fußn. 55.

60 Vgl. zur Problematik Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 85 ff.

61 Protokolle II S. 33 ff; Protokolle bei Mugdan II 754 f; vgl. RGZ 105, 305, 307; h. M.

62 Vgl. Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 80.

63 Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 227; Schlüter, Stiftungsrecht, S. 60; K. Schmidt, Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 187;

Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S.75 f.

64 § 4 AGBGB Baden-Württemberg

Sowohl der einen Schenkungsvertrag mit Auflagen der virtuellen Stiftung beurkundende Notar als auch das Nachlassgericht, das eine Verfügung von Todes wegen eröffnet, deren Bestimmungen Auflagen enthalten, die die Gründung einer virtuellen Stiftung vorsehen, sind daher gehalten, die gemäß §§ 525 Abs. 2, 2194 Satz 2 BGB zuständige Behörde zu informieren. Welche Behörde zuständig ist, ergibt sich aus den Ausführungsgesetzen der Länder zum BGB. In Baden-Württemberg ist dies der „Landesbetrieb Vermögen und Bau“.<sup>64</sup> Die Behörde hat einen zivilrechtlichen Vollziehungsanspruch, der im Streitfall vor den Zivilgerichten zu verfolgen ist.<sup>65</sup>

Umstritten sind die Fälligkeit und die Verjährung der Vollziehungsansprüche. Das stiftungsrechtliche Schrifttum geht überwiegend davon aus, dass die Verjährungsfrist des Vollziehungsanspruchs gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den Umständen hat, die den Anspruch begründen.<sup>66</sup>

Nach diesen Meinungen beginnt der Vollziehungsanspruch und damit die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit jeder Stiftungsleistung oder jeder Ertragsausschüttung neu. Demgegenüber will Herzog<sup>67</sup> an die Verletzung der einzelnen Pflichten des Trägers gemäß § 199 Abs. 5 BGB anknüpfen. Allerdings lässt er hierbei offen, wann jeweils der Termin für eine Pflichterfüllung des Trägers anzusetzen ist, zumal in dem Stiftungsgeschäft in der Regel konkrete Termine bezüglich einzelner Pflichten des Trägers nicht enthalten sind.

Schädigt der Stiftungsträger das Stiftungsvermögen durch schuldhaftes Tun oder Unterlassen, so stellt sich die Frage, ob der Stifter bzw. seine Rechtsnachfolger vom Träger wegen einer Minderung des Stiftungsvermögens Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 823, 826 BGB verlangen können, oder ob ihnen gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ein Anspruch aus Eingriffskondiktion zusteht. Da der Träger als Rechtsinhaber des Stiftungsvermögens jeweils nur in seine eigene Rechtsposition eingreift, scheiden diese Ansprüche aus, es sei denn, im Stiftungsgeschäft sind derartige Ansprüche des Stifters bzw. seiner Gesamtrechtsnachfolger gegenüber dem Stiftungsträger positiv vereinbart worden.<sup>68</sup>

Wenn jedoch der Vollzug der Auflage insgesamt unterbleibt, kann beim Stiftungsgeschäft unter Lebenden der Stifter das Stiftungsvermögen gemäß §§ 527 Abs. 1, 323 Abs. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 BGB vom Träger nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen.<sup>69</sup> Äquivalent beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen ist die oben bereits genannte wenig effektive Regelung nach § 2194 BGB.

## VI. Haftung des Stiftungsvermögens

Der Stiftungsträger wird Eigentümer des Stiftungsvermögens, während die virtuelle Stiftung selbst wegen ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit nicht Trägerin von Rechten und Pflichten

sein kann. Die im Stiftungsgeschäft enthaltene Verpflichtung des Trägers, das Vermögen nur in einer bestimmten Weise zu verwenden, hat lediglich schuldrechtliche Bedeutung und führt gemäß § 137 S. 1 BGB nicht zu einer nach außen wirkenden dinglichen Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Stiftungsträgers.<sup>70</sup> Aus dieser Rechtslage ergibt sich die Frage, für welche Verbindlichkeiten das Stiftungsvermögen in Anspruch genommen werden kann. In Betracht kommen sowohl Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Stiftungszwecks eingegangen worden sind, als auch stiftungsfremde Verbindlichkeiten sowohl des Trägers als auch des Stifters.

### 1. Stiftungskonforme Verbindlichkeiten

Geht der Stiftungsträger zur Verwirklichung des Stiftungszwecks Verbindlichkeiten ein, so haftet hierfür das Stiftungsvermögen. Umstritten ist die Frage, ob das Stiftungsvermögen auch dann haftet, wenn der Träger hierbei pflichtwidrig handelt. Es wird die Meinung vertreten, dass das Stiftungsvermögen nicht mit Forderungen belastet werden dürfe, die durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Trägers verursacht sind.<sup>71</sup> Dem Gläubiger einer solchen Forderung kann jedoch nicht die Prüfung auferlegt werden, ob dem Stiftungsträger im Innenverhältnis zum Stifter eine Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen ist, es sei denn, es liegt ein kollusives Verhalten vor.<sup>72</sup>

Im Übrigen haftet der Stiftungsträger nach herrschender Meinung persönlich für Stiftungsverbindlichkeiten nicht nur mit dem Stiftungsvermögen, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen.<sup>73</sup> Allerdings besteht bei rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten die Möglichkeit, bei deren Eingehung mit dem Gläubiger eine Vereinbarung dahingehend zu treffen, dass nur das Vermögen der virtuellen Stiftung haften soll.<sup>74</sup> Eine solche Möglichkeit ist bei deliktischer Haftung oder anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen nicht gegeben.<sup>75</sup>

65 BGHZ 23, 377, 384

66 Staudinger/Otte, BGB, § 2194 Rn. 14a; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 80; Wochner, ZEV 1999, 125, 129.

67 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 75

68 Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 222;

Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 75; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 113 ff.

69 Vgl. zu den Einzelheiten Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 76 ff.; a.A. K. Schmidt, Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 187, der nur die Forderung nach einer Auswechslung des Stiftungsträgers für zulässig erachtet.

70 Grenze ist ein kollusives Zusammenwirken von Träger und Vertragspartner gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

71 Hof, Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 133; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 138 ff.

72 Im Ergebnis so auch Hof, Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 138; Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 96.

73 Bächstädt, Die unselbständige Stiftung, S. 60 f.; Hof in Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 138; Staudinger/Rawert, BGB, Vorbem. zu §§ 80 Rn. 167; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 125.

74 Hof, Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 138; Staudinger/Rawert, BGB, Vorbem. zu §§ 80 Rn. 167.

75 Vgl. Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 97.

## 2. Verbindlichkeiten des Stifters

Durch die Eigentumsübertragung des Stiftungsvermögens vom Stifter auf den Träger ist dieses Vermögen grundsätzlich dem Zugriff der Gläubiger des Stifters entzogen. Würden Gläubiger gleichwohl in das Stiftungsvermögen vollstrecken wollen, stünden dem Stiftungsträger die Rechte aus § 771 ZPO zu. Einwänden der Gläubiger, dass dieses Stiftungsvermögen dem Träger nur treuhänderisch überlassen und dem Stifter daher noch zuzuordnen sei,<sup>76</sup> ist entgegenzuhalten, dass Rückübertragungsansprüche des Stifters nicht voraussetzungslos gegeben seien, sondern sich nur aus den Bestimmungen der §§ 527 Abs. 1, 528, 530 BGB ergeben können.

Demgegenüber vertreten Rawert und Wochner die Ansicht, dass im Fall der Insolvenz des Stifters das Treuhandverhältnis gemäß §§ 115 Abs. 1, 116 InsO mit der Folge erlösche, dass der Träger das Stiftungsvermögen an den Insolvenzverwalter herausgeben müsse (§§ 115 Abs. 1, 116, 80 InsO i. V. m. § 667 BGB).<sup>77</sup> Westebbe, der ebenfalls ein Treuhandverhältnis annimmt, vertritt die Meinung, dass bei gemeinnützigen virtuellen Stiftungen der Stifter wegen der gemeinnützigen Zwecksetzung nicht als wirtschaftlicher Eigentümer des Stiftungsvermögens gelten könne und daher den Gläubigern des Stifters der Zugriff auf das Stiftungsvermögen verwehrt sei.<sup>78</sup>

Unabhängig davon, ob eine uneigennützige Treuhand angenommen wird, können bei einer Insolvenz des Stifters dessen Gläubiger die Übertragung des Stiftungsvermögens gemäß § 134 InsO wegen Unentgeltlichkeit anfechten, wenn die Übertragung innerhalb von vier Jahren vor Stellung des Insolvenzantrags vorgenommen worden ist. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens ist das Anfechtungsrecht nach § 4 AnfG gegeben.

