

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt	Seite
Tracking stock	73
Hammerschlags- und Leiterrecht	83
Rechtsprechung	86
Buchbesprechungen	96

4/2002

Juni/Juli

Wer pflegt mein Grab?

Eine Frage, die sich viele Menschen stellen, sei es nun, daß sie keine Angehörigen mehr haben oder daß diese in weiter Ferne leben.

Dauergrabpflege bei Ihrem Friedhofsgärtner ist eine gute und sichere Vorsorge

Oft fällt es schwer, regelmäßig die Grabstätte der Angehörigen zu besuchen und zu pflegen. Alter oder Krankheit, Wegzug oder längerer Auswärtsaufenthalt lassen die laufende, notwendige Grabpflege erschwerlich oder unmöglich werden. Und Nachbarn oder Freunde möchte man auch nicht immer bitten. Deshalb bieten die Friedhofsgärtner in Verbindung mit den Treuhandstellen der Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G. und Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner e. G. eine Leistung, die als Dauergrabpflege schon bei einem Viertel aller Gräber angewandt wird: Die Betreuung des Grabes für

die gesamte Laufzeit der Grabstätte.

Dazu gehören die Bepflanzung nach Jahreszeit, die Erneuerung der Bepflanzung und die laufende Pflege, z. B. auch das Schneiden und Gießen der Pflanzen.

Bei Vertragsabschluß wird die Gebühr auf ein Treuhandkonto einbezahlt, das sicherstellt, daß die Leistungen während der gesamten Vertragsdauer fachgerecht und vertrauensvoll durchgeführt werden.

Ausführliche Information über die Dauergrabpflege erteilen die Genossenschaften in Karlsruhe und Stuttgart und alle angeschlossenen Fachbetriebe.

**DAUER
GRAB
PFLEGE**

Das Serviceangebot
der Friedhofsgärtner

Zu Ihrer Sicherheit:

Dauergrabpflegeverträge nur in Verbindung mit der
im Landesteil Baden
Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G.
Alte Karlsruher Straße 8, 76227 Karlsruhe
Telefon (07 21) 9 44 87-0
Telefax (07 21) 9 44 87 20
im Landesteil Württemberg
Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner
e. G.
Neue Weinsteige 160, 70180 Stuttgart
Telefon (07 11) 6 44 95-22
Telefax (07 11) 6 40 97 39

Notariat in Trostberg (Nähe Chiemsee) sucht zum
nächstmöglichen Termin eine/n engagierte/n und
motivierte/n

**Notariatsassessor/in
oder
Notarfachangestellte/n.**

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:
Notare

Wolfgang Lehnert und Georg Mehler
Vormarkt 7-9, 83308 Trostberg
Tel. (08621) 98 76-0 oder -15.

„Tracking stock“ – innovatives Mittel der Kapitalbeschaffung auch für deutsche Aktiengesellschaften?

von Andreas Böhm Württ. Notariatsassessor und cand. iur. in Konstanz

A. Grundlagen

I. Definition und Formen von tracking stock

Mit dem Begriff „tracking stock“ werden börsenfähige Gattungen von Aktien bezeichnet, deren Vermögensrechte (vor allem das Recht auf Beteiligung am Gewinn sowie das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös) auf einen bestimmten Geschäftsbereich der Emittentin (sog. „tracked unit“) beschränkt sind, dabei aber rechtlich eine Beteiligung an der Emittentin insgesamt verbrieft¹. Diese vertikale Aufteilung der Gesellschaft erfolgt nur im Verhältnis der Aktionäre zueinander² und lässt die Emittentin unverändert als einheitliche Aktiengesellschaft und juristische Person bestehen, ohne dass es zwingend zur rechtlichen Verselbstständigung der tracked unit und damit zur Entstehung eines weiteren – von der Emittentin getrennten – Rechtsträgers kommt³. Tracking stock sind somit zwar Aktien des Unternehmens insgesamt, reflektieren aber aufgrund der Beschränkung ihrer Vermögensrechte lediglich das wirtschaftliche Ergebnis ihres Geschäftsbereichs als Teil des gesamten Unternehmens⁴.

Anhand der Zusammensetzung der tracked unit – als Bezugsobjekt für die Bemessung der Vermögensrechte der tracking-stock-Aktionäre – können zwei verschiedene Formen von tracking stock unterschieden werden.

1. „Subsidiary tracking stock“

Bei den sog. „subsidiary tracking stock“ wird der betreffende Geschäftsbereich von einer 100%igen Tochtergesellschaft der Emittentin geführt, so dass diese gesamte Tochtergesellschaft die tracked unit bildet⁵. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die tracking stock nicht die Mitgliedschaft an der Tochtergesellschaft, sondern an der Emittentin als Holdinggesellschaft vermitteln und lediglich die Vermögensrechte auf den von der Tochtergesellschaft

betriebenen Geschäftsbereich bezogen sind. Diese erste Generation von tracking stock wurde in den 1980er Jahren entwickelt⁶ und insbesondere von der General Motors Corp. im Zusammenhang mit dem Erwerb der Electronic Data Systems Corp. (1984)⁷ und der Hughes Aircraft Comp. (1985)⁸ verwendet.

2. „Divisional tracking stock“

Im Gegensatz dazu besteht bei der zweiten, seit den 1990er Jahren bis heute vorherrschenden Generation von tracking stock, den sog. „divisional tracking stock“, die tracked unit aus einer (rechtlich unselbständigen) Gruppe wirtschaftlich verbundener Aktiva der Emittentin⁹. Gegenüber den subsidiary tracking stock besteht hier der Vorteil, dass keine Aufspaltung des Unternehmens in schwerer zu koordinierende Einzelgesellschaften erforderlich ist¹⁰.

II.

Abgrenzung von ähnlichen Restrukturierungsmaßnahmen

Die Restrukturierung eines Unternehmens durch die Einführung von tracking stock ist von der Abspaltung eines Geschäftsbereichs durch Börsengang einer Tochtergesellschaft (sog. „equity-carve-out“) oder durch Übertragung von Anteilen einer Tochtergesellschaft auf die bisherigen Aktionäre des Unternehmens (sog. „spin-off“) zu unterscheiden.

1. Börsengang eines Tochterunternehmens (equity-carve-out)

Bei einem equity-carve-out wird eine Minderheitsbeteiligung an einer Tochtergesellschaft an unternehmensexterne Dritte im Rahmen einer teilweisen Börseneinführung verkauft, so dass der beherrschende Einfluss der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft erhalten bleibt¹¹. Anders als bei tracking stock bildet somit nach einem equity-carve-out die Tochtergesellschaft, die den einzelnen Geschäftsbereich führt, eine eigene, zwar durch die Muttergesellschaft beherrschte aber rechtlich separate Einheit¹², an der die Investoren direkt beteiligt sind.

1 Baums, Theodor: Spartenorganisation, „Tracking Stock“ und deutsches Aktienrecht, in: Festschrift für Karlheinz Boujong, Verantwortung und Gestaltung, München 1996, S. 21 f.; Thiel, Sandra: Spartenaktien für deutsche Aktiengesellschaften, Köln 2001, S. 7, 9.

2 Thiel (FN 1), S. 9.

3 Baums (FN 1) aaO; Kessler, Wolfgang/Schürner, Carl Thomas: Stapled Stock und Tracking Stock im US-Steuerrecht, in: WPg 2001, 1043.

4 Brauer, Ulrich G.H.: Die Zulässigkeit der Ausgabe von sog. „Tracking Stocks“ durch Aktiengesellschaften nach deutschem Aktienrecht, in: AG 1993, 324; Flick, Hans F.W.: Tracking Stock: Einfache Lösung für komplizierte Probleme, in: IStR 1995, 232; Sieger Jürgen J./Hasselbach, Kai: „Tracking Stock im deutschen Aktienrecht“, in: BB 1999, 1277; Thiel (FN 1), S. 7.

5 Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1042; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1277 f.

6 Natusch, Ingo: „Tracking Stock“ als Instrument der Beteiligungsfinanzierung diversifizierter Unternehmen, Köln 1995, S. 64; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1277.

7 vgl. Thiel (FN 1), S. 324.

8 vgl. Thiel (FN 1) aaO.

9 Kessler/Schürner (FN 3) aaO; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO.

10 Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1278.

11 Jaeger, Christopher: Targeted Stock als Restrukturierungsinstrument, Wiesbaden 1999, S. 53.

12 Natusch (FN 6), S. 56; Natusch, Ingo: Neue Wege der Beteiligungsfinanzierung deutscher Unternehmen durch die Ausgabe von Tracking Stocks, in: DB 1997, 1142.

2. Anteilsübertragung an bisherige Aktionäre (spin-off)

Mit der Bezeichnung *spin-off* wird die Übertragung sämtlicher von einer Muttergesellschaft an einer Tochtergesellschaft gehaltenen Anteile auf die Aktionäre der Muttergesellschaft in Form einer Gratisdividende beschrieben¹³. Anders als bei einem *equity-carve-out* wird die vormalige Tochtergesellschaft jedoch nicht mehr von der ehemaligen Muttergesellschaft beherrscht¹⁴. Ein *spin-off* führt damit zur Bildung einer (den einzelnen Geschäftsbereich führenden) eigenständigen und unabhängigen, börsennotierten Publikums-gesellschaft mit eigener Verwaltungsebene¹⁵.

III.

Motive für die Einführung von tracking stock

1. Steigerung des „shareholder value“

Die Emission von *tracking stock* kann zunächst von einer beabsichtigten Steigerung des Aktionärsvermögens (sog. „shareholder value“) motiviert sein¹⁶. Oft orientiert sich die Bewertung der umlaufenden Aktien der Gesellschaft zu stark an der wirtschaftlichen Entwicklung der weniger erfolgreichen Geschäftsbereiche. Die Einführung von *tracking stock*, welche die einzelnen Geschäftsbereiche der Emittentin repräsentieren, ermöglicht eine quantitativ und qualitativ verbesserte Analyse des Unternehmens und damit eine Aufhebung der Fehlbewertung¹⁷. Zudem kommen *tracking stock* dem Bedürfnis der Investoren nach einer „maßgeschneiderten“ Anlagemöglichkeit entgegen und führen so zu einer erhöhten Nachfrage und dadurch zu einem erhöhten Marktpreis¹⁸.

2. Tracking stock als Mittel zur Kapitalbeschaffung

Daneben können *tracking stock* als effektives Mittel zur Kapitalbeschaffung für die Gesellschaft eingesetzt werden, wenn es wegen schlechter Ertragslage des Unternehmens insgesamt zu Kursverlusten kommt, dabei jedoch zumindest ein Geschäftsbereich gewinnträchtig betrieben wird¹⁹. Hier kann eine Emission von *tracking stock*, deren Vermögensrechte auf den erfolgreichen Geschäftsbereich bezogen sind, zu einer erfolgreicherer Kapitalbeschaffung führen als die Emission von regulären, vermögensmäßig auf die gesamte Gesellschaft ausgerichteten, Aktien²⁰.

3. Nutzung von Synergieeffekten

Da die Emission von *tracking stock* – wie bereits dargestellt – nicht zur Schaffung weiterer Rechtspersönlichkeiten führt, bleibt trotz der Segmentierung der Emittentin in einzelne Geschäftsbereiche weiterhin die Nutzung von Synergieeffekten möglich²¹. Hierzu zählen z.B. die zentrale Abwicklung von Verwaltungsaufgaben²², die Kostenvorteile einer einheitlichen Verwaltung²³ sowie die durch das geschlossene Auftreten des Unternehmens erhöhte Verhandlungsmacht zur Aushandlung besserer Konditionen für die einzelnen Geschäftsbereiche²⁴.

4. Tracking stock als Akquisitionswährung

Ferner können *tracking stock* bei der Akquisition einer Zielgesellschaft durch die Emittentin als Akquisitionswährung dienen²⁵. Dabei werden von der Emittentin *tracking stock*, deren Vermögensrechte auf die Zielgesellschaft bezogen sind, als Gegenleistung für den Erwerb der Zielgesellschaft an deren Gesellschafter ausgegeben. Diesen wird so ermöglicht weiterhin an Wertsteigerungen ihres früheren Unternehmens zu partizipieren, was zu einer erhöhten Bereitschaft dieser Gesellschafter zur Veräußerung ihrer Anteile an der Zielgesellschaft führt und so die Akquisition erleichtert²⁶.

5. Geschäftsbereichsbezogene Managementanreizsysteme

Tracking stock können weiter zur Einführung eines geschäftsbereichsbezogenen Managementanreizsystems verwendet werden²⁷. Dabei werden Leistungszulagen für Führungskräfte eines Geschäftsbereichs in Form von auf diesen Bereich bezogenen *tracking stock* (oder Optionen auf solche) an die wirtschaftliche Entwicklung dieses Bereichs gebunden²⁸. Da die Führungskräfte einen stärkeren Einfluss auf das Ergebnis ihres Geschäftsbereichs als auf das Ergebnis der Gesellschaft insgesamt haben, soll so – im Vergleich zu herkömmlichen Aktienoptionsprogrammen – ihre Motivation, den Geschäftsbereich gewinnbringend zu betreiben, stärker gefördert werden²⁹.

6. Vorbereitung der Veräußerung eines Geschäftsbereichs

Ist die Veräußerung eines Geschäftsbereichs des Unternehmens vorgesehen, so kann mit der Hilfe von *tracking stock*, die – wie bereits ausgeführt – eine eigenständige Bewertung eines Geschäftsbereichs ermöglichen, bereits im Vorfeld der Veräußerung das Entwicklungspotential des betreffenden Geschäftsbereichs anhand der Reaktionen des Kapitalmarkts ermittelt werden. Hierdurch wird es der Emittentin ermöglicht, eine Vorstellung über die Rentabilität des Verkaufs und den wirtschaftlich zu erzielenden Kaufpreis zu gewinnen³⁰.

7. Tracking stock als Abwehrmittel (sog. „poison pill“)

In den USA wurden *tracking stock* überdies hinaus als Abwehrmaßnahme gegen feindliche Übernahmen eingesetzt³¹. Dazu werden auf den rentabelsten Geschäftsbereich der Emittentin *tracking stock* ausgegeben, wodurch eine breitere Aktionärsbasis geschaffen und so die feindliche Übernahme erschwert wird, da diese neben der Mehrheit der regulären Aktien auch die Mehrheit der auf die „Perle“ des Unternehmens ausgegebenen *tracking stock* erfordert³².

8. Steuerliche Motive

Schließlich spielen in den USA auch steuerliche Motive bei der Einführung von *tracking stock* eine Rolle. Während nach US-amerikanischem Steuerrecht bei einem *spin-off* aufgrund der dabei gestiegenen Anforderungen für eine Steuerbefreiung nach § 355 IRC³³ im Regelfall Steuern anfallen, bleibt die Emission von *tracking stock* nach US-Recht

13 Jaeger (FN 11), S. 51 f; Natusch (FN 6), S. 57 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1142 f; Thiel (FN 1), S. 305 f.

14 Natusch (FN 6), S. 58; ders. (FN 12) DB 1997, 1143.

15 Jaeger (FN 11), S. 51; Natusch (FN 6), S. 57; ders. (FN 12) DB 1997, 1143.

16 Bacmeister, Friedrich: Tracking Stock als neue Beteiligungsform, in: IStR 2001 Heft 6, S. III; Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1044 f; Natusch (FN 6), S. 71 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1143; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1277.

17 Natusch (FN 6) aaO; Steiner, Manfred/Natusch, Ingo: Tracking Stocks – innovatives Instrument der Beteiligungsfinanzierung, in: Die Bank 1996, 581.

18 Baums (FN 1) aaO, S. 20; Thiel (FN 1), S. 20.

19 Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1045; Natusch (FN 6), S. 72 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1143 f; Thiel (FN 1), S. 18 f.

20 Thiel (FN 1) aaO.

21 Baums (FN 1) aaO, S. 25 f; Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1044 f; Natusch (FN 6), S. 73 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1144; vgl. Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1277; Thiel (FN 1), S. 12 f.

22 Natusch (FN 6) aaO.

23 Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

24 Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

25 Baums (FN 1) aaO, S. 20; Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1045; Müller, Rolf: „Tracking Stock“ und seine Realisierbarkeit im deutschen Gesellschaftsrecht, in: WiB 1997, 57; Natusch (FN 6), S. 73; ders. (FN 12) DB 1997, 1144; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO; Thiel (FN 1), S. 17 f.

26 Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

27 Müller (FN 25) aaO; Kessler/Schürner (FN 3) aaO, S. 1044 f; Natusch (FN 6), S. 76 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1145; Thiel (FN 1), S. 23 f.

28 Natusch (FN 6) aaO.

29 Thiel (FN 1) aaO.

30 Thiel (FN 1), S. 21.

31 Beispiel hierfür sind die 1986 von der NL Industries, Inc. zur Abwehr des feindlichen Übernahmeangebots der Harold Simmons Group auf ihr gewinnträchtiges Tochterunternehmen NL Chemicals, Inc. ausgegebenen „NL Industries Series C Preferred Stock“, vgl. Thiel (FN 1), S. 326.

32 Thiel (FN 1), S. 22.

33 Internal Revenue Code.

sowohl für die Aktionäre als auch für die Gesellschaft idR steuerfrei³⁴. Ferner ermöglicht die tracking-stock-Struktur – im Gegensatz zu einem echten *spin-off* – die Ausnutzung des steuerlichen Verlusts eines Geschäftsbereichs durch einen anderen³⁵. Diese Steuervorteile bestehen allerdings nur, wenn die emittierten *tracking stock* als Aktienkapital der Emittentin und nicht als Aktienkapital der einzelnen Geschäftsbereiche akzeptiert werden, was seinerseits von der Intensität der Koppelung der *tracking stock* an den jeweiligen Geschäftsbereich abhängt³⁶.

B.

Ausgestaltung US-amerikanischer *tracking stock*

I.

Aktionärsrechte

1. Vermögensrechte

Wie schon dargestellt, unterscheiden sich *tracking stock* von herkömmlichen Aktien vor allem durch die Anbindung ihrer Vermögensrechte an das wirtschaftliche Ergebnis eines bestimmten Geschäftsbereichs.

a) Recht auf Beteiligung am Gewinn

Tracking-stock-Aktionäre haben – ebenso wie konventionelle Aktionäre – ein Recht auf Gewinnbeteiligung. Voraussetzung für eine Dividendenzahlung ist jedoch, dass der Gesellschaft insgesamt nach dem jeweils einschlägigen Kapitalgesellschaftsrecht des betreffenden US-Bundesstaats Mittel für die Gewinnausschüttung zur Verfügung stehen³⁷. Selbst wenn der jeweilige Geschäftsbereich einen verteilungsfähigen Gewinn erzielt hat, kommt demnach eine Dividendenzahlung nicht in Betracht, wenn infolge von Verlusten der übrigen Geschäftsbereiche dieser Gewinn so aufgezehrt wird, dass der Gesellschaft insgesamt nach dem anzuwendenden Kapitalgesellschaftsrecht keine Mittel zur Zahlung von Dividenden mehr zur Verfügung steht³⁸.

Um eine Anknüpfung des Gewinnbezugsrechts an einen bestimmten Geschäftsbereich zu erreichen, werden verschiedene Methoden zur Ermittlung des zur Ausschüttung für die jeweilige *tracking stock*-Gattung zur Verfügung stehenden Betrags verwendet.

(1) „Close tracking“

Beim sog. „*close tracking*“ wird dieser Betrag so berechnet, als ob die *tracked unit* eine rechtlich selbständige Gesellschaft wäre³⁹. Damit sind Dividendenzahlungen primär von der wirtschaftlichen Entwicklung des betreffenden Geschäftsbereichs abhängig. Nur wenn der Geschäftsbereich in dem betreffenden Geschäftsjahr in der Lage war, Gewinne zu erwirtschaften oder aus den Vorjahren Mittel für die Dividendenzahlung zur Verfügung stellt, können nach dieser Methode Gewinne an die Aktionäre der betreffenden *tracking stock*-Gattung ausgeschüttet werden. Mittel der übrigen Geschäftsbereiche werden dagegen nicht verwendet⁴⁰.

(2) „Loose tracking“

Dagegen wird beim sog. „*loose tracking*“ von der Gesellschaft ein bestimmter Betrag für die Dividendenzahlung der jeweiligen *tracking stock*-Gattung zur Verfügung gestellt⁴¹. Dieser Betrag wird idR vom *Board of Directors* unter Berücksichtigung des auf diese *tracking stock*-Gattung entfallenden Eigenkapitalanteils und des erzielten oder prognostizierten Reingewinns des Geschäftsbereichs ermittelt⁴². Anders als beim *close tracking* ist daher mittels *loose tracking* auch dann eine Gewinnausschüttung möglich, wenn der betreffende Geschäftsbereich keinen verteilungsfähigen Gewinn erzielt hat und auch keine Mittel aus früheren Jahren vorhanden sind⁴³.

b) Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös

Als weiteres Vermögensrecht steht den *tracking stock*-Aktionären das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zu. Da dieses Recht jedoch nicht auf bestimmte Wirtschaftsgüter eines Geschäftsbereichs gerichtet ist⁴⁴, nehmen *tracking stock*-Aktionäre grundsätzlich gleichberechtigt mit den Aktionären anderer Aktiegattungen am Liquidationserlös teil⁴⁵.

Das US-Recht lässt es jedoch zu, die Berechtigung der *tracking stock*-Aktionäre am Liquidationserlös in der Satzung abweichend zu bestimmen⁴⁶ und so eine Anknüpfung an die jeweilige *tracked unit* zu erzielen. Hier werden im wesentlichen zwei Gestaltungsvarianten diskutiert.

(1) „Close tracking“

Nach der ersten Variante wird der Anteil der Aktionäre einer jeweiligen *tracking stock*-Gattung am Liquidationserlös anhand des Verhältnisses des Marktwerts der *tracked unit* zum Marktwert der Emittentin zum Zeitpunkt der Liquidation berechnet⁴⁷. Da hier der relative Marktwert der *tracked units* berücksichtigt wird, liegt *close tracking* vor.

(2) „Loose tracking“

Im Gegensatz dazu erhalten bei der zweiten Gestaltungsvariante die jeweiligen *tracking stock*-Aktionäre einen Anteil am Liquidationserlös, der dem Verhältnis der Summe der Nennbeträge der betreffenden *tracking stock*-Gattung zum Betrag des Grundkapitals der Emittentin entspricht⁴⁸. Somit bleibt bei dieser Verfahrensweise – anders als beim *close tracking* – die wirtschaftliche Ertragslage des Geschäftsbereichs bei der Bestimmung der Liquidationsberechtigung außer Betracht⁴⁹. Dieses Verfahren stellt daher *loose tracking* dar.

c) Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen

Nach dem jeweils einschlägigen einzelstaatlichen Kapitalgesellschaftsrecht steht den Aktionären entweder grundsätzlich ein Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen zu (sog. „*opt-out statutes*“) oder es kann ein solches in der

41 Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 532; Thiel (FN 1) aaO.

42 Thiel (FN 1) aaO.

43 Baums (FN 1) aaO; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 532; Thiel (FN 1) aaO.

44 Brown, Dickson G./Handler, Karen S.: Tracking Stock, in: Practising Law Institute (Hrsg.), Tax Law and Practice, New York 1998, Bd. 8, S. 464; Kennedy, Thomas H.: The Lure of Targeted Stock, in: International Financial Law Review 1993, S. 26; Natusch (FN 6), S. 82; ders. (FN 12) DB 1997, 1146; Thiel (FN 1), S. 54.

