



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Hella Bickmann

**Grundstückserwerb nach deutschem,
spanischem und italienischem Recht –
eine rechtsvergleichende Untersuchung**

Band 39



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 39





Hella Bickmann

**Grundstückserwerb nach deutschem,
spanischem und italienischem Recht –
eine rechtsvergleichende Untersuchung**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
einer Doktorin der Rechte
durch die Juristische Fakultät der
Ruhr-Universität Bochum



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2012

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2012

978-3-95404-229-6

Dekan der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

Prof. Dr. Wolters

Erstberichterstatlerin: Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M.

Zweitberichterstatler: Prof. Dr. Klaus Schreiber

Tag der mündlichen Prüfung: 04.06.2012

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2012

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2012

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-95404-229-6



Meinen wundervollen Eltern





Vorwort

Seit meinem Auslandsjahr an der juristischen Fakultät der *Universitat de Barcelona* wollte ich meine Vorliebe für Spanien und meine Vorkenntnisse des spanischen Rechts weiter vertiefen. Mein besonderes Interesse galt schon im Studium dem Grundstücksrecht, weshalb ich für meine Dissertation dieses Rechtsgebiet wählte. Die Unterschiede, die hinsichtlich des Grundstückserwerbs in den Rechtsordnungen Deutschlands, Spaniens und Italiens bestehen, machten dieses Thema sehr reizvoll.

Meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Schaub möchte ich an dieser Stelle erneut dafür danken, dass sie mir hinsichtlich meiner Themenwahl größtmöglichen Freiraum ließ. Ihre äußerst hilfreichen Hinweise in jeder Phase meiner Promotion sowie ihr Doktorandenseminar haben meine Dissertation sehr bereichert.

Dafür und für ihr verlässliches Engagement bis heute danke ich ihr ganz herzlich.

Bei Herrn Prof. Dr. Klaus Schreiber bedanke ich mich herzlich für die Anfertigung des Zweitgutachtens. Meinen Freunden danke ich für ihre motivierenden und unterstützenden Worte.

Mein größter Dank gilt meinen lieben Eltern sowie meinem Verlobten.





Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus/ Frühbeck, Federico	Einführung in das spanische Recht, 3. Auflage, München 2007. Zit.: Adomeit/Frühbeck.
Albadalejo, Manuel	Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Madrid 2004. Zit.: Albadalejo, Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones.
ders. (Hrsg.)	Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Band VIII, Vol. 1, Artt. 609 bis 617 Código Civil, Madrid 1987. Zit.: Albadalejo, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Band VIII, Vol. 1.
Alpa, Guido	Trattato di diritto civile I, Storia, Fonti, Interpretazione, Mailand 2000. Zit.: Alpa, Trattato di diritto civile I.
ders.	Istituzioni di diritto privato, 3. Auflage, Turin 2001. Zit.: Alpa, Istituzioni di diritto privato.
Aretz, Stephanie	Das Abstraktionsprinzip - Das einzig wahre?, JA 1998, 242-250.
Arnaiz Eguren, Rafael	Registro de la Propiedad y Urbanismo, Madrid 1995. Zit.: Arnaiz Eguren.
Arndt, Herbert Lerch, Klaus Sandkühler, Gerd	Bundesnotarordnung, 6. Auflage, Köln 2008. Zit.: Arndt/Lerch/Sandkühler.
Assmann, Heinz-Dieter/ Schütze, Rolf A.	Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München 2007. Zit.: Assmann/Schütze-Bearbeiter.
Ávila Navarro, Pedro	Derecho Hipotecario, Barcelona 2004. Zit.: Ávila Navarro.
Badenes Gasset, Ramón	El contrato de compraventa, Band II, 3. Auflage, Barcelona 1995. Zit.: Badenes Gasset.
v. Bar, Christian (Hrsg.)	Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 4, Osnabrück 2001. Zit.: v. Bar-Bearbeiter, Sachenrecht in Europa.
v. Bar, Christian/ Clive, Eric	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. 1: [Intr., Princ., Def.; I. - 1:101 to III. - 4:207], München 2009. Zit.: v. Bar/Clive, Materialien, Vol. 1;



	Vol. 5: [VIII. - 1:101 to VIII. - 7:104], München 2009. Zit.: v. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5.
Barassi, Lodovico	Diritti reali e possesso, Mailand 1952. Zit.: Barassi.
Baur, Jürgen/ Stürner, Rolf	Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009. Zit.: Baur/Stürner.
Behrens, Peter	Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 50, 1986, S. 19-33.
Beltrán, Emilio M./ Orduña, Javier	Curso de derecho privado, 11. Auflage, Valencia 2008. Zit.: Beltrán/Orduña.
Beltrán de Heredia de Onis, Pablo	La tradición como modo de adquirir la propiedad, RDP 1967, S. 103-116.
Bessone, Mario (Hrsg.)	Instituzioni di diritto privato, 17. Auflage 2010. Zit.: Bessone-Bearbeiter.
Bianco, Anna Maria	La pubblicità immobiliare, Turin 1976. Zit.: Bianco.
Bocchini, Fernando/ Quadri, Enrico	Diritto Privato, 2. Auflage, Turin 2006. Zit.: Bocchini/Quadri.
Böhringer, Walter	Das deutsche Grundbuchsystem im internationalen Rechts- vergleich, BWNotZ 1987, S. 25-28.
ders.	Anforderungen an ein modernes Grundbuchverfahrensrecht am Beispiel Estland, BWNotZ 1997, S. 25-30.
ders.	Die Geschichte des Grundbuchs im Wandel der Zeiten, BWNotZ 1986, S. 1-5.
ders.	Die Grundbucheinsicht in den neuen Bundesländern, DtZ 1991, S. 272-278.
Brambring, Günter/ Jerschke, Hans-Ulrich (Hrsg.)	Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage, München 2009. Zit.: Brambring/Jerschke.
Brehm, Wolfgang/ Berger, Christian	Sachenrecht, 2. Auflage, Tübingen 2006. Zit.: Brehm/Berger.
Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich	Allgemeines Schuldrecht, 33. Auflage, München 2009. Zit.: Brox/Walker.
Brüggemann, Dieter	Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages, JR 1968, S. 201-209.
Buchholz, Stefan	Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld, Frankfurt am Main 1978. Zit.: Buchholz.
Bürge, Alfons	Das französische Privatrecht im 19. Jh., Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Frankfurt am Main 1991. Zit.: Bürge.
Camino Sanciñena Asurmendi	La opción de compra, 2. Auflage, Madrid 2007. Zit.: Camino Sanciñena Asurmendi.



Canaris, Claus-Wilhelm	Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), S. 273-364.
Cariota-Ferrara, Luigi	I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cose altrui, Padua 1936. Zit.: Cariota-Ferrara.
Casper, Matthias	Der Optionsvertrag, Tübingen 2005. Zit.: Casper.
Castán Tobeñas, José (Hrsg.)	Derecho civil español, común y foral, Band II-1, los derechos reales en general, 15. Auflage, Madrid 1994; Band III, derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general, 17. Auflage, Madrid 2008. Zit: Castán Tobeñas.
Casu, Giovanni	Notaio e atto notarile, Revista del notariato 2003, S. 471-481.
Casu, Giovanni/ Sicchiero, Gianluca	La legge notarile commentata, Turin 2010. Zit.: Casu/Sicchiero.
Cendon, Paolo	Codice Civile annotato con la giurisprudenza, Artt. 1559-2969, 2. Auflage, Turin 2001. Zit.: Cendon.
Checchini, Aldo/ Amadio, Giuseppe	Lezioni di diritto privato, 5. Auflage, Turin 2007. Zit.: Checchini.
Chianale, Angelo	Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà, Turin 1998. Zit.: Chianale.
Chico y Ortiz, José María	Estudios sobre derecho hipotecario, Madrid 2000. Zit.: Chico y Ortiz.
ders.	Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944, RCDI 1994, S. 2213-2238.
Clemente Meoro, Mario E.	Doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad, Valencia 2007. Zit.: Clemente Meoro.
Cian, Giorgio/ Trabucchi, Alberto	Commentario breve al Codice Civile, 10. Auflage, Padua 2009. Zit.: Cian/Trabucchi.
Colagrosso, Enrico	Commento al Nuovo Codice Civile, Band IV, 1, Il libro delle obbligazioni (parte generale) Mailand 1943. Zit.: Colagrosso.
Colorni, Vittore	Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare, Mailand 1954. Zit.: Colorni.
Cossio y Corral, Alfonso de	Lecciones de derecho hipotecario (La Ley de 30 de diciembre de 1944), Barcelona 1945. Zit.: Cossio y Corral.



Cuena Casas, Matilde	Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Barcelona 1996. Zit.: Cuena Casas.
Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard	BGB, Sachenrecht, Band 3, §§ 854-1296, 2. Auflage, Baden-Baden 2008. Zit.: Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Bearbeiter.
Demharter, Johann	Grundbuchordnung, 27. Auflage, München 2010. Zit.: Demharter.
Dezza, Ettore	Storia della codificazione civile, Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812), 2. Auflage, Turin 2000. Zit.: Dezza.
Díez-Picazo, Luis/ Gullón Antonio	Sistema de Derecho Civil, Vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual, 12. Auflage, Madrid 2010; Zit.: Díez-Picazo/Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; Vol. III, Derecho de cosas, Derecho Inmobiliario y registral, 10. Auflage, Madrid 2005. Zit.: Díez-Picazo/Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol. III.
Díez-Picazo, Luis	La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español, ADC 1966, S. 555-573.
Dolce, Rodolfo	Immobilienwerb in Italien, in: Jahrbuch für italienisches Recht, Band 22, 2010, S. 109-136.
ders./ Lösch, Susanne	Immobilienwerb in Italien, in: Jahrbuch für italienisches Recht, Band 6, 1993, S. 183-200.
Dolce, Rodolfo/ Gelardi, Giovanni	Immobilienwerb in Italien, Zeitschrift für Immobilienrecht, 2000, S. 914-918.
Donnet, Alberto/ Ancarani, Antonella	La fiscalità immobiliare, Turin 2011. (http://www.odc.torino.it/public/circolari/fiscalita.pdf)
Eberl, Markus	Immobilienkauf in Spanien, MittBayNot 2000, S. 515-519.
Eidenmüller, Horst/ Faust, Florian/ Grigoleit, Hans Christoph/ Jansen, Nils/ Wagner, Gerhard/ Zimmermann, Reinhard	Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht - Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme -, JZ 2008, S. 529-550.
Eylmann, Horst/ Vaasen, Hans-Dieter (Hrsg.)	Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2009. Zit.: Eylmann/Vaasen-Bearbeiter.
Faber, Wolfgang/ Lurger, Brigitta (Hrsg.)	Rules for the transfer of movables: a candidate for European harmonisation or national reforms?, München 2008. Zit.: Faber/Lurger-Bearbeiter.



Felgentraeger, Wilhelm	F.C. v. Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927. Zit.: Felgentraeger.
Fernández, Francisco/ Urzainqui, Javier	Código Civil, Concordancias, Notas y Jurisprudencia, Madrid 2000. Zit.: Fernández/Urzainqui.
Fernández Espinar, Ramón	Las Fuentes del derecho historico español, esquemas y resúmenes, 2. Auflage, Madrid 1986. Zit.: Fernández Espinar.
Ferrari, Franco	Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip. Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachenrecht, ZEuP 1993, S. 52-78.
Ferri, Luigi/ Zanelli, Pietro	Della trascrizione: Art. 2643-2696 (trascrizione immobiliare), 3. Auflage, Bologna 1995. Zit.: Ferri/Zanelli.
Fidalgo, Miguel Moritz	Der rechtsgeschäftliche Erwerb von in Spanien belegenen Immobilien - ein Überblick, ZErB 2000, S. 54-60.
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, Band 2, 4. Auflage, Berlin 1992. Zit.: Flume.
Franceschelli, Vincenzo	Introduzione al diritto privato, Mailand 1994. Zit.: Franceschelli.
Frank, Susanne	Zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen des Erwerbs, des Verkaufs und der Vererbung von Immobilien in Italien (I), IWB 2003, 13, 503-516.
Frankenheim, Christoph	Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Freiburg, Univ., Diss., 1985. Zit.: Frankenheim.
Franzmann, Till	Sicherer Immobilienerwerb durch Notar und Grundbuch, MittBayNot 2009, S. 346-353.
Franzoni, Massimo	Il Codice Civile, Commentato con la giurisprudenza, Bologna 1999. Zit.: Franzoni.
Füller, Jens Thomas	Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen 2006. Zit.: Füller.
Gabrielli, Giovanni	I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, Obbligazioni e Contratti, 2007, S. 585-592. Zit.: Gabrielli, I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, obbligazioni e contratti.
ders.	Il contratto preliminare, Mailand 1970. Zit.: Gabrielli, il contratto preliminare.
Galgano, Francesco	Commentario Breve al Codice Civile, Piacenza 2006. Zit.: Galgano, Commentario Breve al Codice Civile.



ders.	Diritto Privato, 6. Auflage, Padova 1990. Zit.: Galgano, Diritto Privato.
ders.	Trattato di diritto civile, Vol. 2, 2. Auflage, Padova 2010. Zit.: Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2.
Gambaro, Antonio	La proprietà, Mailand 1990. Zit.: Gambaro.
García García, José Manuel	Derecho inmobiliario registral y hipotecario (I), Madrid 1988. Zit.: García García, Derecho inmobiliario registral y hipotecario.
ders.	Código de legislación inmobiliaria hipotecaria y del registro mercantil, Band I, 6. Auflage, Pamplona 2009. Zit.: García García, Código de legislación inmobiliaria hipotecaria y del registro mercantil, Band I.
Garrido, Tomás Rubio	La doble venta y la doble disposición, Barcelona 1994. Zit.: Garrido.
Gazzoni, Francesco	Manuale di diritto privato, 7. Auflage, Neapel 1998. Zit.: Gazzoni.
Georgiades, Apostolos	Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und nationale Rechtskulturen, in FS Canaris, S. 603-621. Zit.: Georgiades in FS Canaris.
Gessaphe, Prinz von Sachsen,	Grundstückserwerb im spanischen Recht, RIW, 1991, S. 299, 300.
Giménez Roig, Eusebio	Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa, Madrid 1991. Zit.: Giménez Roig.
Gomá Salcedo, José Enrique	Instituciones de derecho civil común y foral, Barcelona 2004. Zit.: Gomá Salcedo.
González, Jerónimo	Título y modo en el derecho español, RCDI, 1928, S. 185-200.
ders.	La teoría del título y el modo, RCDI 1925, S. 81-92.
González y Martínez, Jerónimo	Principios hipotecarios, Madrid 1931. Zit.: González y Martínez.
Grein, Alexander	Vollzugstätigkeiten des Notars, RNotZ 2004, S. 115-138.
Grigoleit, Hans Christoph	Abstraktion und Willensmängel - Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäft, AcP 1999, S. 379-420.
Grziwotz, Herbert/ Everts, Arne/ Heinemann, Jörn/ Koller, Bertrand	Grundstückskaufverträge, Köln 2005. Zit.: Grziwotz.
Haag Molkenteller, Dieter	Die These vom dinglichen Vertrag. Zur formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB, Frankfurt am Main 1991. Zit.: Haag Molkenteller.
Hagen, Horst/ Brambring, Günter/	Der Grundstückskauf, Höchststrichterliche Rechtsprechung und notarielle Gestaltungshinweise, 8. Auflage, Köln 2005.