Eine Stiftungserrichtung von Todes wegen weist bei einer virtuellen Stiftung keine Besonderheiten gegenüber einer rechtsfähigen Stiftung auf. Zunächst sind bei beiden Stiftungstypen die Erblässerschulden des Stifters gemäß §§ 1990, 1991 Abs. 4 BGB und § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu begleichen, erst dann können die Stiftungsaufgaben erfüllt bzw. die rechtsfähige Stiftung mit ihrem Vermögen ausgestattet werden. Im Fall einer Nachlassinsolvenz ergeben sich die Zugriffsrechte der Gläubiger aus §§ 322, 134 InsO.

## 3. Verbindlichkeiten des Stiftungsträgers

Die herrschende Meinung in der Literatur unterscheidet hinsichtlich der Frage, ob das Stiftungsvermögen auch für stiftungsfremde Verbindlichkeiten des Trägers haftet, danach, ob es sich um eine von Todes wegen entstandene virtuelle Stiftung handelt, oder ob die Stiftung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet wurde.<sup>79</sup>

Bei der von Todes wegen entstandenen unselbständigen Stiftung geht die überwiegende Meinung wegen des Übergangs des Vermögens auf den Träger davon aus, dass das Stiftungsvermögen für sämtliche Verbindlichkeiten des Trägers haftet, also auch für solche, die keinen Bezug zur virtu-

ellen Stiftung haben.<sup>80</sup> Will man vermeiden, dass das Stiftungsvermögen dem Zugriff der Gläubiger des Trägers ausgesetzt wird, so kann die Rechtsfigur der Vorerbschaft vor Vollstreckungsmaßnahmen, die sich gegen den Träger richten, gemäß § 2115 BGB schützen.

Handelt es sich demgegenüber um eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gegründete virtuelle Stiftung, wird von einem Teil der Literatur die Vereinbarung einer Treuhandsituation in den Vordergrund gestellt und hieraus gefolgert, dass das Stiftungsvermögen wirtschaftlich noch dem Stifter zuzuordnen sei und daher eine Haftung des Stiftungsvermögens für stiftungsfremde Verbindlichkeiten dadurch ausscheide, dass zu Gunsten des Stifters die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) und das Aussonderungsrecht des § 47 InsO gegeben seien.<sup>81</sup> Abweichend hiervon meint Westebbe, dass es auf die Zugehörigkeit des Stiftungsvermögens zum Vermögen des Trägers nicht ankomme, vielmehr genüge es, dass das Stiftungsvermögen wegen seiner schuldrechtlichen Bindung nicht zum Vermögen des Trägers gehöre und daher die Rechte aus § 771 ZPO und § 47 InsO nicht dem Stifter, sondern den potentiellen Destinatären oder dem bei Beendigung der Stiftung anfallberechtigten Dritten zustünden.<sup>82</sup>

Auch Karsten Schmidt, der nicht von einem Treuhandverhältnis ausgeht, sondern eine Schenkung unter Auflage annimmt, will wegen der virtuellen Vermögenszuordnung den Privatgläubigern des Trägers den Zugriff auf das Stiftungsvermögen dadurch verwehren, dass er die Drittwiderspruchsklage und das Aussonderungsrecht sowohl dem Stifter als auch denjenigen Personen zugesteht, die ein Recht auf Vollzug der Auflage haben.<sup>83</sup> Eine im Ergebnis gleiche Meinung vertreten Koos, der bei der virtuellen Stiftung eine „fiduziarische Person“ unterstellt,<sup>84</sup> und Herzog, der aus der schuldrechtlichen Schenkungsaufgabe diese Rechte ableitet.<sup>85</sup>

Die gegenteilige Meinung vertritt Reuter, der durch die Eigentumsübertragung auf den Träger das Stiftungsvermögen unterschiedslos dem gleichen Schicksal unterstellt wie das übrige Vermögen des Trägers.<sup>86</sup>

76 Vgl. BGHZ 155, 227, 232 ff.; Henssler, AcP 196 (1996), 37, 53; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 41 VI. 4.a); Stein/Jonas/Münzberg, § 771 Rn. 15.

77 Staudinger/Rawert, BGB, Vorbem. zu §§ 80 Rn. 169; Wochner, ZEV 1999, 125, 127.

78 Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 142, 144 ff.

79 Vgl. Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 95 ff.

80 MünchKomm-Reuter, BGB, Ergänzungsband, Vor § 80 Rn. 97;

Staudinger/Rawert, BGB, Vorbem. zu §§ 80 Rn. 168;

Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 141, 144;

a. A. Bley, Die Universitätskörperschaft als Vermögensträger, S. 133 unter Berufung auf ein obiter dictum des RG in RGZ 105, 305, 307.

81 Coing, Treuhand, S. 176 f.; Hof, Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rn. 64; Wochner, ZEV 1999, 125, 127.

82 Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 144 ff.

83 K. Schmidt, Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 185.

84 Koos, Fiduziarische Person und Widmung, S. 339.

85 Herzog, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 100 ff.

86 MünchKomm-Reuter, BGB, Ergänzungsband, Vor § 80 Rn. 97 ff.;

Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 223; so auch Schlüter, Stiftungsrecht, S. 62.

Schon in der ersten Auflage des Münchener Vertragshandbuchs bezeichnet Nieder diese Haftungsgefahr als „einen der wenigen Schwachpunkte in der rechtlichen Struktur der nicht-rechtsfähigen Stiftung.“<sup>87</sup>

## VII. Fazit

Nur ein „sicherer Weg“ entspricht bei der Rechtsgestaltung der vom BGH postulierten Sorgfaltspflicht des Notars.<sup>88</sup> Die notarielle Praxis kann sich daher bei der Gestaltung von Rechtsverhältnissen weder auf noch so schlüssig begründete Literaturmeinungen noch auf Entscheidungen unterer Kollegialgerichte verlassen, wenn ungeklärte Rechtsfragen in Betracht zu ziehen sind.

Wie aufgezeigt wurde, ist die virtuelle Stiftung geprägt von einer Fülle umstrittener und ungeklärter Rechtsfragen, neuere obergerichtliche Entscheidungen hierzu fehlen. Schon die Rechtsgrundlagen des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden, ob Schenkung unter Auflage oder Treuhandverhältnis, sind streitig, und ungeklärt sind auch die Fragen, für wessen Verbindlichkeiten das Stiftungsvermögen haftet. Wie dargestellt wurde, ist das Stiftungsvermögen der virtuellen Stiftung von zwei Seiten gefährdet: Es soll für Stifterschulden haften, wenn man ein Treuhandverhältnis in den Vordergrund stellt, und es besteht andererseits die Gefahr, dass es für Verbindlichkeiten des Trägers haftet, da es in dessen Eigentum steht.

Bei der rechtsfähigen Stiftung ist das Stiftungsvermögen einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnet, so dass es keinen Haftungsgefahren für Verbindlichkeiten eines von der Stiftung verschiedenen Trägers ausgesetzt ist. Die Rechtsbegründungen in der Literatur, die für das Vermögen der virtuellen Stiftung etwas Ähnliches konstruieren möchten, sind wenig überzeugend; denn es gibt keine *res extra com-*

*mercium*. Für die notarielle Praxis bilden sie jedenfalls keine verlässliche Grundlage. Es ist daher indiziert, für die virtuelle Stiftung jeweils einen eigenen, nur diesem Zweck dienenden Rechtsträger zu gründen. Dies kann in der Form der Gründung eines Idealvereins<sup>89</sup> geschehen, oder eine zu gründende gemeinnützige GmbH erfüllt die Funktion des Stiftungsträgers, wodurch im Gegensatz zum Verein die Nachteile der Mitgliederbasierung vermieden werden. Mit der Schaffung einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH<sup>90</sup>), die nach ihrer Satzung nur die Funktion hat, dem Stiftungszweck zu dienen, sind die Gefahren ausgeschaltet, dass das Stiftungsvermögen für fremde Verbindlichkeiten in Anspruch genommen wird.

Die gemeinnützige GmbH ist nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO von der Körperschaftsteuer und von der Gewerbesteuer befreit. Die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung sind identisch mit den eingangs beschriebenen Kriterien, die auch die virtuelle Stiftung als solche erfüllen muss, um ihre steuerliche Anerkennung als gemeinnützig zu erhalten. Der Gesetzgeber hat für die Satzung der gGmbH eine Mustersatzung als Anlage 1 zu § 60 AO formuliert.<sup>91</sup> Die wörtliche Übernahme dieser Mustersatzung als Satzung der zu gründenden Gesellschaft ist ratsam, um Einwände der Finanzverwaltung von vornherein auszuschließen.

87 Nieder, Münchener Vertragshandbuch, Erbrecht, Nr. 42, S. 1198.

88 BGH Z 27, 274, 276; 56, 26, 28; NJW 1983, 1801, 1803; 1992, 3237, 3239; ZNotP 2005, 273; vgl. dazu Ganter, ZNotP 2006, 42, 46.

89 Hierdurch würden die Regelungen des § 86 BGB erfasst, der einerseits auf die virtuelle Stiftung nicht analog anwendbar wäre, für dessen Regelungsgehalt aber andererseits eine Notwendigkeit im Hinblick auf § 29 BGB bestehen kann.