45 Thiel (FN 1), S. 54.

46 Bungert, Hartwin: Gesellschaftsrecht in den USA, 2. Aufl., München 1999, S. 37; Henn, Harry G./Alexander, John R.: Handbook of the Law of Corporations and other Business Enterprises, 3. Aufl., St. Paul (MN) 1983, Stand 1986, S. 1147 ff; Merkt, Hanno: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991, S. 680; Thiel (FN 1) aaO.

47 Brown/Handler (FN 44) aaO, S. 449; Natusch (FN 6), S. 83; ders. (FN 12) DB 1997, 1146; Thiel (FN 1), S. 54 f.

48 Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1), S. 55.

49 Brown/Handler (FN 44) aaO; Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1) aaO; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 535.

34 Kessler/Schürmer (FN 3) aaO, S. 1048; Natusch (FN 6), S. 75; ders. (FN 12) DB 1997, S. 1144; Thiel (FN 1), S. 15 f., 93 ff.

35 Kessler/Schürmer (FN 3) aaO; Natusch (FN 6) aaO.

36 Kessler/Schürmer (FN 3) aaO, S. 1047 f.; Natusch, Ingo: „Tracking Stocks“ aus Sicht des US-Steuerrechts, in: IStR 1997, 616 f.; Thiel (FN 1), S. 16, 98.

37 Baums (FN 1) aaO, S. 23; Natusch (FN 6), S. 78; ders. (FN 12) DB 1997, 1145; Steinberger, Erica H./Hass, Jeffrey J.: Introduction to Tracking Stocks, in: Practising Law Institute (Hrsg.), Corporate Law and Practice, New York 1993, S. 531; Thiel (FN 1), S. 50 ff.

38 Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 526; Thiel (FN 1), S. 51 f.

39 Natusch (FN 6), S. 79; ders. (FN 12) DB 1997, 1145; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 531; Thiel (FN 1), S. 52.

40 Natusch (FN 6) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

Satzung eingeräumt werden (sog. „*opt-in statutes*“⁵⁰). Die meisten US-amerikanischen Emittenten von *tracking stock* haben das Bezugsrecht der *tracking-stock*-Aktionäre in der Satzung ausgeschlossen bzw. nicht eingeräumt⁵¹. Vor allem bei der Verwendung einer weiteren *tracking-stock*-Gattung als Akquisitionswährung könnte durch ein Bezugsrecht der bisherigen *tracking-stock*-Aktionäre das mit der Emission verfolgte Ziel, nämlich die alleinige Beteiligung der Anteilseigner der Zielgesellschaft an dieser *tracking-stock*-Gattung, gefährdet werden⁵².

2. Mitverwaltungsrechte

Im Gegensatz zu den Vermögensrechten sind die Mitverwaltungsrechte der *tracking-stock*-Aktionäre nicht auf einen bestimmten Geschäftsbereich begrenzt, sondern beziehen sich auf die Gesellschaft insgesamt.

a) Stimmrecht

Tracking-stock-Aktionäre sind, wie Aktionäre anderer Aktiegattungen auch, bei allen wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft stimmberechtigt. Das Stimmrecht der *tracking-stock*-Aktionäre ist auf die gesamte Gesellschaft bezogen und wird gemeinsam mit dem Stimmrecht der Aktionäre anderer Aktiegattungen ausgeübt. Daneben sind Sonderbeschlüsse der Aktionäre einer *tracking-stock*-Gattung erforderlich, wenn diese vom anwendbaren Kapitalgesellschaftsrecht vorgesehen sind (z.B. bei Entscheidungen, die möglicherweise Interessen oder Rechte der Aktionäre dieser Gattung beeinträchtigen)⁵³ oder wenn die Satzung eine Sonderbeschlussfassung vorsieht (z.B. bei größeren innergesellschaftlichen Transaktionen)⁵⁴.

Grundsätzlich gewährt eine *tracking-stock*-Aktie eine Stimme. Das US-amerikanische Gesellschaftsrecht ermöglicht jedoch eine weitgehend freie Gestaltung der Stimmrechte (z.B. Stimmrechtsausschluss, Minder-/Mehrstimmrechte oder auch variable Stimmrechte)⁵⁵.

(1) „Fixed voting rights“

Sofern das Stimmrecht pro *tracking-stock*-Aktie vom Ausgabezeitpunkt an verbindlich und unveränderlich festgelegt wird, liegen sog. „*fixed voting rights*“ vor, wobei Änderungen des relativen Marktwerts der einzelnen Geschäftsbereiche unberücksichtigt bleiben⁵⁶. Bei dieser Gestaltung besteht die Gefahr, dass ein potentieller Investor Aktien eines niedrig bewerteten Geschäftsbereichs erwirbt und so „billig Stimmrechte einkauft“⁵⁷.

(2) „Fluctuating voting rights“

Dieser Problematik kann wirksam begegnet werden, wenn die Stimmrechte der *tracking-stock*-Aktionäre variabel ausgestaltet und in regelmäßigen Terminen (z.B. vor jeder Hauptversammlung) an die veränderten relativen Marktwerte der einzelnen Geschäftsbereiche angepasst werden (sog. „*fluctuating voting rights*“)⁵⁸.

b) Informationsrechte

Jeder *tracking-stock*-Aktionär ist berechtigt, Geschäftsbücher und sonstige Unterlagen der Gesellschaft einzusehen (sog. „*right of inspection*“). Neben den Unterlagen, die die Verfassung und die finanzielle Situation der gesamten Gesellschaft betreffen, sind bei Emittenten von *tracking stock* zusätzlich Informationen über die einzelnen Geschäftsbereiche offen zu legen⁵⁹.

In Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage erfüllen *tracking-stock*-Emittenten ihre Informationspflichten in der Praxis dadurch, dass sie neben dem Konzernabschluss für jeden Geschäftsbereich unter Beachtung der US-GAAP⁶⁰ und der Regulation S-X einen separaten, von Wirtschaftsprüfern testierten Jahresabschluss (bestehend aus einer Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung sowie einer Kapitalflussrechnung) erstellen und diese segmentierten Abschlüsse zusammen mit dem Konzernabschluss publizieren⁶¹.

II.

Umtauschregelungen

Häufig sind in den Satzungen von *tracking-stock*-Emittenten auch Regelungen über den wahlweisen (optionalen) oder zwangsweisen (obligatorischen) Umtausch von *tracking-stock*-Aktien getroffen.

1. Optionaler Umtausch (sog. „optional exchange“)

Durch den optionalen Umtausch wird der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, eine bereits durchgeführte *tracking-stock*-Emission rückabzuwickeln. Dabei wird der Gesellschaft das Recht eingeräumt – auf der Grundlage eines Beschlusses des *Board of Directors* – Aktien einer *tracking-stock*-Gattung, idR gegen Zahlung eines Aufgelds⁶², in Aktien einer anderen Gattung umzutauschen⁶³. Anstelle der Gesellschaft kann auch den *tracking-stock*-Aktionären ein entsprechendes Umtauschrecht eingeräumt werden (sog. „*call exchange option*“)⁶⁴.

2. Obligatorischer Umtausch (sog. „mandatory exchange“)

Ein obligatorischer Umtausch von *tracking-stock*-Aktien wird oft für den Fall vorgesehen, dass alle oder zumindest wesentliche (idR mind. 80%) Vermögenswerte der entsprechenden *tracked unit* veräußert werden⁶⁵. In dieser Situation wird die Gesellschaft verpflichtet, gegen Zahlung einer Prämie alle Aktien dieser *tracking-stock*-Gattung in Aktien anderer Gattungen umzutauschen. Anstatt eines Umtauschs kann hier auch die Einziehung der betreffenden *tracking-stock*-Aktien vorgesehen werden, wobei der Verkaufserlös als Einziehungsentgelt an die betroffenen Aktionäre ausbezahlt wird⁶⁶.

III.

Sonstige Regelungen

Schließlich können in der Satzung noch weitere Regelungen zu *tracking stock* enthalten sein. So können z.B. Bestimmun-

50 Thiel (FN 1) aaO.

51 Natusch (FN 6), S. 81.

52 Thiel (FN 1), S. 56.

53 Baums (FN 1) aaO; Bungert (FN 46), S. 31; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 534,

540; Thiel (FN 1), S. 57 f.

54 Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 540.

55 Schneider, Uwe H.: Stimmrechtsbeschränkungen im amerikanischen Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: Festschrift für Fritz Rittner, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 620 ff; Thiel (FN 1), S. 56.

56 Natusch (FN 6), S. 87; ders. (FN 12) DB 1997, 1147; Thiel (FN 1), S. 56.

57 Baums (FN 1) aaO; Natusch (FN 6) aaO; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 534; Thiel (FN 1), S. 58 f.

58 Brown/Handler (FN 44) aaO; Natusch (FN 6) aaO; Steinberger/Hass (FN 37) aaO; Thiel (FN 1), S. 59.

59 Natusch (FN 6), S. 88 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1147; Thiel (FN 1), S. 60.

60 United States Generally Accepted Accounting Principles.

61 Natusch (FN 6), S. 89; ders. (FN 12) DB 1997, 1147; Prinz, Ulrich/Schürner, Carl Thomas: Rechnungslegung bei Tracking Stock-Strukturen in Deutschland, in: DSIR 2001, 761.

62 Natusch (FN 6), S. 84 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1146; Thiel (FN 1), S. 60; Wirth, Peter: Tracking Stock for High Tech Companies – Part I, in: Insights 1995 Vol. 9, S. 9.

63 Natusch (FN 6), S. 84 f; ders. (FN 12) DB 1997, 1146; Thiel (FN 1), S. 60 f.

64 Baums (FN 1) aaO, S. 24; Brown/Handler (FN 44) aaO, S. 450.

65 Brown/Handler (FN 44) aaO, S. 450; Natusch (FN 6), S. 85; ders. (FN 12) DB 1997, 1146; Thiel (FN 1), S. 60.

66 Kennedy (FN 44) aaO, S. 26; Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 533; Thiel (FN 1), S. 60.

gen zur Übertragbarkeit von tracking-stock-Aktien getroffen oder den tracking-stock-Aktionären ein Recht zur Benennung von Mitgliedern des *Board of Directors* eingeräumt werden⁶⁷. Ferner kann die Behandlung innergesellschaftlicher Vorgänge, wie z.B. die Aufteilung der Verwaltungskosten und der Steuerlast der Gesellschaft oder die Behandlung gesellschaftsinterner Darlehen, geregelt werden, um so mögliche Konflikte zwischen den Aktionären verschiedener Gattungen zu vermeiden⁶⁸.

C. Behandlung von *tracking stock* im deutschen Recht

I. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit

Für die Frage, ob die Emission von *tracking stock* nach deutschem Gesellschaftsrecht zulässig ist, muss von dem Grundrecht auf Korporationsfreiheit (Art. 9 I GG) sowie von der aus Art. 2 I GG abgeleiteten Vertragsfreiheit ausgegangen werden. Letztere gewährleistet sowohl die Freiheit einen Vertrag abzuschließen, als auch die Freiheit, die vertraglichen Beziehungen auszugestalten⁶⁹. Diese Gestaltungsfreiheit ist jedoch gem. Art. 2 I, 2. HS. GG durch die verfassungsmäßige Ordnung eingeschränkt. Zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen auch allgemein akzeptierte gesellschaftsrechtliche Prinzipien und gesetzliche Regelungen⁷⁰. Die Einführung von *tracking stock* ist daher nach deutschem Aktienrecht dann zulässig, wenn durch die tracking-stock-Struktur weder allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien, noch zwingende aktienrechtliche Normen, insbesondere § 241 Nr. 3, 4 AktG, der gem. § 23 V 1 AktG auch auf die Gestaltung der Satzung in der Gründungsphase anzuwenden ist⁷¹, verletzt sind.

1. Gemeinsamer Zweck bei der Aktiengesellschaft

Die Einführung von *tracking stock* dürfte das allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzip des von allen Gesellschaftern gleichermaßen geförderten gemeinsamen Zwecks nicht verletzen. Nach der Rechtsprechung⁷² sowie der hM in der Literatur⁷³, wird auch bei Aktiengesellschaften das – aus dem Grundsatz des § 705 BGB abgeleitete – Erfordernis eines gemeinsamen Zwecks als Existenzvoraussetzung anerkannt. Ein solcher gemeinsamer Zweck liegt vor, wenn die Gesellschafter darin übereinstimmen, dass jeder Gesellschafter den Zweck ebenso als eigenen wie auch als Zweck des anderen zu fördern verspricht und dabei an den Vorteilen teilnimmt, welche die Gesellschaft bietet⁷⁴. Dieser Zweck unterscheidet sich vom Unternehmensgegenstand, der die tatsächlich ausgeübte Geschäftstätigkeit bezeichnet und damit das Mittel zur Zweckerreichung darstellt⁷⁵. Als

Zweck kommt dabei jedes wirtschaftliche oder ideelle Ziel in Betracht, so dass die Absicht zur Gewinnerzielung ausreichend ist⁷⁶.

Fraglich ist somit, ob bei *tracking stock* noch ein gemeinsamer Zweck besteht, da jeder tracking-stock-Aktionär primär an der wirtschaftlichen Entwicklung „seines“ Geschäftsbereichs interessiert ist⁷⁷. Jedoch ist auch die Gewinnausschüttung an tracking-stock-Aktionäre eines bestimmten Geschäftsbereichs von dem Gewinn der gesamten Gesellschaft abhängig (vgl. § 57 III AktG). Daher sind alle Aktionäre – unabhängig davon, auf welchen Geschäftsbereich sich die Vermögensrechte ihrer *tracking stock* beziehen – zunächst einmal daran interessiert, dass die Gesellschaft insgesamt Gewinn erwirtschaftet⁷⁸. Dieser gemeinsame Zweck, den alle Aktionäre gleichermaßen verfolgen, überlagert so das individuelle Motiv jedes einzelnen tracking-stock-Aktionärs, speziell seinen Geschäftsbereich zu fördern. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Aktionäre verschiedener Gattungen unterschiedlich am Gesamtgewinn teilnehmen. Es kommt nur darauf an, dass jeder Aktionär an den Vorteilen der Gesellschaft in irgendeiner Form partizipiert⁷⁹.

Daraus folgt, dass auch bei Gesellschaften mit tracking-stock-Struktur das zwingende gesellschaftsrechtliche Prinzip des gemeinsamen Zwecks nicht verletzt wird⁸⁰.

2. Das „Wesen der Aktiengesellschaft“

Ferner müsste bei der Emission von *tracking stock* das sog. „Wesen der Aktiengesellschaft“ (vgl. §§ 1, 241 Nr. 3, 1. Var. AktG) gewahrt bleiben. Als Merkmale, die das Wesen der Aktiengesellschaft ausmachen, zählt § 1 AktG die eigene Rechtspersönlichkeit, die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen und das in Aktien zerlegte Grundkapital auf. Diese Beschreibung ist jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht vollständig⁸¹. Das Wesen der Aktiengesellschaft ist somit weiter zu fassen und bestimmt sich – über § 1 AktG hinaus – nach den Merkmalen, die aus der historischen Entwicklung der Aktiengesellschaft und dem aktuellen Gesetzesstand resultieren und nach der Verkehrsauffassung das individuelle Bild der Aktiengesellschaft prägen, diese von anderen Gesellschaftsformen abgrenzen und ohne die eine Aktiengesellschaft nicht als solche angesehen wird⁸².

a) Aktionärsrechte

Zu derartigen, prägenden Merkmalen zählen auch die durch das AktG gewährleisteten Aktionärsrechte⁸³. Fraglich ist daher, ob die Modifikation der Aktionärsrechte bei *tracking stock* noch von den aktienrechtlichen Bestimmungen gedeckt ist.

(1) Vermögensrechte

Die Vermögensrechte der Aktionäre umfassen nach dem AktG insbesondere das Gewinnbezugsrecht, das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös sowie das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen.

67 Thiel (FN 1), S. 61.

68 Steinberger/Hass (FN 37) aaO, S. 540; Thiel (FN 1), S. 61.

69 BVerfGE 8, 328; 6, 41 f; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001, Heinrichs vor § 145 RN 7-17; Wiedemann, Herbert: Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Berlin/New York 1997, S. 6 f.

70 Brauer (FN 4) AG 1993, 324 f; Geßler, Ernst: Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, in: ZGR 1980, S. 433 f; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2001, S. 126.

71 BGHZ 14, 269; Teichmann, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970, S. 3.

72 BGH WM 1965, 795; NJW 1951, 308; RGZ 73, 287.

73 Geßler/Hefermenl/Eckhardt/Kropff: Aktiengesetz Bd. 1 §§ 1-75, München 1984, Eckhardt § 23 RN 64; Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 4. Aufl., München 1999, § 23 RN 22; K. Schmidt (FN 70), S. 59 ff; aA Ballerstedt, Kurt: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, in: JuS 1963, 256.

74 Ballerstedt (FN 73) aaO, 255; Palandt (FN 69), Sprau § 705 RN 20-22; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 652-740, 13. Aufl., Berlin 1995, Kessler vor § 705 RN 31.

75 Westermann, Harry: Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Köln 1972, S. 517.

76 Ballerstedt (FN 73) aaO, S. 255; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 Aktiengesellschaft, 2. Aufl., München 1999, Wiesner, § 9 RN 8.

77 Brauer (FN 4) aaO, S. 327; Thiel (FN 1), S. 227 f.

78 Brauer (FN 4) aaO, S. 327 f; Thiel (FN 1), S. 228.

79 Ballerstedt (FN 73) aaO, S. 254 f.

80 Brauer (FN 4) aaO, S. 328; Thiel (FN 1) aaO.

81 Godin, Freiherr von/Wilhelmi, Hans: Aktiengesetz Bd. 2 §§ 179-410, 4. Aufl., Berlin/New York 1971, § 241 Anm. 8; Henn, Günter: Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., 1998, S. 11; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1 §§ 1-53, München 2000, Heider § 1 RN 91.

82 RGZ 49, 79; 21, 155 f; 3, 132; Geßler (FN 70) ZGR 1980, 433;

83-Thiel (FN 1), S. 226.

(a) Recht auf Beteiligung am Gewinn

Jeder Aktionär hat Anspruch auf den Bilanzgewinn, sofern dieser nicht durch Gesetz, Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss von der Verteilung ausgeschlossen ist (§ 58 IV AktG). Diese abstrakte Gewinnberechtigung wandelt sich mit dem Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung gem. § 174 I 1 AktG in einen konkreten, schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der festgesetzten Dividende⁸⁴. Dabei bestimmen sich nach § 60 I AktG die Anteile der Aktionäre am Bilanzgewinn grundsätzlich nach ihren Anteilen am Grundkapital.

§ 60 III AktG gestattet jedoch abweichende Gestaltungen der Gewinnverteilung in der Satzung, so dass die bei *tracking stock* übliche Gewinnverteilung nach dem wirtschaftlichen Ergebnis der jeweiligen *tracked unit* (*close tracking*) bzw. nach einem für jeden Geschäftsbereich festgesetzten Betrag (*loose tracking*) zulässig ist. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG) liegt in beiden Fällen nicht vor, da die verschiedenen *tracking-stock*-Aktien unterschiedliche Rechte gewähren und damit gem. § 11 verschiedene Aktiengattungen darstellen⁸⁵, die eine unterschiedliche Behandlung bei der Gewinnverteilung ermöglichen (so explizit § 11 S. 1 AktG).

Auch im deutschen Aktienrecht kann eine Gewinnverteilung jedoch nur dann erfolgen, wenn überhaupt ein verteilungsfähiger Bilanzgewinn der Gesellschaft insgesamt ausgewiesen ist (§ 57 III AktG). Werden also von der betreffenden *tracked unit* Gewinne erwirtschaftet, während die übrigen Geschäftsbereiche einen diesen Gewinn übersteigenden Verlust machen, kommt auch für die Aktionäre der erfolgreichen *tracking-stock*-Gattung eine Gewinnausschüttung nicht in Betracht⁸⁶. Die den *tracking-stock*-Aktionären zustehende aber nicht ausbezahlte Dividende kann jedoch mit einem nachzahlbaren Vorrang, der in der Höhe an den Bilanzgewinn der *tracked unit* gekoppelt ist, ausgestattet werden, um so sicherzustellen, dass die *tracking-stock*-Aktionäre zumindest mittelfristig in den vollständigen Genuss ihrer Geschäftsbereichsdividende kommen⁸⁷. Sofern die *tracking stock* als echte Vorzugsaktien ohne Stimmrecht iSd § 139 AktG ausgestaltet sind, scheidet jedoch eine solche Ausrichtung des Vorzugs an dem Bilanzgewinn eines einzelnen Geschäftsbereichs aus, da bei einem Ausbleiben des Bilanzgewinns der Vorzug – als Äquivalent für den Stimmrechtsausschluss – für das betreffende Geschäftsjahr endgültig entfallen würde und damit das Erfordernis der Nachzahlbarkeit (§ 139 I AktG) nicht mehr erfüllt werden könnte⁸⁸. Um den Vorrang variabel an die wirtschaftliche Entwicklung der *tracked unit* anpassen zu können, müssen die *tracking stock* daher entweder als Vorzugsaktien mit Stimmrecht (für die § 139 AktG nicht gilt) oder als Stammaktien (mit entsprechender Gewinnverteilungsabrede) ausgestaltet sein⁸⁹.

Die Einräumung eines Vorrangs bleibt allerdings wirkungslos, wenn die Gesellschaft insgesamt in mehreren Folgejahren hintereinander keinen verteilungsfähigen Gewinn erzielt. Sollten die *tracking-stock*-Aktionäre der erfolgreichen *tracked unit* nicht über die erforderlichen Mehrheiten

für eine Trennung des verlustträchtigen Geschäftsbereichs von der Gesellschaft durch Spaltung (§§ 125 S. 1, 65 I, II UmwG) oder für eine Auflösung der Gesellschaft (§ 262 I Nr. 2 AktG) verfügen, bleibt ihnen nur noch die Möglichkeit, ihre *tracking stock* (mit entsprechendem Kursverlust) zu veräußern⁹⁰.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Ausgestaltung des Rechts auf Gewinnbeteiligung bei *tracking stock* gem. §§ 11 S. 1, 60 III AktG zulässig ist⁹¹.

(b) Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös

Nach § 271 I AktG ist der Liquidationserlös unter den Aktionären zu verteilen. Die Verteilung richtet sich gem. § 271 II, 1. HS. AktG grundsätzlich nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge; bei Aktien die verschiedene Rechte gewähren, kommt auch eine andere Verteilung in Betracht (§ 271 II, 2. HS. AktG).

Bei *tracking stock* erfolgt die Verteilung des Liquidationserlöses entweder nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge (*loose tracking*) oder nach dem Verhältnis der Marktwerte der einzelnen Geschäftsbereiche (*close tracking*). Während die Verteilung beim *loose tracking* dem Verteilungsgrundsatz des § 271 II, 1. HS. AktG entspricht, ist die im Rahmen des *close tracking* vorgesehene Verteilung nach § 271 II, 2. HS. AktG zulässig⁹². Auch hier scheidet eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG) aus, da verschiedene Aktiengattungen vorliegen (§ 11 AktG)⁹³.

Damit steht die Verteilung des Liquidationserlöses bei *tracking stock* mit § 271 I, II AktG in Einklang.