XIV



Krüger, Wolfgang/ Hertel, Christian	Zit.: Hagen, Der Grundstückskauf.
Hagen, Horst	Entwicklungstendenzen zur Beurkundungspflicht bei Grundstücksverträgen, DNotZ 1984, 267-294.
Hammer, Erwin	Die Geschichte des Grundbuchs in Bayern, München 1960. Zit.: Hammer.
Harke, Jan Dirk	Vertragsversprechen und Übereignungsmodus, Zur Rolle der Vorverträge in den romanischen Rechtsordnungen, RabelsZ 2008, S. 326-353
v. Hase, Karl	Vertragsbindung durch Vorvertrag, Berlin 1999. Zit.: v. Hase.
Hasenbein, Thomas	Die Tätigkeit des Notars in Italien - Eindrücke aus einem Praktikum, MittRhNotK 2000, Heft 7-8, S. 244-249.
Heck, Philipp	Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen 1937. Zit.: Heck.
Henrich, Dieter	Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch - systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss. Tübingen 1965. Zit.: Henrich.
Hermann, Conrad	Liegenschaftsübereignung und Grundbucheintragung in Köln während des Mittelalters: ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Grundbuchs, Weimar 1935. Zit.: Hermann.
Hermida Linares, Mariano	Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral, Col. Nacional Registradores, Madrid 1973. Zit.: Hermida Linares.
Herzog, Nicolas R.	Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich, Univ., Diss., 1999. Zit.: Herzog.
Hoffmann, Bernd v.	Das Recht des Grundstückskaufs, Tübingen 1979. Zit.: Hoffmann.
Hofmann, Franz	Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis, Wien 1873. Zit.: Hofmann.
Hübner, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1996. Zit.: Hübner.
Hügel, Stefan (Hrsg.)	Grundbuchordnung, (Kommentar), München 2007. Zit.: Hügel-Bearbeiter, Grundbuchordnung.
Iglesias Santos, Juan	Derecho Romano, Barcelona 2007.
Inzitari, Bruno	Neue Widersprüche der Par Condicio Creditorium. Die Novellierung des italienischen Zivilgesetzbuches über die Eintragung des Vorvertrages für den Erwerb von Immobilien: Neue Vorzugsrechte und ihr Konflikt mit den anderen Vorzugsgläubigern, ZEuP 1998, S. 677-685.



Jahr, Günther	Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft, AcP 168 (1968), S. 9-26.
Jakab, Eva/ Ernst, Wolfgang (Hrsg.)	Kaufen nach Römischen Recht: antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin 2008. Zit.: Jakab/Ernst-Bearbeiter.
Jauernig, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, München 2009. Zit.: Jauernig.
ders.	Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S. 721-727.
Jayme, Erik	Konsensualprinzip und obligatorischer Kaufvertrag im italienischen Zivilrecht, in FS Mühl, 1981, S. 339-347. Zit.: Jayme in FS Mühl.
Jerez Delgado, Carmen	Hacia la inscripción constitutiva, Madrid 2001. Zit.: Jerez Delgado, Hacia la inscripción constitutiva.
dies.	La buena fe registral, Madrid 2005. Zit.: Jerez Delgado, La buena fe registral.
v. Jhering, Rudolph	Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Band 3, 8. Auflage, Darmstadt 1954. Zit.: v. Jhering.
Juárez Torrejón, Ángel	Principio de buena fe pública registral versus tutela aquiliana de los titulares de derechos no inscritos sobre bienes inmuebles, Madrid 2006. Zit.: Juárez Torrejón.
Kanzleiter, Rainer	Der Schutz des Grundstücksverkäufers vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises, DNotZ 1996, S. 242-253.
Kaser, Max	Römisches Privatrecht, 16. Auflage, München 1992. Zit.: Kaser.
Kindel, Wilhelm	Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund: eine Kritik der in den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Verträge, Berlin 1892. Zit.: Kindel.
Kindler, Peter	Immobilienwerb in Italien, MittBayNot 2000, S. 266-279.
Klinck, Fabian	Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht, Trier, Univ., Diss., 2004. Zit.: Klinck.
Köhler, Helmut	Vorvertrag, Option und Festofferte, JURA 1979, S. 465-470.
Kötz, Hain	Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50, 1986, S. 1-17.
Krimophve, Dieter	Das europäische Sachenrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse nach der komparativen Institutionenökonomik, Köln 2006. Zit.: Krimophve.



Kröll, Ralf/ Hausmann, Andrea	Rechte und Belastungen bei der Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 3. Auflage, Neuwied 2006. Zit.: Kröll/Hausmann.
Kutter, Uwe	Grundstückseigentum und öffentliche Lasten - reicht bei dem Erwerb von Grundstücken der Blick in das Grundbuch?, ZMR 1998, S. 601-605.
Lacruz Berdejo, José Luis (Hrsg.)	Elementos de derecho civil, Band II, Derecho de obligaciones, Vol. 1, parte general. Teoría general del contrato, 4. Auflage, Madrid 2007; Zit.: Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones; Band III, Derechos reales, Vol. 1, posesión y propiedad, 3. Auflage, Madrid 2008. Zit.: Lacruz Berdejo, Derechos reales.
ders.	Derecho Inmobiliario Registral, Vol. III, 2. Auflage, Madrid 2003. Zit.: Lacruz Berdejo, Derecho Inmobiliario Registral.
ders./ Asis Sancho Rebullida, Francisco/ Luna Serrano, Agustin	Elementos de derecho civil, Band I, Parte general del derecho civil, Vol. 1, Introducción, Barcelona 1982. Zit.: Lacruz Berdejo/Asis Sancho Rebullida/Luna Serrano, Parte general del derecho civil.
Lambert, Edouard	Conception générale et définition de la science du droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé, Vol. I, Paris 1905. Zit.: Lambert, Concéption générale et définition de la science du droit comparé I.
Lambert-Lang, Heidi Tropf, Karl Friedrich Frenz, Norbert (Hrsg.)	Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Auflage, Karlsruhe/Mönchengladbach 2005. Zit.: Lambert-Lang-Bearbeiter.
Lando, Ole/ Beale, Hugh (Hrsg.)	Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague 2002. Zit.: Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II.
Lando, Ole/ (Hrsg.)	Principles of European Contract Law, Part III, The Hague 2003. Zit.: Lando, Principles of European Contract Law, Part III.
Lange, Heinrich	Rechtswirklichkeit und Abstraktion, AcP 148 (1948), S. 188-233.
Lasarte, Carlos	Principios de Derecho Civil Band III, Contratos, 8. Auflage, Barcelona 2004. Zit.: Lasarte.
Lehne, Klaus-Heiner/ Scholemann-Lehne, Silvia	Auf dem Weg zum Europäischen Zivilgesetzbuch, Baden Baden 2006. Zit.: Lehne/Scholemann-Lehne.
Leible, Stefan	Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, S. 2558- 2562.

XVII



Lerch, Klaus	Beurkundungsgesetz, Kommentar, Köln 2006. Zit.: Lerch.
Liaño, Miguel Pasquau (Hrsg.)	Jurisprudencia Civil Comentada, CC, Band II, Art. 609-1314, 2. Auflage, Granada 2009. Zit.: Liaño-Bearbeiter.
López Jacoiste, José Javier	Traditio und Grundbuch im spanischen System der Übertragung von Grundstücken, NJW 1966, S. 1009-1012.
Lorscheider, Steffen	Das spanische Immobilieneigentum nichtansässiger Steuerpflichtiger - Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs (Teil I), IStR 2000, S. 122-127.
Löscher, Wilhelm	Grundbuchrecht: Ein Lehrbuch des formellen Grundbuchsrechts (GBO) mit den zum Verständnis notwendigen materiellrechtlichen Anmerkungen, Flensburg 1974. Zit.: Löscher.
Luminoso, Angelo	La compravendita, Turin 1998. Zit.: Luminoso.
v. Lutterotti, Peter	Der Notar in Italien, MittBayNot, 1990, S. 13-16.
Maiorca, Carlo	Della trascrizione, in: Commentario Codice Civile, Libro della tutela dei diritti, Florenz 1943. Zit.: Maiorca.
Martín Bernal, José Manuel	Manual de derecho civil patrimonial e introducción al derecho, 3. Auflage, Madrid 2000. Zit.: Martín Bernal.
Maurer, Jörg	Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen, Heidelberg, Univ., Diss., 2001. Zit.: Maurer.
Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan	Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2010. Zit.: Medicus/Lorenz.
Meikel, Georg (Hrsg.)	Grundbuchrecht, Band 1, Einleitung; §§ 1-16, 8. Auflage, Neuwied 1997. Zit.: Meikel-Bearbeiter.
Mülbert, Peter O.	Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995) S. 2-33.
Müller-Graff, Peter-Christian	Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft, NJW 1993, S. 13-23.
Nanz, Klaus-Peter	Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, München 1985. Zit.: Nanz.
Nivarra, Luca Ricciuto, Vincenzo Scognamiglio, Claudio	Istituzioni di diritto privato, 4. Auflage, Turin 2006. Zit.: Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio.
Núñez-Lagos, Rafael	Causa de la traditio y causa de la obligatio, RCDI 1961, S. 573-641.

XVIII



O'Callaghan Muñoz, Xavier	Código Civil, Comentado y con jurisprudencia, 6. Auflage, Madrid 2008. Zit.: O'Callaghan Muñoz, Código Civil, Comentado y con jurisprudencia.
ders.	Compendio de Derecho Civil, Band I: Parte General, 4. Auflage, Madrid 2002. Zit.: O'Callaghan Muñoz, Compendio de Derecho Civil, Bd. I: Parte General.
Orduña Moreno, Francisco/ de la Puente Alfaro, Fernando/ Martínez Velencoso, Luz M.	Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo, Navarra 2009. Zit.: Orduña Moreno/de la Puente Alfaro/Martínez Velencoso.
Ortlieb, Georg	Einigung und dinglicher Vertrag. Eine Studie zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1904. Zit.: Ortlieb.
Pablo Contreras, Pedro de	Curso de Derecho Civil Vol III., Madrid 2004. Zit.: Pablo Contreras.
Pajunk, Frederik	Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung, eine Untersuchung zur Form der Rechtsgeschäfte, Göttingen, Univ., Diss., 2001. Zit.: Pajunk.
Palandt, Otto (Begr.)	Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011. Zit.: Palandt-Bearbeiter, § BGB, Rn.
Patti, Salvatore	Italianisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile, München 2007. Zit.: Patti.
Paradiso, Massimo	Corso di Istituzioni di diritto privato, 4. Auflage, Turin 2006. Zit.: Paradiso.
Pau Pedrón, Antonio	Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales, RCDI, 1994, S. 2187-2212.
ders.	Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios, Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1991, S. 3364-3375.
Perez-Prendes, Jose Manuel/ de Azcarraga, Joaquin	Lecciones de historia del derecho español, Madrid 1990. Zit.: Perez-Prendes/de Azcarraga.
Perlingieri, Giovanni (Hrsg.)	Codice Civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 6. Buch, Artt. 2643-2969, Neapel 2010. Zit.: Perlingieri-Bearbeiter, CCivile.
Peset, Mariano	Los orígenes del registro de la propiedad en España, RCDI 1978, S. 695-716.
Planells del Pozo, C. Torres Escámez, S.	Länderbericht Spanien, Notarius International, 3-4, 2003, S. 283-299.
Portale, Giuseppe B.	Lezioni di diritto privato comparato, 2. Auflage, 2007 Turin. Zit.: Portale.



Puig Brutau, José	Compendido de Derecho Civil, Band II: Derecho de obligaciones, contratos y cuasi-contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos, 3. Auflage, Barcelona 1997. Zit.: Puig Brutau , Compendido de Derecho Civil, Bd. II.
ders.	Fundamentos de Derecho Civil, Band II, 2. Auflage, Barcelona 1989. Zit.: Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil, Bd. II, Vol. II.
Ragel Sánchez, Luis Felipe	Estudio Legislativo y Jurisprudencial de derecho civil: Obligaciones y contratos, Madrid 2000. Zit.: Ragel Sánchez.
Ranieri, Filippo	Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Berlin 2007. Zit.: Ranieri.
Ravà, Tito	Banca borsa e titoli di credito, Mailand 1952. Zit.: Ravà.
Reithmann, Christoph	Die Aufgaben öffentlicher Register, DNotZ 1979, S. 67-82.
Reithmann, Christoph/ Albrecht, Andreas	Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage, Köln 2001. Zit.: Reithmann/Albrecht.
Reithmann, Christoph/ Martiny, Dieter	Internationales Vertragsrecht, 5. Auflage, Köln 1996. Zit.: Reithmann/Martiny.
Rica y Arenal, Ramon de la/ Roca Sastre, Ramon	Realidades y problemas en nuestro derecho registral inmobiliario, Madrid 1962. Zit.: Rica y Arenal/Roca Sastre, Realidades y problemas en nuestro derecho registral inmobiliario
Rica y Arenal, Ramon de la	Comentarios al nuevo reglamento hipotecario, Madrid 1948. Zit.: Rica y Arenal, Comentarios al nuevo reglamento hipotecario.
Riesenhuber, Karl	Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2006. Zit.: Riesenhuber.
Ritzinger, Horst	Der Vorvertrag in der notariellen Praxis, NJW 1990, S. 1201-1208.
Rivas Pala, María	Los libros de registro de las antiguas Contadurías de Hipotecas. Boletín de la ANABAD, 1978, S. 57-83.
Roca Sastre, Ramon/ Roca Sastre Muncunill, Josep	Derecho Hipotecario: Vol. I, 8. Auflage, Barcelona 1995; Vol. II, 8. Auflage, Barcelona 1995; Vol. III, 8. Auflage, Barcelona 1995. Zit.: Roca Sastre, Ramon/Roca Sastre Muncunill, Vol.
Rodríguez Otero, Lino	Cuestiones de derecho inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema, Madrid 2005. Zit.: Rodríguez Otero.



Rodríguez Rosado, Bruno	Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs, Frankfurt am Main 2009, Diss. Uni Köln 2007. Zit.: Rodríguez Rosado.
Roth, Andreas	Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Kaufvertragsparteien, - Eine rechtsver-gleichende Untersuchung zum deutschen, österrei-chischen, schweizer, französichen und italienischen Recht -, ZvglRWiss 1992 (1993), S. 371-394.
Rother, Werner	Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, Heft 1, S. S. 1-33.
Rubio Garrido, Tomás	La doble venta y la doble disposición, Barcelona 1994. Zit.: Rubio Garrido.
Ruiz Ayúcar Seifert, Alejandro/ Selbherr, Benedikt	Die Notariatsverfassung in Spanien, MittBayNot 2002 Heft 1, S. 24- 26.
Ruiz Ayúcar Seifert, Alejandro	Der Notar in Spanien MittBayNot 1990, S. 11-13.
Sacco, Rodolfo	Einführung in die Rechtsvergleichung, Münster 2001. Zit.: Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung.
ders. (Hrsg.)	Trattato di diritto civile, I diritti reali, Vol. 1, La Proprietà, Torino 2001. Zit.: Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali.
Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-432, Red.: Krüger, Wolfgang, 6. Auflage, München 2012; §§ 433-610, Red.: Krüger, Wolfgang/Westermann, Harm Peter, 5. Auflage, München 2008; §§ 854 - 1296, Red.: Gaier, Reinhard, 5. Auflage, München 2009; IPR, Rom I-VO, Rom II-O, Art. 1-24 EGBGB, Red. Sonnenberger, Hans Jürgen, 5. Auflage, München 2010. Zit.: MüKo-Bearbeiter, § BGB, Rn.
Sánchez Calero, Francisco Javier	Curso de derecho civil I, Parte general y derecho de la persona, Valencia 2004. Zit.: Sánchez Calero, Curso de derecho civil.
ders./ Sánchez-Calero Arribas, Blanca	Manual de derecho inmobiliario registral, Valencia 2006. Zit.: Sánchez Calero/ Sánchez-Calero Arribas, Manual de derecho inmobiliario registral.
Sanchez-Cañete Buenaventura, Camy	Comentarios a la Legislación Hipotecaria Vol. I, 3. Auflage, Pamplona 1982. Zit.: Sanchez-Cañete Buenaventura.