90 Die Bezeichnung „gGmbH“ ist seit dem 29.03.2013 zulässig, § 4 S. 2 GmbHG. Die Bestimmung wurde durch Art. 7 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.03.2013 (BGBl I 556) geschaffen.

91 <https://dejure.org/gesetze/AO/Anlage1.html>

## Rechtsprechung

### **BGB §§ 1931, 1371 I; EuErbVO Artt. 1 I, 21, 22, 63, 67 I 2, 68, 69 II u. III; AEUV Art. 267 I Buchst. b, III**

KG, Beschluss vom 25.10.2016 – 6 W 80/16

#### **Aufnahme des sog. güterrechtlichen Viertels des überlebenden Ehegatten in das ENZ?**

### **Gründe**

#### **I.**

Die Beteiligte zu 1.) begehrt die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses aufgrund gesetzlicher Erbfolge, das in Anwendung deutschen Rechts sie und den Beteiligten zu 2.) als Erben je zur Hälfte ausweist.

Der am 29. August 2015 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Im Zeitpunkt seines Todes war der Erblasser mit der Beteiligten zu 1.) verheiratet und lebte mit ihr nach deutschem Recht im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Beide besaßen zum Zeitpunkt der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit und hatten ihren Wohnsitz in Deutschland. Einen Ehevertrag hatten sie nicht abgeschlossen.

Der Beteiligte zu 2.) ist das einzige gemeinsame Kind des Erblassers und der Beteiligten zu 1.) und zugleich der einzige Abkömmling des Erblassers.

Der Erblasser hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Zum Nachlass des Erblassers gehört neben Vermögenswerten in Deutschland auch ein hälftiger Miteigentumsanteil an einer Immobilie in Schweden.

Auf Antrag der Beteiligten zu 1.) hat das Nachlassgericht unter dem 30.05.2016 (Bl. 19 d.A.) einen nationalen Erbschein erteilt, wonach der Erblasser aufgrund gesetzlicher Erbfolge unter Anwendung deutschen Rechts von den Beteiligten zu 1.) und 2.) je zur Hälfte beerbt worden ist.

In notarieller Verhandlung vom 16.06.2016 (Bl. 24/25 d.A.) hat die Beteiligte zu 1.) beantragt, ihr ein Europäisches Nachlasszeugnis nach der EuErbVO auszustellen, das ebenfalls sie und den Beteiligten zu 2.) aufgrund gesetzlicher Erbfolge als Miterben je zur Hälfte ausweist. Als Zweck des Nachlasszeugnisses gibt sie an, es solle für die Umschreibung der Eigentümerstellung an dem in Schweden gelegenen Grundstück verwendet werden.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ist im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1931 BGB geregelt und lautet wie folgt:

§ 1931 BGB lautet (soweit für die Entscheidung im vorliegenden Fall relevant):

“(1) Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. 2Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.

(2)...

(3) Die Vorschrift des § 1371 BGB bleibt unberührt.

(4) ...”

§ 1371 BGB lautet (soweit für die Entscheidung im vorliegenden Fall relevant):

“(1) Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Falle einen Zugewinn erzielt haben.

(2) ...

(3) ...

(4) ...”

Das Nachlassgericht –Amtsgericht Schöneberg– hat den Antrag der Beteiligten zu 1.) auf Erlass des Europäischen Nachlasszeugnis zurückgewiesen mit der Begründung, der Erbteil der Beteiligten zu 1.) könne, soweit er auf der Regelung des §1371 Abs. 1 BGB beruhe, nicht in das Nachlasszeugnis aufgenommen werden, weil es sich um eine Regelung des ehelichen Güterrechts handele, die nicht unter den Anwendungsbereich der EuErbVO falle.

Dagegen richtet sich die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1.) vom 27.07.2016 (Bl. 35/36 d.A.), mit der sie ergänzend hilfsweise beantragt, das Europäische Nachlasszeugnis mit den Erbquoten wie beantragt zu erteilen mit dem Hinweis, dass das Erbrecht der Ehefrau zu einem Viertel auf einer güterrechtlichen Regelung beruht und dieses Viertel deshalb lediglich informatorisch aufgenommen worden sei.

#### **II.**

Unter Aussetzung des Verfahrens ist gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

Die Entscheidung über die Beschwerde der Antragstellerin hängt von der – weder offenkundigen noch bereits geklärten– Beantwortung der vorgelegten Fragen ab.

1. Das mit dem Hauptantrag verfolgte Begehren der Beteiligten zu 1.) ist auf die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gerichtet, das die Beteiligte zu 1.) und den Beteiligten zu 2.) als Miterben je zur Hälfte ausweist, wobei die hälftige Miterbenstellung der Beteiligten zu 1.) auf § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB (ein Viertel) und 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht.

a.) Der Beschwerde der Beteiligten zu 1.) käme im Hauptantrag ohne weiteres Erfolg zu, wenn die Regelung in § 1371 Abs. 1 BGB, die im Falle der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten einen pauschalen Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten um ein Viertel vorsieht, in den Anwendungsbereich der EuErbVO fiel.

Der Senat würde dies mit dem Nachlassgericht verneinen wollen.

aa.) Gemäß Art. 1 Abs. 1 EuErbVO ist die Verordnung anzuwenden „auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen“. Gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO sind vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen „Fragen des ehelichen Güterrechts sowie des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten.“

Davon ausgehend kann der Erbteil der Beschwerdeführerin, soweit er auf der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht, dann in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden, wenn es sich bei § 1371 Abs. 1 BGB um eine Regelung der „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuErbVO, also um eine erbrechtlich zu qualifizierende Norm handelt.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a) bezeichnet der Begriff „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge.

In der deutschen Literatur ist streitig, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB danach als erbrechtliche oder als eine güterrechtliche Norm im Sinne des Art. 1 EuErbVO anzusehen ist.

Nationalrechtlich wird sie von der weit überwiegenden Meinung (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 13.05.2015 zum Az. IV ZB 30/14, ErbR 2015, 433 – 436, zitiert nach juris, dort Leitsatz und Rdnr. 19 ff) als güterrechtlich qualifiziert. Auch aus europarechtlicher Sicht wird die Norm überwiegend nicht dem Erbrecht, sondern dem ehelichen Güterrecht zugeordnet (vgl. Weber, Interdependenzen

zwischen Europäischer Erbrechtsverordnung und Ehegüterrecht, DNotZ 2016, 424 ff., 430, 434; Dutta, Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn, IPRax 2015, 32, 33 je m.w.N., insbesondere zur EuGH-Rspr.; Dörner, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 505 ff., 507; Mankowski, Das erbrechtliche Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen und europäischen Internationalen Privatrecht, ZEV 2014, 121 ff., 125 f. m.w.N.; Looschelders in Nomos-Kommentar BGB, 2. Aufl., Art. 1 EuErbVO Rn. 29 ff., 31). Nur wenige sprechen sich für eine erbrechtliche Qualifikation aus (Fornasier in Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rn. 30, Kleinschmidt, Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis, RabelsZ 77 (2013), 723 ff., 757; Süß, Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEuP 2013, 725 ff., 743).

Verlässliche Kriterien zur Grenzziehung zeigen weder die EuErbVO noch die zwischenzeitlich mit Wirkung ab 29. Januar 2019 in Kraft getretene Verordnung 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (EuGüVO) bzw. der entsprechenden, parallel erlassenen Verordnung zu den vermögensrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften auf (vgl. dazu anschaulich Mankowski, ZEV 2014 a.a.O., 126 f.).

Der Senat ist mit dem Nachlassgericht der Ansicht, die Frage, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuErbVO als erbrechtliche Norm zu qualifizieren ist, müsste im Hinblick auf ihren Zweck, den Ausgleich des ehelichen Zugewinns nach Beendigung der Gütergemeinschaft herbeizuführen, verneint werden. Denn der Sinn und Zweck der Regelung ist es, den ehelichen Zugewinn im Falle der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines der Ehegatten auszugleichen; sie soll immer dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Ehwirkungen, und damit auch die Fragen des ehelichen Güterrechts nach deutschem Recht richten. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn man die Regelung dem Erbstatut unterstellen würde, weil ihr Anwendungsbereich dann auf die Fälle beschränkt würde, in denen sich die Rechtsnachfolge gemäß Art. 21 und 22 EuErbVO nach deutschem Erbrecht bestimmt.

bb.) Die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den im Hauptantrag begehrten Quoten wäre aber auch dann möglich, wenn sich der Anwendungsbereich der EuErbVO – trotz des Wortlautes des Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO – jedenfalls auf solche güterrechtlichen Regelungen erstreckt, die – wie z.B. § 1371 Abs. 1 BGB – die Folgen der Auflösung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten regeln, indem sie eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten anordnen.

Aus der Sicht des Senates lassen die in der EuErbVO enthaltenen Bestimmungen allerdings eine solche Auslegung nicht zweifelsfrei zu.