(c) Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen

Werden im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Aktien ausgegeben, so gewährt § 186 I 1 AktG allen Altaktionären das Recht, einen ihrer bisherigen Beteiligung am Grundkapital entsprechenden Teil der neuen Aktien zu beziehen, um so die Aktionäre vor „Verwässerung“ ihrer Beteiligung zu schützen⁹⁴. Für das Bezugsrecht ist es dabei unerheblich, welcher Gattung die neu geschaffenen Aktien angehören, so dass die Aktionäre einer bestimmten Gattung auch bezüglich neuer Aktien einer anderen Gattung bezugsberechtigt sind (sog. „Mischbezugsrecht“)⁹⁵. Werden verschiedene Aktiengattungen im Rahmen der Kapitalerhöhung ausgegeben, so erstreckt sich das Bezugsrecht auf jede der Gattungen⁹⁶. Die abweichende Ansicht⁹⁷, die im Falle einer die bisherigen Gattungsverhältnisse während der Ausgabe neuer Aktien, nur ein gattungsbezogenes Bezugsrecht annimmt (sog. „Gattungsbezugsrecht“), ist mit dem Wortlaut des § 186 I 1 AktG nicht vereinbar und daher abzulehnen⁹⁸.

Daraus folgt, dass *tracking-stock*-Aktionäre bei Kapitalerhöhungen entsprechend ihrer Beteiligung am Grundkapital zum Bezug der neu geschaffenen Aktien berechtigt sind, und zwar auch dann, wenn diese neuen Aktien einer anderen *tracking-stock*-Gattung angehören⁹⁹.

Dieser Aktienbezug durch „gattungsfremde“ *tracking-stock*-Aktionäre widerspricht der bei einer *tracking-stock*-Struktur

84 MünchHandbAG/Hoffmann-Becking (FN 76) § 46 RN 22 f.

85 Brauer (FN 4) aaO, S. 326.

86 Baums (FN 1) aaO, S. 29; Müller (FN 25) aaO, S. 59; Sieger, Jürgen J./Hasselbach, Kai: „Tracking Stock“ im deutschen Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: AG 2001, 395; Thiel (FN 1), S. 234.

87 Baums (FN 1) aaO; Sieger/Hasselbach (FN 86) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

88 Bezenberger, Tilman: Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, Köln 1991, S. 44 f.; Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff: Aktiengesetz, Bd. 2 §§ 76-147, München 1974, Hefermehl § 139 RN 6; Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Halbbd. §§ 76-147, 3. Aufl., Berlin/New York 1973, Bezenberger § 139 RN 15; Hüffer (FN 73) § 139 RN 7; Sieger/Hasselbach (FN 86) AG 2001, 395; dies. (FN 4) BB 1999, 1281; aA: Müller (FN 25) aaO, S. 58; Thiel (FN 1), S. 234.

89 Sieger/Hasselbach (FN 4, FN 86) aaO.

90 Baums (FN 1) aaO, S. 30.

91 Brauer (FN 4) aaO, S. 325; Jaeger (FN 11), S. 220 f.; Sieger/Hasselbach (FN 4) BB 1999, 1282; Thiel (FN 1), S. 236.

92 Brauer (FN 4) aaO; Jaeger (FN 11), S. 221 f.; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1283; Thiel (FN 1), S. 236 f.

93 Thiel (FN 1), S. 237.

94 BGHZ 120, 148; Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. 3 §§ 179-290, 3. Auflage, Berlin/New York 1973, Wiedemann § 186 RN 2; Hüffer § 186 RN 2; KK-Lutter § 186 RN 5; Kübler, S. 215.

95 GroßKommAktG-Wiedemann (FN 94) § 186 RN 69; MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 56 RN 60.

96 MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 56 RN 61.

97 Bezenberger (FN 88), S. 153.

98 Thiel (FN 1), S. 239.

99 Thiel (FN 1), S. 239.

beabsichtigten vermögensrechtlichen Abgrenzung der einzelnen Geschäftsbereiche und kann nur durch einen Ausschluss des Bezugsrechts der „gattungsfremden“ tracking-stock-Aktionäre nach § 186 III 1 AktG verhindert werden. Ein solcher Bezugsrechtsausschluss, der nur bestimmte Aktionäre betrifft, verletzt jedoch grundsätzlich das Gleichbehandlungserfordernis (§ 53a AktG) und ist nur bei einer besonderen sachlichen Rechtfertigung zulässig¹⁰⁰. Diese wird angenommen, wenn im gleichen Verhältnis, in dem die bisherigen Aktiengattungen zueinander stehen, neue Aktien dieser Gattungen ausgegeben werden. In diesem Fall verstößt der Ausschluss des Bezugsrechts bezüglich der jeweils anderen Aktiengattungen (und damit die gattungsmäßige Aktienzuteilung) nicht gegen § 53a AktG (arg. e § 216 I 1 AktG) und wird daher zugelassen (sog. „gekreuzter Bezugsrechtsausschluss“)¹⁰¹.

Im Rahmen der vorstehenden Ausführungen entsprechen die Gestaltungen des Bezugsrechts bei tracking-stock-Aktionären somit den §§ 186, 53a AktG.

(2) Mitverwaltungsrechte

Neben den Vermögensrechten gehören auch die Mitverwaltungsrechte zu den aktienrechtlich gewährten Aktionärsrechten. Als solche gelten insbesondere das Stimmrecht sowie das Informationsrecht der Aktionäre.

(a) Stimmrecht

Grundsätzlich gewährt jede Aktie ein ihrem Anteil am Grundkapital entsprechendes Stimmrecht (§§ 12 I 1, 134 I 1 AktG). Allerdings sind – anders als im US-Recht – im deutschen Aktienrecht die Gestaltungsmöglichkeiten stark begrenzt. Mehrstimmrechte können gem. § 12 II AktG nicht eingeräumt werden. Eine Vereinbarung von Höchststimmrechten kommt nach § 134 I 2 AktG nur bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften in Betracht. Auch ist die einfache Reduzierung des Stimmrechts auf einen Bruchteil nicht möglich, da §§ 12, 134 AktG das Gewicht des Stimmrechts abschließend regeln und eine solche Gestaltungsmöglichkeit nicht vorsehen¹⁰².

Aus diesem Grund sind auch die bei *tracking stock* üblichen, an den Marktwert der betreffenden *tracked unit* gekoppelten variablen Stimmrechte (*fluctuating voting rights*) im deutschen Aktienrecht unzulässig¹⁰³. In Betracht kommt neben dem gesetzlichen Regelungsgrundsatz des Stimmrechts nur ein vollständiger Stimmrechtsausschluss, sofern die *tracking stock* als Vorzugsaktien iSd 139 AktG ausgestaltet werden.

Sonderbeschlüsse der Aktionäre einer tracking-stock-Gattung sind erforderlich, wenn das Gattungsverhältnis zu deren Nachteil geändert wird (§ 179 III AktG) oder – bei Ausgestaltung als Vorzugsaktien nach § 139 AktG – wenn der Vorrang der tracking-stock-Aktionäre aufgehoben oder beschränkt wird (§ 141 I, III AktG) oder bei Ausgabe weiterer Vorzugsaktien, die dem Vorzug der bisherigen vorgehen oder gleichstehen (§ 141 II, III AktG).

Ferner kann die Satzung weitere Fälle einer Sonderbeschlussfassung vorsehen (vgl. § 138 I 1 AktG).

Bei Einhaltung dieser Grundsätze ist die Gestaltung des Stimmrechts bei tracking-stock-Aktionären von §§ 12,

134 AktG gedeckt. Eine variable Gestaltung des Stimmrechts durch Anbindung an den jeweiligen Marktwert eines Geschäftsbereichs ist jedoch nicht möglich.

(b) Informationsrechte

Jedem Aktionär steht gem. § 118 I AktG das Recht auf Teilnahme an den Hauptversammlungen sowie auf Auskunftserteilung (§ 131 I AktG) zu. Die effektive Ausübung dieser Informationsrechte setzt allerdings voraus, dass die Aktionäre die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft kennen¹⁰⁴. Um die nötige Transparenz für die Aktionäre zu schaffen, sind Aktiengesellschaften gem. §§ 264-335 HGB, 150-176 AktG zur Rechnungslegung verpflichtet.

Eine entsprechende Transparenz bei Emittenten von *tracking stock* setzt neben der üblichen Verpflichtung zur Rechnungslegung hinsichtlich des gesamten Unternehmens auch eine Rechnungslegungspflicht für jeden einzelnen Geschäftsbereich voraus¹⁰⁵. Eine derartige Pflicht zur Bereichsrechnungslegung könnte sich aus dem Gesetz oder einer entsprechenden Satzungsregelung ergeben.

(aa) Gesetzliche Verpflichtung zur Bereichsrechnungslegung

Nach §§ 264 I, 242 I, III HGB sind Aktiengesellschaften verpflichtet einen Jahresabschluss – bestehend aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) sowie Anhang – und einen Lagebericht zu erstellen.

Gem. § 285 Nr. 4 HGB ist die Gesellschaft verpflichtet, im Anhang die Umsatzerlöse nach Tätigkeitsbereichen oder geographischen Märkten aufzugliedern, wenn und soweit sich in diesen Tätigkeitsbereichen und Märkten erhebliche Unterschiede ergeben. Solche Unterschiede sind bei *tracking stock* jedoch nicht zwingend gegeben, so dass sich aus § 285 Nr. 4 HGB für tracking-stock-Emittenten keine generelle Verpflichtung zur Segmentberichterstattung ergibt¹⁰⁶. Ferner entfällt nach § 288 HGB sowohl bei kleinen (vgl. § 267 I HGB) als auch bei mittelgroßen (vgl. § 267 II HGB) Kapitalgesellschaften generell die Segmentberichterstattungspflicht, wobei jedoch zu beachten ist, dass börsennotierte Aktiengesellschaften – für die *tracking stock* in erster Linie interessant sind – stets als große Kapitalgesellschaften gelten (§ 267 III 2 HGB). Außerdem erstreckt sich der Segmentbericht nach § 285 Nr. 4 HGB nur auf die Aufgliederung des Umsatzerlöses, während bereichsbezogene Angaben zum wirtschaftliche Ergebnis, zu Vermögen, Investitionen oder Abschreibungen nicht vorgeschrieben sind¹⁰⁷. Damit ergibt sich aus § 285 Nr. 4 HGB keine Verpflichtung zur Bereichsrechnungslegung.

Weiter könnte eine solche, bereichsbezogene Pflicht zur Rechnungslegung aus § 264 II 2 HGB resultieren. Nach dieser Norm sind zusätzliche Angaben im Anhang erforderlich, wenn besondere Umstände dazu führen, dass der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft nicht vermittelt. Anders als der angelsächsische Grundsatz des „*true and fair view*“ stellt § 264 II 2 HGB kein sog. „*overriding principle*“ dar, aus dem neue, über das

100 BGHZ 120: 141; 33, 175; Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff: Aktiengesetz, Bd. 4 §§ 179-240, München 1994, Hefermehl/Bungeroth § 186 RN 120; Hüffer (FN 73) § 186 RN 39.
 101 Geßler/Hefermehl-Hefermehl/Bungeroth (FN 100) § 186 RN 129; Hüffer (FN 73) § 186 RN 30; Köner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, 1. Halbbd. §§ 179-240, 2. Aufl., Köln 1996, Lutter § 186 RN 86.
 102 Thiel (FN 1), S. 244.
 103 Sieger/Hasselbach (FN 4) BB 1999, 1283; dies. (FN 86) AG 2001, 396; Thiel (FN 1) aaO.

104 BGHZ 93, 329 f; Adler, Hans/Düring, Walther/Schmaltz, Kurt: Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, Publg, Teilbd. 2 §§ 284-289 HGB, 6. Aufl., Stuttgart 1995, § 284 HGB RN 9; Schwark, Eberhard: Spartenorganisation in Großunternehmen und Unternehmensrecht, in: ZHR 1978 (Bd. 142), S. 223; Thiel (FN 1), S. 246.
 105 Baums (FN 1) aaO, S. 31; Brauer (FN 4) aaO, S. 329; Thiel (FN 1) aaO; 106 Thiel (FN 1), S. 269.
 107 Baumann, Karl-Hermann: Die Segmentberichterstattung im Rahmen der externen Finanzpublizität, in: Festschrift für Reinhard Goerdeler, Bilanz- und Konzernrecht, Düsseldorf 1987, S. 3; Baums (FN 1) aaO, S. 33; Brauer (FN 4) aaO, S. 329; Thiel (FN 1), S. 269 f; Veit, Klaus-Rüdiger/Bernards, Oliver: Anforderungen an die Segmentberichterstattung im internationalen Vergleich, in: WPJ 1995, 493.

Gesetz hinausgehende Publizitätspflichten hergeleitet werden können¹⁰⁸. § 264 II 2 HGB ist lediglich als lückenfüllende Generalnorm zu sehen¹⁰⁹. Für eine solche Lückenfüllung lässt § 285 Nr. 4 HGB allerdings keinen Raum, da diese Norm bewusst in ihrem Umfang erlassen wurde¹¹⁰.

Folglich liefert auch § 264 II 2 HGB keine taugliche Grundlage für eine Bereichsrechnungslegungspflicht¹¹¹.

(bb) Satzungsmaßige Verpflichtung zur Bereichsrechnungslegung

Die handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften der §§ 238-289 HGB sind zwingender Natur und grundsätzlich nicht disponibel¹¹². Die Vereinbarung weiterer Angaben ist jedoch zulässig, sofern die Übersichtlichkeit des Jahresabschlusses nicht beeinträchtigt wird (vgl. § 243 II HGB) und somit der Schutz der Interessen der Aktionäre und Gläubiger sowie sonstiger öffentlicher Interessen gewahrt bleibt¹¹³.

Eine Bereichsrechnungslegung stellt lediglich eine differenzierte Wiedergabe des Gesamtjahresabschlusses dar, die durch ihre Information die Transparenz der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft erhöht und so den Schutz von Aktionären und Gläubigern eher verbessert¹¹⁴. Daraus folgt, dass eine in der Satzung statuierte Bereichsrechnungslegungspflicht den Grundsatz der Bilanzklarheit (vgl. § 243 II HGB) wahrt und damit zulässig ist.

Die Bereichsrechnungslegung kann entweder in den Anhang oder in die Bilanz und GuV – entweder als separater Bereichsabschluss oder als Untergliederung der bestehenden, auf die gesamte Gesellschaft bezogenen Posten gem. § 265 V HGB – aufgenommen werden¹¹⁵. Als Rechnungslegungsgrundsätze können dabei IAS¹¹⁶ oder US-GAAP gewählt werden, die beide eine genügende Ausdifferenzierung ermöglichen¹¹⁷.

(cc) Fazit

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass bei einer satzungsmäßigen Verpflichtung zur Bereichsrechnungslegung – entsprechend den oben in lit. (bb) dargestellten Grundsätzen – eine effektive Wahrnehmung der Informationsrechte durch Aktionäre von tracking-stock-Emittenten gewährleistet ist.

(3) Rechte der Aktionäre beim Umtausch von tracking stock

Um nach deutschem Aktienrecht den Umtausch von tracking stock in Aktien anderer Gattungen durchzuführen, kommt eine Aktienumwandlung (§§ 23 III Nr. 4, 179 AktG bzw. §§ 11 AktG, 158 II BGB), eine Zwangseinziehung (§ 237 I 1, 1. Var. AktG) oder ein Aktientausch in Betracht.

(a) Aktienumwandlung (§§ 23 III Nr. 4, 179 AktG; § 11 AktG, 158 II BGB)

Bei der Umwandlung von Aktien einer tracking-stock-Gattung in Aktien einer anderen Gattung handelt es sich um eine

Satzungsänderung (§ 179 I 1 AktG), da die Aktiegattung gem. § 23 III Nr. 4 AktG in der Satzung anzugeben ist¹¹⁸. Der entsprechende Hauptversammlungsbeschluss bedarf neben der einfachen Stimmenmehrheit (§ 133 I AktG) einer qualifizierten Kapitalmehrheit (§ 179 II AktG). Daneben ist ein Sonderbeschluss der betroffenen tracking-stock-Aktionäre gem. § 179 III AktG – bei Ausgestaltung als Vorzugsaktien ohne Stimmrecht nach § 141 I, III AktG – erforderlich. Diese Beschlussfassungen sind jedoch entbehrlich, wenn die Satzung bereits im Zeitpunkt der tracking-stock-Emission die Voraussetzungen der Umwandlung regelt und somit die Gattungsrechte der tracking stock nur auflösend bedingt gewährt sind (§ 158 II BGB)¹¹⁹.

Nach erfolgter Umwandlung kann die Gesellschaft nach § 73 I 1 AktG die bisherigen tracking-stock-Aktien für kraftlos erklären und gem. § 73 III 1 AktG an deren Stelle Aktien der anderen Gattung ausgeben.

(b) Zwangseinziehung (§ 237 I 1, 1. Var. AktG)

Alternativ zur Umwandlung kann die Zwangseinziehung der betreffenden tracking-stock-Aktien vorgesehen werden. Gem. § 237 I 2 AktG muss die Satzung jedoch bereits im Zeitpunkt der Zeichnung der einzuziehenden tracking stock die Einziehung gestatten oder anordnen. Im Fall der Anordnung müssen in der Satzung sämtliche Voraussetzungen der Einziehung so umfassend geregelt sein, dass dem Vorstand bei der Einziehung keinerlei Entscheidungsspielraum mehr verbleibt¹²⁰. Ein Hauptversammlungsbeschluss ist hierbei nicht erforderlich (§ 237 VI 1 AktG); ebenso bedarf es keiner besonderen sachlichen Rechtfertigung der Einziehung¹²¹. Ist die Zwangseinziehung in der Satzung dagegen nur gestattet, sind die Einzelheiten gem. § 237 II 2 AktG entweder in der Satzung oder in dem Hauptversammlungsbeschluss über die Einziehung zu regeln¹²². Die Ausübung der Einziehungsbefugnis muss dabei im Gegensatz zur angeordneten Einziehung sachlich gerechtfertigt sein¹²³. Wegen dieser strengen Voraussetzungen und der Kosten und Komplikationen, die mit der Beschlussfassung verbunden sind, ist die angeordnete Zwangseinziehung für die Rückabwicklung von tracking stock besser geeignet¹²⁴.

Als Einziehungsentgelt können auch eigene Aktien der Gesellschaft, die einer anderen Gattung angehören, gewährt werden¹²⁵ und somit faktisch ein Umtausch herbeigeführt werden. Die Kraftloserklärung der eingezogenen tracking stock kann dabei nach § 73 I 1 AktG erfolgen.

Bei dieser Gestaltung ist allerdings zu beachten, dass mit der Zwangseinziehung von tracking stock zwingend eine Kapitalherabsetzung verbunden ist, so dass den Gesellschaftsgläubigern die Schutzrechte des § 225 AktG auf Sicherheitsleistung und Auszahlungsverbot zur Verfügung stehen.

(c) Aktientausch

Schließlich kann die Satzung auch den Tausch der tracking-stock-Aktien gegen eigene Aktien der Gesellschaft, die zu einer anderen Gattung gehören, vorsehen¹²⁶. Durch die Begrenzung der Anzahl eigener Aktien nach § 71 AktG sind dieser Gestaltungsvariante jedoch enge Grenzen gesetzt.

108 Baums (FN 1) aaO; Beisse, Heinrich: Die Generalnorm des neuen Bilanzrechts, in: Festschrift für Georg Döllner, Handelsrecht und Steuerrecht, Düsseldorf 1988, S. 40 ff; Prinz/Schürner (FN 61) DStR 2001, 764.

109 Budde, Wolfgang Dieter/Clemm, Hermann/Pankow, Max/Sarx, Manfred: Beck'scher Bilanzkommentar, 4. Aufl., München 1999, Karig § 264 HGB RN 25; Beisse (FN 108) aaO, S. 26, 41; Prinz/Schürner (FN 61) aaO; Veit/Bernards (FN 107) aaO, S. 494.

110 Thiel (FN 1), S. 273; Prinz/Schürner (FN 61) aaO.

111 Baums (FN 1) aaO; Prinz/Schürner (FN 61) aaO; Thiel (FN 1) aaO.

112 BGHZ 132, 269 ff; Staub Großkommentar zum HGB, Bd. §§ 238-245, 4. Aufl., Berlin 1988, Hüffer § 238 Rn 3 ff; Großfeld, Bernhard: Bilanzrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1998, S. 7; Winnefeld, Robert: Bilanz-Handbuch, München 1997, Einf. RN 20.

113 Thiel (FN 1), S. 274.

114 Thiel (FN 1) aaO.

115 Thiel (FN 1), S. 276 ff.

116 International Accounting Standard.

117 Thiel (FN 1), S. 279 ff.

118 Brauer (FN 4) aaO, S. 330; Happ, Wilhelm: Aktienrecht, Köln 1995, S. 384.

119 Großkommentar zum Aktiengesetz, §§ 1-14, 4. Aufl., Berlin/New York 1992, Brändel § 11 Rn 43; Thiel, S. 249.

120 MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 62 RN 7.

121 MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 62 RN 9.

122 MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 62 RN 10; Thiel (FN 1), S. 252.

123 MünchHandbAG/Krieger (FN 76) § 62 RN 11; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 7 §§ 222-277, München 2001, Oechler § 237 RN 45.

124 Thiel (FN 1) aaO.

125 Thiel (FN 1), S. 251 f.

126 Thiel (FN 1), S. 252.

(d) Fazit

Damit ermöglicht auch das deutsche Aktienrecht mittels Umwandlung, Einziehung und Aktientausch die für *tracking stock* typischen Umtauschregelungen.

(4) Zwischenergebnis

Die Emission von *tracking stock* führt nicht zu einer Beeinträchtigung der Aktionärsrechte.

b) Unteilbarkeit der Aktie (§ 8 V AktG)

Das Wesen der Aktiengesellschaft umfasst weiter den Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie (§ 8 V AktG). Aus § 8 V AktG resultiert zunächst das Verbot, das in der Aktie verbrieft Mitgliedschaftsrecht in mehrere, je für sich bestehende Mitgliedschaftsrechte aufzuspalten (sog. „Realteilungsverbot“¹²⁷). Daneben ergibt sich aus § 8 V AktG das Verbot, einzelne mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte oder Pflichten abzuspalten und auf Dritte zu übertragen (sog. „Abspaltungsverbot“¹²⁸).

Bei *tracking stock* stellt die Anbindung der Vermögensrechte an einen bestimmten Geschäftsbereich dagegen keine Aufteilung oder Abspaltung der durch die Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechte dar, sondern führt lediglich zu einer anderen Ausgestaltung des Verteilungsmaßstabs für diese Mitgliedschaftsrechte¹²⁹. Diese Gestaltung berührt daher § 8 V AktG nicht, so dass die Emission von *tracking stock* auch nicht gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie verstößt¹³⁰.

c) Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft (§§ 1 II, 6 AktG)

Gem. § 1 II AktG gehört zum Wesen der Aktiengesellschaft auch ein in Aktien zerlegtes Grundkapital der Gesellschaft. Das auf einen Nennbetrag lautende Grundkapital (vgl. § 6 AktG) hat dabei die Funktion eines Mindesthaftkapitals¹³¹. Durch die Zerlegung des Grundkapitals in Aktien, so dass die Summe der Nennbeträge der Aktien den Betrag des Grundkapitals ergibt, soll die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre sichergestellt werden¹³².

Die besondere Ausgestaltung der Vermögensrechte bei *tracking stock* berührt allerdings nur die Mitgliedschaftsrechte, lässt dabei aber die Beteiligung am Grundkapital unberührt¹³³. *Tracking stock* vermitteln daher – ebenso wie konventionelle Aktien – einen ihrem jeweiligen Nennbetrag entsprechenden Anteil am Grundkapital der Gesellschaft insgesamt.

Die Einführung von *tracking stock* verletzt damit nicht die gem. §§ 1 II, 6 AktG vorgeschriebene Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft.

d) Zwischenergebnis

Auch bei Gesellschaften mit *tracking-stock*-Struktur bleibt daher das Wesen der Aktiengesellschaft gewahrt.