Sánchez Hernández, Carmen	Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y doble inmatriculación, comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6643), Jurisprudencia. Comentarios y Reseñas S. 393-400.
Santoro Passarelli, Francesco	Dai codici preunitari al codice civile del 1865, in: Studi in memoria di Andrea Torrente, Mailand 1968, S. 1030-1043. Zit.: Santoro Passarelli, Dai codici preunitari al codice civile del 1868.
Schaub, Renate	Grundlagen und Entwicklungstendenzen des europäischen Kollisionsrechts, JZ 2005, S. 328-337.
dies.	Europäische Produkthaftung: Wie weit reicht die Harmonisierung heute?, ZEuP 2011, S. 41-64.
Scheel, Jochen	Unternehmenskauf: Kernfragen einer grundstücksrechtlichen Due Diligence, Der Betrieb 2005, S. 2799-2804.
Schippel, Helmut/ Bracker, Ulrich	Bundesnotarordnung, Kommentar, 9. Auflage, München 2011. Zit.: Schippel/Bracker.
Schlosser, Hans	Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, Karlsruhe 1975. Zit.: Schlosser.
Schmidt, Karsten (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, München 2010. Zit.: Bearbeiter in: MüKo zum Handelsgesetzbuch.
Schmidt-Kessel, Martin	Auf dem Weg zum gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004, GPR 2005, S. 2-8.
Schmucker, Andrea	Die „Entstehungsgeschichte“ der Ergänzung von § 17 Abs. 2 a BeurkG, DNotZ 2002, S. 510-520.
Schöner, Hartmut/ Stöber, Kurt	Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, Grundbuchrecht, München 2008. Zit.: Schöner/Stöber.
Schreiber, Klaus/ Kreutz, Klaus	Der Abstraktionsgrundsatz - Eine Einführung -, JURA 1989, S. 617-622.
Schreiber, Klaus	Handbuch Immobilienrecht, 3. Auflage, Berlin 2011. Zit.: Schreiber-Bearbeiter.
Schubert, Werner	Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumserwerb, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin 1966. Zit.: Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumserwerb.
ders.	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung, Band 3, Grundbuchordnung, Berlin 1982. Zit.: Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung.



Schützeberg, Jost	Der Notar in Europa, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, französischen, niederländischen und englischen notariellen Berufsrechts, Köln, Univ. Diss., 2004. Zit.: Schützeberg.
Scialoja, Antonio/ Branca, Giuseppe (Hrsg.)	Commentario del Codice Civile: Libro terzo, Della proprietà, Art. 1140-1172, 4. Auflage, Bologna 1966; Libro quarto, Delle obbligazioni, Art. 1470-1547, 2. Auflage, Bologna 1981; Libro sesto, Tutela dei diritto, Art. 2643-2696, 2. Auflage, Bologna 1968. Zit.: Scialoja/Branca.
v. Savigny, Friedrich Carl	System des heutigen Römischen Rechts, Band III, Berlin 1840. Zit.: v. Savigny.
Shiller, Robert J.	The subprime solution, how today's global financial crisis happened, and what to do about it, New Jersey 2008. Zit.: Shiller.
Soergel, Hans Theodor (Begr.) / Siebert, Wolfgang (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht 1, §§ 854-984, 13. Auflage, Stuttgart 2002. Zit.: Soergel-Bearbeiter, §, Rn.
Sohst, Wolfgang	Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, Código Civil Español und Spanisches Notargesetz, Text und Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2005. Zit.: Sohst.
Sonnenberger, Hans Jürgen	Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts, JZ 1998, S. 982-991.
Spellenberg, Ulrich	Sicherheit im Grundstücksverkehr, FS für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, Mohr, Tübingen 1991. Zit.: Spellenberg in FS Lorenz.
Spielberger, Sebastian/ Spindler, Wolfgang/ Wälzholz, Eckhard	Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, Köln 2008. Zit.: Spielberger/Spindler/Wälzholz.
Stadler, Astrid	Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996. Zit.: Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion.
dies.	Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht - Grundprinzipien und Eigentumserwerb, JZ 2010, S. 380-392.
v. Staudinger, Julius (Begr.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Eckpfeiler, Redaktor: Martinek, Michael, Berlin 2011. §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG, Redaktor: Hertel, Christian, Berlin 2004.



	§§ 139-163, Redaktor: Habermann, Norbert, Berlin 2010. §§ 311, 311 a, 312, 312 a-f, Redaktor: Reuter, Dieter, Berlin 2005. §§ 311 b, 311 c, Redaktor: Löwisch, Manfred, Berlin 2006. §§ 433-487, Redaktor: Martinek, Michael, Berlin 2004. §§ 854-882, Redaktor: Gursky, Karl-Heinz, Berlin 2007. §§ 925 - 984; Anhang zu §§ 929 ff, Redaktor: Gursky, Karl-Heinz, Berlin 2004. Zit.: Staudinger-Bearbeiter, § BGB, Rn.
Stefani, Damiano	Grundstücksverkehr in der Schweiz, Deutschland und Italien, Eine rechtsvergleichende Arbeit zum materiellen Recht und internationalen Privatrecht, Bern, Univ., Diss., 2000. Zit.: Stefani.
Thöl, Heinrich	Das Handelsrecht: als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht mit Berücksichtigung des außerdeutschen Privatrechts, Bd. I, Göttingen 1854. Zit.: Thöl.
Tiedtke, Werner	Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Auflage, München 2007. Zit.: Tiedtke.
Timme, Michael	Zu Chancen und Grenzen einer Europäischen Ordnung des Zivilrechts, ZRP 2000, S. 301 - 303.
Tonalini, Paolo	Le tasse per chi vende un immobile, http://www.tonalini.it/pdf/Immobili,%20le%20tasse%20per%20chi%20vende.pdf (zuletzt abgerufen: 25.08.2012).
Trabucchi, Alberto/ Trabucchi, Giuseppe (Hrsg.)	Istituzioni di diritto civile, 42. Auflage, Padua 2005. Zit.: Trabucchi/Trabucchi.
Trimarchi, Pietro	Istituzioni di diritto privato, 17. Auflage, Mailand 2007. Zit.: TRimarchi.
Valentino, Daniela (Hrsg.)	I contratti di vendita, Band I, Turin 2007. Zit.: Valentino.
Vázquez Iruzubieta, Carlos	Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil, Barcelona 1999. Zit.: Vázquez Iruzubieta.
Vidal Francés, Pablo	La problemática de las condiciones en el registro de la propiedad, Barcelona 1998. Zit.: Vidal Francés.
Villares Picó, Manuel	La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero, RCDI 1949, S. 289-317.
Wacke, Andreas	Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung, ZEuP 2000, S. 254-262.
Wabnitz, Bodo	Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss., Univ. Münster 1962. Zit.: Wabnitz.
Wagemann, Steffi Katrin	Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern: Eine rechtsvergleichende Studie zum Liegenschaftsrecht von Deutschland, England und Frankreich, Freiburg, Univ., Diss., 2001. Zit.: Wagemann.



Wagner, Herbert	Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gemäß § 313 BGB, AcP 1972, S. 452-473.
Walter, Gerhard	Liegenschaftsrechte außerhalb des Grundbuches?, JA 1981, S. 322 - 328.
Weber, Martin	Der Optionsvertrag, JuS 1990, S. 249-256.
Weingärtner, Helmut	Notarrecht, bundeseinheitliche Vorschriften, Gesetze, Verordnungen, Erlasse, Merkblätter und Hinweise, 8. Auflage, Köln 2003. Zit.: Weingärtner.
Wesenberg, Gerhard/ Wesener, Gunter	Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Auflage, Wien 1985. Zit.: Wesenberg/Wesener.
Wieling, Hans	Das Abstraktionsprinzip für Europa!, ZEuP 2001, S. 301-307.
Wilhelm, Jan	Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin 2010. Zit.: Wilhelm.
Winkler, Karl	Beurkundungsgesetz, Kommentar, 16. Auflage, München 2008. Zit.: Winkler.
Wolf, Christian	Die Auflassungserklärung, JA 2006, S. 898-900.
Wolf, Manfred/ Wellenhofer, Marina	Sachenrecht, 25. Auflage, München 2010. Zit.: Wolf/Wellenhofer.
ders.	Rechtsgeschäfte im Vorfeld von Grundstücksübertragungen und ihre eingeschränkte Beurkundungsbedürftigkeit, DNotZ 1995, S. 179-203.
Zaccaria, Alessio/ Troiano, Stefano	Gli effetti della trascrizione, 2. Auflage, Turin 2008. Zit.: Zaccaria/Troiano.
Zappulli, Carlo	Commento al nuovo Codice civile italiano, Il libro della tutela dei diritti, Mailand 1943. Zit.: Zappulli.
Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein	Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996. Zit.: Zweigert/Kötz.
dies.	Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 1: Grundlagen Tübingen 1971. Zit.: Zweigert/Kötz, Bd. 1: Grundlagen (1971).

Die verwendeten Abkürzungen finden sich im folgenden Abkürzungsverzeichnis sowie ergänzend in:

Kirchner, Hildebert

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
6. Auflage, Berlin 2008.



Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Asociación por los Derechos Civiles (Zeitschrift)
AJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Zeitschrift mit Gerichtsurteilen)
ANABAD	Federación Española de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (Zeitschrift)
Arch. Civ.	Archivio Civile
BOE	Boletín Oficial del Estado (Spanischer “Staatsanzeiger”)
Cass.	Corte di Cassazione, sezioni civili
CC	Código Civil (Español)
CCivile	Codice Civile (Italiano)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dir. Giust.	Diritto e Giustizia (Zeitschrift)
Foro it.	Il Foro Italiano (Zeitschrift)
Gazz. Uff.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (Gesetzessammlung)
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ. Mass.	Giustizia Civile Massimario
Jb. f. it. R.	Jahrbuch für italienisches Recht
LH	Ley Hipotecaria (Hypothekengesetz)
RCDI	Revista Crítica del Derecho inmobiliario („Kritische Zeitschrift des Immobilienrechts“)
RDP	Revista del Derecho Privado („Zeitschrift des Privatrechts“)
RH	Reglamento Hipotecario (Hypothekenverordnung)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Urteil des Tribunal Supremo)
TS	Tribunal Supremo de la Justicia



Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung und Länderberichte	1
A. Einleitung	1
I. Länderauswahl	2
II. Komplexität der anzuwendenden Vorschriften beim entgeltlichen Grundstückserwerb mit Auslandsberührung	4
III. Vereinheitlichung europäischen Zivilrechts.....	6
IV. Kriterien eines guten Grundeigentumsübertragungssystems	9
1. Rechtssicherheit und -klarheit	9
2. Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit	10
3. Interessen des Staates	13
B. Der Grundstückserwerb nach deutschem Recht.....	16
I. Der Grundstückskaufvertrag als Rechtsgrund des entgeltlichen Erwerbs.....	16
II. Die Form des Grundstückskaufvertrages	17
1. Die Folge fehlender notarieller Beurkundung.....	18
2. Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung.....	19
a) Belehrungsfunktion	20
b) Vertragsparität durch Beurkundung.....	22
c) Beweis- und Gewährsfunktion	22
d) Vermeidung von Steuerhinterziehung in Form der Unterverbriefung.....	22
3. Exkurs: Die Stellung des deutschen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen	23
a) Pflichtige Vollzugstätigkeiten	24
b) Übernommene Vollzugstätigkeiten gem. § 24 Abs. 1 BNotO.....	24
III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip	24
1. Bedeutung.....	24
2. Die historische Entwicklung der Lehre vom dinglichen Vertrag.....	26
a) Entstehung und Verbreitung des Abstraktionsprinzips.....	26
b) Übernahme des Abstraktionsprinzips in das BGB.....	29
IV. Die Grundstücksübereignung nach deutschem Recht.....	30
1. Der dingliche Verfügungsvertrag: Die Auflassung.....	30
a) Berechtigung des Veräußerers	30
b) Die Form der Auflassung	31
c) Gründe der notariellen Beurkundung der Auflassung	32
aa) Bindungswirkung gemäß § 873 Abs. 2	33
bb) Unerheblichkeit nachträglicher Verfügungsbeschränkung gem. § 878.....	33
2. Die konstitutive Wirkung der Eintragung	34
3. Die Bedeutung des Grundbuchs	35



a) Die Geschichte des deutschen Grundbuchsystems	36
b) Der Aufbau des Grundbuches	38
aa) Grundlage der Bezeichnung der Grundstücke im Grundbuch	39
bb) Gliederung des Grundbuches	39
cc) Grundakten	40
c) Die formelle Publizität des Grundbuches	41
d) Die materielle Publizität des Grundbuches und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs	41
e) Wiedergabe der materiellen Rechtslage	43
4. Die Rechtsposition des Erwerbers vor der Eintragung	43
a) Die Vormerkung	45
b) Die Sicherungsfunktion der Vormerkung	45
5. Sicherungsmittel zugunsten des Grundstückskäufers und -verkäufers	47
a) Sicherungsmittel zugunsten des Käufers	47
b) Sicherungsmittel zugunsten des Verkäufers	48
aa) Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers	49
bb) Kaufpreishypothek und Reallast	49
cc) Rückübereignungsvormerkung	50
dd) Auflassung nach Kaufpreiszahlung	50
ee) Vorlagesperre	50
c) Fazit	51
6. Die Bedeutung von Vorverträgen im deutschen Grundstücksrecht	51
a) Rechtsnatur und Inhalt des Vorvertrages	52
b) Inhaltsbestimmtheit und Vollstreckung des Vorvertrages	54
c) Funktionen und Zweckmäßigkeit des Vorvertrages im Rahmen von Grundstückskäufen	57
7. Der Optionsvertrag nach deutschem Recht	58
a) Rechtsnatur und Inhalt des Optionsvertrages	58
b) Optionsverträge im Grundstücksverkehr	60
c) Form des Optionsvertrages	60
C. Der Grundstückserwerb nach spanischem Recht	62
I. Der Grundstückskaufvertrag nach spanischem Recht	63
1. Formfreiheit des Grundstückskaufvertrages	63
2. Historischer Hintergrund der Formfreiheit	65
II. Die Lehre von <i>titulus</i> und <i>modus</i> - Das spanische „Trennungsprinzip“	67
1. Rechtsnatur der <i>traditio</i>	68
2. Verfügungsberechtigung (<i>poder de disposición</i>)	69
3. Die historische Entwicklung des Traditionsprinzips in Spanien	70
a) Römisch-rechtlicher Ursprung	70
b) Der Einfluss Johann Apels	71
c) Geltung des Systems in Spanien seit dem Spätmittelalter	72
d) Übernahme der Lehre in das Hypothekengesetz und den Código Civil	73