Gegen eine solche Auslegung spricht zunächst der klare Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d) EuErbVO, wonach Fragen des ehelichen Güterrechts umfassend aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen werden.

Auch die Erwägungsgründe (EG) 11 und 12 Satz 1 sprechen gegen eine solche Auslegung. Dort heißt es:

EG 11: "Diese Verordnung sollte nicht für Bereiche des Zivilrechts gelten, die nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen. Aus Gründen der Klarheit sollte eine Reihe von Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden könnten, ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden."

EG 12 S. 1: "Dementsprechend sollte diese Verordnung nicht für Fragen des ehelichen Güterrechts, einschließlich der in einigen Rechtsverordnungen vorkommenden Eheverträge, soweit diese keine erbrechtliche Fragen regeln, und des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die mit der Ehe vergleichbare Wirkungen haben, gelten."

Für eine solche Auslegung könnte jedoch der nachfolgende 2. Satz des Erwägungsgrundes 12 sprechen. Denn hier heißt es:

"Die Behörden, die mit einer bestimmten Erbsache nach dieser Verordnung befasst sind, sollten allerdings je nach den Umständen des Einzelfalls die Beendigung des ehelichen oder sonstigen Güterstandes des Erblassers bei der Bestimmung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen."

Auch könnte die Formulierung in Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 lit. b) EuErbVO dafür sprechen, dass Regelungen zur Beendigung des ehelichen Güterstandes, soweit sie sich auf die jeweiligen Erbanteile auswirken, dem Anwendungsbereich der Verordnung unterfallen. Denn hier heißt es:

Dem anwendbaren Recht unterliegen insbesondere "die Berufung der Berechtigten, die Bestimmung ihrer jeweiligen Anteile und etwaiger ihnen vom Erblasser auferlegter Pflichten sowie die Bestimmung sonstiger Rechte an dem Nachlass, einschließlich der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners;" (Abs. 2 lit. b)).

Die Befürworter dieser Auslegung (z.B. Dutta in Münchener Kommentar BGB Bd. 10, 2015, Art. 1 Rn. 18, Art. 63 EuErbVO Rn. 8, 16; Looschelders in Nomos Kommentar BGB a.a.O., Rn. 35) weisen darauf hin, dass dadurch vermieden werden könnte, dass im deutschen Erbschein und dem Europäischen Nachlasszeugnis unterschiedlich große Erbanteile des überlebenden Ehegatten und damit auch möglicher anderer gesetzlicher Erben ausgewiesen werden müssen.

Allerdings stellt es sich in diesem Zusammenhang als Problem dar, dass – solange es an einer Harmonisierung der Vorschriften zum ehelichen Güterrecht fehlt – jeder mit der Sache befasste Mitgliedstaat die Frage nach den Auswirkungen bzw. nach dem anwendbaren Güterrecht nach

seinem eigenen Kollisionsrecht prüfen müsste, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnte. Dadurch würde es an dem Entscheidungseinklang fehlen, den die EuErbVO in ihrem Anwendungsbereich herbeiführen soll, und der gerade die Basis für die Vermutungswirkung und den Gutgläubenschutz ist (Art. 69 Abs. 2 und 3 EuErbVO), die an die im Nachlasszeugnis enthaltenen Eintragungen anknüpfen. Deshalb verbietet es sich nach Ansicht des Senats, das güterrechtliche Ehegattenviertel des überlebenden Ehegatten im Nachlasszeugnis bei der Angabe des Erbrechts generell zu berücksichtigen und den erhöhten Erbteil auszuweisen (so auch die überwiegende Auffassung in der Literatur, die dieses Viertel deshalb nur informatorisch aufnehmen will: Müller-Lukoscheck, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Aufl., § 2 Rn. 335; Mankowski, ZEV 2014 a.a.O., 126; Weber a.a.O., 439 f., Dörner a.a.O., 508; Nordmeier in Nomos Kommentar BGB a.a.O., Art. 68 EuErbVO Rn. 20; für die Beschränkung auf ein gesetzliches Erbrecht, vergleichbar einem Teilerbschein: Krauß in Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2015, X. Erbschein und Europäisches Nachlasszeugnis, Rn. 311, zitiert nach juris).

b) Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass der aufgrund einer güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil jedenfalls dann im Europäischen Nachlasszeugnis mit angegeben werden kann, wenn der Sachverhalt so liegt, dass sich das durch Art. 21/22 EuErbVO bestimmte Erbstatut und das Güterstatut der Eheleute –unabhängig davon, welches Kollisionsrecht zur Anwendung kommt – nach dem Recht desselben Mitgliedstaates bestimmen. Die Formulierungen in Art. 67 Abs. 1/69 Abs. 2 EuErbVO, wonach der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht "oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht" feststeht bzw. festgestellt wurde, könnten für diese Auslegung sprechen. Gestützt wird diese Auslegung neben dem Erwägungsgrund (EG) 12 S. 2 auch durch den Sinn und Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses, eine Vereinfachung und Beschleunigung der Durchsetzung von Erbrechten mit grenzüberschreitendem Bezug zu fördern.

In der vorliegenden Fallkonstellation bestimmt sich das Erbstatut wie auch das Güterstatut der Eheleute ausschließlich nach deutschem Recht:

Deutsches Erbrecht ist nach Art. 21 EuErbVO anwendbar, weil der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin hatte;

Deutsches Güterrecht ist anwendbar, weil beide Eheleute zur Zeit der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen und ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik hatten. Das gilt im Inland nach Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1, 15 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB) und in Schweden nach § 4 des Gesetzes über internationale Fragen betreffend das eheliche Güterrecht und das Güterrecht Zusammenlebender vom 23. Mai 1990, (Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Mai 2015, Schweden, S. 45).

Da aufgrund der Zweckbestimmung, die die Beteiligte zu 1.) im Antrag angegeben hat, die Verwendung des Nachlasszeugnisses zudem auf den im Antrag genannten Einsatz in Schweden beschränkt bleibt, befürwortet der Senat im vorliegenden Fall die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den von der Beteiligten zu 1.) im Hauptantrag begehrten Quoten.

2. Nur wenn die Fragen zu 1. und 2. insgesamt verneint werden, müsste der Senat über den mit der Beschwerde gestellten Hilfsantrag der Beteiligten zu 1.) entscheiden. Dann stellt sich die Frage, ob Art. 68 lit. h) oder lit. l) EuErbVO in Verbindung mit dem Erwägungsgrund (EG) 12 eine "wenigstens" informatorische Aufnahme des erhöhten Erbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB gestattet. Der Senat würde diese Frage verneinen wollen, weil eine solche "Information", der ohnehin nicht die Vermutungswirkung und der Vertrauensschutz nach Art. 69 Abs. 2 und 3 EuErbVO zukommen könnte, dem Bestreben, mit dem Europäischen Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt (vgl. Art. 67 Abs. 1 S. 2 EuErbVO) zu schaffen, das in jedem Mitgliedstaat unproblematisch verwendet werden kann, zuwider liefe.

## **FamFG §§ 105, 343; EuErbVO Artt. 4, 64**

KG, Beschluss vom 10.01.2017 – 6 W 125/16  
(Vorlage an den EuGH)

### **Zur internationalen Zuständigkeit für die Erteilung eines deutschen Erbscheins**

## **Gründe**

### **I.**

Der am 28. November 2015 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich verstorbene Erblasser war französischer Staatsbürger. Er hinterlässt zwei leibliche Söhne, den Antragsteller und seinen Bruder; die Ehefrau des Erblassers ist vorverstorben.

Nachlass befindet sich in Frankreich und Deutschland. Ein vom Tribunal d'Instance Saint Avold am 08. März 2016 erlassenes französisches Nachlasszeugnis (Certificat d'Héritier) weist den Antragsteller und seinen Bruder als Erben je zu ½ aus.

Der Antragsteller hat mit notarieller Erbscheinsverhandlung vom 31. August 2016, gerichtet an das nach deutschem Verfahrensrecht – §§ 105, 343 Abs. 3 S. 1 FamFG – zuständige Amtsgericht Schöneberg in Berlin, die Erteilung eines gegenständig beschränkten Fremdrechts-Erbscheins beantragt, wonach er und sein Bruder hinsichtlich des in Deutschland belegenen Nachlassteils den Erblasser in Anwendung französischen Rechts je zur Hälfte beerbt haben.

§ 105 FamFG (in der Fassung vom 17.12.2008, gültig seit dem 1.9.2009, BGBl. I 2008 S. 2586 ff.) lautet wie folgt:

"In anderen Verfahren nach diesem Gesetz sind die deutschen Gerichte zuständig, wenn ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist."

Die örtliche Zuständigkeit in Nachlasssachen bestimmt sich nach § 343 FamFG. Dieser lautet in der Fassung des zum 17. August 2015 in Kraft getretenen Gesetzes "zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften" vom 29.06.2015 (kurz: IntErbRVG, BGBl. I 2015, S. 1042 ff.) wie folgt:

"(1) Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

(2) Hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte.