3. Gläubigerschutzvorschriften

Eine weitere Einschränkung der Gestaltungsfreiheit stellen die Vorschriften zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (vgl. § 241 Nr. 3, 2. Var. AktG) dar. Die Emission von *tracking stock* ist demnach nur zulässig, wenn die spezielle Gestal-

tung der Vermögensrechte Gläubigerschutznormen unberührt lässt, so dass die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger nicht beeinträchtigt wird¹³⁴.

Wie bereits angesprochen, verletzt die Anbindung des Gewinnbezugsrechts an eine bestimmte *tracked unit* die gläubigerschützende Beschränkung von Gewinnausschüttungen nach § 57 III AktG nicht¹³⁵. Auch bei Aktionären einer erfolgreichen *tracking-stock*-Gattung ist gem. § 57 III AktG eine Gewinnausschüttung nur insoweit möglich, als die Gesellschaft insgesamt einen Bilanzgewinn ausweisen kann. Ist das nicht der Fall, so kann allerdings dennoch eine Gewinnausschüttung erfolgen, wenn entsprechende Gewinnrücklagen der Gesellschaft in Bilanzgewinn umgewandelt werden (vgl. § 158 I 1 Nr. 3 AktG)¹³⁶.

Auch die spezielle Ausgestaltung des Rechts auf Beteiligung am Liquidationserlös hat keine Verletzung von gläubigerschützenden Normen zur Folge, da nur der Maßstab für die Verteilung des Liquidationserlöses unter den Aktionären variiert wird. Eine – den Gesellschaftsgläubigern vorrangige – gegenständliche Berechtigung der *tracking-stock*-Aktionäre am Vermögen „ihrer“ *tracked unit* wird dabei nicht geschaffen.

Die Gestaltung der Vermögensrechte bei *tracking stock* wirkt sich somit nicht auf das Verhältnis zwischen Gesellschaftsgläubigern und Aktiengesellschaft aus, so dass kein Verstoß gegen Vorschriften des Gläubigerschutzes vorliegt.

4. Sonstige öffentliche Interessen

Die *tracking-stock*-Struktur muss ferner in Einklang stehen mit Vorschriften, die im sonstigen öffentlichen Interesse gegeben sind (vgl. § 241 Nr. 3, 3. Var. AktG). Zu solchen Normen gehören auch die Vorschriften des Mitbestimmungsrechts¹³⁷. Diese bleiben jedoch durch die Emission von *tracking stock* unangetastet, solange der Arbeitsdirektor auch nach der Umstrukturierung durch *tracking stock* noch über wesentliche Entscheidungs- und Einwirkungsbefugnisse in sozialen und arbeitsrechtlichen Fragen verfügt¹³⁸.

Sonstige öffentliche Interessen, die durch *tracking stock* beeinträchtigt sein könnten sind nicht ersichtlich, so dass die Einführung von *tracking stock* keine sonstigen öffentlichen Interessen iSd § 241 Nr. 3, 3. Var. AktG verletzt.

5. Verstoß gegen die guten Sitten

Schließlich sind bei *tracking stock* auch keine Aspekte festzustellen, die einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen¹³⁹ und damit einen Sittenverstoß (vgl. § 241 Nr. 4 AktG) begründen könnten.

6. Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung

Die Emission von *tracking stock* verletzt daher weder allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien, noch zwingende aktienrechtliche Normen und ist somit nach deutschem Gesellschaftsrecht zulässig.

*II.**Maßnahmen zur Einführung von tracking stock*

Um eine Aktiengesellschaft mit *tracking-stock*-Struktur zu gründen, sind die – entsprechend den vorstehenden Aus-

127 Hüffer (FN 73) § 8 RN 30; MüKoAktG-Heider (FN 81) § 8 RN 107; MünchHandbAG/Wiesner (FN 76) § 12 RN 18.

128 Hüffer (FN 73) aaO; MüKoAktG-Heider (FN 81) § 8 RN 108.

129 Thiel (FN 1), S. 229 f.

130 Thiel (FN 1), S. 230.

131 MüKoAktG-Heider (FN 81) § 6 RN 5.

132 GroßKommAktG-Brändel (FN 119) § 1 RN 76; Hüffer (FN 73) § 1 RN 11 ff.

133 Brauer (FN 4) aaO, S. 326; Thiel (FN 1), S. 256.

134 Thiel (FN 1), S. 253.

135 s.o. lit. C. I. 2. a) (1) (a).

136 MünchHandbAG/Hoffmann-Becking (FN 76) § 46 RN 1; Sieger/Hasselbach

(FN 86) AG 2001, 395.

137 BGHZ 83, 110; MünchHandbAG/Semmler (FN 76) § 41 RN 14, 16.

138 Thiel (FN 1), S. 255.

139 BGHZ 8, 355; Hüffer (FN 73) § 241 RN 24; KK-Zöllner (FN 101) § 241 RN 124,

126.

fürungen erforderlichen – Gestaltungen von den Gründern einstimmig in der Satzung gem. § 23 I, II AktG festzustellen¹⁴⁰.

Sollen dagegen *tracking stock* nach Gründung einer Aktiengesellschaft umfassend eingeführt werden, so ist entweder eine Satzungsänderung oder eine Verschmelzung auf eine neue, mit tracking-stock-Struktur versehene, Mantelgesellschaft erforderlich.

1. Satzungsänderung

Eine Möglichkeit der Einführung von *tracking stock* besteht in der Durchführung einer Satzungsänderung, die eine Umwandlung der bisherigen Aktien in *tracking stock* vorsieht (§§ 179 I 1, 23 III Nr. 4 AktG). Dabei werden die bisherigen Aktien entsprechend den vorhandenen Geschäftsbereichen der Gesellschaft in verschiedenen Gattungen (§ 11 S. 1 AktG) aufgeteilt, wobei für jede einzelne Gattung die Vermögensrechte an einem bestimmten Geschäftsbereich ausgerichtet werden¹⁴¹.

Der satzungsändernde Hauptversammlungsbeschluss bedarf dabei grundsätzlich der einfachen Stimmenmehrheit (§ 133 I AktG) und der qualifizierten Kapitalmehrheit (§ 179 II AktG). Wird durch die Satzungsänderung das Verhältnis der ursprünglichen Aktiengattungen zueinander verändert, so ist ein Sonderbeschluss der betroffenen Gattung(en) erforderlich (§ 179 III AktG). Das gleiche gilt, wenn bereits Vorzugsaktien iSd § 139 AktG vorhanden sind, so dass die Vorzüge aufgehoben oder beeinträchtigt werden (§ 141 I, III AktG).

Fraglich ist, ob darüber hinaus die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs erforderlich ist. Nach den Prinzipien des Minderheitenschutzes ist eine solche Individualzustimmung notwendig, wenn unentziehbare Rechte des Gesellschafters betroffen sind¹⁴². Nach der sog. „Kernbereichslehre“ gehören zwar auch die essentiellen Vermögensrechte zum Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte und sind damit unentziehbar¹⁴³. Dieser Grundsatz kann jedoch bei Aktiengesellschaften keine Anwendung finden, weil ansonsten Satzungsänderungen im vermögensrechtlichen Bereich – wie z.B. die nachträgliche Einführung von Vorzugsaktien – faktisch blockiert wären¹⁴⁴. Auch aus der Regeln des Bezugsrechtsausschlusses (§ 186 I, III AktG) ergibt sich, dass vermögensrechtliche Positionen der Aktionäre durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden können¹⁴⁵. Die Vermögensrechte der Aktionäre stellen somit keine unentziehbaren Rechte dar.

Durch die Umgestaltung der Vermögensrechte könnte ferner eine Ungleichbehandlung der einzelnen Aktionäre vorliegen (vgl. § 53a AktG), welche nur mit Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs zulässig wäre¹⁴⁶. § 53a AktG ist jedoch nicht verletzt, wenn alle Aktionäre für jede Altaktie jeweils eine Aktie von jeder tracking-stock-Gattung erhalten und damit gleich behandelt werden¹⁴⁷. Somit ist auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung eine Einstimmigkeit nicht erforderlich, so dass es bei den Mehrheitserfordernissen nach §§ 133 I, 179 II, III, 141 I, III AktG bleibt.

2. Verschmelzung auf eine Mantelgesellschaft

Eine weitere Variante, *tracking stock* einzuführen, stellt die Verschmelzung der Emittentin auf eine Mantelgesellschaft dar, die bereits mit einer tracking-stock-Struktur ausgestattet ist¹⁴⁸. Dazu wird eine Mantelgesellschaft mit minimalem Grundkapital als 100%ige Tochter der Emittentin gegründet und hierbei mit einer – den zukünftigen Geschäftsbereichen entsprechenden – tracking-stock-Struktur ausgestattet. Im nächsten Schritt überträgt die Emittentin unter Auflösung ihr gesamtes Vermögen auf die Mantelgesellschaft (§ 2 Nr. 1 UmwG). Zur Durchführung der Verschmelzung findet eine Kapitalerhöhung gem. § 69 I UmwG bei der Mantelgesellschaft statt. Der entsprechende Kapitalerhebungsbeschluss wird dabei vollständig von der Emittentin als Alleinaktionärin der Mantelgesellschaft beherrscht¹⁴⁹. Die so geschaffenen neuen *tracking stock* werden an die Aktionäre der Emittentin nach § 2 Nr. 1 UmwG ausgegeben¹⁵⁰. Die Aktionäre der Emittentin treten dabei nur bei dem Verschmelzungsbeschluss gem. § 13 I 1 UmwG in Erscheinung.

Dieser Beschluss bedarf nach § 65 I UmwG einer qualifizierten Kapitalmehrheit; bei mehreren Aktiengattungen sind Sonderbeschlüsse jeder Gattung erforderlich (§ 65 II UmwG).

III.

Börsenrechtliche Aspekte

Die öffentliche Emission von *tracking stock* kann an deutschen Börsen beim Amtlichen Handel, am Geregelten Markt, am Neuen Markt – der nur ein Handelssegment innerhalb des Geregelten Markts an der Frankfurter Börse darstellt – oder im Freiverkehr erfolgen. Aufgrund der hohen Anforderungen, die der Amtliche Handel und der Neue Markt hinsichtlich des Emissionsvolumens stellen¹⁵¹, wird sich für die Emission von *tracking stock* eher der Geregelte Markt oder der Freiverkehr anbieten¹⁵².

Erfolgt eine Zulassung zum Amtlichen Handel oder zum Handel am Geregelten Markt, so werden die Emittenten nach § 15 I 1 WpHG verpflichtet, öffentlich unbekannte Tatsachen aus ihrer Sphäre, die zu erheblichen Kursänderungen (Schwankungen von 2-10%¹⁵³) führen können, unverzüglich zu veröffentlichen („Ad-hoc Publizität“). Ferner besteht bei Zulassung zum Amtlichen Handel, Geregelten Markt oder Neuen Markt gem. §§ 44b BörsG, 53-62 BörsZulV die Pflicht, mindestens halbjährlich Zwischenberichte über die Geschäftsentwicklung vorzulegen.

IV.

Steuerrechtliche Aspekte

1. Besteuerung auf Gesellschaftsebene

Auf Gesellschaftsebene bleibt trotz der tracking-stock-Struktur die Gesellschaft insgesamt Steuersubjekt gem. § 1 I Nr. 1 KStG¹⁵⁴. Gewinne, die von einer *tracked unit* erwirtschaftet werden, stellen folglich steuerpflichtiges Einkom-

140 Geßler/Hefermehl-Eckardt (FN 73) § 11 RN 28; Würdinger, Hans: Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 80 f.

141 Brauer (FN 4) aaO, S. 330; Sieger/Hasselbach (FN 4) BB 1999, 1279;

142 Thiel (FN 1), S. 263.

143 Brauer (FN 4) aaO, S. 331, Thiel (FN 1) aaO.

144 Thiel (FN 1) aaO.

145 Brauer (FN 4) aaO, S. 331 f.; Thiel (FN 1) aaO.

146 Hüffer (FN 73) § 179 RN 43.

147 Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO; Thiel (FN 1), S. 264.

148 Thiel (FN 1), S. 260; Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO, S. 1280.

149 Sieger/Hasselbach (FN 4) aaO.

150 Sieger/Hasselbach aaO.

151 Der Amtliche Handel fordert gem. § 2 I BörsZulV ein Emissionsvolumen von 1,25 Mio. €, der Neue Markt ein Emissionsvolumen von 5 Mio. € – jeweils auf den voraussichtlichen Kurswert bezogen –, während der Geregelte Markt lediglich ein Emissionsvolumen von 250.000 € Gesamtnennbetrag vorsieht und der Freiverkehr schließlich überhaupt kein Mindestemissionsvolumen voraussetzt.

152 Thiel (FN 1), S. 287 f.

153 Thiel (FN 1), S. 289.

154 Herrmann, Carl/Heuer, Gerhard/Raupach, Arndt: Kommentar zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, 21. Aufl., Köln, Stand Juni 1998, Herrmann § 1 KStG RN 20; Plewka, Harald: Gestaltungsmöglichkeiten mit „Tracking Stock“ bei Kapital- und Personengesellschaften, in: Haarmann, Hémelrath & Partner (Hrsg.), Gestaltung und Analyse in der Rechts-, Wirtschafts- und Steuerberatung von Unternehmen, Köln 1998, S. 137 (bzgl. GmbH).

men der Gesellschaft insgesamt dar¹⁵⁵. Demgegenüber unterliegt Kapital, das der Gesellschaft im Rahmen der tracking-stock-Emission zufließt, nicht der Körperschaftssteuerpflicht¹⁵⁶.

2. Besteuerung auf Aktionärssebene

Tatsächlich an die tracking-stock-Aktionäre ausbezahlte Gewinnanteile unterliegen nach §§ 2 I Nr. 5, 20 I Nr. 1, 3 EStG der Einkommensteuerpflicht. Um hier eine Doppelbesteuerung durch eine bereits von der Aktiengesellschaft entrichtete Körperschaftssteuer zu vermeiden, sieht das Halbeinkünfteverfahren (vgl. §§ 27 ff KStG, 36 II Nr. 3 EStG) für die Hälfte der Dividendeneinkünfte eine Befreiung der Aktionäre von der Einkommensteuerpflicht vor. Der Erwerb von *tracking stock* ist dagegen grundsätzlich steuerfrei¹⁵⁷. Gleiches gilt für die Veräußerung, sofern die *tracking stock* im Privatvermögen gehalten werden, eine Beteiligung von 25% nicht überschreiten und eine Frist von 6 Monaten seit Erwerb eingehalten wird (§§ 17 IV, 22 Nr. 2, 23 I EStG).

D. Ergebnis

Tracking stock stellt ein neuartiges, innovatives Instrument zur Unternehmensfinanzierung und -restrukturierung dar. Charakteristisches Merkmal von *tracking stock* ist dabei die

¹⁵⁵ Tipke, Klaus/Lang, Joachim, Steuerrecht, 17. Aufl., Köln 2000, S. 448 f.

¹⁵⁶ MünchHandbAG/Kantenwein (FN 76) § 64 RN 1.

¹⁵⁷ Thiel (FN 1), S. 295.

Anbindung der Vermögensrechte an die wirtschaftliche Entwicklung eines bestimmten Geschäftszweigs. Hierdurch wird es den Anlegern ermöglicht, ihr Investment auf einen bestimmten Bereich des Unternehmens zu konzentrieren, so dass *tracking stock* für Investoren eine erhöhte Attraktivität besitzen. Gleichzeitig behält die Emittentin die Möglichkeit Vorteile der einheitlichen Gesellschaft weiterhin zu nutzen.

Mit Einschränkungen ist das tracking-stock-Modell auch auf deutsche Aktiengesellschaften übertragbar. Während die entsprechende Ausgestaltung der Vermögensrechte selbst auch nach deutschem Aktienrecht ohne weiteres möglich ist, lässt das Aktiengesetz eine an den jeweiligen Bereich angepasste, variable Ausformung des Stimmrechts nicht zu. Den Interessenten für *tracking stock* bleibt daher nur die Möglichkeit, entweder das Stimmrecht ganz auszuschließen oder die Gefahr eines „billigen Stimmrechtseinkaufs“ in Kauf zu nehmen. Weitere Probleme ergeben sich dadurch, dass keine gesetzlichen Vorschriften für eine Bereichsrechnungslegung existieren. Dieser Mangel kann jedoch durch eine Satzungsregelung, die eine Bereichsrechnungslegung nach IAS oder US-GAAP vorsieht, weitgehend kompensiert werden.

Die Zukunft wird zeigen, ob deutsche Aktiengesellschaften von dieser Finanzinnovation Gebrauch machen werden und ob sich *tracking stock* bei den Anlegern durchsetzen.

Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken für Baumaßnahmen; Das Hammerschlags- und Leiterrecht in Baden-Württemberg, § 7c NRG

Von Dr. Hans-Martin Käser Rechtsanwalt und Württ. Notariatsassessor und Carolin Beck Rechtsanwältin,
beide Kanzlei Dr. Käser in Stuttgart

Gliederung:

I. Einführung

II. Das Hammerschlags- und Leiterrecht

1. Voraussetzungen
 - (a) Zulässige bauliche Anlage
 - (b) Arbeiten an einem zu erstellenden, vorhandenen oder zu beseitigenden Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage
 - (c) Nichtausführbarkeit der Arbeiten auf dem eigenen Grundstück ohne besondere erhebliche Aufwendungen
 - (d) Rechtzeitige Anzeige
2. Reichweite der Duldungspflicht
3. Beschränkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht
4. Berechtigter
5. Schadensersatz
6. Durchsetzung

III. Empfehlung

I. Einführung

Das Hammerschlags- und Leiterrecht ist eine altertümliche Bezeichnung. Früher war es im BGB geregelt. Heute hingegen ist es, eher versteckt, in den Nachbarschaftsgesetzen einzelner Bundesländer – so auch in Baden-Württemberg – geregelt. Für die Durchführung von Baumaßnahmen – sei es bei Neubauten oder auch bei Sanierungen und Umbauten – ist das Hammerschlags- und Leiterrecht jedoch von erheblicher Bedeutung. Vor allem bei beengten Grundstückssituationen in städtischen Ballungsräumen oder bei schwer zugänglichen Grundstücken.

Als Hammerschlagsrecht wird die Befugnis bezeichnet, das Nachbargrundstück zum Zwecke der Errichtung, Änderung oder Ausbesserung eigener baulicher Anlagen zu betreten.

Leiterrecht ist das Recht, dort zum gleichen Zweck Gerüste oder Gerätschaften aufzustellen und zu benutzen¹.

Hier kommt es in der Praxis oft zu Streitigkeiten, da sich die Nachbarn über den Umfang der zu duldenden Maßnahmen nicht im Klaren sind und die betroffenen Grundstückseigentümer nicht gewillt sind, ihre Grundstücke für entsprechende Baumaßnahmen zur Verfügung zu stellen, zumal bei

¹ Pelka, Das Nachbarrecht in Baden-Württemberg, 17. Aufl., S. 98.

dieser Inanspruchnahme auch mit erheblichen Schäden gerechnet werden muß.

II. Hammerschlags- und Leiterrecht, § 7c NRG²

1. Voraussetzungen

(a) Zulässige bauliche Anlage

Die Vorschrift des § 7c NRG gilt für alle Maßnahmen an bestehenden oder zu errichtenden zulässigen baulichen Anlagen. Bauliche Anlagen sind nicht nur Gebäude, sondern alle „mit dem Erdboden verbundene, aus Baustoffen hergestellte Anlagen“, § 2 Abs. 1 Satz 1 LBO. Dazu gehören auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Mauern, Abstellplätze usw.³. Die Zulässigkeit baulicher Anlagen bestimmt sich allein nach öffentlichem Baurecht. Soweit eine Baugenehmigung oder andere Genehmigung (z.B. Planfeststellung für Straßen) notwendig ist, muß diese unanfechtbar vorliegen. Ein Bau oder Abbruch ohne notwendige Genehmigung berechtigt also nicht zur Inanspruchnahme fremder Grundstücksflächen. Dies gilt ebenso, wenn entgegen der Baugenehmigung gebaut wurde^{4,5}. Dem Wortlaut nach nicht anwendbar ist § 7c NRG auf bestehende genehmigungspflichtige, aber ungenehmigte bauliche Anlagen. Man wird aber eine entsprechende Anwendung vornehmen müssen, wenn die bauliche Anlage geduldet wird, d.h. nicht durch eine unanfechtbare Verfügung deren Beseitigung angeordnet ist⁶.

(b) Arbeiten an einem zu erstellenden, vorhandenen oder zu beseitigenden Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage

Die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks ist für bestimmte Tätigkeiten – § 7c I NRG spricht von Errichten, Ändern, Unterhalten oder Abbrechen – an oder für die baulichen Anlagen zulässig.

Mit den Bezeichnungen Errichten, Ändern, Unterhalten oder Abbrechen sind alle tatsächlichen Arbeiten an einem zu erstellenden, vorhandenen oder zu beseitigenden Gebäude oder sonstiger baulicher Anlagen erfaßt. Zur Unterhaltung gehören auch Reparaturarbeiten. Auf die Art und Intensität der Tätigkeit kommt es nicht an. Man wird bei den Unterhaltungsarbeiten allerdings eine am üblichen ausgerichtete, tatsächliche, zur Substanzerhaltung notwendige Tätigkeit verstehen (z.B. Streichen einer Hauswand in den dafür üblichen Zeitabständen, nicht aber jedes Jahr).

(c) Arbeiten können nicht oder nur mit erheblichen besonderen Aufwendungen auf dem eigenen Grundstück ausgeführt werden

Die Arbeiten müssen zudem nicht oder nur mit erheblichen besonderen Aufwendungen auf dem eigenen Grundstück ausführbar sein, § 7c I NRG.

(i) Nichtausführbarkeit der Arbeiten

Die Arbeiten für beabsichtigte oder an bestehenden baulichen Anlagen können nicht auf dem eigenen Grundstück ausgeführt werden, wenn diese auf der Grenze stehen oder einen Überbau bilden. Dies gilt auch, wenn sie so nahe an der Grenze stehen, daß der notwendige Arbeitsraum für die konkrete Arbeit nicht zur Verfügung steht.

(ii) Erhebliche besondere Aufwendungen zur Ausführung der Arbeiten

Für den Fall, daß die Ausführung auf dem eigenen Grundstück nur mit erheblichen besonderen Aufwendungen möglich ist, darf ebenfalls das Nachbargrundstück in Anspruch genommen werden.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß nicht jede Erschwerung⁷ zur Benutzung des Nachbargrundstücks berechtigt. Es muß sich um erhebliche besondere Aufwendungen handeln. Dies ist der Fall, wenn die zu ergreifenden Maßnahmen tatsächlich und/oder kostenmäßig deutlich über die für diese Arbeiten normalen Aufwendungen hinausgehen. Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Die Bestimmung dessen, was „erhebliche besondere Aufwendungen“ im konkreten Einzelfall sind, hängt nicht von der Intensität des Eingriffs in das benutzende Nachbargrundstück ab, sondern allein von den notwendigen technischen oder finanziellen Aufwendungen für den Eigentümer des „begünstigten Grundstücks“⁸. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks hat über § 7c Abs. 3 NRG einen gesetzlich definierten Schadensersatzanspruch, mit dem auch die Intensität des Eingriffs dadurch berücksichtigt wird, daß jeder Schaden ersetzt werden muß⁹.

(d) Rechtzeitige Anzeige

Die Anzeige über die Absicht, das Nachbargrundstück zu benutzen, muß mindestens zwei Wochen vorher erfolgen, damit die Inanspruchnahme zulässig ist, § 7c Abs. 2 S. 1 NRG. Gerechnet werden diese zwei Wochen ab Zugang der Anzeige beim Nachbarn¹⁰. Um einen entsprechenden Nachweis der Einhaltung der Frist zu haben, sollte der Zugang dokumentiert werden. Dafür bietet sich eine Empfangsbestätigung oder ein Einschreiben mit Rückschein an.