III. Die notarielle Kaufvertragsurkunde (<i>escritura de compraventa</i>)	74
1. Bedeutung der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages	74
a) Voraussetzung der Eintragung im Eigentumsregister	74
b) Fiktion der Übergabe (<i>modus</i>)	75
c) Beweisfunktion	75
2. Die Problematik der Unterverbriefung des Kaufpreises	75
a) Administrative Bemühungen	76
b) Legislative Bemühungen zur Verhinderung der Unterverbriefung	77
3. Exkurs: Die Stellung des spanischen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen	78
a) Allgemeines.....	78
b) Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung.....	79
c) Weitere Pflichten des Notars.....	79
IV. Das <i>registro de la propiedad</i> (Eigentumsregister).....	80
1. Aufbau des Registers und Gegenstand der Eintragungen	81
2. Die Bedeutung der Eintragung in das Eigentumsregister	83
a) <i>Effecto declarativo</i> - deklarative Wirkung - und <i>erga omnes</i> -Wirkung der Eintragung	83
b) Fall des Doppelverkaufs nach Art. 1473 Código Civil.....	85
c) Gutgläubenswirkung - Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs aufgrund Eintragung	85
d) Bedeutung der Eintragung im Zusammenhang mit der Beleihung und Veräußerung der Immobilie.....	86
e) Ausschluss der Haftung des Erwerbers für Schulden des Verkäufers	86
3. Voraussetzungen der Eintragung in das Eigentumsregister	86
a) Kaufvertrag in Form der <i>escritura</i>	87
b) Vorlage der Steuernachweise.....	87
c) <i>Tracto sucesivo</i>	87
d) Ausführung der Eintragung durch den Eigentumsregisterbeamten	88
4. Die Sicherung der Eintragung	88
a) <i>Asiento de presentación</i> („Vorlagevermerk“)	88
b) <i>Anotación preventiva</i>	89
5. Historischer Ursprung des <i>registro de la propiedad</i>	90
a) Vorläufer des <i>registro de la propiedad</i>	90
b) Historischer Hintergrund der Freiwilligkeit der Eintragung.....	93
V. Der <i>precontrato</i> - Vorvertrag	95
1. Inhalt und Rechtsnatur des <i>precontrato</i>	96
2. Voraussetzungen des Zustandekommens des <i>precontrato</i>	97
3. Vollstreckung des <i>precontrato</i>	97
4. Form des <i>precontrato</i>	97
VI. Der <i>contrato de opción</i> - Optionsvertrag.....	98
1. Inhalt und Rechtsnatur	98
2. Eintragungsmöglichkeit der <i>opción de compra</i>	99



D. Der Grundstückserwerb nach italienischem Recht	100
I. Der Grundstückskaufvertrag nach italienischem Recht - Das Einheitsprinzip.....	100
1. Die Form des Grundstückskaufvertrages	102
2. Spezielle Nichtigkeitssanktionen	103
3. Historischer Hintergrund der Wahl der Schriftform durch den Gesetzgeber.....	105
4. Wirkungen des Kaufvertrages - Das Konsensualprinzip	106
a) Einschränkungen des Konsensualprinzips	107
b) Ursprünge des Konsensualprinzips in Italien	108
c) Gesetzliche Hypothek des Veräußerers	110
II. Das italienische Immobilienregister	111
1. Bedeutung und Wirkung der Eintragung (<i>trascrizione</i>) in das Immobilienregister	112
a) Wirkung <i>dichiarativa</i>	112
b) Problematik der dogmatischen Einordnung des Falles des Doppelverkaufs	114
aa) Herrschende Literaturansicht und Rechtssprechung	114
bb) Mindermeinung in der Literatur.....	115
cc) Weitere andere Ansicht in der Literatur	115
dd) Stellungnahme.....	116
c) Bedeutung der <i>trascrizione</i> bei Mehrzahl dinglicher Rechte.....	116
d) Fazit.....	116
2. Aufbau des italienischen Immobilienregisters	117
3. Kein gutgläubiger Erwerb / Rechtsinstitut der <i>usucapione</i>	118
a) <i>Usucapione ordinaria</i> und <i>usucapione abbreviata</i>	119
b) Sinn und Zweck der Regelung der <i>usucapione</i>	120
4. Gegenstand der Eintragungen des Registers	120
a) Dingliche Rechte	120
b) Schuldrechtliche Verträge.....	120
c) Exkurs: Gesetzliches Vorkaufsrecht des Mieters.....	121
d) Eintragungsfähigkeit anhängiger Klagen und Urteile.....	122
5. Voraussetzungen der Eintragung des Grundstückskäufers in das Immobilienregister	123
a) Urteil, Notarieller Kaufvertrag oder Privaturkunde mit beglaubigten Unterschriften	123
b) <i>Principio della continuità</i> („Voreintragungsprinzip“).....	123
6. Historischer Hintergrund des italienischen Immobilienregisters und der <i>trascrizione</i>	124
III. Unterverbriefungsproblematik	125
IV. Exkurs: Die Stellung des italienischen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen	127
1. Allgemeines.....	127
2. Pflichten des italienischen Notars bei der Beurkundung	128
3. Sonstige Pflichten des Notars im Zusammenhang mit der Beurkundung.....	129
a) Pflicht zur Einsichtnahme in das Immobilienregister	129
b) Pflichten nach Beurkundung.....	130



V. Der <i>contratto preleminare</i> - Vorvertrag	131
1. Sinn und Zweck des Vorvertrages bei Grundstückskäufen	132
2. Wesen und Inhalt des Vorvertrages	133
3. Form	135
4. Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten	135
5. Vollstreckung des Vorvertrages	136
6. Möglichkeit der Eintragung von Vorverträgen in das Immobilienregister	138
VI. Der <i>contratto di opzione</i> - Optionsvertrag	140
1. Rechtsnatur und Inhalt	140
2. Abgrenzung vom einseitigen Vorvertrag	142
3. Form des Optionsvertrages.....	143
2. Teil: Rechtsvergleich - wertende Betrachtung der nationalen Regelungskomplexe des entgeltlichen Grundeigentumserwerbs	144
A. Form des Grundstückskaufvertrages	144
I. Formfreier Abschluss des Grundstückskaufvertrages nach spanischem Recht.....	144
II. Privatschriftlichkeit und Beurkundungspflicht.....	147
1. Kostenargument	148
a) „ZERP-Studie“	148
b) „Murray-Studie“	149
c) Fazit.....	150
2. Formvorschriften als Mittel des Verbraucherschutzes.....	150
3. Beratungs- und Belehrungsfunktion sowie Vertragsparität	151
4. Beweis- und Gewährsfunktion	152
5. Vermeidung von Steuerhinterziehung durch Unterverbriefung.....	153
III. Fazit zur Formfrage.....	155
B. Vergleich der Stellung der Notare im Rahmen von Grundstückskäufen	156
I. Der deutsche Notar	156
1. Belehrungspflichten bei der Beurkundung.....	156
2. Pflichten bei Vertragsvorbereitung und Vollzug des Erwerbs.....	158
3. Fazit.....	160
II. Der spanische Notar.....	160
1. Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung.....	160
2. Weitere Pflichten des spanischen Notars	161
III. Der italienische Notar.....	161
1. Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung.....	161
2. Weitere Pflichten des italienischen Notars.....	162
IV. Fazit.....	162



C. Bewertung der unterschiedlichen Systeme der Übertragung des Grundeigentums	163
I. Die unterschiedlichen Prinzipien der Grundeigentumsübertragung	163
II. Die Liegenschaftsregistersysteme	165
1. Wirkung der Eintragung im spanischen und italienischen Liegenschaftsregister..	165
2. Die Frage der Zweckmäßigkeit der konstitutiven Eintragung	167
a) Vorteile des Eintragungszwanges	167
aa) Gewährleistung der Publizität nur durch öffentliches Liegenschaftsregister	167
bb) Verhinderung der Entstehung von zwei „Klassen“ von Eigentumsrechten.	168
cc) Vermeidung von Doppelverkäufen und Verringerung der Fälle des	
gutgläubigen Erwerbs	170
dd) Klare Eigentumslage essentiell für Pfändungen des Grundstücks.....	171
ee) Geringere Kosten für Ermittlung der Eigentümerstellung	172
ff) Verringerung der Betrugsdelikte durch Eintragungszwang	173
gg) Weitere Vorteile der konstitutiven Eintragung für den Staat.....	174
b) Zwischenergebnis	174
c) Nachteile des Eintragungszwanges	175
aa) Argument der freien Selbstbestimmung	175
bb) Lange Eintragungsdauer	177
d) Historische Hintergründe zur gesetzlichen Regelung in Spanien und Italien....	177
aa) Spanien	177
bb) Italien	178
e) Kritik an bestehenden <i>modus</i> -Formen nach spanischem Recht und	
Vereinbarkeit der konstitutiven Eintragung mit dem System des <i>titulus</i> und	
<i>modus</i>	179
3. Fazit zur Frage der konstitutiven Eintragung	180
D. Traditions- oder Konsensualprinzip/ Abstraktions- oder Kausalprinzip:	
Welches System ist für die Übertragung des Grundeigentums vorzuziehen?	181
I. Exkurs: Die Übertragung beweglicher Sachen gemäß des DCFR.....	182
II. Nachteile des Konsensualprinzips (Italien) gegenüber dem Trennungsprinzip	
(Deutschland und Spanien).....	183
1. Erforderliche Abweichungen von der Grundregel des sofortigen	
Eigentumsübergangs.....	184
2. Kritik an der dogmatisch widersprüchlichen Regelung des mehrfachen Verkaufs	185
3. Die Sonderrolle des Vorvertrages	186
4. Gefahrtragung und insolvenzrechtliche Auswirkungen	187
5. Fazit.....	188
III. Abstraktionsprinzip versus Kausalprinzip	188
1. Verbreitete Kritik am Abstraktionsprinzip.....	189
2. Aspekt des gutgläubigen Erwerbs	190
3. Auswirkungen auf das Liegenschaftsregister.....	191
4. Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete	193
5. Flexible Gestaltung der Immobiliarsicherheiten	193
6. Fazit.....	194



E. Weitere Merkmale eines guten Liegenschaftsregisters	195
I. Aufbau des Registers: Vorzug des Realfoliums	195
II. Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs	196
III. Umfang der Publizität des Liegenschaftsregisters	198
IV. Notwendige Exaktheit der Eintragungen	199
1. Ungenauigkeit der Eintragungen im spanischen Eigentumsregister.....	200
2. Exkurs: Problematik der „Doppeleintragungen“ nach spanischem Recht	200
3. Fazit.....	202
F. Gesetzlich statuierte Sicherungsmittel der drei Rechtsordnungen zugunsten der Parteien einer Grundeigentumsübertragung.....	203
I. Die Vormerkung nach deutschem Recht	204
II. Der <i>asiento de presentación</i> nach spanischem Recht.....	205
III. Die gesetzliche Kaufpreishypothek nach italienischem Recht	206
IV. Fazit.....	207
G. Zusammenfassende Bewertung der Eigentumsübertragungssysteme Deutschlands, Spaniens und Italiens.....	208
H. Ausblick.....	209





1. Teil: Einleitung und Länderberichte

A. Einleitung

Infolge der den Unionsbürgern gewährleisteten Grundfreiheiten – wie insbesondere der Niederlassungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit – ist ein stetiges Wachsen des europäischen Grundstücksverkehrs zu beobachten. Der Grundstückserwerb außerhalb der Grenzen des eigenen Mitgliedstaates ist für viele Europäer zur Realität geworden. Für deutsche Staatsangehörige stehen hierbei Spanien und Italien als zwei der beliebtesten Urlaubsziele an erster Stelle. Immer mehr Deutsche suchen nach sicheren Investitionen und entscheiden sich hierbei für den Erwerb von Grundeigentum auch im europäischen Ausland. Bis zum Jahr 2009 waren es mehr als eine Million Bundesbürger, die Grundeigentum im Ausland erworben haben, die meisten davon in Spanien.¹

Deutsche Staatsangehörige können zwar grundsätzlich in Spanien und Italien uneingeschränkt Grundeigentum erwerben. In den Rechtsordnungen Deutschlands, Spaniens und Italiens bestehen beim Kauf und bei der Übertragung von Grundeigentum jedoch eklatante rechtsdogmatische und systemimmanente Unterschiede. Die Voraussetzungen für den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks² weichen nach den drei Rechtsordnungen jeweils erheblich voneinander ab. Dies macht den Rechtsvergleich gerade zwischen Deutschland, Spanien und Italien besonders reizvoll.

Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist die zivilrechtliche Materie des derivativen, entgeltlichen Grundstückserwerbs nach dem deutschen, spanischen und italienischen Recht. Es soll ein institutioneller Vergleich des entgeltlichen Grundstückserwerbs erfolgen.

¹ Vgl. Bericht des Deutschen Anwaltinstitutes e.V. – Fachinstitut für Notare – (Einrichtung von Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer, Rechtsanwaltskammern und Notarkammern), Deutsch-Spanischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, abgedruckt in: MittBayNot 2009, S. 66-117, S. 66.

² Grundstück iSd BGB ist kraft seiner Eintragung im Bestandsverzeichnis derjenige räumlich abgrenzbare Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch als rechtliche Einheit gebucht ist, also entweder das aus dem amtlichen Verzeichnis (§ 2 Abs. 2 GBO) in das Grundbuch übernommene Flurstück oder die als rechtliche Einheit gemäß § 890 Abs. 1 oder 2 BGB gebuchten Flurstücke, Staudinger-Gursky, Vorbem. zu §§ 873ff. BGB, Rn. 16.

Nach spanischem Recht gilt dieselbe Definition für das Grundstück (*finca registral*) im rechtlichen Sinne: Laut Definition des Art. 17 *Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo* ist ein Grundstück ein abgrenzbarer bebauter oder unbebauter Teil der Erdoberfläche, für den gemäß des spanischen Hypothekengesetzes (*Ley Hipotecaria*) im spanischen Liegenschaftsregister, dem *registro de la propiedad*, ein Registerblatt eröffnet wird.

Nach italienischem Recht existiert keine derartige präzise gesetzliche Definition des „Grundstücks“. Der Codice Civile enthält in Art. 812 Abs. 1 lediglich die allgemeine Definition unbeweglicher Sachen (*beni immobili*). Darunter fallen „*der Boden, die Quellen, die Wasserläufe, die Bäume, die Gebäude und andere Bauwerke, auch wenn sie nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Boden verbunden sind, und im Allgemeinen das, was in natürlicher oder künstlicher Weise mit dem Boden verbunden ist*“ (Übersetzung der Verfasserin), vgl. Art. 812 Abs. 1 Codice Civile.