(3) Ist eine Zuständigkeit nach den Absätzen 1 und 2 nicht gegeben, ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig, wenn der Erblasser Deutscher ist oder sich Nachlassgegenstände im Inland befinden.

Das Amtsgericht Schöneberg in Berlin kann die Sache aus wichtigem Grund an ein anderes Nachlassgericht verweisen."

Mit Beschluss vom 17. November 2016 hat sich das Amtsgericht Schöneberg gemäß Art 4 i.V.m. Art 15 EuErbVO für unzuständig erklärt und dies mit Beschluss vom 28. November 2016 damit begründet, dass die Regelung des § 105 FamFG für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nicht herangezogen werden dürfe, weil sie gegen höherrangiges Europarecht, nämlich Art. 4 EuErbVO verstoße, wonach für alle Erbangelegenheiten (international) ausschließlich die Gerichte desjenigen Mitgliedstaates zuständig seien, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Antragstellers vom 29. November 2016, per Fax beim Nachlassgericht eingegangen am selben Tag.

### **II.**

Unter Aussetzung des Verfahrens ist gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Die Entscheidung über die Beschwerde des Antragstellers hängt von der – in der Literatur streitigen und noch nicht geklärten – Beantwortung der vorgelegten Frage ab.

Die Beschwerde ist zulässig und hätte in der Sache Erfolg, wenn sich die internationale Zuständigkeit des angerufenen Nachlassgerichts vorliegend nicht nach Art. 4 EUerbVO, sondern nach § 105 FamFG bestimmen würde. Dies wiederum wäre der Fall, wenn die Frage, welches Gericht für den Erlass der nationalen Nachlasszeugnisse international zuständig ist, nicht dem Regelungsbereich des Art. 4 EuErbVO unterfiele.

Anders als das Nachlassgericht erachtet der Senat das Amtsgericht Schöneberg in Berlin gemäß §§ 105, 343 Abs. 3 S. 1 FamFG für international zuständig, den beantragten gegenständlich beschränkten Fremderbschein zu erteilen. Denn der deutsche Gesetzgeber hat mit dem IntErbRVG unter Artikel 11 (Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) nur die Vorschrift des § 343 FamFG zur örtlichen Zuständigkeit geändert, ohne zugleich die Regelungen der §§ 98 – 104 FamFG zur internationalen Zuständigkeit um eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit in Erbsachen zu ergänzen. In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.03.2015 heißt es zur internationalen Zuständigkeit in Erbsachen ausdrücklich (Quelle: BT-Drs. 18/4201 S. 59):

“Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit bleibt es mangels einer besonderen Bestimmung in den §§ 98 bis 104 FamFG bei der Anwendung von § 105 FamFG. Danach kommt es für die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte allein darauf an, ob die örtliche Zuständigkeit nach § 343 FamFG gegeben ist. Betroffen hiervon sind diejenigen erbrechtlichen Verfahren mit Auslandsberührung, die nicht vom Zuständigkeitsregime der ErbVO erfasst werden wie z. B. die besondere amtliche Verwahrung nach § 342 Absatz 1 Nummer 1 FamFG sowie die Erteilung und Einziehung und gegebenenfalls Kraftloserklärung von Erbscheinen, Testamentsvollstreckerzeugnissen und sonstigen vom Nachlassgericht zu erteilenden Zeugnissen nach § 342 Absatz 1 Nummer 6 FamFG.” (Unterstreichungen durch den Senat)

Zuvor war zwar im frühen Gesetzgebungsverfahren noch angedacht gewesen (vgl. Ref-E des BMJV, zu finden u. a. über die Internetseite des Bundesgerichtshofs, dort Bibliothek - Gesetzesmaterialien - Gesetz zum Internationalen Erbrecht), über einen neu formulierten § 343 Abs. 2 FamFG für erbrechtliche Verfahren eine Verweisung auf die Zuständigkeiten nach Kap. II der EuErbVO einzuführen. Eine solche Verweisung hat jedoch keinen Eingang in den Gesetzentwurf der Bundesregierung gefunden, nachdem sich diverse Interessenverbände (z.B. der Deutsche Anwaltsverein, Stellungnahme Nr. 32/2014 vom 26. Juni 2014, und der Deutsche Notarverein, Schreiben vom 04. Juni 2014, beide ebenfalls zu finden über die Internetseite des Bundesgerichtshofs, dort Bibliothek – Gesetzesmaterialien – Gesetz zum Internationalen Erbrecht) in Stellungnahmen gegen eine solche Regelung ausgesprochen hatten; dies mit dem Hinweis, ein nationaler Erbschein könnte dann nur noch in den Fällen beantragt werden, in denen der Erblasser, selbst wenn er deutscher Staatsangehöriger war, seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, wodurch ein gegenständlich beschränkter Fremderbschein gemäß § 2369 BGB a.F. (ab dem 17. August 2015: § 352 c FamFG) nicht mehr erteilt werden könnte.

Soweit § 343 Abs. 1 FamFG durch das IntErbRVG eine Änderung erfahren hat, betrifft dies lediglich die Anknüpfung der örtlichen Zuständigkeit, die sich nun nicht mehr nach dem letzten Wohnsitz, sondern nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers richtet. Dies erfolgte nach der Gesetzesbegründung (a.a.O.) um einen Gleichlauf der Zustän-

digkeiten zu gewährleisten in den Fällen, in denen deutsche Nachlassgerichte sowohl nach Art.4 EuErbVO als auch nach § 105 FamFG zuständig sind und der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers nicht mit seinem letzten Wohnsitz übereinstimmt. Mit § 343 Abs. 2 FamFG sollte ein Gleichlauf mit § 34 Abs. 3 S. 2 IntErbRVG für das Verfahren zur Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses hergestellt werden, wenn der Erblasser zu einem früheren Zeitpunkt einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte (Gesetzesbegründung a.a.O.). Mit § 343 Abs. 3 FamFG hat der Gesetzgeber für die Fälle, in denen der Erblasser weder seinen letzten noch einen früheren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hatte, jedoch ein Bezug zum Inland durch die deutsche Staatsangehörigkeit des Erblassers oder durch Nachlassvermögen im Inland besteht, das Bedürfnis gesehen, dass ein deutsches Nachlassgericht tätig wird, und deshalb zentral das Amtsgericht Schöneberg in Berlin als zuständiges Gericht bestimmt.

Damit sind nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch im zeitlichen Geltungsbereich der EuErbVO die deutschen Nachlassgerichte weiterhin nach den Vorschriften des § 105 FamFG international zuständig für die Erteilung eines nationalen Erbscheines, wenn Nachlassvermögen im Inland vorhanden ist, selbst wenn der Erblasser – wie vorliegend – seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland hatte (vgl. Müller-Lukoschek, Die neue EuErbVO, 2. Auflage § 2 D Rdnr. 28; Döbereiner, “Das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein”, NJW 2015, 2249, 2253 zu V. 4.).

Allerdings genießen die Vorschriften der EuErbVO als Europarecht verdrängenden Anwendungsvorrang gegenüber dem autonomen Recht der Mitgliedsstaaten (Art. 288 Abs. 2 AEUV; § 97 Abs. 1 S. 2 FamFG), mit der Folge, dass die Vorschriften des nationalen Rechts nicht angewendet werden dürfen, wenn sie gegen höherrangiges Europarecht verstoßen.

Die Entscheidung der Frage, ob das Amtsgericht Schöneberg international für die Erteilung des beantragten Erbscheins zuständig ist, hängt deshalb von der Beantwortung der Vorlagefrage ab. Denn wenn der Europäische Ordnungsgeber im Rahmen der EuErbVO neben der internationalen Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für die Erteilung des mit der Verordnung neu eingeführten Europäischen Nachlasszeugnisses zugleich auch die internationale Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für den Erlass ihrer gemäß Art 62 Abs. 3 S. 1 EuErbVO weiterhin zu erteilenden nationalen Erbschaftszeugnisse regeln wollte und geregelt hat, wäre für eine nationale Regelung, die davon abweicht, kein Raum. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung des Art. 4 EuErbVO ermittelt werden. Hierzu werden in der deutschen Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten.

So sind u. a. Prof. Dr. Zimmermann in: Keidel, FamFG, 19. Auflage, 2017, § 343 Rn. 11 bis 13 und § 352e Rn. 3 (ebenso in: Zimmermann, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Auflage 2016, Rdnr. 154), Prof. Dr. Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Auflage 2015, § 2 Rn. 27 und 29 sowie Prof. Dr. Dr. Grziwotz, in dem Aufsatz “Erbscheinsverfahren neu geregelt”, FamRZ

2016, 417, 425 der Ansicht, Art. 4 EuErbVO regelt für nach Inkrafttreten der EuErbVO eingetretene Erbfälle auch die internationale Zuständigkeit für die Erteilung eines nationalen Nachlasszeugnisses und begründen dies u. a. damit, dass es Ziel der Verordnung gewesen sei, die internationale Zuständigkeit sowohl hinsichtlich der streitigen als auch hinsichtlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem anwendbaren Recht zu vereinheitlichen, um so zu einer Nachlasseinheit zu kommen (Grziwotz a.a.O.). Auch nach Fornasier in: Dutta/Weber, Beck'sche Kurz-Kommentare, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 64 EuErbVO Rdnr. 4 und Lein a.a.O., Vorbem. Art. 4 Rn. 31 gilt Art. 4 EuErbVO auch für mitgliedstaatliche Erbscheinsverfahren. Dafür spricht sich auch Prof. Dr. Dutta in ihrem Aufsatz "Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandminiaturen" in IPPrax 2015, S. 32 ff., 37 f., aus.