Mit der Anzeige ist mitzuteilen, wie das Nachbargrundstück und für welche Zwecke es genützt werden soll. Ebenso ist der voraussichtliche zeitliche Umfang mitzuteilen¹¹.

Die Anzeige hat an den Grundstückseigentümer und an den Besitzer, soweit der Eigentümer das Grundstück nicht selbst nutzt, zu erfolgen, § 7c Abs. 2 S. 1 NRG. Ist der Eigentümer nicht bekannt, so reicht die Anzeige an den unmittelbaren Besitzer, § 7c Abs. 2 S. 2 und 3 NRG.

Stimmt der Nachbar zu oder meldet er sich innerhalb der 14 Tage nicht, so darf mit den Arbeiten begonnen werden. Dies soll jedoch nicht heißen, daß eine, wie auch immer geartete, Zustimmung des Nachbarn

² Die folgende Darstellung beruht auf dem Nachbarrecht in Baden-Württemberg. Das Hammerschlags- und Leiterrecht ist aber auch in anderen Bundesländern in den entsprechenden Nachbarschaftsgesetzen geregelt.

³ Dürr, Baurecht, 9. Aufl., Rn. 79 ff.
⁴ LG Karlsruhe (9. 7. 1976); Az. 9 S 94/76.

⁵ § 7c NRG gilt auch für verfahrensfreie Anlagen oder Einrichtungen gemäß § 50 LBO oder Vorhaben, die dem Kenntnisgabeverfahren, § 51 LBO, unterworfen sind.

⁶ LG Baden-Baden (22. 6. 1990), Az. 2 S 14/90; Birk, Nachbarrecht für Baden-Württemberg, Kommentar, 3. Aufl. 1996, § 7c, Anm. 1c.

⁷ z.B. ein besonderer Gerüstbau.

⁸ LG Baden-Baden (22. 6. 1990), Az. 9 S 14/90.

⁹ vgl. dazu näher unter I.5.

¹⁰ Birk, a.a.O., Anm. 5.

¹¹ Birk, a.a.O., Anm. 5.

erforderlich ist. Verweigert der Nachbar die Nutzung, so ist der Anspruch gerichtlich durchzusetzen¹².

2. Reichweite der Duldungspflicht

Der Duldungsanspruch besteht gegenüber bebauten und unbebauten Grundstücken; auch gegenüber öffentlich genutzten Grundstücken wie zum Beispiel Straßen. Auf die Nutzung des in Anspruch genommenen Nachbargrundstücks kommt es nicht an.

Die Duldung berechtigt gemäß § 7c Abs. 1 NRG zur Aufstellung und Benutzung von Gerüsten, z.B. für Baumaßnahmen, Malerarbeiten usw. Ferner berechtigt sie zur Aufstellung und Benutzung von Geräten, z.B. Beton- oder Gipsumpfen¹³, vorübergehenden Leitungen für Baustrom, Bauwasser usw.

Nicht zulässig ist eine übliche und im konkreten Fall auch notwendige Baustelleneinrichtung (z.B. Baubaracke, WC, Materialplatz) auf dem Nachbargrundstück, da für diese Einrichtung die in Absatz 1 vorausgesetzte unabdingbare Notwendigkeit der Inanspruchnahme des fremden Grundstücks fehlt. Eine Baustelleneinrichtung kann auch an anderer Stelle untergebracht werden.

Fraglich ist, ob § 7c NRG auch zum „Überfahren“ eines Nachbargrundstücks berechtigt, um anschließend auf ein „gefangenes“ Grundstück zu gelangen, damit dort – ohne weitere Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks – die erforderlichen Arbeiten ausgeführt werden können. Das Landgericht Stuttgart hat in einer Entscheidung über diese Fragestellung¹⁴ ausgeführt, daß § 7c I NRG nicht lediglich ein Durchgangsrecht, sondern auch ein Recht auf Überfahren mit Raupen, Lkw o.ä. gibt. Wir halten diese Auslegung des § 7c NRG durch das Landgericht Stuttgart für zu weitgehend. Beim Hammerschlags- und Leiterrecht handelt es sich um eine landesrechtliche Vorschrift. Eine derart weite Auslegung, wie sie das Landgericht Stuttgart vorgenommen hat, entspricht einem Notwegerecht. Das Notwegerecht ist jedoch im Bundesrecht (§ 917 BGB) geregelt. Aufgrund der vorhandenen, vorrangigen bundesrechtlichen Regelung des Notwegerechts erscheint eine derart weite Auslegung des Hammerschlags- und Leiterrechts nicht gerechtfertigt. Es ist jedoch durchaus möglich, daß weitere Gerichte der Auslegung des Landgerichts Stuttgart folgen werden. Daher sollte in derartigen Grenzfällen durchaus eine gerichtliche Geltendmachung der jeweiligen Interessen in Betracht gezogen werden. Entscheidend wird dabei die besondere Grundstückssituation im Einzelfall sein.

Ebenfalls schwierig zu beantworten ist die Frage, ob eine weitergehende Benutzung zulässig ist, z.B. eine Abgrabung des Nachbargrundstücks als Arbeitsraum zur Erstellung einer zulässigen Kellerwand an der Grundstücksgrenze (Grenzbau) oder ein zeitweiliges Setzen von unterirdischen Ankern zur Anbringung einer Verschalung. Folgt man dem Landgericht Stuttgart¹⁵ so wird man die Zulässigkeit bejahen können. Nach der Rechtsprechung des Landgerichts Stuttgart hat jeder Nachbar Anspruch auf Duldung auch einer Abgrabung, soweit dies für geplante, baurechtlich zulässige Maßnahmen notwendig ist. Diese Auslegung des § 7c NRG erschließt sich in dieser Form jedoch nicht sofort und derart eindeutig. Der Wortlaut des § 7c Abs. 1 NRG spricht zwar von „Benutzung“, dies erfolgt aber in unmittelbarem Zusammenhang

mit Betreten, Aufstellen und Übergreifen. Von Abgraben ist nach dem Aufbau des § 7c I NRG nicht die Rede¹⁶. Für die Annahme des Landgerichts Stuttgart spricht jedoch der Beginn des Wortlautes des Absatzes 1. Dort wird auf erhebliche besondere Aufwendungen bei der Errichtung, Änderung, Unterhaltung und dem Abbruch von zulässigen baulichen Anlagen abgestellt. Die in § 7c NRG angesprochene Notwendigkeit, ein Nachbargrundstück nutzen zu müssen taucht aber nur dann auf, wenn eine bauliche Anlage direkt an der Grenze steht oder so nahe, daß auf dem eigenen Grundstück keine Arbeiten mehr durchgeführt werden können¹⁷. Ist ein Grenzbau zulässig dann kann er nicht ohne „Benutzung“ des Nachbargrundstücks (wie beispielsweise Abgrabungen oder das Setzen von Anker) errichtet werden. Die Errichtung einer baulichen Anlage ist aber in Absatz 1 ausdrücklich genannt. Somit kann eine Abgrabung nach § 7c NRG als zulässig angesehen werden¹⁸. Wie bei dem vorgenannten Grenzfall ist auch hier keine eindeutige Aussage über die Zulässigkeit möglich. Es ist somit auch hier zu empfehlen, eine gerichtliche Geltendmachung der jeweiligen Interessen in Betracht zu ziehen.

3. Beschränkung in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht

Die Duldung ist in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht auf das notwendige Maß der Inanspruchnahme beschränkt; das Nachbargrundstück muß auch soweit wie möglich geschont werden¹⁹. Ein auf dem Nachbargrundstück errichtetes Gerüst darf daher nicht größer als notwendig und nicht länger als für ordnungsgemäße Arbeiten erforderlich aufgestellt werden. Aus bloßer Bequemlichkeit darf vom Recht des § 7c NRG nicht Gebrauch gemacht werden.

4. Berechtigte

Das Hammerschlags- und Nachbarrecht steht nur dem Eigentümer zu, nicht aber dem Besitzer (Mieter, Pächter). Das ergibt sich aus § 7c Abs. 3 NRG und ist im Interesse des nachbarschaftlichen Verhältnisses auch sinnvoll.

Zur Duldung ist aber sowohl der Eigentümer als auch der Besitzer verpflichtet, § 7c Abs. 1 NRG.

5. Schadensersatz

Der Duldungspflicht korrespondiert der Schadensersatzanspruch des Grundstückseigentümer. Der durch die Maßnahme entstandene Schaden (z.B. beschädigte Pflanzen, Zäune etc.) ist zu ersetzen, § 7c Abs. 3 Satz 1 NRG. Es ist nach allgemeinen Schadensersatzrechtlichen Grundsätzen der vor der Inanspruchnahme bestehende Zustand wiederherzustellen (z.B. Wiederherstellung von Rasen, Einpflanzung von Sträuchern, Wiederaufbau von Zäunen usw.)²⁰. Soweit bei größeren Gehölzen nur eine Neupflanzung mit Jungpflanzen in Frage kommt, ist ein dadurch etwa verbleibender Restschaden am Gesamtgrundstück in Geld auszugleichen²¹.

Dieser mögliche Schadensersatzanspruch ist auf Verlangen des zur Duldung verpflichteten Grundstückseigentümers vor Beginn der Nutzung in seiner erwarteten Höhe zu sichern.

Es empfiehlt sich auch, vor Beginn der Maßnahmen, den Zustand des Nachbargrundstücks zusammen mit dem

16 Walter Dehner, Nachbarrecht, 7. Aufl., 1991; B § 28 Ziff. 4 zur Rechtslage in Baden-Württemberg; LG Regensburg (15. 6. 1979), Az. 2 O 537/79.

17 siehe dazu auch I.1(c)(i).

18 Pelka, a.a.O., S. 99.

19 Vetter, Karremann, Kahl, Das Nachbarrecht in Baden-Württemberg, 16. Aufl., S. 202.

20 Pelka, S. 99.

21 BGH, NJW 1975, 2061; OLG Celle, VersR 1984, 69; OLG Oldenburg, VersR 1986, 1004; Vetter, Karremann, Kahl, a.a.O., S. 202.

12 vgl. dazu I.6.

13 Pelka, a.a.O.

14 LG Stuttgart (2. 2. 1998), Az. 23 O 44/97.

15 LG Stuttgart (26. 11. 1992), Az. 16 S 290/92.

Nachbarn oder einem Dritten festzustellen, eventuell empfiehlt sich sogar die Durchführung eines Beweisicherungsverfahrens gemäß §§ 485 ff. ZPO.

Wie ausgeführt, erhält der Eigentümer des belasteten Grundstücks lediglich Ersatz für die Schäden, die durch die Inanspruchnahme tatsächlich entstanden sind. § 7c Abs. 3 NRG gibt dem Eigentümer des belasteten Grundstücks keinen Anspruch auf eine Bodenrente, Miete oder Pacht. Er hat die Inanspruchnahme unentgeltlich zu dulden²².

6. Durchsetzung

Bei schuldhafter Verweigerung der Inanspruchnahme kann ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses gegeben sein.

Kommt keine Einigung der Nachbarn über das Betreten zustande, so darf der Berechtigte das Grundstück nicht eigenmächtig betreten²³. Er muß klagen.

III. Empfehlung

Aus unseren Erfahrungen ist das Hammerschlags- und Leitterrecht unter Grundstückseigentümern und Besitzern weit-

gehend unbekannt und führt entsprechend dazu, daß sie sich gegen eine Inanspruchnahme ihrer Grundstücke wehren. Eine klageweise Geltendmachung des Hammerschlags- und Leitterrechts kann für den Eigentümer, der auf die Nutzung des Nachbargrundstücks angewiesen ist, durchaus empfehlenswert sein. Für den Eigentümer oder Besitzer dessen Grundstück in Anspruch genommen werden soll, empfiehlt sich hingegen, vor allem bei unklaren Grenzfällen wie sie oben unter 2 dargestellt wurden, gegen eine Inanspruchnahme der Grundstücke vorzugehen, da eine positive gerichtliche Entscheidung durchaus möglich ist. Oft wird es dabei auch zu einem gerichtlichen Vergleich, bei dem ein weiterer Gestaltungsspielraum möglich ist, kommen.

Um Streitigkeiten, vor allem über die entstandenen Schäden durch die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks, zu vermeiden, empfehlen wir, es nicht zu versäumen, vor den Baumaßnahmen den Grundstückszustand zusammen mit dem Nachbarn und einem Dritten entsprechend zu dokumentieren. Es empfiehlt sich für den Nachbarn, dessen Grundstück in Anspruch genommen wird, zudem, mit dem Bauherrn eine schriftliche Vereinbarung über die zeitliche Dauer der Baumaßnahmen vorzunehmen, um eine bessere Kontrolle der zeitlichen Inanspruchnahme des Grundstücks zu ermöglichen und entsprechend auch gegenüber dem Bauherrn durchzusetzen.

²² Dies gilt auch bei der Nutzung öffentlicher Flächen. Eine (entgeltliche) Sondernutzung liegt regelmäßig nicht vor. Der Anliegergebrauch deckt eine derartige Nutzung.

²³ Gegen eine eigenmächtige Inanspruchnahme kann der Besitzer des Nachbargrundstücks Unterlassung verlangen (§§ 862 I, 1004 I BGB).

Rechtsprechung

Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 ist so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung anzusehen sind.

Die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft sind nach Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellen.

Der Umstand allein, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gezeichneten Nennkapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird.

EuGH, Beschl. v. 21. 3. 2002 – C-264/00

Beschluss:

1. Das Amtsgericht Müllheim/Baden hat mit Beschluss vom 20. Juni 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 29. Juni 2000, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 (ABl. L 156, S. 23, im Folgenden: Richtlinie 69/335) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit der Gründerzentrum-Betriebs-GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) gegen das Land Baden-Württemberg (im Folgenden: Land), in dem es um die Entrichtung von Gebühren geht, die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhoben werden.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3. Die Richtlinie 69/335 dient nach ihrer ersten Begründungserwägung der Förderung des freien Kapitalverkehrs, der als wesentliche Voraussetzung für die Schaffung einer Wirtschaftsunion mit ähnlichen Eigenschaften wie ein Binnenmarkt betrachtet wird.

4. Nach der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 69/335 setzt dieser Zweck in Bezug auf die Besteuerung der Ansammlung von Kapital voraus, dass die bisher in den Mitgliedstaaten geltenden indirekten Steuern beseitigt werden und an ihrer Stelle eine Steuer angewandt wird, die nur einmal innerhalb des Gemeinsamen Marktes erhoben wird und in allen Mitgliedstaaten gleich hoch ist.

5. Artikel 4 der Richtlinie 69/335 lautet:

„(1) Der Gesellschaftsteuer unterliegen die nachstehenden Vorgänge:

a) die Gründung einer Kapitalgesellschaft;

...

c) die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art;

...

(3) Als Gründung im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe a) gelten nicht Änderungen gleich welcher Art des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung einer Kapitalgesellschaft und insbesondere nicht:

a) die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art;

b) die Verlegung des Ortes der tatsächlichen Geschäftsleitung oder des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person von einem Mitgliedstaat in einen anderen, wenn diese für die Erhebung der Gesellschaftsteuer in beiden Mitgliedstaaten als Kapitalgesellschaft angesehen wird;

c) die Änderung des Gesellschaftsgegenstands einer Kapitalgesellschaft;

d) die Verlängerung des Bestehens einer Kapitalgesellschaft.“

6. Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 69/335 bestimmt:

„(1) ... [D]ie Mitgliedstaaten [befreien] von der Gesellschaftsteuer die Vorgänge, die am 1. Juli 1984 steuerfrei waren oder einem Gesellschaftsteuersatz von 0,50 v.H. oder weniger unterlagen.

Für die Befreiung gelten die zu diesem Zeitpunkt anwendbaren Bedingungen für die Gewährung der Befreiung oder gegebenenfalls für die Anwendung eines Steuersatzes von 0,50 v.H. oder weniger.

...

(2) Die Mitgliedstaaten können entweder alle anderen als die in Absatz 1 bezeichneten Vorgänge von der Gesellschaftsteuer befreien oder darauf die Steuer mit einem einheitlichen Satz von höchstens 1 v.H. erheben.“

7. Die Richtlinie 69/335 sieht gemäß ihrer letzten Begründungserwägung auch die Aufhebung aller anderen indirekten Steuern mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer vor. Diese Steuern, deren Erhebung verboten ist, sind namentlich in Artikel 10 der Richtlinie 69/335 aufgeführt, der lautet:

„Abgesehen von der Gesellschaftsteuer erheben die Mitgliedstaaten von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbzzweck keinerlei andere Steuern oder Abgaben auf:

a) die in Artikel 4 genannten Vorgänge;

b) die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Artikel 4 genannten Vorgänge;

c) die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbzzweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.“

8. Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 69/335 bestimmt:

„In Abweichung von den Artikeln 10 und 11 können die Mitgliedstaaten Folgendes erheben:

...

e) Abgaben mit Gebührencharakter“.

Das nationale Recht

9. Gemäß § 2 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. 1898, S. 477) in der zuletzt durch das Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) geänderten Fassung bedarf ein Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung notarieller Form.

10. Nach dem Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969 (BGBl. I S. 1513) in der durch das dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31. August 1998 (BGBl. I S. 2585) geänderten Fassung (im Folgenden: BeurkG) muss die Niederschrift über die Beurkundung in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen werden, die sie genehmigen und gleichzeitig mit dem Notar unterschreiben müssen.

11. Nach § 17 Absatz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Nach § 17 Absatz 2 BeurkG soll der Notar bei Zweifeln, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, die Bedenken mit den Beteiligten erörtern.

12. Nach § 115 der Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 97) in der durch das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3836) geänderten Fassung (im Folgenden: BNotO) gilt dieses Gesetz im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe nicht. An seine Stelle tritt das Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 12. Februar 1975 (GBl. für Baden-Württemberg 1975, S. 116) in der Fassung des Rechtsbereinigungsgesetzes vom 18. Dezember 1995 (GBl. für Baden-Württemberg, S. 29), wonach im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe nur beamtete Notare tätig werden dürfen. Im übrigen Land, d.h. im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart, können neben den beamteten Notaren auch freiberufliche Notare tätig werden.

13. Aus § 20 der BNotO ergibt sich jedoch, dass mit der Beurkundung jeder Notar, ob beamtet oder freiberuflich tätig, beauftragt werden kann, der seine Tätigkeit in Deutschland ausübt, und dass die so errichtete Urkunde in ganz Deutschland anzuerkennen ist.

14. Die Gebühren der Notare sind im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 960) in der durch das dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31. August 1998 geänderten Fassung (im Folgenden: KostO) geregelt. Diese Gebühren gelten einheitlich im Bundesgebiet, und zwar sowohl für die freiberuflich tätigen als auch für die beamteten Notare.

15. Nach der Kostenordnung wird die Gebühr für eine Beurkundung aufgrund des Zusammentreffens von drei Faktoren errechnet.

16. Der erste Faktor ist der Geschäftswert. Nach § 39 Absatz 1 KostO bestimmt sich dieser Wert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht. Nach § 39 Absatz 4 KostO beträgt jedoch bei Beurkundungen von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten der Geschäftswert höchstens 10 Millionen DM.

17. Der zweite Faktor ist die Gebührentabelle in § 32 KostO. Bei einem Geschäftswert von weniger als 2 000 DM beträgt die Gebühr 20 DM. Sie erhöht sich um 15 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 2 000 DM bei Geschäftswerten von 2 000 bis 10 000 DM, um 10 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 5 000 DM bei Geschäftswerten von über 10 000 bis 100 000 DM, um 3 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 20 000 DM bei Geschäftswerten von über 100 000 bis 10 Millionen DM, um 33 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 50 000 DM bei Geschäftswerten von über 10 Millionen DM bis 50 Millionen DM, um 20 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 100 000 DM bei Geschäftswerten von über 50 Millionen DM bis 100 Millionen DM, um 15 DM für jeden angefangenen Betrag von weiteren 500 000 DM bei Geschäftswerten von über 100 Millionen DM bis 500 Millionen DM und um 15 DM für jeden angefangenen Betrag von einer weiteren Million DM bei Geschäftswerten von über 500 Millionen DM. Da der Geschäftswert für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen auf 10 Millionen DM begrenzt ist, kann die Gebühr für diese Art von Beurkundungen nach dieser Bestimmung höchstens 15 110 DM betragen.

18. Der dritte bei der Berechnung des geschuldeten Gebührenbetrags zu berücksichtigende Faktor ist der Gebührensatz. Nach § 36 Absatz 2 KostO wird für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen das Doppelte der vollen Gebühr erhoben. Dieser Faktor soll der Schwierigkeit des betreffenden Vorgangs und der damit verbundenen Arbeitsbelastung Rechnung tragen. Die für die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags für eine Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren können daher 30 220 DM nicht übersteigen.

19. Nach den Akten sind die beamteten Notare im Landesdienst nicht die unmittelbaren Gläubiger der Gebühren für die notarielle Beurkundung. Denn diese Gebühren fließen unmittelbar dem Land zu und werden im allgemeinen Landeshaushalt verbucht. Die beamteten Notare erhalten feste Dienstbezüge, die nach den gleichen Kriterien wie bei den anderen Beamten des Landes festgesetzt werden; hinzu kommt ein veränderlicher Betrag in Höhe eines Anteils an den erhobenen Gebühren. Das Land bestreitet aus seinem Haushalt die Kosten für die Ausbildung der Notare, ihre Versorgung sowie den

Erwerb und die Einrichtung der Geschäftsräume; die beamteten Notare haben keine Entscheidungsbefugnis über die Verwendung der Mittel. Außer in Fällen von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz haftet nicht der beamtete Notar persönlich, sondern das Land für Amtspflichtverletzungen.

Das Ausgangsverfahren

20. Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsvertrag am 27. Oktober 1999 im Notariat 1 Müllheim beurkundet wurde. Da sich ihr Stammkapital auf 285 000 Euro beläuft, beträgt die Gebühr für diese Beurkundung 1 900 DM. Hinzu kommen Schreibauslagen in Höhe von 60 DM und die Mehrwertsteuer in Höhe von 313,60 DM. Insgesamt wurde der Antragstellerin ein Betrag von 2 273,60 DM berechnet.

21. Am 15. November 1999 legte die Antragstellerin gegen den Kostenansatz für die Beurkundung der notariellen Urkunde Erinnerung beim Amtsgericht Müllheim/Baden ein. Unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1999 in der Rechtssache C-56/98 (Modelo, Slg. 1999, I-6427) machte sie im Einzelnen geltend, diese Gebühren stellten in Wirklichkeit eine Steuer dar, ihre Höhe sei gegenüber der erbrachten Leistung unverhältnismäßig, und ihre Erhebung verstoße gegen die Richtlinie 69/335.

22. Vor dem vorlegenden Gericht führte der die Staatskasse vertretende Bezirksrevisor II beim Landgericht Freiburg u.a. aus:

- Angesichts der umfangreichen Verpflichtungen eines Notars aus § 17 Absatz 1 BeurkG stelle seine Tätigkeit keine bloße Formalität im Sinne von Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 dar, so dass die erhobenen Gebühren nicht als Steuer im Sinne dieser Bestimmung betrachtet werden könnten;
- die nationale Regelung, um die es in der Rechtssache Modelo gegangen sei, unterscheide sich deutlich von der in Deutschland geltenden, denn diese kenne neben den beamteten Notaren noch zwei weitere Arten von Notaren, die ihren Beruf selbständig ausübten. Da die Rechtsuchenden sich an die selbständigen Notare wenden könnten, würden die Gebühren für Beurkundungen nicht zwangsläufig vom Staat selbst erhoben und stellten daher keine Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 dar;
- die nach der Kostenordnung erhobenen Gebühren für die Beurkundung von Vorgängen, die vom Geltungsbereich der Richtlinie 69/335 erfasst würden, seien zum einen nach oben begrenzt und lägen zum anderen deutlich unter den Gebühren, um die es in der Rechtssache Modelo gegangen sei;
- die Gebühren stünden im Zusammenhang mit den Kosten der erbrachten Leistungen und verstießen daher nicht gegen die Richtlinie 69/335.