Der Begriff „Grundstück“ wird in dieser Arbeit einheitlich im Sinne der Definition des EuGHs verwendet, wonach darunter „ein bestimmter Abschnitt der Erdoberfläche einschließlich der fest darauf errichteten Gebäude, an dem Eigentum und Besitz begründet werden kann“ zu verstehen ist.³ Synonym für „Grundstück“ werden in dieser Arbeit auch die Begriffe Immobilie oder Liegenschaft verwendet.

I. Länderauswahl

Den Rechtsvergleich zwischen den drei gewählten Ländern durchzuführen, ist aus mehreren Gründen sinnvoll und interessant. Besonders auffallend sind die Unterschiede der drei Rechtsordnungen in Bezug auf die Übereignungsformen des Grundeigentums: In Italien gilt hinsichtlich der Eigentumsübertragung das Einheitsprinzip (Konsensualprinzip). Im Gegensatz hierzu gilt in Deutschland das Trennungsprinzip. Spanien folgt einem Mittelweg: Zu dem im Kaufvertrag erklärten Konsens (dem Erwerbstitel) muss keine zusätzliche dingliche Einigung, aber grundsätzlich die Übergabe (als *modus acquirendi*) hinzukommen. Es gilt ein dem deutschen Recht ähnliches Trennungsprinzip. Beachtlich sind zudem die gravierenden Unterschiede hinsichtlich des Zustandekommens des Grundstückskaufvertrages. Im Gegensatz zum deutschen Recht sind Kaufverträge über Immobilien nach spanischem⁴ und italienischem⁵ Recht grundsätzlich auch privatschriftlich, also ohne notarielle Beurkundung rechtswirksam. Nach spanischem Recht kann sogar ein mündlich geschlossener Kaufvertrag Wirksamkeit entfalten.⁶

Diese großen Unterschiede hinsichtlich der Übereignungssysteme sowie hinsichtlich der für den Grundstückskaufvertrag vorgeschriebenen Form, sind erstaunlich, denn es besteht eine Vielzahl grundlegender Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsordnungen.

Die drei Rechtsordnungen sind kontinentaleuropäischen Typs, die spanische und italienische Rechtsordnung gehen ebenso wie die deutsche vom geschriebenen Recht aus. Alle drei Länder rezipierten Römisches Recht und sind daher von diesem stark geprägt.⁷ Sie rezipierten das Römische Recht allerdings in unterschiedlicher Weise und durch ihre Kodifikationen zu unterschiedlichen Zeiten. Während Deutschland zum deutschen Rechtskreis zählt, sind Spanien und Italien dem romanischen Rechtskreis zuzuordnen. Für den deutschen Rechtskreis, zu dem neben Deutschland auch Österreich, die Schweiz, Liechtenstein, Luxemburg, Griechenland und seit der Zeit Atatürks auch die Türkei zählen, ist insbesondere seine Systematik charakte-

³ EuGH, „*Fonden Marselisborg Lystbådehavn*“, 2005, C-428/02, Slg. 2005, I-1527, ISr 2005, S. 315.

⁴ So die Grundsatzentscheidung des Tribunal Supremo de Justicia (TS) vom 03.02.1987, AJ 1987, Rn. 674.

⁵ Vgl. Cass. 20.06.2000, n. 8365, Mass. Giust. Civ., 2000, S. 1342; Valentino-Sica, S. 331; Bocchini/Quadri, S. 644f.

⁶ STS v. 30.05.1972, AJ 1972, Rn. 2389.

⁷ Vgl. für das spanische Zivilrecht: O’Callaghan Muñoz, Compendio de Derecho Civil, Bd. I: Parte General, S. 13. Vgl. für das italienische und deutsche Zivilrecht: Zweigert/Kötz, Bd. I: Grundlagen (1971), S. 81f.

ristisch. Im deutschen Rechtskreis herrscht rationales, abstraktes und begriffliches Denken vor.⁸

Zum romanischen Rechtskreis gehören neben Spanien und Italien Frankreich, Belgien, Luxemburg, Rumänien, Portugal und – heute nicht mehr uneingeschränkt – die Niederlande. Charakteristisch für die Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises ist der starke Einfluss des französischen Zivilrechts und des französischen Code Civil von 1804.⁹ Der französische Code Civil selbst ist in erster Linie stark vom Naturrecht, von der Französischen Revolution sowie vom vorrevolutionären Recht geprägt.¹⁰ Der einfachsprachliche Stil der Rechtsprache des Code Civil ist von Pathos geprägt und eher programmatisch.¹¹ Napoleon selbst beeinflusste diesen einfachsprachlichen Stil mit der Absicht, dass die Bürger durch die bloße Lektüre über ihre Rechte und Pflichten informiert würden.¹²

Besonders auffallend ist, dass zwischen Spanien und Italien starke Systemunterschiede bestehen, obwohl sie zum selben Rechtskreis zählen. Es wird interessant sein, die Hintergründe zu erforschen, welche in diesen sich geographisch und gesellschaftlich nahen Ländern zu den jeweiligen Regelungen des entgeltlichen Grundstückserwerbs geführt haben.

Der spanische Código Civil (nachfolgend: CC) aus den Jahren 1888/89 ist aus derselben hochbürgerlichen Epoche hervorgegangen wie das BGB, und daher in seinem Ursprung ebenso fest gegründet auf Vertragsfreiheit, Eigentumsrecht, Familienschutz und Erbrecht.¹³ Der CC wurde stark von dem französischen Code Civil von 1804 geprägt,¹⁴ wohingegen der Einfluss des deutschen Zivilrechts schwach war.¹⁵

Der italienische Codice Civile (nachfolgend: CCivile) aus dem Jahre 1942 ist die jüngste der drei Kodifikationen. Er ersetzte den *Codice Civile del Regno d'Italia* von 1865¹⁶ und regelt als einheitliche Kodifikation das italienische Zivilrecht zum größten Teil.¹⁷ Der CCivile zählt zu den jüngeren Gesetzbüchern Europas und ist zeitlich fast parallel zur italienischen republikanischen Verfassung von 1948 entstanden. Der CCivile von 1942 und sein Vorgänger aus dem Jahr 1865 sind stark durch den Code Civil Frankreichs geprägt und inspiriert.¹⁸ Der CCivile von 1942 ist aber andererseits von Wissenschaftlern ausgearbeitet, die der deutschen juristischen Tradition verbunden waren.¹⁹

⁸ Zweigert/Kötz, Bd. I: Grundlagen (1971), S. 175.

⁹ Zweigert/Kötz, S. 74.

¹⁰ Schlosser, S. 53; Portale, S. 80f.

¹¹ Vgl. Bürge, S. 7.

¹² Vgl. Zweigert/Kötz, S. 83.

¹³ Adomeit/Frühbeck, S. 38.

¹⁴ Portale, S. 97.

¹⁵ Alpa, Trattato di diritto civile I, S. 7ff.; Wesenberg/Wesener, S. 222; Adomeit/Frühbeck, S. 38.

¹⁶ Auch *Codice Civile Pisanelli* genannt, nach dem Jurtizminister Pisanelli, Dezza, S. 105.

¹⁷ Trimarchi, S. 4.

¹⁸ Vgl. Dezza, S. 105ff.; Wesenberg/Wesener, S. 221f.

¹⁹ Vgl. Patti, Einführung, S. V.



Trotz des gemeinsamen geschichtlichen Hintergrundes des Römischen Rechts weisen das spanische, italienische und deutsche Zivilrecht im Bereich des Grundstücksrechts gravierende Unterschiede auf. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der geltenden Systeme mag die Gründe für die Unterschiedlichkeit der heutigen Systeme verständlich machen. Geschichtliche Aspekte sollen jedoch bewusst knapp gehalten werden, denn für die Frage welche Rechtsordnung in der Aktualität überzeugt, kann letztlich die Geschichte nicht ausschlaggebend sein. Wenn sich die Einführung bestimmter Prinzipien auch geschichtlich plausibel erklärt, heißt das nicht, dass das, was in der Geschichte nachvollziehbar ist, auch heute überzeugt. Auch eine „gute Geschichte“ kann eine schlechte gegenwärtige Rechtswirklichkeit nicht rechtfertigen. Deshalb wird die Entstehungsgeschichte jeweils nur kurz angeschnitten, um die Gründe der Aufnahme der jeweiligen Prinzipien darzustellen. Schwerpunkt der Arbeit soll die Herausarbeitung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Regelungskomplexe aus heutiger Sicht sein. In diesem Sinne hat bereits der französische Gelehrte Edouard Lambert im Jahr 1900 im Rahmen eines für die Rechtsvergleichung wegweisenden Kongresses während der großen Pariser Weltausstellung formuliert:

„Die Rechtsvergleichung soll zufällige Verschiedenheiten der Gesetzgebungen, die Völker derselben Zivilisationsstufe und Wirtschaftsgestaltung voneinander trennen, allmählich ausräumen. Sie soll die Zahl rechtlicher Divergenzen vermindern, die ihren Grund nicht in politischen, sittlichen oder sozialen Eigenheiten des jeweiligen Volkes haben, sondern Zufälle der Geschichte sind oder ihr Dasein ephemeren oder überflüssigen Anlässen verdanken.“²⁰

II. Komplexität der anzuwendenden Vorschriften beim entgeltlichen Grundstückserwerb mit Auslandsberührung

Da auch im spanischen und italienischen Recht der Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt, ist der Rückzug vom einmal geschlossenen Rechtsgeschäft nur unter besonders engen Voraussetzungen möglich. Daher ist es gerade für den deutschen Käufer spanischer und italienischer Immobilien wichtig, die zur eigenen Rechtsordnung bestehenden Unterschiede nach dem fremden Recht zu kennen. Das gleiche gilt für spanische und italienische Staatsangehörige, die ein Grundstück im Ausland erwerben möchten. Dies gilt insbesondere deshalb, da gemäß Art. 4 Abs. 1, Ziff. c) Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (im Folgenden: Rom I-VO)²¹ hinsichtlich des Kaufvertrages das nationale Recht desjenigen Staates gilt, in dem die Immobilie belegen ist, sofern die Vertragsparteien keine ausdrückliche

²⁰ Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé I* (1905) S. 26, Übersetzung aus: Zweigert/Kötz, Bd. 1: Grundlagen, S. 3.

²¹ Diese im Wesentlichen am 17.12.2009 in Kraft getretene Verordnung gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art. 1 Rom I-VO).

Rechtswahl treffen. Grundsätzlich können die Parteien frei wählen, welches nationale Recht für ihr schuldrechtliches Geschäft gelten soll. Insoweit besteht der Grundsatz der freien Rechtswahl, Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO. Zu beachten ist jedoch in Bezug auf die Frage der einschlägigen Formvorschriften des schuldrechtlichen Geschäfts Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO. Nach dieser Vorschrift unterliegen Grundstückskaufverträge den Formvorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, sofern diese Vorschriften nach dem Recht dieses Staates unabhängig davon gelten, in welchem Staat der Vertrag geschlossen wird oder welchem Recht dieser Vertrag unterliegt und von ihnen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Insoweit bedarf es zur Feststellung der notwendigen Form des Kaufvertrages der Kenntnis der nationalen Formvorschriften sowie der einschlägigen IPR-Vorschriften des Landes, in welchem das Grundstück belegen ist.²² Die Rechtslage ist für den Käufer ausländischer Immobilien daher nicht ohne weiteres zu überblicken.

Weiter ist zu beachten, dass sich die dingliche Rechtslage bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken allein nach dem Recht des Belegenheitsortes (*lex rei sitae*) richtet.²³ Die Rechtswahl auf dinglicher Ebene ist ausgeschlossen.²⁴ Nach deutschem IPR gilt insoweit Art. 43 Abs. 1 EGBGB, nach italienischem IPR Art. 51 Abs. 1 *Legge 31 maggio 1995, n. 218 - Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* und nach spanischem IPR Art. 10 Abs. 1 Código Civil (spanisches Zivilgesetzbuch). Insoweit gilt nach dem deutschen, spanischen und italienischen IPR übereinstimmend, dass Rechte an einer Sache dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich die Sache befindet.

Hingegen können die Parteien bezüglich der schuldrechtlichen Wirkungen kraft Privatautonomie das einschlägige Recht frei wählen. Konsequenz dieser möglichen Rechtswahl auf schuldrechtlicher Ebene kann eine Rechtsspaltung in der Weise sein, dass für einen in natürlicher Betrachtungsweise einheitlichen Grunderwerbsvorgang zwei unterschiedliche nationale Rechtssysteme einschlägig sind.²⁵

Beim Grundstückserwerb handelt es sich ohnehin für den juristischen Laien um eine sehr komplexe und schwer überschaubare Materie. Beim Erwerb eines Grundstücks, das im Ausland belegen ist, kommen erschwerend Sprachbarrieren hinzu. Nicht selten kommt es vor, dass geschäftlich unerfahrene und unvorsichtige Käufer oder Verkäufer die „Tücken“ des

²² Die Formvorschriften des Belegenheitslandes sind nur dann und allein anzuwenden, wenn sie ohne Rücksicht auf den Ort des Vertragsschlusses und das Geschäftsstatut gelten sollen, und daher nicht, wenn das IPR des Belegenheitslandes noch ein anderes Formstatut zulässt, entweder alternativ das Ortsrecht wie Art. 11 Abs. 1 EGBGB oder auch ausschließlich, MüKo-Spellenberg, Art. 11 Rom I-VO, Rn. 34.

²³ Wilhelm, Kapitel E., S. 189.

²⁴ Für das Recht unbeweglicher Sachen ist dies unumstritten, vgl. Wilhelm, Kap. E., S. 199.

²⁵ Vgl. zu Einzelheiten bzgl. Vertragsstatut und Sachenrechtsstatut bei Grundstückskäufen mit Auslandsberührung: Reithmann/Martiny, S. 690-709.



ausländischen Rechts nicht kennen und ungewollt vor vollendete Tatsachen gestellt werden, die gewichtige vermögensrechtliche Auswirkungen haben können.

III. Vereinheitlichung europäischen Zivilrechts

Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gewinnt die Rechtsangleichung durch supranationales Recht (EG-Richtlinien und -Verordnungen) immer größere Bedeutung.²⁶ Die arbeitsrechtlichen Gleichstellungsrichtlinien²⁷ und die Produkthaftungsrichtlinie²⁸ waren die ersten Richtlinien, die zu einer Angleichung zentraler Bereiche des Zivilrechts führten.²⁹

Die meisten Richtlinien sollen vor allem den „schwächeren“ Teilnehmern des Rechtsverkehrs Schutz bieten, wie etwa die Richtlinie 1999/44/EG³⁰ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

Das Sachenrecht ist traditionell ein Rechtsgebiet, das in besonderer Weise durch nationale Regelungen geprägt ist. Es ist ein Rechtsgebiet, das „Zwischenlösungen“ im Sinne einer fortschreitenden Rechtsangleichung nicht erwarten lässt, da die Systemunterschiede zu gravierend sind. Dies zeigt sich am Beispiel des Abstraktionsprinzips; die eine Rechtsordnung kennt es, die andere nicht.³¹ Aus diesem Grund beherrscht bisher die *lex rei sitae* das Internationale Privatrecht, soweit es um das Sachenrecht geht. Insoweit gilt also jedenfalls eine einheitliche Regel.