Dagegen sehen z.B. Dr. Weber/Schall "Internationale Zuständigkeit für die Erteilung deutscher Erbscheine: (k)eine Frage der Europäischen Erbrechtsverordnung?", NJW 2016, S. 3564 ff., Dr. Wagner/Dr. Fenner, "Anwendung der EU-Erbrechtverordnung in Deutschland", FamRZ 2015, S. 1668 ff., 1674, Dr. Döbereiner, "Das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein", NJW 2015, S. 2449 ff., 2453 und Wall, "Richtet sich die internationale Zuständigkeit zur Erbscheinerteilung zukünftig ausschließlich nach Art. 4 ff EU-ErbVO?", ZErB 2015, S. 9 ff. keinen Anwendungsvorrang des Art. 4 EuErbVO, weil die Erteilung mitgliedstaatlicher Erbscheine nicht in den Anwendungsbereich der Zuständigkeitsregelungen der Verordnung fällt. Diese Meinung entspricht der Auffassung verschiedener Kommentatoren (u. a.: Engelhardt, in: Keidel a.a.O. § 105 Rn. 37; Martiny, in: Schulte-Buhnert/Weinreich, FamFG, 5. Auflage, 2016, § 105 Rn. 16; Burandt in: Schulte-Buhnert/Weinreich a.a.O. § 343 Rn. 10; Palandt-Weidlich, BGB, 76. Auflage, § 2353 Rn. 8.; Staudinger/Herzog (2016) BGB § 2353 Rn. 277 und Einl Rn. 56, 92 zu §§ 2353 ff.).

Da die Auslegung des Art. 4 EuErbVO verordnungsautonom erfolgen muss, ist sie dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten.

Der Senat würde sich einer Auslegung im Sinne des angefochtenen Beschlusses (Verdrängung des § 105 FamFG durch Art. 4 EuErbVO) aus den nachfolgenden Erwägungen nicht anschließen wollen:

1. Eine ausdrückliche Regelung zur internationalen Zuständigkeit für den Erlass der durch das Europäische Nachlasszeugnis nicht verdrängten nationalen Nachlasszeugnisse der Mitgliedsstaaten – wie sie sich aber in Art. 64 EuErbVO für das Europäische Nachlasszeugnis findet – enthält die EuErbVO nicht.
2. Dafür, dass der Europäische Ordnungsgeber davon ausgegangen ist, dass er – ohne dies ausdrücklich, wie aber für das Europäische Nachlasszeugnis in Art. 64 Abs. 1 EuErbVO geschehen, zu regeln – allein über die Regelungen in Kapitel II der Verordnung zur Zuständigkeit in Art. 4 ff EuErbVO die internationale Zuständigkeit für die Erteilung

der nationalen Erbnachweise in den Mitgliedsstaaten ab dem 17. August 2015 abschließend bestimmen wollte und bestimmt hat, fehlen konkrete Anhaltspunkte.

3. Vielmehr rechtfertigt die Regelung in Art. 64 Abs. 1 EuErbVO zur Zuständigkeit für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses die Feststellung des Gegenteils. Denn diese Regelung, die bestimmt, dass das Europäische Nachlasszeugnis in dem Mitgliedsstaat ausgestellt wird, dessen Gerichte nach den Artikeln 4, 7, 10 oder 11 der Verordnung zuständig sind, wäre überflüssig, wenn sich die internationale Zuständigkeit für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses bereits originär aus den Regelungen in Kapitel II der Verordnung ergeben würde. Auf dieser Basis liegt die Feststellung, nach der Auffassung des Ordnungsgebers würde sich die internationale Zuständigkeit zwar nicht für das Europäische Nachlasszeugnis, wohl aber für die nationalen Nachlasszeugnisse der Mitgliedsstaaten direkt aus Art. 4 EuErbVO ergeben, fern. Es ist vielmehr schon im Hinblick auf die Feststellung in Art. 62 Abs. 3 S. 1 EuErbVO davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber, hätte er auch die Internationale Zuständigkeit für den Erlass der nationalen Erbscheine im Gleichlauf mit der Internationalen Zuständigkeit für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses regeln wollen, eine dem Art. 64 Abs. 1 EuErbVO entsprechende Regelung für die nationalen Nachlasszeugnisse in die Verordnung aufgenommen hätte.
4. Selbst wenn man annehmen würde, dass die EuErbVO die internationale Zuständigkeit für die Erteilung nationaler Erbnachweise nicht positiv ausschließt, käme der vom Nachlassgericht angenommene Anwendungsvorrang der Art. 4 ff EuErbVO nicht zur Anwendung. Denn ein solcher würde nur bestehen, wenn die Erteilung eines Erbscheins nach § 352 e FamFG eine gerichtliche Entscheidung im Sinne der Art. 4 ff. EuErbVO darstellen und in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar geht die Erteilung des Erbscheins auf einen Beschluss im Sinne des § 352 c FamFG zurück, dieser enthält jedoch nur Tatsachenfeststellungen und keine Regelungen, die der Rechtskraft fähig wären. Aus eben diesem Grund stellt auch das Europäische Nachlasszeugnis nach allgemeiner Ansicht keine gerichtliche Entscheidung dar. Dafür, dass auch der Europäische Ordnungsgeber die Ausstellung eines Nachlasszeugnisses nicht als Entscheidung im Sinne des Art. 4 EuErbVO angesehen hat, spricht die Regelung in Art. 64 EuErbVO. Denn einer solchen Verweisungsregelung hätte es nicht bedurft, wenn es sich bei der Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses um eine "Entscheidung in Erbsachen" im Sinne des Art. 4 EuErbVO handeln würde.

## Buchbesprechungen

Keidel

### FamFG. Kommentar

19., überarbeitete Auflage 2017, Verlag C. H. Beck

3326 Seiten, 149,- Euro

**Die führende Kommentierung des FamFG berücksichtigt alle Neuerungen bis Ende 2016. Neu sind insbesondere Vorschriften zum Europäischen Nachlasszeugnis, zum IntErbRVG mit seinen Auswirkungen auf das Nachlassrecht und das Therapieunterbringungsgesetz (ThUG). Besonders aktuell ist die Neuauflage durch die Erstkommentierung des Gesetzes vom 11.10.2016 zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des FamFG mit den neuen Normen §§ 155b, 155c und 163a.**

Die Notare und die notarielle Praxis scheinen auf den ersten Blick nur am Rande des FamFG tangiert zu sein. Der Notar, der ermächtigt ist, die Eintragung beurkundeter Bewilligungen und Anträge herbeizuführen, muss auch als ermächtigt zur Entgegennahme von Genehmigungserklärungen gelten, die zum Vollzug der Eintragung erforderlich sind (§ 11 Rn. 7).

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 15 GBO genügt grundsätzlich die Versicherung des Notars, von dem Beteiligten hierzu bevollmächtigt worden zu sein (§ 11 Rn. 7; KG Berlin notar 2015, 19). Für den Notar besteht in Registersachen die Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG; dem deutschen Notar stehen der Notarvertreter und der Notariatsverwalter gleich (§ 378 Rn. 4). Die Antragstellung kann durch sog. Eigenurkunde des Notars erfolgen. Zu Recht wird im Kommentar die Meinung vertreten, dass der notariellen Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO die Vollmachtsurkunde nicht beigelegt werden muss (§ 386 Rn. 10).

Ein Rechtsmittelverzicht kann erst nach Erlass der Entscheidung erfolgen, nicht schon vor Erlass des Gerichtsbeschlusses (§ 67 Rn. 9). Gibt das Grundbuchamt dem Eintragungsantrag durch Eintragung statt, so entscheidet es abweichend von § 38 Abs. 1 FamFG nicht durch Beschluss (Ausnahmen in § 87 Buchst. c und § 108 GBO), sondern durch Vornahme der Eintragung (§§ 44, 129 GBO).

Selbst landesrechtlichen Besonderheiten wie das Staatliche Notariat und die Ratschreiberei in Baden-Württemberg sowie das Ortsgericht in Hessen fanden Berücksichtigung in dem vorzüglichen Werk. Der „Klassiker“ ist überall praxisorientiert – ein perfektes Handwerkszeug für den Rechtsalltag.