23. Das Amtsgericht Müllheim teilt die Ansicht der Antragstellerin und zweifelt daher an der Vereinbarkeit der Kostenordnung im Rahmen einer Regelung, wie sie im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe gilt, mit dem Gemeinschaftsrecht; es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Werden die Gebühren für Beurkundungen und Beglaubigungen der Notare im Landesdienst des Landes Baden-Württemberg im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe bei Vorgängen, auf die sich Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 69/335/EWG bezieht, vom Verbot des Artikels 10 dieser Richtlinie derart erfasst, dass die Gebühren nur nach den konkreten Aufwendungen der Notare für die jeweilige Dienstleistung erhoben werden dürfen?

Zur Vorlagefrage

24. Um diese Frage sachdienlich beantworten zu können, muss zunächst geprüft werden, ob die Gebühren für die Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft durch einen beamteten Notar als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 betrachtet werden können. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob diese Gebühren vom Verbot des Artikels 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 erfasst werden. Sodann ist zu bestimmen, ob sich der Umstand, dass Gebühren, deren Betrag sich unmittelbar nach Maßgabe des vereinbarten Gesellschaftskapitals erhöht, einen bestimmten Höchstbetrag nicht übersteigen dürfen, auf den Gebühren-

charakter dieser Abgaben im Sinne von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie auswirken kann.

25. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass die Antwort auf diese drei Aspekte der Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann; er hat daher gemäß Artikel 104 § 3 seiner Verfahrensordnung das vorlegende Gericht davon unterrichtet, dass er beabsichtigt, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden, und den in Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes bezeichneten Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung hierzu gegeben.

26. Die Antragstellerin, die spanische Regierung und die Kommission haben keine Einwände gegen die Absicht des Gerichtshofes erhoben, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden; das Land und die Bundesregierung sind dieser Absicht entgegengetreten.

27. Zum ersten Aspekt der Frage ist daran zu erinnern, dass, wie der Gerichtshof bereits in Randnummer 23 des Urteils Modelo entschieden hat, die Richtlinie 69/335 so auszulegen ist, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufließt, als Steuer im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.

28. Das Gleiche gilt für eine Regelung, wie sie im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe gilt, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der für die Beurkundung eines unter die Richtlinie 69/335 fallenden Rechtsgeschäfts vereinnahmten Gebühren dem Staat zufließt, der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen zur Finanzierung seiner Aufgaben verwendet.

29. Was den zweiten Aspekt der Frage angeht, hat der Gerichtshof in Randnummer 26 des Urteils Modelo entschieden, dass, da das portugiesische Recht für die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft eine notarielle Beurkundung zwingend vorschreibt, diese eine wesentliche Förmlichkeit im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft und eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung von deren Tätigkeit darstellt. In Randnummer 28 dieses Urteils hat der Gerichtshof daher für Recht erkannt, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung der Erhöhung des Kapitals sowie der Änderung der Firma und der Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft nach Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 grundsätzlich verboten sind, wenn sie eine Abgabe im Sinne der Richtlinie darstellen.

30. Diese Erwägung gilt auch in einem Fall, wie er dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, da zum einen die Richtlinie 69/335 die Gründung einer Kapitalgesellschaft und die Erhöhung ihres Gesellschaftskapitals gleichbehandelt und da zum anderen, wie bei den Vorgängen, um die es in der Rechtssache Modelo ging, der Vertrag über die Gründung einer Kapitalgesellschaft im deutschen Recht ebenfalls zwingend notariell beurkundet werden muss.

31. Was den dritten Aspekt der Frage betrifft, so bringt nach ständiger Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen den nach Artikel 10 der Richtlinie 69/335 verbotenen Steuern und den Abgaben mit Gebührencharakter, deren Erhebung erlaubt ist, an erster Stelle mit sich, dass zu Letzteren nur die Abgaben zu rechnen sind, deren Höhe sich nach den Kosten der erbrachten Dienstleistung richtet. Eine Abgabe, deren Höhe keinen Zusammenhang mit den tatsächlichen Aufwendungen für diese bestimmte Dienstleistung aufweist oder sich nicht nach den Aufwendungen, für die sie die Gegenleistung darstellt, sondern nach den gesamten Betriebs- und Investitionskosten der mit dem betreffenden Vorgang befassten Stelle richtet, ist als Abgabe anzusehen, für die allein das Verbot des Artikels 10 der Richtlinie 69/335 gilt (vgl. insbesondere Urteile vom 20. April 1993 in den Rechtssachen C-71/91 und C-178/91, Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, Slg. 1993, I-1915, Randnrn. 41 und 42, Modelo, Randnr. 29, und vom 21. Juni 2001 in der Rechtssache C-206/99, SONAE, Slg. 2001, I-4679, Randnr. 32).

32. Zweitens hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass eine Abgabe, die ohne Obergrenze proportional zu dem gezeichneten Nennkapital steigt, schon ihrer Natur nach keine Gebühr im Sinne der Richtlinie 69/335 sein kann. Selbst wenn nämlich in bestimmten Fällen ein Zusammenhang zwischen der Kom-

plexität einer erbrachten Leistung und der Bedeutung des gezeichneten Kapitals bestehen mag, so steht doch die Höhe einer solchen Abgabe im Allgemeinen in keinem Verhältnis zu den konkreten Aufwendungen der Verwaltung für diese Leistung (vgl. insbesondere Urteil Modelo, Randnr. 30).

33. Schließlich hat der Gerichtshof in Randnummer 36 des Urteils SONAE ausgeführt, dass zwar das Fehlen einer Obergrenze ein Indiz dafür ist, dass einer Abgabe, die nach dem Wert des eingetragenen Vorgangs berechnet wird, kein Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 zukommt, dass ihr aber allein das Bestehen einer solchen (übrigens nach dieser Richtlinie weder vorgeschriebenen noch verbotenen) Obergrenze keinen Gebührencharakter verleihen kann. Er hat in Randnummer 37 dieses Urteils hinzugefügt, dass eine Obergrenze, die nicht als diesen Kosten angemessen anzusehen ist, der betreffenden Abgabe nicht den ihr möglicherweise fehlenden Gebührencharakter verleihen kann.

34. Daher ist die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

- Die Richtlinie 69/335 ist so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 anzusehen sind.
- Die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft sind nach Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellen.
- Der Umstand allein, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gezeichneten Nennkapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird.

Kosten

35. Die Auslagen der deutschen und der spanischen Regierung sowie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren Teil des beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Anmerkung

Die Entscheidung des EuGH kam nicht überraschend. Bereits das Urteil vom 29. 9. 1999 in Sachen „Modelo“ (C-56/98) hatte für das portugiesische Notariat klar zum Ausdruck gebracht, dass Abgaben im Zusammenhang mit der Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge dann gegen die Richtlinie 69/335/EWG verstoßen, wenn sie teilweise dem Staat zur Finanzierung seiner allgemeinen Ausgaben zufließen. In diesem Fall verlieren die Abgaben ihren Gebührencharakter; sie sind verdeckte Steuern, soweit sie den tatsächlichen Aufwand der Dienstleistung übersteigen.

Diese Rechtslage, die bereits seit 1972 besteht, gilt nahtlos auch für das staatliche Notariat in Baden-Württemberg, denn hier liegen nicht einmal die Kriterien vor, die der Generalanwalt noch im Fall „Modelo“ vorgetragen hatte, um die Anwendung der Richtlinie auf das portugiesische Notariat auszuschließen. Konsequenterweise hatte der EuGH mit Schreiben vom 13. 11. 2001 angekündigt, dass er durch Beschluss entscheiden werde, da durch frühere Urteile die vorgelegte Rechtsfrage bereits entschieden sei: „Offensichtlich“ stellen im OLG-Bezirk Karlsruhe die der Richtlinie unterfallenden Notariatsgebühren verdeckte Steuern dar, da sie „vollständig dem Staat zufließen, der sie im Rahmen seines allgemeinen Haushalts für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet.“

Abweichend von seiner Ankündigung im Schreiben vom 13. 11. 2001 hat nun der EuGH im Beschluss vom 21. 3. 2002 unter Rückgriff auf das Modelo-Urteil festgestellt, dass es ausreicht, wenn

„ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt“. Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass weder die Frage der Gebührengläubigerschaft noch die haushaltsinterne Verrechnung der Abgaben eine Rolle spielen. Ebenso wenig ist dem Umstand Bedeutung beizumessen, ob der Kunde auf freiberufliche Notare ausweichen kann, was sich daraus ergibt, dass der EuGH dieses Argument des Landes keines Wortes würdigt. Entscheidend allein ist der Umstand, ob mit den Abgaben teilweise allgemeine Staatsausgaben finanziert werden, was nach den Feststellungen des Rechnungshofes in Baden sogar für 60% der notariatsbezogenen Abgaben der Fall ist.

Auf die Entscheidung des EuGH kann unter Wahrung der europäischen Rechtsordnung auf zweierlei Weise reagiert werden. Entweder man belässt es bei der bestehenden Rechtslage, dann sind die Gebühren im staatlichen Notariat nur noch in der Höhe des tatsächlichen Aufwands zu erheben. Dies kann im Einzelfall zu Gebührenerhöhungen führen. In der Mehrzahl der Fälle wird allerdings eine erhebliche Reduzierung eintreten. Oder man ändert den Status der Notare, so dass die Abgaben auch nicht mehr teilweise dem Staat zufließen.

Vermutlich wird man jedoch versuchen, einen dritten Weg zu beschreiten, indem die Gebühren der Notare in Segmente aufgeteilt und die der Richtlinie unterfallenden Abgaben in unveränderter Höhe erhoben, aber den staatlichen Notaren überlassen werden. Dieser Weg birgt die Gefahr, dass der EuGH hierin eine Umgehung seiner Entscheidung sieht. Denn mittelbar profitiert der Staat dann weiterhin von den Abgaben, da er sich zusätzliche Personal- und Sachinvestitionen ersparen kann, wenn die Notare mit den ihnen überlassenen Abgaben ihre Büros ausstatten. Würde eine solche Maßnahme im Hinblick auf die gewünschte Einheitlichkeit des Gebührenrechts im Bundesgebiet getroffen, könnte in einem Folgeverfahren der EuGH dann generell die im Staatsnotariat nach Aufwand zu erhebenden Gebühren auch für die freiberuflichen Notare zum Maßstab nehmen.

Im Hinblick darauf, dass der EF den am 16. 4. 1996 beurkundeten Vertrag vorbereitet hatte, – wobei von einem Einverständnis der beteiligten Vertragsschließenden auszugehen ist –, konnte der entstandene Aufwand als gering bezeichnet werden und erschien die festgesetzte Gebühr als durchaus angemessen. Hierbei wurde die Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums über die Berücksichtigung des Verwaltungsaufwands bei der Festlegung von Verwaltungs- und Benutzungsgebühren und von sonstigen Entgelten für die Inanspruchnahme der Landesregierung vom 18. 9. 1995 berücksichtigt.

Mitgeteilt von Notar Dr. Sandweg, Müllheim/Baden

Nach der Kostenordnung erhobene Notariatsgebühren sind im staatlichen Notariat generell teilweise verdeckte Steuern. Wegen der zwingenden Einheitlichkeit des deutschen Gebührenrechts beschränkt sich die Unzulässigkeit der über den tatsächlichen Aufwand hinaus erhobenen Abgaben nicht auf den gesellschaftsrechtlichen Bereich. Der Gleichheitssatz gebietet es, sämtliche Beurkundungs- und Beglaubigungsgebühren der staatlichen Notare an den durch das europäische Recht gesetzten Vorgaben zu messen.

AG Freiburg, Beschluss vom 14. 1. 2002 – 13 UR II 111/97

Gründe:

I.

Der Notar der Abteilung in Freiburg hatte am 16. 4. 1996 einen Teilauseinandersetzungs-, Zuwendungs- und Kaufvertrag beurkundet, an dem der Erinnerungsführer (EF) beteiligt war.

Er hatte diesen Vertrag vorbereitet.

Mit Kostenrechnung vom 17. 4. 1996 wurden Gebühren in Höhe von insgesamt DM 10 563,67 festgesetzt, wobei die Kostenbeamtin von einem Geschäftswert von DM 2 800 000,00 ausging wie folgt:

Auseinandersetzung:	DM 500 000,00
Kaufvertrag:	DM 1 000 000,00

Zuwendung:	DM 250 000,00
Gesellschaftsvertrag:	DM 1 000 000,00
o. Bez.:	DM 50 000,00

Mit Schr. v. 8. 7. 1997 beanstandete der EF den Kostenansatz vom 17. 4. 1996, wobei er sich insbesondere gegen den Gegenstandswert des Gesellschaftsvertrages wandte.

Unter dem 14. 10. 1997 legte die Bezirksrevisorin (BR'in) die Akten gemäß der §§ 31, 142 KostO dem Amtsgericht vor mit der Bitte, bzgl. des Geschäftswerts für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ein Wertermittlungsverfahren einzuleiten bzw. den Geschäftswert gerichtlich festzusetzen.

Nach Äußerungen des EF vom 25. 11. 1997, den Gegenstandswert für den Gesellschaftsvertrag mit höchstens DM 100 000,00 festzusetzen und der BR'in vom 14. 5. 1998, die Wertermittlung habe von Amts wegen zu erfolgen, wurde dem EF und den übrigen Vertragsbeteiligten aufgegeben, die bisher angefallenen und die voraussichtlich entstehenden Kosten mitzuteilen.

Daraufhin erfolgte im Okt./Nov. 1998 die „Berichtigung eines Gesellschaftsvertrages und einer Nutzungsregelung“ durch die Beteiligten des Vertrages vom 16. 4. 1996.

Hierzu äußerte sich die BR'in am 8. 2. 1999 dahin, diese Berichtigung könne zu keiner Änderung des Geschäftswerts führen, woraufhin der EF unter dem 12. 4. 1999 eine Einigung zwecks Abschluss des Verfahrens anregte. Dies griff die BR'in nicht auf, sondern regte unter dem 25. 5. 1999 erneut an, die Geschäftswertfestsetzung vorzunehmen und dem EF „nochmals aufzugeben, die Kosten des Ausbaus des Dachgeschosses mitzuteilen“.

Nachdem der EF am 22. 6. 1999 mitgeteilt hatte, im Hinblick auf die Berichtigung des Gesellschaftsvertrages dazu keine Veranlassung zu sehen, bat die BR'in unter dem 13. 8. 1999 den Geschäftswert wie folgt festzusetzen:

1. Geschäftswert zu Abschnitt I der Urkunde
1 750 000,00 DM
2. Geschäftswert für die Gründung der BGB-Gesellschaft – Abschnitt I der Urkunde: 444 188,33 DM
3. Geschäftswert für die Vereinbarungen nach § 1010 BGB
300 000,00 DM

Im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 29. 9. 1999 und den Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Müllheim vom 20. 6. 2000 – UR II 42/99 – wurde, nach Anhörung der Beteiligten, das Verfahren bis zu dieser Entscheidung ausgesetzt.

Dieser Beschluss wurde auf die Beschwerde der BR'in durch das LG Freiburg mit B. v. 30. 7. 2001 aufgehoben.

Nachdem der EuGH mit Schr. v. 13. 11. 2001 dargelegt hat, in welcher Weise er auf die Vorlage des Amtsgerichts Müllheim zu entscheiden beabsichtigt, wurde den Beteiligten unter dem 6. 12. 2001 mitgeteilt, dass das Gericht der Rspr. des EuGH entsprechend die Gebühren gemäß dem tatsächlich angefallenen Aufwand festzusetzen gedenkt.

Hierzu hat sich keiner der Beteiligten geäußert.

II.

Der Kostenansatz vom 17. 4. 1996 war aufzuheben.

Die Vorlage der BR'in gem. der §§ 31, 142 KostO war umzudeuten in eine Vorlage zwecks Festsetzung der einheitlichen, insgesamt zu entrichtenden Gebühr anstelle des Geschäftswerts, aus dem sich die Gebühren bisher berechneten; denn durch die Rspr. des EuGH wurde § 140 S. 1 KostO vorliegend außer Kraft gesetzt und es gelten jetzt völlig andere Kostenberechnungsgrundsätze als bisher.

Entsprechend war der Antrag des EF zu behandeln.

Nach dem Urteil des EuGH v. 29. 9. 1999 – C – 56/1998 – „Modelo“ und dem Hinweisschreiben des EuGH v. 13. 11. 2001 – C – 264/00 – „Gründerzentrum Müllheim“ auf den Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Müllheim v. 20. 6. 2000 wurde § 140 Satz 1 KostO für den gesamten Bereich der badischen Notare im OLG-Bezirk Karlsruhe, die im Staatsdienst stehen und deren Gebühren ganz oder teilweise

dem Staatshaushalt zufließen, außer Kraft gesetzt; denn diese Gebühren sind als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. 6. 1985 anzusehen und damit grundsätzlich verboten.

Diese Grundsätze haben auch auf den vorliegenden Gebührenbestand Anwendung zu finden; da die Charakterisierung einer Abgabe als Steuer nicht davon abhängt, für welchen Beurkundungsvorgang sie erhoben wird, sondern davon, wofür sie verwendet wird.

Diese Verwendung ist im badischen Notariat einheitlich.

Sämtliche Gebühren fließen in den Staatshaushalt (§ 142 KostO), der damit Vielerlei anderes finanziert aber nicht ausschließlich entsprechend der Natur von Gebühren die personelle und sachliche Ausstattung der Notariate.

Danach sind die erhobenen Gebühren auch dann Steuern und damit unzulässig, wenn das Verbot der Richtlinie 69/335/EWG nicht unmittelbar sondern nur entsprechend eingreift schon im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung und den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 GG.

Dieser Gleichheitsgrundsatz ist in der Kostenordnung verwirklicht, indem die Höhe der Gebühren nach gleichen Kriterien vom Gesetzgeber festgesetzt ist. Eine Differenzierung nach Sachgebieten enthält die KostO nicht.

So hat auch der EuGH im Schr. v. 13. 11. 2001 mitgeteilt, dass die vorgelegte Frage offensichtlich mit einer Frage übereinstimmt, über die der Gerichtshof bereits entschieden hat (Urteil vom 29. 9. 1999), weshalb kein Urteil sondern lediglich ein Beschluss ergehen werde.

Eine Vorlage an das BVerfG gem. Artikel 100 GG kam bei der vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung vorliegend nicht in Betracht, zumal die verfassungskonforme Auslegung Vorrang vor einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht hat (BVerfGE 88, 187, 194 ff.).

Nur wenn die Außerkraftsetzung des § 140 S. 1 KostO, die der EuGH vorgenommen hat, auch auf die Berufsgruppe der freiberuflichen Notare zu erstrecken wäre und daher die gesamte Kostenordnung außer Kraft gesetzt sein sollte, müsste im Hinblick auf Artikel 100 i. v. m. Artikel 3 GG das BVerfG angerufen werden.

Bis zu einer – eventuellen – Änderung der Kostenordnung war somit entsprechend der Rechtsprechung des EuGH für die Berechnung der Beurkundungsgebühr der tatsächliche Aufwand zu schätzen, was im Übrigen zu einer erheblichen Entlastung der Gerichte und Beteiligten führt, wie gerade auch dieses Verfahren zeigt.

GBO §§ 53, 19

Bei etwaiger Unrichtigkeit des Grundbuchs i.S. von § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ausschließlich die Möglichkeit gegeben, einen Amtswiderspruch einzutragen. Dem Grundbuchamt bleibt es verwehrt, die Beseitigung der Unrichtigkeit von Amts wegen vorzunehmen.

Eine durch Grundbucheintragung verbrauchte Eintragungsbewilligung kann nicht Grundlage für die Wiedereintragung eines gelöschten dinglichen Rechts sein. Nimmt das Grundbuchamt gleichwohl eine Wiedereintragung des Rechts vor, so fragt sich, ob nicht das Grundbuch durch diese Eintragung unrichtig geworden ist.

(Nichtamtlicher Leitsatz)

LG Gera, Beschluss vom 25. 9. 2001 – 5 T 469/01

Gründe:

I.

In den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern ist zugunsten der Beteiligten zu 2. am 17. 4. 1996 in Abteilung III, lfd. Nr. 2, eine Gesamtgrundschuld ohne Brief zu 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen mit jeweiligem Mithaftvermerk der Blätter 201 bis 260 eingetragen worden.

Der Beteiligte zu 1. ist am 8. 2. 2001 als Eigentümer der verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume in den betreffenden Wohnungsgrundbüchern eingetragen worden.

Am 11. 10. 2000 erfolgten in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern folgende Eintragungen:

- a) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 1 bis 4, Rötung,
- b) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7:
„Die Mithaft des Miteigentumsanteils ist erloschen...“,
- c) Abteilung III, lfd. Nr. 5, Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 1.

Am 23. 11. 2000 erfolgten in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern folgende Eintragungen:

- a) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7, Rötung des Vermerks des Erlöschens der Mithaft,
- b) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7: „Widerspruch gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils zugunsten des Bankhauses von Amts wegen eingetragen am 23. 11. 2000“,
- c) Abteilung III, lfd. Nr. 5, Spalte 1 bis 4, Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld ohne Brief zu 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen zugunsten der Beteiligten zu 2.

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1. das Ziel, dass die in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern jeweils eingetragenen Amtswidersprüche gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils zugunsten der Beteiligten zu 2. gelöscht werden sowie dass in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern jeweils gegen die Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 2. ein Amtswiderspruch eingetragen wird.

Den verfahrensgegenständlichen Eintragungen liegt folgender, aus den Grundakten ersichtlicher Sachverhalt zugrunde:

Die Firma K Immobilien, Wohn- und Industriebau GmbH hatte mit notarieller Urkunde des Notars H, am 23. 11. 1995 (UR-Nr. 1578/1995) das im Grundbuch von U, Blatt 128, eingetragene Grundstück, Flur 1, Flurstücksnummer 51, 4.972 m² groß, gemäß § 8 WEG in 60 Wohnungseigentume geteilt.

Diese Wohnungseigentume wurden in den Wohnungsgrundbüchern von U, Blätter 201 bis 260, eingetragen.

Mit notarieller Urkunde des Notars H, vom 10. 4. 1996 (UR-Nr. 305/1996) bestellte die Firma K zugunsten der Beteiligten zu 2. eine Buchgrundschuld in Höhe von 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen.

Diese wurde in den Wohnungsgrundbüchern von U, Blätter 201 bis 260 am 17. 4. 1996 eingetragen.

Der Notarvertreter S überreichte mit Schreiben vom 10. 2. 1997 zum Wohnungsgrundbuch von U, Blatt 201, die Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 2. betreffend die in den Wohnungsgrundbüchern von U, Blätter 201 bis 260, zur Gesamthaft eingetragenen Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.710.000,00 DM mit der Bitte, diese in Blatt 201 zu verwahren, damit in Zukunft zwecks Entlassung aus der Mithaft auf dieses Grundbuchblatt Bezug genommen werden kann.

Mit notarieller Urkunde des Notars Dr. E, vom 2. 4. 1998 (UR-Nr. 4 1114/98) verkaufte und übereignete die Firma K an die Firma „D Baustoffhandels- und Vermittlungs-GmbH“ die beiden verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume.