Die Schaffung eines einheitlichen europäischen Immobiliarsachenrechts ist jedoch zumindest auf lange Sicht nicht unwahrscheinlich. In jüngerer Zeit wird eine umfassende Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts immer realistischer. Die Arbeiten zur Vorbereitung der Entstehung eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches schreiten mit großen Schritten voran:

Seit 2009 liegt die Endfassung der von der Europäischen Kommission im Jahre 2005 in Auftrag gegebenen Arbeiten der *Study Group* und *Acquis Group* – der „Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens“, *Draft Common Frame of Reference* – (im Folgenden: DCFR) vor.

²⁶ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 23.

²⁷ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39/40; Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10.02.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. 1975 L 45/19.

²⁸ Richtlinie 1985/374/EWG des Rates vom 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 1985 L 210/29, geändert durch Richtlinie 1999/134/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.05.1999 zur Änderung der Richtlinie des Rates vom 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerfreie Produkte, ABl. 1999 L 141/20.

²⁹ Schaub, ZEuP 2011, S. 41f.

³⁰ ABl. EG Nr. L 171 v. 07.07.1999, S. 19.

³¹ Timme, ZRP 2000, S. 301.



Der DCFR, bestehend aus sechs Büchern, ist das Ergebnis der Arbeit einer Vielzahl von Privatrechtswissenschaftlern aus den Mitgliedsstaaten und versteht sich als rein „akademischer“ Entwurf.³² Er stellt den Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens zu vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen, sowie im Hinblick auf Regelungen zum Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen, Sicherungsrechten an beweglichen Sachen und Trusts, dar.³³ Entsprechend der Begrenzung des Entwurfs im Kaufrecht auf bewegliche Sachen wurden auch im sachenrechtlichen Teil unbewegliche Sachen bewusst ausgeklammert (vgl. VIII.-1:101, Abs. 1 i.V.m. VIII.-1:201). Die Verfasser rechtfertigen dies wie folgt: „*Practically, covering immovable property as well would have been unrealistic*“.³⁴

Die Europäische Kommission hatte ursprünglich der *Study Group* den Auftrag der Schaffung eines Referenzrahmens für die Harmonisierung des Kauf- und Dienstleistungsrechts sowie der *Acquis Group* den Auftrag zur Aufarbeitung des europäischen Verbraucherrechts erteilt.³⁵ Der jetzt vorliegende, umfassende DCFR übertrifft insbesondere aufgrund seiner Beinhaltung des Sachenrechts die ursprünglich seitens der Europäischen Kommission gestellten Anforderungen und macht deutlich, dass die Verfasser des DCFR die Schaffung eines umfassenden europäischen Zivilgesetzbuches vor Augen hatten.³⁶ Der DCFR stellt sich im Ergebnis als Entwurf zentraler Teile eines Europäischen Zivilgesetzbuches dar.³⁷ Selbstredend stehen aktuell einer Realisierung eines umfassenden europäischen Zivilrechts noch Hindernisse im Weg. Gezweifelt wird insbesondere an dem Vorhandensein eines Kompetenztitels zugunsten des europäischen Gesetzgebers für eine umfassende Vereinheitlichung des Privatrechts.³⁸ Insoweit wird Art. 95 des EG-Vertrages als Kompetenztitel teilweise nicht als ausreichend angesehen.³⁹

Zudem stellt der EuGH kein oberstes Zivilgericht für die Europäische Union dar. Es bedürfte daher noch der Bewältigung einiger Schritte, um tatsächlich ein einheitliches Zivilrecht zu erreichen.⁴⁰ Ausgeschlossen ist die Möglichkeit einer Vereinheitlichung langfristig jedoch ebensowenig.

Ob der DCFR für das europäische Parlament bei einer zukünftigen Umsetzung eines europäischen Zivilgesetzbuches verbindlich oder lediglich empfehlend ist, ist offiziell nicht festgelegt. Die Europäische Kommission selbst nannte den DCFR wiederholt „*tool box*“ – Werk-

³² v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 1 (im Folgenden zit.: v. Bar/Clive, Materialien), Intr. 6, S. 3.

³³ v. Bar/Clive, Materialien, Vol. 1, S. 10ff.

³⁴ v. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, S. 4207.

³⁵ Vgl. Schmidt-Kessel, GPR 2005, S. 2.

³⁶ Stadler, JZ 2010, S. 380.

³⁷ Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann, JZ 2008, S. 529.

³⁸ Vgl. Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann, JZ 2008, S. 529.

³⁹ Vgl. verneinend, Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann, JZ 2008, S. 529; A.A. vgl. Riesenhuber, S. 72f.

⁴⁰ Hierauf wird auch im spanischen Schrifttum hingewiesen, vgl. etwa Orduña Moreno/de la Puente Alfaró/Martínez Velencoso, S. 104ff.



zeugkasten für eine künftig mögliche Gesetzgebung.⁴¹ Tatsächlich stellt der DCFR, anders als sein Name „Referenzrahmen“ vermuten lässt, ein sehr konkretes, kodifikationsförmiges Regelungswerk dar.⁴² Es ist aus diesem Grunde jedenfalls stark zu vermuten, dass der DCFR bei einer zukünftigen Vereinheitlichung des Zivilrechts entscheidenden Einfluss auf den europäischen Gesetzgeber haben würde. Wichtig ist es aus diesem Grunde, die sachenrechtlichen Bestimmungen des DCFR bei der hier durchzuführenden Bewertung der Grundeigentumsübertragungssysteme im Auge zu behalten. Denn obwohl der DCFR unbewegliche Sachen ausklammert, könnten die im DCFR entwickelten Grundsätze wegweisend für ein einheitliches System des gesamten Sachenrechts werden. Eine Aufspaltung des Sachenrechts durch Schaffung gänzlich anderer Grundsätze für das Immobiliarsachenrecht ist unwahrscheinlich. Vielmehr liegt es nahe, dass sich der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung eines europäischen Immobiliarsachenrechts an bereits getroffenen Entscheidungen hinsichtlich des Mobiliarsachenrechts orientieren wird.⁴³ Dieser Umstand ist bei der Suche nach dem besten Grundstücksübertragungssystem für die drei hier untersuchten Rechtsordnungen zumindest mit zu berücksichtigen.

Ob eine Vereinheitlichung des Sachenrechts überhaupt anzustreben, und wegen des Grundsatzes der *lex rei sitae* überhaupt notwendig ist, ist eine andere, in der Literatur⁴⁴ kontrovers diskutierte Frage. Inwieweit für eine europäische Harmonisierung sämtlicher Rechtsgebiete Bedarf besteht, wird unterschiedlich beantwortet.⁴⁵ Das Für und Wider einer Vereinheitlichung soll im Rahmen dieser rechtsvergleichenden Untersuchung nicht behandelt werden. Es interessiert hier die jeweilige aktuelle nationale Gesetzeslage und jeweilige Rechtswirklichkeit.

Doch auch wenn die Vereinheitlichung des Grundstücksrechts in naher Zukunft eher unwahrscheinlich ist, ist es wichtig, die europäischen Rechtsordnungen vergleichend zu betrachten, um ein einheitliches Zukunftsmodell entwerfen zu können. Gerade erst durch den Prozess der vielfachen Rechtsvergleichung auf diesem Rechtsgebiet kann eine Basis entstehen, auf der zukünftig eine Vereinheitlichung auf europäischer Ebene verwirklicht werden könnte. Diese Arbeit versucht einen kleinen Beitrag hierzu zu leisten.

⁴¹ Vgl. Stadler, JZ 2010, S. 380, 381; Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann, JZ 2008, S. 529f., m.N.

⁴² Vgl. auch Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann, JZ 2008, S. 529, 533.

⁴³ In diesem Sinne auch Stadler JZ 2010, S. 380f.

⁴⁴ Vgl. einige der zahlreichen Stellungnahmen: z.B. Müller-Graff, NJW 1993, S. 13 ff.; Wilhelm, Kap. F., S. 207; Sonnenberger, JZ 1998, S. 982ff.; Leible, NJW 2008, S. 2558, 2562; Kötz, RabelsZ 50, 1986, S. 1; Behrens, RabelsZ 50, 1986, S. 19; Faber/Lurjer-Bartels, S. 60; Stadler, JZ 2010, S. 380f.

⁴⁵ Skeptisch gegenüber einer umfassenden Vereinheitlichung: Vgl. Wilhelm, Kap. F., S. 207; Georgiades in FS Canaris, S. 603, 616; a.A. Müller-Graff, der sogar von der „Notwendigkeit“ der Schaffung eines europäischen Sachenrechts spricht, vgl. Müller-Graff, NJW 1993, S. 13ff.; vgl. für eine umfassende europäische Zivilrechtsvereinheitlichung auch Lehne/Scholeman-Lehne, Auf dem Weg zum Europäischen Zivilgesetzbuch; Ablehnung gegenüber der Harmonisierung des Sachenrechts vgl. Faber/Lurjer-Bartels, S. 60.



Bis es tatsächlich dazu kommt, dass auch für Immobilien ein einheitliches europäisches Sachenrecht gilt, ist es für die Teilnehmer am grenzüberschreitenden Grundstücksverkehr wichtig, die jeweils geltenden nationalen Vorschriften zu beachten. Einen gewissen Vorteil für die Teilnehmer des grenzüberschreitenden Grundstücksverkehrs würde eine Vereinheitlichung des Grundstücksrechts in dieser Hinsicht in jedem Falle bringen: Durch die Gewissheit über die Einschlägigkeit einheitlicher Grundsätze und Vorschriften könnte ein höheres Maß an Rechtssicherheit und -klarheit geschaffen werden. Durch einheitlich geltende Vorschriften wäre die Unsicherheit, welche nationalen Vorschriften für das konkrete Grundstücksgeschäft überhaupt einschlägig sind, ausgeräumt. Erforderlich wäre nur noch die Kenntnis der geltenden Vorschriften. Bis zu einer Angleichung des materiellen Zivilrechts behält jedoch neben den einzelnen nationalen Vorschriften auch das Kollisionsrecht seine Bedeutung.⁴⁶ Die derzeitige „parallele“ Geltung unterschiedlicher nationaler Rechte fordert von den Teilnehmern des grenzüberschreitenden Grundstücksverkehrs umfangreiche Rechtskenntnisse sowohl in Bezug auf die unterschiedlichen nationalen Rechte als auch in Bezug auf das Kollisionsrecht. Diese lassen sich wegen der Komplexität der Rechtsordnungen nur durch eine spezifische Fachberatung erlangen, die ohnehin bei Grundstücksübertragungen sinnvoll ist und bei Auslandsberührung des Grundstücksgeschäfts unentbehrlich wird.

IV. Kriterien eines guten Grundeigentumsübertragungssystems

Die vorliegende Arbeit soll zu der Erkenntnis führen, welche der drei untersuchten Rechtsordnungen den entgeltlichen Grundstückserwerb am sinnvollsten regelt.

Für die Bestimmung des „besten“ Grundeigentumsübertragungssystems sind die folgenden Ziele und Kriterien maßgeblich.

1. Rechtssicherheit und -klarheit

Dem Grundeigentum kommt aufgrund seiner Beständigkeit und seiner unterschiedlichen Verwendungsmöglichkeiten vermögensrechtlich eine fundamentale Bedeutung zu. Unsicherheiten bezüglich der rechtlichen Situation des Grundstücks können die Leichtigkeit des Grundstücksverkehrs behindern und die optimale Nutzung des Bodens erschweren. Erschwerend kommt hinzu, dass Grundeigentum „aufspaltbar“ ist, d.h. insbesondere verschiedene Rechte parallel an ein und demselben Grundstück bestehen können.

Oberstes Ziel eines gesetzlichen Regelungskomplexes der Materie des Grundstücksrechts sollte daher die Rechtssicherheit und -klarheit sein.⁴⁷ Rechtssicherheit und -klarheit sind Aus-

⁴⁶ Schaub, JZ 2005, S. 328, 337.

⁴⁷ Grundlegend für das Sachenrecht, so auch schon *die Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission, vgl. Lando/Beale, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II;



druck zentraler rechtsstaatlicher Prinzipien. Sie spielen gerade im Sachenrecht wegen der Absolutheit dinglicher Rechte eine besonders herausragende Rolle.⁴⁸ Klarheit über die Rechtsverhältnisse am Grundstück ist ein notwendiger Ausgangspunkt für die Teilnehmer des Grundstücksverkehrs. Dies gilt für die Parteien eines Grundstückserwerbs sowie für Dritte, die hiervon in irgendeiner Weise betroffen werden.

Ohne die Gewissheit darüber, wer Eigentümer des vertragsgegenständlichen Grundstücks ist, wird kaum ein Käufer einen Kaufvertrag abschließen wollen. Ebenso wenig wird sich eine Partei auf einen Kauf einlassen wollen, wenn sie darüber in Ungewissheit ist, ob versteckte Lasten auf dem Grundstück ruhen, und diese eventuell mit erworben werden, und daher die Wirtschaftlichkeit des Geschäfts in Wirklichkeit eine ganz andere ist, als erwartet. Vor solch unsicheren Grundstücksgeschäften wird der durchschnittliche Käufer Abstand nehmen.

Eine zentrale Rolle kommt unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit den Liegenschaftsregistersystemen zu. Ein gut funktionierendes Liegenschaftsregister ist fundamentale Grundlage der Rechtssicherheit und geordneter Rechtsbeziehungen im Grundstücksverkehr.⁴⁹ Die Frage nach dem „besten“ Registersystem ist daher von zentraler Bedeutung. Ihrer Beantwortung ist entscheidendes Gewicht für die Beantwortung der weitergehenden Frage nach dem „besten“ Grundeigentumsübertragungssystem beizumessen.

Förderlich für die Rechtssicherheit und -klarheit ist es zudem, wenn ein Regelungskomplex der Grundstücksübergang Regelungen zum Schutz der Interessen des Veräußerers und des Erwerbers enthält. Unter Berücksichtigung der regelmäßig hohen Werte von Grundstücken sind das Interesse des Erwerbers an der sicheren Erlangung des Eigentums sowie das Interesse des Veräußerers an der Erlangung des Kaufpreises besonders schützenswert.

Eine Rechtsordnung, die die Rechtsklarheit und -sicherheit als Ziel verfolgt, sollte einen Normenkomplex zum Grundstückserwerb enthalten, der möglichst die wichtigsten Regelungen zum Schutz dieser Parteiinteressen enthält. Hierdurch wird erreicht, dass die Rechtslage von vornherein eindeutig und übersichtlich ist.

2. Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit

Die Gewährleistung weitreichender Privatautonomie ist grundlegender Bestandteil der in demokratischen Staaten verfassungsrechtlich gewährten freien Selbstbestimmung.⁵⁰ Ein demokratischer Staat und dessen Gesetzgeber sollten nur dort in die Angelegenheiten seiner Bürger

Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, Principles of European Contract Law, Part III, und nun auch die Verfasser des DCFR.

⁴⁸ Staudinger-Seiler, Einl. zum Sachenrecht, Rn. 56.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch Böhringer, Anforderungen an ein modernes Grundbuchverfahrensrecht am Beispiel Estland, BWNNotZ 1997, S. 25, 30.

⁵⁰ Flume, § 1, S. 1.

eingreifen, wo dies zur Verfolgung eines legitimen Zweckes notwendig ist.⁵¹ Im Falle des *Privatrechts* sollte der Staat begriffsnotwendig die privaten Entscheidungen seiner Bürger möglichst unbeeinflusst lassen.