*Notar a.D. Professor Walter Böhringer,  
Heidenheim/Brenz*

Korintenberg

### Gerichts- und Notarkostengesetz

20. Auflage, 2017, Verlag Franz Vahlen, München

ISBN 978 3 8006 5350 8 , XXVIII, 1855 Seiten,

Preis: 159,- Euro,

**Dieser Klassiker des Kostenrechts gehört in jede Notarbibliothek. Zwar gibt es mittlerweile eine Reihe guter Nachschlage- und Lehrbuchwerke zum notariellen Kostenrecht, wer jedoch zu einem Thema einen umfassenden fundierten Überblick haben möchte, kommt am Korintenberg nicht vorbei. Wer dann im angeregten Gespräch mit Kollegen durch gemeinsames Nachschlagen eine umstrittene Frage klären kann, bekommt das Gefühl, dass auch Kostenrecht beinahe spannend sein kann.**

Das Kostenrecht dürfte für Notarinnen und Notare neben ihrem allgemeinen Berufsrecht die wichtigste (bzw. jedenfalls streit- und haftungsträchtigste) Rechtsmaterie sein. Im Umgang mit den Mandanten ist es ein besonders sensibles Terrain.

Soweit Rechtsanwälte beteiligt sind, stellt die Prüfung der notariellen Kostennote vielfach ein Element anwaltlicher Due Diligence-Prüfungen dar. Fehler in diesem Bereich wiegen auch deshalb so schwer, weil immer der Verdacht mitschwingt, die Notarin oder der Notar habe sich zu Unrecht auf Kosten der Rechtssuchenden bereichern wollen. Im umgekehrten Fall einer zu niedrigen Rechnung wird es zwar keine Beschwerden geben – der Notar oder die Notarin erhält jedoch weniger Geld als ihm oder ihr zusteht, und er oder sie verstößt gegen den Grundsatz der Erhebungspflicht notarieller Gebühren (was disziplinarrechtliche Konsequenzen haben kann).

Der Notar bzw. die Notarin ist Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO); die Gebührenerhebung steht nicht in seinem/ihrer Ermessen. Anfallende Gebühren sind zu erheben (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Verwiesen sei insbesondere auf die lesenswerten Ausführungen von Bormann zum Verbot von Gebührenvereinbarungen im vorliegenden Kommentar (§ 125 Rdnr. 1 ff., S. 964 ff.).

Doch so einfach der Grundsatz, so komplex der konkrete Einzelfall! Nr. 25102 des Kostenverzeichnisses sieht beispielsweise eine Gebühr für die Beglaubigung von Dokumenten vor, wobei ein elektronisches Dokument einem übertragenen Schriftstück gleichsteht. Wie verhält es sich nun mit den einzelnen Dokumenten, welche im Rahmen eines Kaufvertrages elektronisch an das Grundbuchamt zu versenden sind? Im Kollegenkreis sind verschiedene Stimmen zu hören und in manchem Nachschlagewerk wird lediglich kryptisch der Gesetzeswortlaut wiederholt – womit dem Anwender wenig geholfen ist. Hier zeigt Sikora (KV Nr. 25102 Rdnr. 12 f., S. 1623 f.) eine ausgewogene und zutreffende Lösung.

Einzig richtig (und sauber begründet) ist auch die Bewertung von Tiedtke zur Einholung von Löschungsbewilligungen von Grundpfandrechtsgläubigern im Rahmen eines Vollzugsauftrages (KV, Vorbemerkung 2.2, Rdnr. 10 ff., S. 1508): Fordert die Notarin bzw. der Notar eine Löschungsbewilligung bei einem Grundpfandrechtsgläubiger an (auch unter Zusendung eines Entwurfs der Löschungsbewilligung), dann handelt es sich hierbei im Regelfall um eine Vollzugstätigkeit mit entsprechender Kostenfolge.

Es ist „kein Raum für einen Kostenvergleich zwischen der Berechnung einer Entwurfsgebühr und einer Vollzugsgebühr.“ Das Hauptgeschäft ist der Kaufvertrag; die Entwurfsversendung erfolgt in diesem Zusammenhang. Beigefügt ist regelmäßig ein Schreiben an den Grundpfandrechtsgläubiger, verbunden mit Telefonaten, oftmals treuhänderischer Entgegennahme von Löschungsunterlagen usw. Gerade nicht gewollt ist ein kommentarloses Versenden eines Entwurfs an einen Dritten, gewissermaßen im luftleeren Raum. Soweit teilweise in der Literatur vertreten wird, die Abrechnung des Entwurfs mit dem Wert der Löschungsbewilligung sei ein Äquivalent zum Vollzug und der Notar bzw. die Notarin solle bloß die Entwurfsversendung abrechnen und sich nicht mit dem Vollzug beauftragen lassen, wenn dies die günstigere Alternative ist (so etwa Waldner, GNotKG für Anfänger, 9. Aufl. 2015, Rdnr. 69a), kann dem nicht gefolgt werden.

Herausgeber des Werkes sind Bengel, Otto, Reimann, Sikora und Tiedtke, deren Namen den an kostenrechtlichen Fragen Interessierten (und nicht nur in diesem Kontext) freilich bekannt sind. Bereits zur 19. Auflage und der Ablösung der KostO durch das GNotKG hatte sich die Autorenschaft stark verändert – es handelt sich durchgehend um ausgewiesene Kostenrechtsexperten (Notariat und Rechtspfleger) in einer Liga mit den Herausgebern.

Ergänzt wird die Kommentierung des Gesetzes durch einen hilfreichen von Wilsch betreuten Anhang zu Gerichtskostenbefreiungen nach fG-Nebengesetzen (S. 1731 ff.). Die Darstellung des Werkes ist übersichtlich, das Layout gediegen, der Umfang mit 1855 Seiten (ohne Vorwort und einleitende Verzeichnisse) enorm und der Inhalt im Falle der von mir überprüfen Textstellen wie gesagt sehr gut – eine Qualität für die die Namen der Autorinnen und Autoren bürgen.

Das notarielle Kostenrecht ist nicht in Stein gemeißelt, sondern unterliegt dauernder Veränderung. Der Kommentar ist am 2. Mai 2017 erschienen und berücksichtigt die Rechtslage bis zum 1. November 2016 und hat somit hohe Aktualität; die ständige Nachjustierung des notariellen Kostenrechts durch den Gesetzgeber und die Interpretation durch die Rechtsprechung werden dazu führen, dass der 1936 zum ersten Mal herausgegebene Kommentar sicherlich noch eine 21. Auflage (und folgende) erfahren wird – der Rezensent wird sich jedenfalls stets um die aktuelle Auflage bemühen.

---

*Dr. Dr. Matthias Damm, Richter als Notarvertreter, Adelsheim*

Sagasser/Bula/Brünger

## Umwandlungen – Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung

5. Aufl., 2017, Verlag C. H. Beck

ISBN: 978 3 406 70693 6, Preis: 159,- Euro

**Vor dieser Buchbesprechung musste ich mit Erschrecken feststellen, dass ich von diesem Werk zum Umwandlungsrecht noch nicht wirklich viel gehört hatte. Nach Durchsicht und Arbeit mit dem Buch in der Praxis kann ich dieses jedoch nur jeder Kollegin und jedem Kollegen weiterempfehlen. Zwar ist der Preis mit 159,- Euro etwas hoch, doch kriegt man hier wirklich viel für sein Geld. Was genau, das soll im Folgenden näher dargestellt werden.**

Das Werk wird von in Duisburg, Düsseldorf, München und Hamburg ansässigen SteuerberaterInnen, WirtschaftsprüferInnen, RechtsanwältInnen und NotarInnen bearbeitet. Es ist in acht Teile eingeteilt.

Teil 1 dient der Einführung und stellt die Entstehungsgeschichte des Umwandlungsrechts dar.

Teil 2 hat die Grundzüge des Umwandlungsrechts zum Gegenstand. Dort werden der Anwendungsbereich des UmwG und des UmwStG, die Ziele des Umwandlungsrechts und Umwandlungssteuerrechts, die handelsrechtliche Bewertung und Rechnungslegung sowie arbeits- und kartellrechtliche Aspekte des Umwandlungsrechts dargestellt.

Teil 3 widmet sich der Verschmelzung und erörtert die Beweggründe für eine Verschmelzung, die umwandlungsrechtlichen Regelungen sowie die handels- und steuerrechtlichen Fragen der Verschmelzung.

Teil 4 lenkt den Blick sodann auf grenzüberschreitende Verschmelzungen europäischer Kapitalgesellschaften. In diesem Abschnitt werden zunächst die europäischen Grundlagen und das deutsche Recht, sodann die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten, die Verschmelzung europäischer Gesellschaftsformen, die Rechnungslegung und der Jahresabschluss und schließlich die steuerrechtlichen Regelungen zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen sowie Auslandsverschmelzungen mit Inlandsberührung bearbeitet.

Die Spaltung ist sodann Gegenstand der Ausführungen in Teil 5. Zunächst wird hierbei deren Bedeutung und die Rechtsentwicklung aufgezeigt, bevor die spaltungsrechtlichen, handelsbilanziellen und steuerrechtlichen Regelungen Erörterung finden.