Diese notarielle Urkunde enthält folgende, hier maßgebliche Regelungen:

„V.“

Gewährleistung und Haftung

1. Der Verkäufer gewährleistet, dass der Käufer ungehinderten Besitz und lastenfreies Eigentum erhält, soweit in dieser Urkunde nichts anderes vereinbart ist.

Der Käufer übernimmt die etwa in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Belastungen nicht. Sie sind vom Verkäufer zur Löschung zu bringen.

XIII.

Eintragungsanträge

Es beantragen zur Eintragung im Grundbuch:

2. der Verkäufer die zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen Freigaben und Löschungen...“

Mit notarieller Urkunde des Notars Dr. E, vom 31. 7. 2000 (UR-Nr. 4 2812/00) verkaufte und übereignete die Firma „D“ an den Beteiligten zu 1. die beiden verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume.

Beide o. g. Urkunden reichte der Notar Dr. E, mit Anträgen vom 22. 9. 2000 beim Amtsgericht Gera ein, welche dort am 25. 9. 2000 eingingen.

Zur UR-Nr. 4 1114/98 beantragte der Notar Dr. E, „den Vollzug aller gestellten Anträge, soweit sie noch nicht vollzogen sind.“

Zur UR-Nr. 4 2812/00 beantragte der Notar Dr. E, die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 1.

Die beantragten Eintragungen erfolgten, wie oben beschrieben, am 11. 10. 2000.

Die verfahrensgegenständlichen Eintragungen vom 23. 11. 2000 erfolgten ausschließlich von Amts wegen.

Weshalb diese Eintragungen erfolgten, ist in den Grundakten nicht vermerkt.

Der Beteiligte zu 1. ist der Auffassung, durch die Löschung der Gesamtgrundschuld an den beiden verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumen sei das Grundbuch nicht unrichtig, sondern richtig geworden.

Durch die am 11. 10. 2000 erfolgte Löschung der Gesamtgrundschuld in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern sei nämlich die Grundschuld materiell-rechtlich erloschen.

Im übrigen sei vorliegend nicht klar, inwieweit das Grundbuchamt überhaupt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften am 11. 10. 2000 eine Eintragung vorgenommen habe.

Eine „Wiedereintragung“ einer zuvor gelöschten Gesamtgrundschuld lasse zudem § 53 GBO überhaupt nicht zu.

Die Eintragungsbewilligung vom 10. 4. 1996 habe mit der Eintragung vom 17. 4. 1996 ihren Zweck erfüllt und sei daher verbraucht.

Sie könne deshalb, wenn die Eintragung später zu Recht oder zu Unrecht gelöscht worden sei, nicht Grundlage einer erneuten Eintragung sein.

Die Beteiligte zu 2. ist der Auffassung, die Beschwerde des Beteiligten zu 1. sei unbegründet.

Denn der Beteiligte zu 1. sei zum Zeitpunkt der Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2. eingetragenen Gesamtgrundschuld und der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten nicht gutgläubig gewesen.

Er habe sich diesbezüglich die Kenntnis des antragstellenden Notars als seines Vertreters zurechnen zu lassen.

Dieser habe aufgrund eines von der Beteiligten zu 2. erteilten Treuhandauftrages gewusst, dass eine Lastenfreistellung des Objektes nur gegen Zahlung des Kaufpreises an die Beteiligte zu 2. hätte erfolgen dürfen.

Eine derartige Zahlung sei jedoch bislang nicht erfolgt.

II.

Die gemäß §§ 71 Abs. 1 und 2 GBO, 11 Abs. 1 RpfG statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist mit den begehrten Zielen begründet.

1.

Der Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM zugunsten der Beteiligten zu 2. in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

Denn bei etwaigen Unrichtigkeiten im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ausschließlich die Möglichkeit gegeben, einen Amtswiderspruch einzutragen.

Eine weiterreichende Möglichkeit, als einen Amtswiderspruch einzutragen, um etwaig fehlerhafte Eintragungen/Löschungen zu behandeln, ist nicht gegeben (vgl. Demharter, GBO 23. Aufl. 2000, § 53, RN 2; Bauer/von Oefele/Meinecke, GBO, 1999, § 53 RN 2, 68).

Zutreffend weist der Beteiligte zu 1. in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass die notarielle Eintragungsbewilligung vom 10. 4. 1996 durch die am 17. 4. 1996 erfolgte Eintragung des Grundpfandrechtes seinen Zweck erfüllt hat und damit verbraucht ist (vgl. Demharter, a.a.O., § 19 RN 114 m.w.N.).

Diese Eintragungsbewilligung konnte daher auch nicht Grundlage der am 23. 11. 2000 erfolgten Wiedereintragung des am 11. 10. 2000 gelöschten Grundpfandrechtes sein.

Da sich an die in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern in Abteilung III, lfd. Nr. 5, „wiedereingetragene“ Grundschuld ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, ist gegen die am 23. 11. 2000 vorgenommene Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 2. in Höhe von 10.170.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen jeweils ein Amtswiderspruch gemäß § 53 Abs.1 Satz 1 GBO einzutragen.

2.

Die Rötung des Vermerkes betreffend das Erlöschen der Mithaft des Miteigentumsanteils (Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7 der verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbücher) sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils (Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7 in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern) sind ebenfalls unzutreffend erfolgt.

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs.1 Satz 1 GBO sind vorliegend nämlich nicht gegeben.

Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO sind – resultierend aus der Eigenschaft des Grundbuches als öffentliches Register – zwei streng formale Kriterien, nämlich:

- a) das Grundbuchamt muss eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen haben, durch die
- b) das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Die Gesetzesverletzung seitens des Grundbuchamtes muss dabei feststehen; die Unrichtigkeit des Grundbuches hat der Beschwerdeführer glaubhaft zu machen (vgl. Demharter, a.a.O., § 53 RN 28 m.w.N.).

a)

Durch die am 11. 10. 2000 erfolgte Löschung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern sind – darauf weist der Beteiligte zu 1. zutreffend hin – diese Wohnungsgrundbücher nicht unrichtig geworden.

Denn die Gesamtgrundschuld ist betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume mit der am 11. 10. 2000 erfolgten Löschung im Grundbuch auch materiell-rechtlich erloschen.

Gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1175 Abs. 1 Satz 2, 1168 Abs. 2 BGB erlöscht eine Gesamtgrundschuld an einem von mehreren Grundstücken, wenn der Gläubiger auf die Grundschuld an einem Grundstück verzichtet, dieser Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt erklärt und dieser Verzicht durch Löschung des Grundpfandrechtes im Grundbuch eingetragen wird.

§ 27 Abs. 1 Satz 1 GBO ist nicht anwendbar, da keine selbständige Löschung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt; vielmehr ergibt sich die Löschung der Grundschuld als gesetzliche Folge des Verzichts (vgl. Staudinger/Scherübel, BGB, 12. Aufl., § 1175 RN 6, 7; Demharter, a.a.O., § 27 RN 8 jeweils m.w.N.).

Der Verzicht der Beteiligten zu 2. auf die Grundschuld betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume liegt in der im Wohnungsgrundbuch von Unterröppisch, Blatt 201, hinterlegten notariellen Löschungsbewilligung vom 3. 2. 1997.

Ein etwaiger Löschantrag, auch darauf weist der Beteiligte zu 1. zutreffend hin, ist kein Erfordernis der materiellen Rechtsänderung, hier des Erlöschens der Grundschuld an den verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumen.

Mit anderen Worten:

Eine Eintragung macht das Grundbuch nicht bereits deshalb unrichtig, weil überhaupt kein Antrag vorliegt oder der Antrag von einem nicht Antragsberechtigten gestellt worden ist (vgl. Demharter, a.a.O., § 13 RN 8; Demharter, FGPrax 1997, 46; BGH NJW 1999, 2369 jeweils m.w.N.).

Auf einen etwaigen gutgläubigen Erwerb seitens des Beteiligten zu 1. kommt es deshalb vorliegend überhaupt nicht an.

b)

Hinsichtlich der am 11. 10. 2000 in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern erfolgten Löschung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM zugunsten der Beteiligten zu 2. ist jedoch auch keine Gesetzesverletzung seitens des Grundbuchamtes ersichtlich.

Eine diesbezügliche notarielle Löschungsbewilligung sowie ein diesbezüglicher Antrag eines Antragsberechtigten nach § 13 und § 15 GBO lagen dem Grundbuchamt vor.

Die Löschungsbewilligung hatte die Beteiligte zu 2. am 3. 2. 1997 in notarieller Form abgegeben und mit Schreiben des Notarvertreters vom 10. 2. 1997 zu den Grundakten von U, Blatt 201 gereicht.

Der entsprechende Antrag zur Löschung des Grundpfandrechtes betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentume befand sich in der UR-Nr. 4 1114/98 des Notar Dr. E, vom 2. 4. 1998 in Ziffer V 1. und Ziffer XIII. 2.

Der Antrag auf Löschung der Grundschuld war auch von einem Antragsberechtigten im Sinne des § 13 Abs. 2 GBO gestellt worden.

Diesen Antrag hat der Notar Dr. E, schließlich mit Antragssschreiben vom 22. 9. 2000 als gemäß § 15 GBO zur Antragstellung ermächtigter Notar beim Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht.

Da die Beschwerde des Beteiligten zu 1. erfolgreich gewesen ist, fallen keine Gerichtsgebühren an (§ 131 Abs. 1 Satz 2 KostO).

Eine Entscheidung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens nach § 13a Abs. 1 FGG abweichend von dem Grundsatz, dass im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit jeder Beteiligte seine außergerichtlichen selbst zu tragen hat, ist hier nicht veranlasst.

Die Auferlegung der außergerichtlichen Kosten anderer Beteiligter des Verfahrens bedarf nämlich besonderer Rechtfertigung im Einzelfall.

Das Unterliegen eines Beteiligten allein ist nicht entscheidend.

Die Beteiligte zu 2. ist zwar dem Beschwerdebegehren des Beteiligten zu 1. entgegnetreten, hat jedoch die vom Beteiligten zu 1. angegriffenen Eintragungen nicht veranlasst. Deshalb entspricht es nicht der Billigkeit, ihr die dem Beteiligten zu 1. im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Wertes des Beschwerdegegenstandes folgt aus §§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO.

Den Wert der Beschwerde schätzt die Kammer hier auf ca. 340.000,00 DM (10.170.000,00 DM durch 60 Wohnungseigentume x 2).

Mitgeteilt von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, München

Anmerkung:

Wenn der Bauträger vor Erstellung eines Bauvorhabens eine so genannte Globalgrundschuld am Grundstück bestellt hat und nach der Erstellung und Teilung des Objekts in Wohnungs- und Teileigentum sukzessiv die einzelnen Einheiten veräußert, so kommt es immer wieder zu Abwicklungsschwierigkeiten bei der Lastenfreistellung der verkauften Einheit. Um die Pfandfreigabe jeder einzelnen Einheit zu vermeiden, wird häufig die Freigabe aller verkauften Einheiten in einer einzigen Löschungsbewilligung erklärt. Der Vollzug erfolgt dann sukzessiv entsprechend der Zahlung des geschuldeten Kaufpreises durch den jeweiligen Erwerber. Der den

Bausträger betreuende Notar erhält die Löschungsbewilligung mit der entsprechenden Treuhandaufgabe. Die Entscheidung des LG Gera zeigt die Risiken auf, die das Verfahren der so genannten Sammelfreigabe in sich birgt (Basty ZNotP 2000, 95). Die beim Grundbuchamt hinterlegte Löschungsbewilligung kann bei fehlerhaftem Verhalten des Grundbuchamts zu vielen Problemen führen.

1. Teilverzug einer Löschungsbewilligung

Grundsätzlich müssen sich Bewilligung und Antrag decken. Ausnahmsweise ist auch ein Teilverzug zulässig, wenn sich aus den Erklärungen des Bewilligenden entnehmen lässt, dass er mit der Eintragung einer Rechtsänderung in geringerem Umfang einverstanden ist. Eine dem Eigentümer erteilte Löschungsbewilligung des Gläubigers kann teilweise vollzogen werden, insbesondere an einzelnen veräußerten Wohnungseigentumseinheiten, und beinhaltet einen (Teil-) Verzicht auf die Gesamtgrundschuld (OLG Hamm Rpfleger 1998, 511; LG Chemnitz MittRhNotK 2000, 433; Demharter § 13 Rnr. 19 GBO; Mayer in: Bauer/von Oefele, GBO, AT IV 131; a.A. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rnr. 2724a, b; Staudinger-Scherübl § 1168 Rnr. 5 BGB).

2. Verwahrung eingereicherter Urkunden

Das GBA hat nach § 10 GBO Urkunden, auf die sich eine Eintragung gründet oder Bezug nimmt, von Amts wegen aufzubewahren. Voraussetzung der Aufbewahrungspflicht ist stets, dass eine Eintragung erfolgt. Ist ein Eintragungsantrag noch nicht gestellt, so besteht keine Pflicht des GBA, Schriftstücke irgend welcher Art zu den Grundakten zu nehmen (BayObLG NJW-RR 1989, 718 = Mitt-BayNot 1989, 209 = Rpfleger 1989, 399; BayObLG DNotZ 1975, 162 = Rpfleger 1975, 360; BayObLG Rpfleger 1957, 351; Meikel/Böttcher § 10 Rnr. 17 GBO; KEHE/Eickmann § 10 Rnr. 8 GBO), so z.B. auch nicht den Nachweis eines Wechsels in der Person des Verwalters von Wohnungseigentum (BayObLG DNotZ 1975, 162; Maaß in: Bauer/von Oefele, § 10 Rnr. 17 GBO). Ist mit der Stellung des Antrags in absehbarer Zeit zu rechnen, so kann es sich empfehlen, die Urkunden bis zu dessen Eingang vom GBA zu verwahren (BayObLG DNotZ 1975, 162; KEHE/Eickmann § 10 Rnr. 8 GBO), so z.B. die Löschungsbewilligung des Gläubigers der Globalgrundschuld. Zweckmäßigerweise wird aber das GBA der einreichenden Person eine Frist zur Stellung eines Eintragungsantrages setzen und nach deren erfolglosen Ablauf die Urkunde zurückgeben (Meikel/Böttcher § 10 Rnr. 17 GBO; Maaß in: Bauer/von Oefele § 10 Rnr. 17 GBO). Das GBA ist zur Aufbewahrung der eingereichten Urkunden berechtigt (Demharter § 10 Rnr. 13 GBO).

Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Urkundenverwahrung in § 70 LwAnpG für Nutzungsurkunden von landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (Meikel/Böhringer § 10 Rnr. B 8 GBO), in Art. 233 § 4 Abs. 6 S. 2 EGBGB für die Erklärung zur Aufgabe von Gebäudeeigentum (Eickmann/Böhringer Art. 233 § 4 Rnr. 48 EGBGB), in § 5 GBBERG für die Fortgeltungserklärung des betagten Inhabers eines dinglichen Rechts (Meikel/Böhringer § 10 Rnr. B 7), in § 83 GBO für die Erbnachweise zu einer künftigen Grundbuchberichtigung. Auch in den Fällen zur Herbeiführung einer Bindung nach dem BGB (§§ 873, 875, 876 und 880 BGB) besteht eine Zuständigkeit des GBA zur Entgegennahme von Urkunden (Demharter § 10 Rnr. 10 GBO; Maaß in: Bauer/von Oefele § 10 Rnr. 13 GBO).

3. Treuhandaufträge an GBA/Verwendungssperre

Auch wenn das GBA berechtigt ist, ohne Stellung eines Eintragungsantrags bei ihm eingereichte Urkunden zu verwahren, so ist zu fragen, ob von ihm ein Treuhandauftrag angenommen werden muss bzw. danach zu handeln ist. Das Grundbuchverfahrensrecht kennt – abgesehen von den oben genannten Ausnahmen – keine Pflicht, Treuhandaufträge anzunehmen. Nimmt das GBA trotzdem einen Treuhandauftrag an, so hat es diesen künftig zu beachten. Reicht der die Unterschrift des Gläubigers beglaubigende Notar namens dieses Gläubigers dessen Bewilligung zur Löschung der Globalgrundschuld beim GBA ein mit der Bitte, diese Bewilligung in einer genau bezeichneten Grundakten zu verwahren, „damit in Zukunft zwecks Entlassung aus der Mithaft auf dieses Grundbuchblatt Bezug genommen werden kann“, so darf das GBA bei Annahme und Verwahrung der Urkunde diese nur für die Erledigung

von Anträgen verwenden, die der einreichende Notar stellt. Ein Dritter, dem die Löschungsbewilligung nicht ausgehändigt wurde, kann sich nicht auf die beim GBA verwahrte Bewilligung berufen, das GBA darf die Bewilligung dann nicht als Eintragungsgrundlage verwenden (LG Berlin Rpfleger 2001, 409; Demharter § 19 Rnr. 19 GBO; Meikel/Lichtenberger § 19 Rnr. 407, 423, 424 GBO; Kössinger in: Bauer/von Oefele § 19 Rnr. 98). Die Löschungsbewilligung kann im vom LG Gera entschiedenen Fall nicht Grundlage für die anlässlich der Eintragung der Eigentumsvormerkung vorgenommene Löschung der Grundschuld an der betroffenen Eigentumseinheit sein, für die Löschung der Grundschuld fehlte es insoweit an der nach § 19 GBO erforderlichen Bewilligung (BGHZ 84, 202 = DNotZ 1983, 309 = Rpfleger 1982, 414). Für den von einem anderen Notar gestellten Löschantrag findet die bei den Grundakten liegende Löschungsbewilligung keine Verwendung. Es gibt also Fälle, in denen das GBA eine Bewilligung nicht für die darin gestattete Löschung verwendet werden darf, obwohl sie vom Bewilligungsberechtigten nach Inhalt und Form ordnungsgemäß abgegeben worden ist und bei seinen Grundakten liegt (LG Berlin Rpfleger 2001, 409). Das GBA hat den Verwendungswillen (Vorlagezweck) des Bewilligungsberechtigten als so genannte Verwendungssperre zu beachten (Kössinger in: Bauer/von Oefele § 19 Rnr. 107 GBO).

Hat das GBA trotz der Verwendungssperre eine Grundbucheintragung vorgenommen, so hat es die grundbuchverfahrensrechtliche Vorschrift des § 19 GBO verletzt, ohne dass dies die Eintragung als solche unwirksam macht. Das GBA hat in einem solchen Fall „fehlerhaft“ eingetragen. Die Eintragung kann deshalb unrichtig sein, dann Amtswiderspruch nach § 53 GBO. Durch die Eintragung wird eine Rechtsänderung aber nur dann herbeigeführt, wenn ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen, also wenn eine Aufhebungs-/Verzichtserklärung vorlag. Die Löschungsbewilligung ist mit der materiell-rechtlichen Erklärung des Betroffenen nicht gleichzusetzen, hat aber oft eine Doppelnatur (nämlich Erklärung zugleich verfahrensrechtlicher und rechtsgeschäftlicher Natur). Es ist letztlich eine Tatfrage, welchen Willen der Betroffene hat. Zu fragen ist dann weiter, ob die Aufgabe-/Verzichtserklärung zielgerichtet abgegeben worden ist. Dies ist bei Sammelfreigaben wohl zu bejahen. Mangels entsprechenden Vorlagezweck wäre die materielle Erklärung des Gläubigers nicht wirksam abgegeben worden. Dann könnte von einer wirksamen materiellen Erklärung nicht ausgegangen werden, die Grundschuld wäre materiell nicht erloschen (so LG Berlin Rpfleger 2001, 409), das Grundbuch unrichtig mit der Gefahr eines gutgläubigen Wegerwerbs der Grundschuld bei Eintragung einer Eigentumsvormerkung bzw. Eigentumsänderung.

4. Gutgläubiger Wegerwerb

In dem vom LG Gera entschiedenen Fall wurde mit Eintragung der Eigentumsänderung zu Gunsten des Erstkäufer die Globalgrundschuld an dem von der Eigentumsänderung betroffenen Grundstück gelöscht, zeitgleich für den Zweitkäufer eine Eigentumsvormerkung eingetragen, einige Wochen später dann Amtswidersprüche eingetragen und die Wiedereintragung der gelöschten Grundschuld an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück vorgenommen. Sämtliche unter dem gleichen Datum vollzogene Grundbucheintragungen (Löschung der Grundschuld und Eintragung der Eigentumsvormerkung) gelten als im Rechtssinne gleichzeitig. Kommt es auf einen gutgläubigen Erwerb an, ist es unschädlich, wenn der dem Vormerkungsberechtigten günstige Grundbuchstand (Lastenfreiheit des Grundstücks) gleichzeitig mit seiner eigenen Eintragung herbeigeführt wird, selbst wenn alle Eintragungen in der selben Verfügung angeordnet und unter dem selben Datum vollzogen werden (RGZ 123, 19; 140, 35; BGH NJW 1969, 93; Staudinger/Gursky § 892 Rnr. 146 BGB). Der Vormerkungsberechtigte kann sich zu seinen Gunsten auf redlichen Erwerb nach § 892 BGB berufen, also auf die Freiheit des Grundstücks von der Gesamtgrundschuld an dem von seiner Vormerkung betroffenen Grundstück. Die vom GBA – unzulässigerweise – vorgenommene Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld ist demnach eine vormerkungswidrige Verfügung i.S. von § 883 BGB (BGH DNotZ 1995, 47 = Rpfleger 1995, 101); der Vormerkungsberechtigte kann die Beseitigung der wiederingetragenen Gesamtgrundschuld an dem von der Vormerkung betroffenen Grundstück nach §§ 888, 883 BGB verlangen.

5. Wiedereintragung der Grundschuld

Hat das GBA verfahrensfehlerhaft eine Grundbucheintragung vorgenommen, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, weil es eine in Wirklichkeit nicht bestehende Rechtslage (hier Löschung einer Gesamtgrundschuld an einer Eigentumseinheit) verlautbart, so kann das GBA die Eintragung eines Amtswiderspruchs – mit den Wirkungen des § 892 Abs. 1 BGB – vornehmen. Dem GBA bleibt es aber verwehrt, die Beseitigung der unrichtigen Eintragung von Amts wegen vorzunehmen (Meikel/Streck § 53 Rnr. 3 GBO; Demharter § 53 Rnr. 2 GBO; Meincke in: Bauer/von Oefele § 53 Rnr. 2 GBO). Dem GBA war die Wiedereintragung der Grundschuld nicht gestattet.

Wird auf Grund einer Eintragungsbewilligung eine Eintragung im Rechtssinne vorgenommen, hat die Eintragungsbewilligung ihren Zweck erfüllt und ist verbraucht (BayObLG NJW-RR 1997, 1511). Sie kann daher, wenn die Eintragung zu Recht oder zu Unrecht gelöscht wird, nicht Grundlage einer erneuten Eintragung sein. Für die Wiederherstellung der gelöschten Eintragung ist eine neue Bewilligung oder ein Unrichtigkeitsnachweis erforderlich (BayObLG Rpfleger 1995, 332 = MittBayNot 1995, 42; Demharter § 19 Rnr. 114 GBO). Bei einer – fehlerhaft vorgenommenen – Wiedereintragung des Rechts fragt sich dann, ob nicht das Grundbuch durch diese Eintragung unrichtig geworden ist. Dies hängt davon ab, ob bei der Löschung der Grundschuld am Kaufobjekt eine materiell-rechtliche Aufgabe-/Verzichtserklärung des Gläubigers vorlag. Wird dies bejaht, wäre das Grundbuch durch die Löschung des Rechts nicht unrichtig geworden, die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die damalige Löschung der Grundschuld unzulässig, die Wiedereintragung der Grundschuld hätte das Grundbuch unrichtig gemacht, ein Amtswiderspruch gegen die Wiedereintragung der Grundschuld wäre zulässig.