Die „*Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen*“ – so die Definition der Privatautonomie durch *Flume*⁵² – wird auch europarechtlich als das wesentliche Grundprinzip schlechthin angesehen; auf europarechtlicher Ebene wird die Privatautonomie als die „wahre Grundfreiheit“ bezeichnet.⁵³ Sie stellt den gemeinsamen Kern und die Grundlage der europarechtlichen Grundfreiheiten wie insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Freiheit des Zahlungsverkehrs dar.⁵⁴ Auch der EuGH geht wie selbstverständlich davon aus, dass die Vertragsfreiheit „*der Grundsatz ist*“ und „*bleiben muss*“.⁵⁵

Nach dem Grundgedanken der Privatautonomie führen die Vertragsparteien in einem rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsverhältnis das Gleichgewicht ihrer Interessen selbst herbei, indem sie sich auf einen für beide Seiten fairen Kompromiss einigen.⁵⁶ Im klassischen Verständnis der Privatautonomie wird daher davon ausgegangen, dass sich durch die Notwendigkeit des Einigungsprozesses automatisch ein gerechter Interessenausgleich ergibt.⁵⁷ Von diesem Grundgedanken war auch der historische Gesetzgeber des BGB am Ende des 19. Jhd. geleitet.⁵⁸ Er ist Ausdruck des damals vorherrschenden liberalen Staats- und Rechtsverständnisses.⁵⁹

Noch stärker präsent war der Gedanke, dass die Vertragsparteien ihre privaten Rechtsverhältnisse möglichst frei regeln können sollten, den historischen Gesetzgebern des italienischen Gesetzbuches von 1942 und des spanischen Gesetzbuches von 1889, die maßgeblich durch die liberalen Leitprinzipien des französischen Code Civil beeinflusst waren.

In Deutschland setzte sich im Laufe der Geltungsgeschichte des BGB die Überzeugung durch, dass die vorgestellte Gleichberechtigung der Parteien in der Rechtswirklichkeit nicht existierte. Man erkannte, dass insbesondere in den Bereichen des Arbeits- und Mietrechts sich in der Regel nicht gleichberechtigte, sondern wirtschaftlich ungleiche Partner gegenüberstehen. Mit dem Ziel, dem Ideal der Vertragsgerechtigkeit gerecht zu werden, führte der Gesetzgeber

⁵¹ Vgl. zu diesem Aspekt aus europarechtlicher Sicht Riesenhuber, S. 240f.

⁵² Flume, § 1, S. 1, 7.

⁵³ Mülbart ZHR 159, 1995, S. 2, 8.

⁵⁴ Vgl. Müller-Graff, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 17.

⁵⁵ Vgl. Entscheidung des EuGH zu Art. 81 Abs. 2 EGV, EuG 18.09.1992 –Rs T-24/90 Automec ./.. Kommission Slg. 1992, II-2223 Rn. 51.

⁵⁶ MüKo-Roth/Schubert, § 242, Rn. 462.

⁵⁷ MüKo-Roth/Schubert, § 242, Rn. 462ff.

⁵⁸ Zweigert/Kötz, S. 315.

⁵⁹ Zweigert/Kötz, S. 315.

zahlreiche, nicht zur Disposition der Parteien stehende Vorschriften in das Zivilrecht ein, die die Privatautonomie einschränken.⁶⁰

Dass bei einem vermögensrechtlich besonders relevanten Grundstückskauf ein objektiv gerechter und angemessener Ausgleich der Interessen eintritt, ist ebenfalls nicht immer gewährleistet. Vielmehr ist oft die objektive Äquivalenz der privatautonomen Vereinbarungen nicht gegeben, da nicht alle Rechtssubjekte über dasselbe Maß an Geschäftserfahrung und -geschicklichkeit verfügen. In jedem Rechtssystem gibt es schwache und starke Rechtssubjekte. In Rechtsgebieten wie dem Grundstücksrecht, die für den Laien und geschäftlich Unerfahrenen gerade nicht ohne weiteres überschaubar sind, kann die von der Privatautonomie angestrebte Selbstbestimmung und Selbstverantwortung eingeschränkt sein. Oft ist ein Machtungleichgewicht in wirtschaftlicher und auch intellektueller Hinsicht gegeben. Hierdurch wird die Vertragsgerechtigkeit tangiert. Die Vertragsgerechtigkeit sollte jedoch ein weiteres Ziel einer „guten“ Rechtsordnung sein. Das Erreichen materieller Gerechtigkeit sollte eine der Hauptaufgaben jeder Rechtsordnung sein und ist daher mit der Privatautonomie in Einklang zu bringen.

Gerechtigkeit wird weltweit als Grundnorm menschlichen Zusammenlebens betrachtet. Aus diesem Grunde berufen sich in vielen Staaten Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dieses Grundprinzip. Gerechtigkeit ist auch in der Rechtsphilosophie ein zentrales Thema bei der Suche nach rechtlichen und moralischen Maßstäben.⁶¹ Auch dem EG-Vertrag ist der Gedanke des Gerechtigkeitsgebots in Art. 2 EUV zu entnehmen.⁶²

Ein „gutes“ Grundeigentumsübertragungssystem zeichnet sich daher auch dadurch aus, dass es materielle Gerechtigkeit anstrebt und fördert. Käufer einer Immobilie ist häufig derjenige mit der schwächeren Vertragsstellung, da viele Immobilienkäufer in ihrem ganzen Leben nur eine Immobilie kaufen. Verkäufer ist häufig ein Unternehmer – etwa Bauunternehmer – dessen Erfahrung mit Grundstücksgeschäften naturgemäß viel größer ist. Aufgabe einer Rechtsordnung, deren Ziel materielle Gerechtigkeit ist, sollte daher der Schutz der schwächeren Vertragspartei sein.

Zur Sicherstellung des Gleichgewichts zwischen den Parteien kann und sollte der Gesetzgeber auf verschiedene Weise eingreifen. Die Begrenzung der Vertragsfreiheit durch zwingende Formvorschriften ist dabei ein mögliches und legitimes Mittel. Die untersuchten Grundstücksübertragungssysteme schreiben nicht alle eine bestimmte Form für Grundstückskaufverträge vor. Nach spanischem Recht besteht die Besonderheit der Möglichkeit des mündli-

⁶⁰ Vgl. MüKo-Roth/Schubert, § 242, Rn. 464ff.

⁶¹ Vgl. hierzu auch Canaris, AcP 200 (2000), S. 273, 282f.

⁶² Vgl. auch Riesenhuber, S. 64f.

chen Vertragsabschlusses. Die Frage nach der „besten“ Regelung in dieser Hinsicht bleibt zu beantworten.

3. Interessen des Staates

Beim Auffinden des besten Grundstückübertragungssystems haben neben den genannten Prinzipien, welche in erster Linie den Individualinteressen der Teilnehmer am Rechtsverkehr dienen, die Interessen der Allgemeinheit und damit des Staates Berücksichtigung zu finden.

Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile, die die jeweilige nationale Lösung aufweist, sollen neben den Individualinteressen der Parteien darüber hinaus Allgemeininteressen Beachtung finden. Zu diesen Allgemeininteressen ist insbesondere das Interesse eines Staates zu zählen, Straftaten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen möglichst gering zu halten. Dies in erster Linie hinsichtlich möglicher Steuerhinterziehungen im Rahmen von Grundstücksübertragungen sowie in Bezug auf Betrugsdelikte gegenüber der schwächeren Partei des Grundstücksgeschäfts. Interessant ist die unterschiedliche Häufigkeit von Betrugsdelikten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen in den einzelnen Ländern.

Zur Veranschaulichung sei daher Folgendes vorweggenommen:

In Deutschland gab es im Jahr 2007 nur 692 erfasste Grundstücks- und Baubetrugsfälle.⁶³ Im Jahr 2008 waren es sogar lediglich 511, im Jahr 2009 nur 493 und im Jahr 2010 nur 411. Die Aufklärungsquote dieser Fälle lag 2007 bei 96,4 % und im Jahr 2008 bei 95,1 %. Vergleichsweise beliefen sich dagegen die Betrugsfälle mittels rechtswidrig erlangter unbarer Zahlungsmittel (wie Kreditkartenbetrug) im Jahr 2007 auf etwa 72.000 erfasste Fälle und im Jahr 2008 auf fast 67.000. Die Aufklärungsquote dieser Delikte lag in beiden Jahren nur bei ca. 43 %. Beachtlich ist ferner die enorme Höhe des Schadens, der durch Betrug im Rahmen von Grundstücks- und Baubetrugsfällen regelmäßig entsteht. Zur Veranschaulichung: Im Jahr 2008 betrug die Schadenssumme der 511 erfassten Fälle insgesamt 23,8 Mio. Euro. Die Schadenssumme der etwa 67.000 Betrugsfälle mittels rechtswidrig erlangter Zahlungsmittel war mit insgesamt 47 Mio. Euro nur doppelt so hoch, und das bei etwa 130-facher Deliktshäufigkeit.

In Spanien und Italien herrscht bezüglich der Häufigkeit von Straftaten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen ein anderes Bild. In Spanien ist vor allem die Steuerhinterziehung im Rahmen von Immobilienkäufen nach wie vor verbreitete Praxis. Zur Bekämpfung der Unterbreifung hat das spanische Finanzamt (*Agencia Estatal de Administración Tributaria*) da-

⁶³ Diese und die folgenden Zahlen stammen aus den polizeilichen Kriminalstatistiken des Bundeskriminalamtes, einzusehen unter:
http://www.bka.de/nn_205960/sid_CF12BD3B4A6D5DD25B0ACF4FCA1136FB/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks__node.html?__nnn=true, zuletzt abgerufen: 25.08.2012.

her im Jahr 2008 einen „Plan zur Prävention von Steuerhinterziehung“⁶⁴ aufgestellt. Dieser Plan verdeutlicht das drastische Ausmaß von Steuerhinterziehungen bei Grundstückskäufen. Der stetig aktualisierte Präventionsplan sieht vor, dass 40 % aller Finanzbeamten spanienweit allein zur Verfolgung von Steuerhinterziehungen und Geldwäsche im Immobiliensektor eingesetzt werden. Diese hohe Anzahl von Steuerbeamten, die ausschließlich für die Strafverfolgung im Immobiliensektor zuständig sind, verdeutlicht die Probleme, die in Spanien in diesem Bereich bestehen.

In Italien stellt die Unterverbriefung des Kaufpreises in notariellen Kaufverträgen ein sehr weit verbreitetes Phänomen dar.⁶⁵ Mit einer wichtigen Gesetzesreform im Jahre 2006 versuchte der italienische Gesetzgeber dieser Praxis zumindest bei Grundstückskäufen unter Verbrauchern entgegenzuwirken.⁶⁶ Für diese Rechtsgeschäfte bemessen sich die Erwerbssteuern seither nach dem offiziellen Katasterwert der Immobilie, unabhängig von dem im Kaufvertrag genannten Kaufpreis. Gänzlich eingedämmt werden konnte die weit verbreitete Unterverbriefungspraxis dadurch allerdings nicht.

Näher zu untersuchen sind die Gründe, warum es in Spanien und Italien zu deutlich mehr Unterverbriefungen und Straftaten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen kommt. Neben administrativen Defiziten könnte hierbei auch die gesetzliche Lage eine entscheidende Rolle spielen.

Beim Auffinden und Festsetzen eines idealen Regelungskomplexes zum Grundstückserwerb haben für einen Staat selbstverständlich neben den Individualinteressen auch solche fiskalische Interessen Berücksichtigung zu finden. Bei der Zustimmung zu einer europaeinheitlichen Rechtsordnung, zu der sich ein Staat wegen des eigenen nationalen Stolzes und der eigenen Rechtstreue nur angesichts überzeugender Argumente veranlasst sehen wird, dürften fiskalische Aspekte für den einzelnen Staat sogar eine herausragende Rolle spielen. Die in Italien und Spanien häufig vorkommenden Steuerhinterziehungen durch Unterverbriefung des Kaufpreises führen zu großen Steuerverlusten und sollten vermieden werden. Ebenso sollte es für den Staat von Bedeutung sein, Kriminalität zu bekämpfen. Es wird von den Medien immer wieder berichtet, dass vor allem deutsche Käufer beim Immobilienkauf in Spanien und Italien Opfer eines Betruges werden. Oft spielt dabei neben Sprachbarrieren Rechtsunkenntnis eine Rolle. Je klarer und übersichtlicher die gesetzlichen Regelungen sind, desto mehr Sicherheit kann auch unter diesem Aspekt gewonnen werden.

⁶⁴Quelle:http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/Ficheros/Informacion_Institucional/Campanias/Plan_de_preencion_del_fraude/ppff.pdf, zuletzt abgerufen: 25.08.2012.

⁶⁵ So auch Kindler, MittBayNot 2000, S. 266.

⁶⁶ Vgl. offiziellen Bericht des “Consiglio nazionale del notariato” unter: <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/dir-pubb-amm-antiriciclaggio/Antiriciclaggio2.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).



Aufgrund der in den drei zu untersuchenden Rechtsordnungen bestehenden essentiellen Strukturunterschiede hinsichtlich des entgeltlichen Grundstückserwerbs, wird eine exakt parallel laufende Darstellung in den Länderberichten nicht möglich sein. Die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages ist in der deutschen Rechtsordnung für den dinglichen Erwerb des Grundstücks – wie noch ausführlich dargestellt werden wird – nicht ausschlaggebend. Nach spanischem Recht ist der Kaufvertrag unabdingbare Voraussetzung des entgeltlichen Grund-eigentumserwerbs. In der italienischen Rechtsordnung führt bereits der Abschluss des Kaufvertrages direkt zum Eigentümerwechsel. Trotz seiner unterschiedlichen Bedeutung für den Grundstückserwerb je nach nationalem Recht, wird der Grundstückskaufvertrag in den Länderberichten jeweils zuerst behandelt. Dies erscheint trotz der vorhandenen Strukturunterschiede die zweckmäßigste Lösung, um eine möglichst parallele Darstellung des entgeltlichen Grundstückserwerbs zu ermöglichen.



B. Der Grundstückserwerb nach deutschem Recht

Die Gesetze, die im Wesentlichen den entgeltlichen Grundstückserwerb nach deutschem Recht regeln, sind das BGB, insbesondere die §§ 311 b, 433, 873ff., 925-928⁶⁷, die Grundbuchordnung von 1897⁶⁸, die die Hauptquelle des formellen Grundbuchrechts bildet, und das Beurkundungsgesetz von 1969.

Der rechtsgeschäftliche Erwerb von Grundeigentum setzt nach deutschem Recht grundsätzlich gemäß § 873 Abs. 1 i.V.m. § 925 die Einigung über den Eigentumsübergang, die Berechtigung des Veräußerers sowie die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch voraus. Der dem entgeltlichen Erwerb zugrunde liegende schuldrechtliche Grundstückskaufvertrag ist wegen der Geltung des Abstraktionsprinzips nicht ausschlaggebend für den Erwerb. Der Kaufvertrag als Rechtsgrund der Übereignung ist lediglich für die Beständigkeit des Eigentumserwerbs von Bedeutung. Die in Absicht der Erfüllung eines Grundstückskaufvertrages durchgeführte Übertragung von Grundeigentum erfolgt jedoch, soweit der Kaufvertrag nichtig ist, ohne Rechtsgrund und kann daher vom Veräußerer nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden (vgl. § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt).⁶⁹

Ungeachtet der Tatsache, dass ein gültiger Grundstückskaufvertrag nach deutschem Recht damit keine Voraussetzung des entgeltlichen Grundstückserwerbs darstellt, sondern lediglich die Kondiktionsfestigkeit des Eigentumserwerbs bewirkt, erfolgt zum Zwecke einer möglichst parallelen Darstellung des entgeltlichen Grundstückserwerbs in den Länderberichten zunächst auch nach deutschem Recht die Behandlung des Grundstückskaufvertrages.