Der Vermögensübertragung ist Teil 6 gewidmet. Auch hier werden zunächst Begriff und Rechtsentwicklung, sodann umwandlungsrechtliche, handelsbilanzielle und steuerrechtliche Regelungen vorgestellt.

Teil 7 widmet sich sodann dem Formwechsel und zeigt wiederum die Beweggründe für einen Formwechsel, die umwandlungsrechtlichen, handelsbilanziellen und steuerrechtlichen Regelungen hierfür auf.

Den Abschluss bildet Teil 8, der sonstige Umwandlungsvorgänge im Auge hat und dabei alternative Gestaltungsformen der Gesamtrechtsnachfolge, den Anteilstausch, steuerliche Alternativen bei Umstrukturierungen mit Einzelrechtsnachfolge und die grenzüberschreitende Sitzverlegung behandelt.

Insgesamt wird das Umwandlungsrecht somit auf 1775 Seiten (ohne Sachverzeichnis) dargestellt. Ohne Verzeichnis der enthaltenen Formulierungsvorschläge sind die zahlreichen im Werk enthaltenen Formulierungsvorschläge am Ende jedes Teils leider nicht sofort erkennbar.

In Teil 3 (S. 277 ff.) finden sich etwa Formulierungsbeispiele für

- die Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH zur Aufnahme,
- für die Verschmelzung einer Mutter-GmbH auf die Tochter-GmbH zur Aufnahme,
- für die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften durch Aufnahme,
- für die Verschmelzung zweier oHG's zur Aufnahme,
- für die Verschmelzung einer Schwester-GmbH auf eine Schwester-GmbH & Co. KG,
- für die Verschmelzung einer Ein-Mann-GmbH auf ihren Alleingesellschafter,
- für die Verschmelzung einer KG auf eine GmbH zur Aufnahme,
- für die Verschmelzung zweier Genossenschaften zur Aufnahme,

- die Verschmelzung zweier Vereine durch Aufnahme,
- für die Verschmelzung einer ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft auf eine deutsche Mutter-GmbH zur Aufnahme,
- für die Verschmelzung einer deutschen Tochter-GmbH auf eine ausländische Muttergesellschaft (hier: niederländische B.V.),
- für die Verschmelzung einer ausländischen Aktiengesellschaft auf eine deutsche Aktiengesellschaft durch Aufnahme zur SE.

Ähnlich viele Formulierungsvorschläge finden sich im Bereich der Spaltung auf den S. 1228 ff. und dem Formwechsel auf den S. 1564 ff. In Zukunft sollte das Werk jedoch um ein Verzeichnis der Formulierungsvorschläge ergänzt werden, damit auch der eilige Leser / die eilige Leserin all dies leicht findet.

Ein angenehmes Schriftbild und zahlreiche Übersichten runden das überaus positive Bild ab. Wie immer bei Dünndruckpapier schimmern die vorhergehende und nachfolgende Seite leider durch.

Das Werk stellt damit eine gute Ergänzung jeder Notariatsbibliothek dar und kann auch ohne das von Engl herausgegebene Formularbuch Umwandlungen, 4. Aufl., welches in der gleichen Reihe des C.H. Beck Verlags erschienen ist, gute Dienste in der notariellen Praxis des Umwandlungsrechts leisten.

---

*Dr. Peter Becker,*

*Notar in Tauberbischofsheim / Schwäbisch Gmünd.*



Wir suchen

## **eine/n Württ. Notariatsassessor/in**

zum sofortigen oder auch späteren Eintritt zur Verstärkung unseres Teams.

Unsere gewachsene Kanzlei bietet Ihnen einen sicheren und unbefristeten Arbeitsplatz in einer angenehmen Arbeitsatmosphäre, über die wir alle sehr glücklich sind.

Die Kanzlei liegt in verkehrsgünstiger, zentraler Lage in der Innenstadt von Stuttgart. Im Herbst beziehen wir neue Räumlichkeiten im Dorotheen Quartier, welches im Herzen von Stuttgart gebaut und dieser Tage eröffnet wurde.

Es erwarten Sie schöne Kanzleiräume und eine eigene Mitarbeiterlounge, in der wir täglich einen vor Ort frisch gekochten Mittagstisch anbieten.

Neben einer leistungsgerechten Bezahlung ersetzen wir Ihnen Ihre täglichen Fahrtkosten. Sollte Ihr Einstieg bei uns mit einem Umzug Ihrerseits nach Stuttgart verbunden sein, so sind wir auch für die Gewährung eines Umzugskostenzuschusses offen.

Weitere Kanzleinformationen finden Sie auf unserer Homepage unter **[www.notare-sgb.de](http://www.notare-sgb.de)**

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich  
Notare Schneider | Gruner | Blochinger  
z.H. Herrn Blochinger  
Marienstraße 5, 70178 Stuttgart

oder auch sehr gerne per mail an: [dieter.blochinger@notare-sgb.de](mailto:dieter.blochinger@notare-sgb.de)

Zur Verstärkung meines Teams suche ich zum baldigen Eintritt eine(n)

### Württ. Notariatsassessor/in

für eine unbefristete Voll- oder Teilzeittätigkeit.

Ihr Aufgabenbereich umfasst die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit. Wenn Sie an eigenverantwortlicher Arbeit, auch eigener Beurkundungstätigkeit im Rahmen von Urlaubsvertretungen, und einer längerfristigen Zusammenarbeit interessiert sind – auch denkbar sind flexible Teilzeillösungen – erbitte ich Ihre Bewerbungsunterlagen direkt an mich.

Ich biete Ihnen ein gutes Betriebsklima, leistungsgerechte Bezahlung und einen modernen Arbeitsplatz.

#### Notar Karl Traub

Einsteinstraße 55 • 89077 Ulm

Tel. 0731 / 159 37-710

E-Mail: [ktraub@t-online.de](mailto:ktraub@t-online.de)

### Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel überregional in Süd- und Südost-Baden-Württemberg einschließlich der Ballungsräume S, ES, LB und HN

Die psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel in Münsingen ist Ihr Ansprechpartner für psychologische Sachverständigengutachten u.a.

zur Fragestellung der

#### gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB.

Diese Gutachten erhalten Sie i.d.R. innerhalb von 3 Wochen.

Telefon: 07381 – 4370

Mail: [praxis-holzapfel@gmx.de](mailto:praxis-holzapfel@gmx.de)

Homepage: [www.praxis-holzapfel.de](http://www.praxis-holzapfel.de)



**+ Wir planen Ihr neues Notariat**

Das kompetente Fachpersonal von büroform Mannsperger gestaltet mit Ihnen Unternehmensräume, die notarspezifische Tätigkeiten unterstützen und ein konzentriertes, diskretes Arbeiten ermöglichen. Von der Planung, über Projektierung bis hin zur kompletten Umsetzung realisieren wir Ihren Arbeitsplatz der Zukunft.

**büroform**  
MANNSPERGER  
BÜRO + OBJEKTDISIGN

Gottlieb-Daimler-Str. 50  
71711 Murr  
Tel. 07144 897278-0

Paulinenstr. 51  
70178 Stuttgart  
Tel. 0711 674184-15

[www.bueroform.de](http://www.bueroform.de)

## Worauf Sie achten sollten...

### Fachversicherungsmakler für die rechts- und wirtschafts-beratenden Berufe

Bartmannstraße 32  
50226 Frechen

Telefon 02234.95354-0  
Telefax 02234.95354-99

info@vonlauffundbolz.de  
www.vonlauffundbolz.de

Frechen/Köln | Hamburg | München | Wien

Ihre direkte Durchwahl:  
02234 95354-18



Offizieller Sponsor  
**JUV**  
AWARDS



### ... ist eine passgenaue Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Als unabhängige Spezialisten verfügen wir über langjährige und umfangreiche Erfahrung in der Gestaltung des individuellen Versicherungsschutzes hunderter Nur-Notare.

#### Unsere Dienstleistung beinhaltet insbesondere

- Ermittlung der erforderlichen Versicherungssumme
- Optimierung der Absicherung durch exklusive Rahmenvereinbarungen (Personen-, Sach- und Haftpflichtrisiken)
- Maßgeschneiderte Lösungen bei Einzelversicherungen
- Betreuung im Schadenfall durch spezialisierte Volljuristen
- Kohärente Schadenbearbeitung durch Betreuung der Gruppenanschlussversicherung
- Rund-um-Betreuung aus einer Hand inklusive Sach- und Personenversicherung rund um das Notariat

Eine Mitgliedschaft im Notarverein ist begrüßenswert, aber **nicht** erforderlich – freie Wahl des Versicherers.

#### Ihre Berufshaftung: Fragen Sie den Marktführer!

Unser qualifiziertes Team berät Sie gerne  
– ohne Zusatzkosten.

**VON LAUFF UND BOLZ**  
Versicherungsmakler GmbH