6. Löschung des Amtswiderspruchs

Zur Löschung des Amtswiderspruchs auf Beschwerde wie auch zur Löschung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit reicht die Darlegung aus, dass die Voraussetzungen der Eintragung eines Amtswiderspruchs gegeben sind. Ohne weiteres auf Antrag zu löschen ist der Amtswiderspruch, wenn der Widerspruchsberechtigte eine entsprechende Bewilligung abgibt. Mit der Löschung verliert der Amtswiderspruch seine Wirksamkeit. Nach Beseitigung der Grundbuchunrichtigkeit ist der Amtswiderspruch dann zu löschen, wenn der Antrag auf Grundbuchberichtigung bzw. die Berichtigungsbewilligung sich auch auf ihn beziehen. Wird der Amtswiderspruch bei der Grundbuchberichtigung nicht gelöscht, erweist er sich aber, da kein Zwischenerwerb stattgefunden hat, als gegenstandslos, so ist er zu löschen; er kann auch im Verfahren nach § 84 GBO als gegenstandslos gelöscht werden (Meikel/Streck § 53 Rnr. 90 GBO).

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Leitsatz

BGB § 925 Abs. 1

ZPO § 415

GBO §§ 20, 29

BeurkG §§ 13 Abs. 1, 36, 37, 44a

1. Die Auflassung bedarf gegenüber dem Grundbuchamt des Nachweises durch öffentliche Urkunden.
2. Zum Nachweis eignen sich nur solche öffentliche Urkunden, die den zwingenden Formerfordernissen des Beurkundungsgesetzes genügen.
3. Fehlt die Unterschrift der Käufer unter der Niederschrift der abgeschlossenen Auflassungsverhandlung, kann dieser zur Unwirksamkeit der Beurkundung führende Mangel nicht durch eine notarielle Eigenerklärung geheilt werden.

BayObLG, 2. Zivilsenat Beschluss vom 24. 1. 2001 – ZZ BR 129/00

Gründe:

I.

Mit notarieller Urkunde vom 16. 8. 2000 veräußerten die im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Beteiligten zu 1 an die Beteilig-

ten zu 2 zu gleichen Teilen ein Grundstück sowie einen Miteigentumsanteil an einer Verkehrsfläche. Die Vertragsurkunde enthält neben dem Verkauf die Auflassung und die grundbuchrechtliche Bewilligung. Sie trägt die eigenhändigen Unterschriften der Veräußerer und des Notars, nicht jedoch die der Erwerber.

Dem Grundbuchamt wurde die Urkunde mit folgender vom Notar und von den beiden Erwerbern eigenhändig am 24. 8. 2000 unterzeichneter Feststellung zum Vollzug vorgelegt:

Am 16. 8. 2000 habe ich, Notar ..., einen Kaufvertrag mit Auflassung zwischen den Ehegatten ... (Verkäufer) und den Ehegatten ... (Käufer) hinsichtlich des im Grundbuch des Amtsgerichts ... vorgetragenen Grundbesitzes beurkundet.

Bei der Beurkundung wurde übersehen, die Käufer die Urkunde unterzeichnen zu lassen. Der Vertrag enthält lediglich die Unterschriften der Verkäufer.

Ich, der Notar, bestätige, dass die Käufer während der gesamten Beurkundung anwesend waren.

Wir, die Ehegatten ... (Käufer), genehmigen den gesamten Inhalt des genannten Vertrages und bestätigen das Rechtsgeschäft rein vorsorglich gemäß § 141 BGB. Damit ist das Rechtsgeschäft am 16. 8. 2000 rechtswirksam zwischen uns und den Ehegatten ... (Verkäufer) zustande gekommen.

Mit Beschluss vom 5. 10. 2000 wies das Grundbuchamt den Antrag zurück, weil die in den Erklärungen enthaltene Auflassung mangels eigenhändiger Unterschrift der Erwerber in der Vertragsurkunde formnichtig und durch die Nachtragsfeststellung nicht geheilt sei. Die Beschwerde wies das Landgericht durch Beschluss vom 30. 11. 2000 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die zur Eintragung notwendigen Erklärungen seien nicht in der gesetzlich erforderlichen Form nachgewiesen. Zwar sei eine Schriftform oder Beurkundung für die Grundstücksauflassung nicht vorgeschrieben; eine fehlende oder fehlerhafte Beurkundung sei deshalb für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unschädlich. Jedoch sei aus verfahrensrechtlichen Gründen der Nachweis einer formgerechten Beurkundung der Auflassung zu erbringen. Eine solche sei nur dann nachgewiesen, wenn die beurkundungsrechtlichen Vorschriften erfüllt seien. Hier sei eine neue, formgerechte Beurkundung erforderlich.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) § 20 GBO verlangt im Falle der Grundstücksauflassung auch den Nachweis der materiellen Einigungserklärungen (§ 925 Abs. 1 BGB). Die Form des Nachweises regelt § 29 GBO. Nach dessen Satz 1 müssen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dazu gehören nach materiellem Recht jedenfalls die Erklärung der Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Notar als einer zur Entgegennahme der Auflassung zuständigen Stelle (Demharter GBO 23. Aufl. § 29 Rn. 8 f.; Knothe in Bauer/von Oefele GBO § 29 Rn. 15).

Dass für die Auflassung dieser Nachweis jedenfalls nicht durch eine lediglich öffentlich beglaubigte Urkunde erbracht werden kann, entspricht allgemeiner Meinung (KG DNotZ 1934, 283; OLG Celle DNotZ 1979, 308 f.; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 9/11). Denn durch eine Beglaubigung wird mit öffentlichem Glauben nur bekräftigt, dass die Unterschriften von den Personen stammen, die sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt haben (§ 40 BeurkG). Nicht bewiesen wird damit, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind (KG aaO). Demnach ist der Nachweis hier durch eine öffentliche Urkunde zu erbringen, deren Merkmale sich aus § 415 ZPO ergeben.

Die den Kaufvertrag mit Auflassung und grundbuchrechtlicher Bewilligung ausweisende Urkunde des Notars vom 16. 8. 2000

leidet an einem formalen Mangel. Willenserklärungen, aus welchen die Auflassung besteht, sind nämlich nach § 8 BeurkG durch Niederschrift über eine Verhandlung mit dem Inhalt der §§ 9 ff. BeurkG aufzunehmen; die Niederschrift ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG von den Beteiligten zu unterschreiben. Mit der abschließenden Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar ist der Beurkundungsvorgang endgültig beendet (Huhn/von Schuckmann BeurkG 3. Aufl. § 13 Rn. 26, 29; Lischka NotBZ 1999, 8/9) und die Verhandlung (§ 8 BeurkG) abgeschlossen. Die fehlende Unterschrift der Beteiligten zu 2 bedingt zwar nicht die Unwirksamkeit der Auflassung, weil diese materiell der Beurkundung nicht bedarf (BGHZ 22, 312/313; RGZ 99, 65/67), wohl aber die Unwirksamkeit der Beurkundung (BayObLG MittBayNot 1994, 39 = Rpfleger 1994, 162; LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; Lischka aaO). Der in dem Schriftstück vom 16. 8. 2000 festgehaltene Vorgang ist keine die erforderlichen Erklärungen des § 20 GBO enthaltende öffentliche Urkunde im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Eine nachträgliche Genehmigung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil solche Erklärungen das ohnehin wirksame materielle Rechtsgeschäft betreffen, jedoch nicht den urkundlichen Nachweis im Sinne von §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbringen.

b) Verstößt die Niederschrift gegen zwingende Bestimmungen des Beurkundungsrechts, zu denen § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zählt (DNNotl-Report 1998, 33; Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 2), ist diese nach herrschender Meinung nicht geeignet, die Auflassung formgerecht im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (Huhn Rpfleger 1977, 199/201; Lischka NotBZ 1999, 8/9; Knothe in Bauer/von Oefele § 29 Rn. 15 bei Fn. 37; Meikel/Brambring GBO 8. Aufl. § 29 Rn. 178; KEHE/Munzig GBO 5. Aufl. § 20 Rn. 114; Hesse/Saage/Fischer GBO 4. Aufl. § 20 Anm. 2c; Demharter § 20 Rn. 27; Haegele/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 11. Aufl. Rn. 3324; Ertl MittBayNot 1992, 102/106; Staudinger/Pfeifer BGB 13. Bearb. § 925 Rn. 76; Erman/Hagen/Lorenz BGB 10. Aufl. § 925 Rn. 25; Huhn/von Schuckmann § 8 Rn. 2; wohl auch OLG Düsseldorf FGPrax 1997, 194 f.; unentschieden MünchKomm/Kanzleiter 3. Aufl. § 925 Rn. 15 bei Fn. 52; unklar Palandt/Bassenge BGB 60. Aufl. § 925 Rn. 29; offengelassen BayObLG MittBayNot 1994, 39).

In Konsequenz dieser Auffassung kann eine „Heilung“ nur in Form einer erneuten, diesmal formgerechten Beurkundung vorgenommen werden (Meikel/Brambring, Knothe in Bauer/von Oefele, Ertl, je aaO).

Folgerichtig hat nach dieser Ansicht auch eine nachträgliche Berichtigung der ursprünglichen Urkunde nach § 44a Abs. 2 BeurkG auszuscheiden. Denn die fehlende, jedoch notwendige Unterschrift eines Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hindert zwar nicht das wirksame Zustandekommen der materiellen Auflassung, jedoch fehlt es an einer wirksamen Niederschrift nach § 8 BeurkG. Ob im Bereich außerhalb der beurkundungsrechtlichen Sollbestimmungen eine Berichtigung überhaupt angängig ist (siehe Keidel/Winkler BeurkG 14. Aufl. § 44 Rn. 23/24), mag zweifelhaft sein. Jedenfalls ist das Berichtigungsverfahren nicht dazu geschaffen, wesentliche Formerfordernisse, die bei der Verhandlung selbst unterlassen wurden, nunmehr nachzuholen. Das gilt um so mehr, als bei der Verletzung zwingender Vorschriften des § 13 Abs. 1 BeurkG und dadurch ausgelöster Formnichtigkeit auch eine Heilung nicht durch befreiende oder zustimmende Erklärungen der Beteiligten bewirkt werden kann (Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 2 und § 30 DONot Rn. 10).

c) Nach einer Mindermeinung kann der Nachweis der Einigung in der Form des § 29 GBO auch durch eine notarielle Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG geführt werden, wenn in dieser bestätigt wird, dass die Beteiligten die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt haben und der Aussteller der Bescheinigung die Auflassungserklärungen entgegengenommen hat (OLG Celle MDR 1948, 258 – Leitsatz –; RGRK-Augustin 12. Aufl. §§ 925, 925a Rn. 72; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 9; derselbe Rpfleger 1978, 431; ihm folgend LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; ohne nähere Begründung ebenso Thieme GBO 4. Aufl. § 20 Anm. 2 a.E.). Weil auf diese Weise letztlich nur eine in der Form der Niederschriftsbeurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG vorgesehene, aber an zwingenden Erfordernissen des § 13 Abs. 1 BeurkG gescheiterte Niederschrift „geheilt“ werden soll, ist

nach dieser Ansicht jedenfalls auch die Vorlage der fehlerhaften Urkunde über die Auflassungsverhandlung erforderlich (Fuchs-Wissemann Rpfleger 1978, 431/433; zweifelnd KEHE/Herrmann § 29 Rn. 75).

d) Der herrschenden Meinung ist zu folgen.

aa) Das materielle Geschäft der Auflassung bedarf nach § 925 Abs. 1 BGB nach heute kaum mehr bestrittener Ansicht nicht der notariellen Beurkundungsform (BGHZ 22, 312/315; RGZ 99, 65/67; BayObLG MittBayNot 1994, 39; Palandt/Bassenge § 925 Rn. 3; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rn. 15; Staudinger/Pfeifer § 925 Rn. 76). Die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts erlaubt jedoch nicht zwingend den Schluß, dass das formale Recht keine anderen und strengeren Voraussetzungen zur Rechtsverwirklichung etwa aus generalpräventiven Gründen aufstellen dürfe (Huhn Rpfleger 1977, 200). So stützen sich für die Auslegung des materiellen Rechts die beiden grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts einerseits (RGZ 99, 65/69), des Bundesgerichtshofs andererseits (BGHZ 22, 312/316) auch ausdrücklich auf die Formbedürftigkeit nach § 29 GBO und halten die Gefahr, das Grundbuch würde durch eine fehlerhaft beurkundete Auflassung falsch, für bedeutsamer als das Risiko, welches mit einer Eigentumseintragung unter Verstoß gegen § 29 GBO verbunden ist. Dies erlaubt aber nicht den Umkehrschluß, § 29 GBO brauche nicht beachtet zu werden, falls die Wirksamkeit der Auflassung anderweitig bewiesen erscheine. Auch der Senat hält es für unbedenklich, die Eintragung der Grundstücksauflassung im Grundbuch (§ 20 GBO) an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts. Die Regelung des § 29 GBO will den Gefahren begegnen, die aus einer unrichtigen Eintragung im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erwachsen (BayObLGZ 1988, 148/150 f.; BayObLG Rpfleger 1984, 463 f.; Demharter § 29 Rn. 2). Dem Grundbuchamt sind eigene Ermittlungen verwehrt; weil Grundbucheintragungen auf einer möglichst sicheren Grundlage stehen sollen, schreibt § 29 GBO den Nachweis in besonderer Form vor. Auch in anderen Fällen, etwa dem der Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB), sind die Anforderungen des materiellen Rechts geringer als die des formellen Rechts (vgl. Palandt/Heinrichs § 167 Rn. 2). Mit Rücksicht auf den Zweck des Grundbuchs, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Grundstücksrechten zuverlässig Auskunft zu geben, ist dies hinzunehmen, auch wenn im Einzelfall die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, erschwert, unzumutbar oder gar unmöglich sein sollte (BayObLG Rpfleger 1984, 464) und die Beteiligten deshalb zur Durchsetzung ihres materiellen Rechts im äußersten Falle auf ein Streitverfahren angewiesen sind.

bb) Das Beurkundungsrecht schreibt für die Auflassung die Beurkundung nach den Regeln der §§ 8 ff. BeurkG vor. Der Notar darf sich also nicht von vornherein darauf beschränken, eine Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG zu errichten. Dies erkennt auch die Mindermeinung an (Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 11/12). Sie erblickt jedoch wegen der Schwierigkeiten, die mit einer klageweisen Durchsetzung des materiellen Rechts verbunden sind, in der ergänzenden Vorlage einer Notarniederschrift nach §§ 36 f. BeurkG einen der besonderen Lage angepassten, sachgemäßen und ausreichenden Nachweis der Einigung im Falle der Auflassung. Damit würden jedoch die für die Aufnahme von Willenserklärungen zwingenden Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG umgangen (KG, Knothe, Lischka, jeweils aaO; Huhn/von Schuckmann § 8 Rn. 2). Dafür fehlt eine tragfähige Begründung. So hilft es auch nicht, dass der Notar die unvollständige Niederschrift über die Auflassungsverhandlung mit vorlegt. Der unwirksame und als solcher schon abgeschlossene Beurkundungsvorgang (Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 1; Meikel/Brambring § 29 Rn. 138; wohl auch Keidel/Winkler § 13 Rn. 50) erlangt durch die Eigenerklärung des Notars keine Gültigkeit. Das Grundbuchamt könnte die Eintragung nicht auf eine öffentliche Urkunde stützen, die die zur Eintragung des Rechtswechsels erforderlichen Erklärungen nach § 20 GBO nachweist, sondern nur auf eine solche Urkunde, die eine notarielle Tatsachenwahrnehmung beinhaltet. Dies widerspricht nicht nur dem Verhältnis der §§ 8 ff. BeurkG zu §§ 36 f. BeurkG, sondern auch § 29 GBO. Der Begriff der öffentlichen Urkunde kann nämlich hier nicht anders ausgelegt werden als in § 415 ZPO, der seiner-

seits die Einhaltung der im Urkundengesetz vorgeschriebenen Form voraussetzt (Baumbach/Hartmann ZPO 59. Aufl. § 415 Rn. 7; Zoller/Geimer ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 2; Thomas/Putzo ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 3).

cc) Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum (OLG Düsseldorf DNotZ 2000, 299/301; FGPrax 1997, 194 f.; Keidel/Winkler aaO) eine Heilung zwar nicht durch Tatsachenbescheinigung nach §§ 36, 37 BeurkG, wohl aber durch ergänzende Nachtragsbeurkundung ohne Anwesenheit der übrigen Beteiligten erwogen wird, ist dies für den Fall der Auflassungsbeurkundung nach § 925 BGB ausgeschlossen. Denn das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit der

Parteien verlangt eine einheitliche Verhandlung nach § 8 BeurkG (Keidel/Winkler § 8 Rn. 7; DNotI-Report 1998, 34).

d) Soweit die Entscheidung des OLG Celle (MDR 1948, 258 Nr. 107 – Leitsatz –) auf eine abweichende Ansicht hindeutet, beruht jener Beschluss nach den von Huhn (Rpflger 1977, 199 bei Fn. 9) mitgeteilten Gründen nicht auf einer anderen Beurteilung der gleichen Rechtsfrage, so dass eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO entfällt (BayObLGZ 1988, 24/32; 248/257 f.; Demharter § 79 Rn. 11; Keidel/Kahl FGG 14. Aufl. § 28 Rn. 18).

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Buchbesprechungen

Presseinformation des Hermann Luchterhand Verlags.

Handbuch Erbrecht vorgestellt.

Juristen diskutierten Fehler in der erbrechtlichen Beratung und über Stiftungen als Antwort des Mittelstandes auf Basel II

Neuwied, Bonn; 5. 2. 2002. Zu einer außergewöhnlichen Buchpräsentation luden Herausgeber und Autoren des Handbuchs Erbrecht gemeinsam mit dem Hermann Luchterhand Verlag Juristen aus ganz Deutschland ein. Über 40 Richter, Fachanwälte, Notare, Mitglieder des Erbrechtssenats des OLG Köln und Vertreter von Stiftungen trafen sich am 1. Februar in der Bonner Kanzlei Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier.

Als erster Referent sprach Nachlassrichter Dr. Peter Busch aus Detmold. Humorvoll berichtete er über Fehler in der erbrechtlichen Beratung aus der Sicht des Nachlassgerichts. Die anwaltliche Beratung mit ihren psychologischen Aspekten war ihm besonders wichtig. Gerade die menschlichen Rahmenbedingungen eines erbrechtlichen Mandats, wie sie Rechtsanwalt Dr. Andreas Frieser im „Handbuch Erbrecht“ beschrieben hat, stellte Dr. Busch in den Vordergrund. Die Testierfähigkeit, die – wie Dr. Busch schmunzelnd feststellte – scheinbar grundsätzlich erst mit dem Tode endet, wird immer häufiger in Prozessen angezweifelt. Beispielhaft verwies er auf den Fall des Kunstmäzens Dr. Gustav Rau, der, laut Presseberichten, Kunstschätze im Wert von rund 500 Mill. € verteilt hat und dessen Testierfähigkeit die Medien derzeit lebhaft diskutieren. Der anwaltlichen bzw. notariellen Feststellung der Testierfähigkeit sollten die Fachleute, nach Meinung Dr. Buschs, besonders große Beachtung schenken. Es sei deshalb sinnvoll, an dieser Schnittstelle zwischen Recht und Medizin, interdisziplinär durch Psychologen, Psychiater und Juristen Beurteilungskriterien zu erarbeiten, die Zweifel an der Testierfähigkeit ausschließen könnten. Dr. Buschs negative Erfahrungen mit Testamentsvollstreckern, die sich als „Haupterben“ verstehen, versetzten die Zuhörer in Erstaunen.

Ob Stiftungen eine Antwort des Mittelstandes auf Basel II sein können diskutierte Dr. Schiffer – Sachverständiger der Bund-Länderarbeitsgruppe zur Reform des Stiftungszivilrechts beim Bundesjustizministerium – gemeinsam mit den Veranstaltungsteilnehmern. Nach Ansicht Dr. Schiffers bremsst Basel II die Finanzierung des Mittelstands. Eine Unternehmerbefragung aus dem Jahr 2000 stützt diese Aussage. So haben 67% der Befragten Bedenken wegen Basel II und 73% sehen konkreten Handlungsbedarf.

Basel II – so Dr. Schiffer – verschafft unternehmensverbundenen Stiftungen eine regelrechte Renaissance. Ein genereller Trend zu mehr Stiftungen lässt sich bereits erkennen. Gab es bis 2000 noch ca. 500 Stiftungsneugründungen pro Jahr, so schnellte diese Zahl

2001 auf 1.000 Neugründungen hinauf. Heute gibt es beinahe 11.000 Stiftungen in Deutschland. Die Stiftung als „Familienbank“ verbessert die Eigenkapitalquote, vermindert den Kreditbedarf und erhöht gleichzeitig die Kreditwürdigkeit, denn das auf die Stiftung übertragene Vermögen muss nach den gesetzlichen Vorgaben dauerhaft erhalten bleiben. Eine Stiftung & Co. KG, eine Stiftung als GmbH-Gesellschafterin oder als dauerhafter Darlehensgeber für das Unternehmen könnten eine Lösung sein. Gerade der Mittelstand kann davon profitieren und so das Kapital des Unternehmens zusammenhalten und vermehren, stellte Schiffer fest. Zudem vermeidet der Stifter bei einer gemeinnützigen Stiftung die Zahlung von Erbschaftssteuer sowie Erbersatzsteuer und kann so Vermögen für das Unternehmen erhalten und aufbauen.

Der 1924 in Berlin gegründete Luchterhand Fachverlag hat sich über die Jahrzehnte hinweg zu einem der in Deutschland führenden Fachverlage entwickelt. Heute bietet er mit seinen Töchtern Werner Verlag (Neuwied/Düsseldorf) und Fachverlag Deutscher Wirtschaftsdienst (Köln) ein breites Angebot an professionellen Informationen zu zahlreichen Themen aus Recht, Wirtschaft, Steuern, Bildung, Erziehung und Sozialer Arbeit sowie Baurecht, Architektur und Bauingenieurwesen.

Rohs/Wedewer: Kostenordnung. Kommentar. Von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Loseblattwerk in zwei Ordner. 2466 Seiten. 45. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage (80. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage); Stand Dezember 2001. 180 S., 68,- €. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Die vorliegende Ergänzungslieferung steht ganz im Zeichen der Einführung des Euro. Alle Seiten mit Gesetzestexten, die noch DM-Beträge enthalten, sind ausgetauscht worden. Die Lieferung enthält die bei §§ 14 und 31 (Gerichtskostenbeschwerde und Geschäftswertfestsetzung) durch das Zivilprozess-Reformgesetz eingetretenen Änderungen. Bei § 107 wurden die neuesten Entscheidungen zur Berücksichtigung von Pflichtteilsansprüchen beim Geschäftswert für den Erbschein eingearbeitet. Umfassend neu kommentiert und anhand zahlreicher Beispiele erläutert wurde die in § 144 geregelte Gebührenermäßigung. Aktuelle Rechtsprechung wurde wie gewohnt – berücksichtigt. Die Neukommentierung von 156 (Notarkostenbeschwerde) ist für die nächste Lieferung angekündigt, ebenso die Änderung der KostO durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und das Gesetz über elektronische Register- und Justizkosten für Telekommunikation.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum:

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61-56 08 66), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail:

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,- einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,- einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16-18 (Tel. 0 73 21/35 00-0, Fax 0 73 21/35 00 15).