I. Der Grundstückskaufvertrag als Rechtsgrund des entgeltlichen Erwerbs

Die deutsche Privatrechtsordnung baut entsprechend den durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und 14 GG getroffenen Entscheidungen auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auf. Grundsätzlich ist es den Teilnehmern am Rechtsverkehr frei überlassen, ob, mit wem, über welchen Gegenstand und mit welchem Inhalt sie ein rechtsverbindliches Geschäft abschließen.⁷⁰ Der in § 311 Abs. 1 verankerte Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch im Kaufrecht.⁷¹ So gilt auch bei Grundstückskäufen Abschluss- und Gestaltungsfreiheit, lediglich die Form des Abschlusses wird durch das BGB begrenzt.⁷²

⁶⁷ Paragraphen ohne andere Kennzeichnung sind solche des BGB.

⁶⁸ RGBl. 1897, S. 139; 1898, S. 754; wesentlich geändert vor allem im Jahre 1935, RGBl. I, S. 1065, 1073.

⁶⁹ Maurer, S. 117.

⁷⁰ Staudinger-Löwisch, § 311 Abs. 1 BGB, Rn. 1.

⁷¹ Staudinger-Löwisch, § 311 Abs. 1 BGB, Rn. 1.

⁷² Medicus/Lorenz, § 13, Rn. 92.



Das BGB normiert in § 433 explizit die Möglichkeit des Abschlusses eines Kaufvertrages über Sachen und damit auch über Grundstücke.⁷³ Der Kaufvertrag über ein Grundstück kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen über den Kaufgegenstand und Kaufpreis in Form von Angebot und Annahme des Käufers und Verkäufers zustande (§§ 145-157). In § 433 sind die vertragstypischen Hauptpflichten der Parteien eines Kaufvertrages normiert. Danach verpflichtet sich einerseits der Verkäufer zur Übertragung des Eigentums an dem vertragsgegenständlichen Grundstück und andererseits der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.

II. Die Form des Grundstückskaufvertrages

Nach deutschem Recht wird die Privatautonomie dadurch eingeschränkt, dass für den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages eine besondere Form vorgeschrieben wird. Nach § 311 b Abs. 1, S. 1 bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung.

Notarielle Beurkundung im Sinne des BGB ist eine durch einen Notar nach Maßgabe des Beurkundungsgesetzes aufgenommene Niederschrift.⁷⁴ Die Wirksamkeit der notariellen Beurkundung hängt von folgenden Voraussetzungen ab: Die Niederschrift muss durch einen Notar aufgenommen werden und es darf kein Ausschlussgrund nach § 6 oder 7 BeurkG vorliegen. Trifft ein Ausschlussgrund nach § 6 oder 7 BeurkG auf den Notar zu, darf er die Beurkundung nicht vornehmen. Die Niederschrift muss die Bezeichnung des beurkundenden Notars, der Beteiligten sowie die Willenserklärungen der Beteiligten enthalten (§§ 9 und 10 BeurkG).⁷⁵ Sodann muss die Niederschrift den Beteiligten vom beurkundenden Notar vollständig vorgelesen werden, § 13 Abs. 1, S. 1 BeurkG. Zuletzt muss die Niederschrift von den Beteiligten genehmigt und von ihnen sowie vom Notar eigenhändig unterschrieben werden, §§ 13 Abs. 1, S. 1 und Abs. 4 BeurkG.

Der besonderen Form bedarf gemäß § 311 b Abs. 1 der gesamte Vertrag, d.h. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt.⁷⁶ Das umfasst in erster Linie Angebot und Annahme, aber auch sämtliche Nebenabreden,⁷⁷ wie beispielsweise die Einigung über die Anrechnung einer Vorauszahlung auf den Kaufpreis.⁷⁸ Das zu veräußernde Grundstück muss im Vertrag hinrei-

⁷³ Sachen sind körperliche Gegenstände, § 90 BGB, wozu auch Grundstücke gehören, Mü-Ko-Westermann, § 433 BGB, Rn. 11.

⁷⁴ Staudinger-Hertel, Vorbem. zu §§ 127 a, 128 BGB, Rn. 2.

⁷⁵ Hagen, Der Grundstückskauf, S. 84, Rn. 297.

⁷⁶ BGHZ 63, S. 359.

⁷⁷ Brox/Walker, § 4, Rn. 21.

⁷⁸ BGH NJW 1984, S. 974.

chend bestimmt sein.⁷⁹ Dem Beurkundungserfordernis genügt die getrennte Beurkundung des Angebots und später der Annahme (§ 128).

Gemäß § 127 a kann die notarielle Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt werden.

1. Die Folge fehlender notarieller Beurkundung

Das BGB knüpft eine konsequente Folge an das Fehlen der notariellen Beurkundung: Die Nichteinhaltung der Form führt zur Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 125, S. 1. Die Nichtigkeit ist von Amts wegen zu beachten, gleichgültig, ob die Parteien den Vertrag als wirksam behandeln wollen oder auf den Einwand der Nichtigkeit verzichten.⁸⁰ Die Formvorschrift des § 311 b ist insofern der Disposition der Parteien entzogen.⁸¹ Im Einzelfall kann es zwar gegen Treu und Glauben (§ 242) verstoßen, wenn sich ein Vertragspartner auf die Formnichtigkeit beruft. Hierzu hat der BGH jedoch strenge Voraussetzungen geschaffen. Wenn im konkreten Einzelfall das Scheitern des Vertrages aufgrund der Nichteinhaltung der Form zu einem Ergebnis führte, das für die betroffene Partei schlechthin untragbar wäre – etwa wegen Existenzgefährdung –, ist der Vertrag dennoch zu erfüllen.⁸²

Um einem formnichtigen Vertrag Gültigkeit zu verschaffen, bedarf es grundsätzlich der formgerechten Bestätigung nach § 141 Abs. 1. Von diesem Grundsatz normiert § 311 b Abs.1, S. 2 eine Ausnahme. Nach dieser Vorschrift wird ein formnichtiger Vertrag seinem ganzen Inhalt nach wirksam, wenn der Erwerber nach Auflassung in das Grundbuch eingetragen wird. Sinn und Zweck der Heilung ist das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel des Rechtsfriedens durch die Aufrechterhaltung abgeschlossener sachenrechtlicher Tatbestände.⁸³ Der Gesetzgeber nimmt hier die Einschränkung der Schutzzwecke der notariellen Beurkundung in Kauf. Diese Konstellation ist jedoch praktisch so gut wie ausgeschlossen. In der Praxis ist die Auflassung regelmäßig in der einheitlichen Kaufvertragsurkunde enthalten. Bei § 311 b Abs. 1, S. 2 handelt es sich daher um eine eher theoretische Konstellation, denn der Grundbuchbeamte wird die Eintragung nur dann vornehmen, wenn die Voraussetzungen der § 20, 29 GBO vorliegen: Gemäß § 20, 29 GBO soll eine Eintragung in das Grundbuch nur dann vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche Urkunde oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachge-

⁷⁹ Die genaue Grundstücks- oder Katasterbezeichnung ist nicht erforderlich. Bei einem Grundstück im Ganzen im Rechtssinne genügt die Angabe des Grundbuchblattes, wenn das Grundstück dort als einziges eingetragen ist, Staudinger-Wufka, § 311 b Abs. 1 BGB, Rn. 160.

⁸⁰ BGH NJW 69, S. 1167f.

⁸¹ Vgl. BGH NJW 2004, S. 3330f.; MüKo-Kanzleiter/Krüger, § 311 b, Rn. 68.

⁸² BGH NJW-RR 2008, S. 1508 m.N.; Jauernig, § 125, Rn. 14.

⁸³ Staudinger-Wufka, § 311b Abs. 1 BGB, Rn. 262.



wiesen werden. Dem Grundbuchamt muss also eine der Form des § 29 GBO entsprechende Auflassung vorgelegt werden. Die Heilung formunwirksamer Verträge nach § 311 b Abs. 1, S. 2 ist damit in der Praxis nur bei Versehen des Grundbuchamtes relevant.

2. Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung

Gesetzgeberisches Motiv der Schaffung des Beurkundungszwanges für Grundstückskaufverträge war es, deren Parteien vor der Abgabe übereilter Willenserklärungen zu bewahren, ihnen reifliche Überlegungsfreiheit sowie sachkundige und unparteiische Beratung durch den Notar zu gewähren (Warn- und Schutzfunktion⁸⁴), den Inhalt der Vereinbarung klar und genau festzustellen und die Beweisführung zu sichern (Beweis-⁸⁵ und Gewährsfunktion⁸⁶).

Entscheidend für die Schaffung der Beurkundungspflicht war in Deutschland ursprünglich nicht die wirtschaftliche, sondern die soziale Bedeutung des Grundeigentums.⁸⁷ Das Grundeigentum sollte wegen seiner Bedeutung für die Allgemeinheit (Sesshaftigkeit der Bevölkerung) sowie für den einzelnen Eigentümer gegen leichtfertigen Zuordnungswechsel geschützt werden.⁸⁸ Daher war ursprünglich nach dem § 313 aF nur die Verpflichtung zur Veräußerung des Grundeigentums, nicht aber die Verpflichtung zu dessen Erwerb formbedürftig.⁸⁹ Der Formzwang für die Verpflichtung zum Erwerb wurde erst mit einer Gesetzesänderung im Jahre 1973 eingeführt.⁹⁰ Der Gesetzgeber kam zu der Auffassung, dass der Erwerber aufgrund des regelmäßig hohen Vermögenswertes eines Grundstückes ebenso schutzbedürftig sei wie der Veräußerer.

Das öffentliche Beurkundungswesen ist ein Teilbereich der vorsorgenden Rechtspflege,⁹¹ die der Staat im Rahmen seiner Daseinsvorsorge übernommen hat.⁹² Das Beurkundungswesen ist damit einer staatlichen Tätigkeit zugeordnet, die zum Ziel hat, private Rechtsverhältnisse so zu gestalten, dass die schutzwürdigen Interessen der Einzelnen gesichert werden und auf diese Weise der Gerechtigkeit und dem Rechtsfrieden gedient wird.⁹³ Die vorsorgende Rechtspflege hat zum Ziel, Streit zu vermeiden, weshalb auch notariellen Urkunden eine gerichtsentlas-

⁸⁴ Palandt-Heinrichs, § 311b, Rn. 2; Staudinger-Wufka, § 311b, Rn. 3, MüKo-Kanzleiter, § 311 b, Rn. 1.

⁸⁵ Ein notariell beurkundeter Kaufvertrag ist eine öffentliche Urkunde i.S.d. §§ 415, 418 ZPO und begründet daher den vollen Beweis des durch den Notar beurkundeten Vorganges bzw. der darin bezeugten Tatsachen. Daher wird unter Ausschluss richterlicher Beweiswürdigung der volle Beweis für die Abgabe der beurkundeten Erklärung bewirkt, Eylmann/Vaasen-Limmer, § 1 BeurkG, Rn. 8.

⁸⁶ BGHZ 83, S. 395, 397; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 360.

⁸⁷ Staudinger-Wufka, § 311 b Abs. 1 BGB, Rn. 1.

⁸⁸ Wagner, AcP 1972, S. 452, 457.

⁸⁹ Hagen, DNotZ 1984, S. 267f.

⁹⁰ Siehe BGBl. 1973 I, 501; BT-Drucks. 7/63 und BR-Drucks. 273/73.

⁹¹ Eylmann/Vaasen, Einl., Rn. 1.

⁹² Reithmann, DNotZ 1979, S. 67f.

⁹³ Schützeberg, S. 60.

tende Funktion zukommt.⁹⁴ Die Notare sind als Beliehene des Staates unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO.

Nach § 14 Abs. 4 BNotO hat der Notar frei von jeglicher Interessenbindung zu sein, die seine Unabhängigkeit gefährden könnte, denn es ist ihm danach *„abgesehen von den ihm durch Gesetz zugewiesenen Vermittlungstätigkeiten verboten, Darlehen sowie Grundstücksgeschäfte zu vermitteln, sich an jeder Art der Vermittlung von Urkundsgeschäften zu beteiligen.“* Der Notar nimmt originäre staatliche Aufgaben wahr,⁹⁵ also Zuständigkeiten, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen.⁹⁶ Zum Ausdruck kommen die Funktionen der notariellen Beurkundung vor allem in § 17 BeurkG, der den Notar verpflichtet, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben. Die Warnfunktion allein rechtfertigt die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung nicht, denn dieser Zweck ließe sich auch durch die Schriftform nach § 126 erreichen, die vom Gesetzgeber zum Beispiel für die Bürgschaft als ausreichend angesehen wurde (vgl. § 766).⁹⁷

Zwar bewirkt der Gang zum Notar bei den Beteiligten die Besinnung auf die Ernsthaftigkeit des zu schließenden Geschäfts stärker als die reine Schriftform, dennoch ist die entscheidende Funktion der Einschaltung des Notars eine andere.

a) Belehrungsfunktion

Die entscheidende Bedeutung der notariellen Beurkundung liegt in der Sicherstellung der Beratung und Belehrung der Vertragsparteien.⁹⁸ Die Mitwirkung des Notars beim Vertragsabschluss soll gewährleisten, dass eine fachkundige Stelle den wahren Willen der Beteiligten erforscht und diesen bestmöglich umsetzt. Hierdurch soll die Gefahr der unrichtigen Rechtsgestaltung aus Rechtsunkenntnis ausgeräumt werden. Die Beteiligung des Notars soll gewährleisten, dass die Beteiligten ihre Entscheidung nur in vollem Wissen um die rechtliche Tragweite des Geschäfts treffen. Hierzu soll der Notar die zur Auswahl stehenden Möglichkeiten aufzeigen, Vor- und Nachteile erklären, und die geeignete Art zur Verwirklichung der Parteiwillen wählen.⁹⁹ Aufgrund der hohen Bedeutung der Belehrung ist der Notar verpflichtet, nicht erst auf Fragen der Beteiligten zu reagieren, sondern die Belehrungspflicht ergibt sich

⁹⁴ Eylmann/Vaasen, Einl., Rn. 9.

⁹⁵ BVerfGE 17, S. 371, 376.

⁹⁶ BVerfGE 73, S. 281, 294.

⁹⁷ Winkler, Einl., Rn. 21.

⁹⁸ Staudinger-Hertel Vorbem. zu §§ 127 a, 128 BGB, Rn. 11.

⁹⁹ Lerch, Beurkundungsgesetz, § 17, Rn. 9.

unmittelbar daraus, dass der Notar um die Beurkundung einer Willenserklärung ersucht wird. Sie besteht auch dann, wenn die Parteien bereits durch Rechtskundige beraten worden sind.¹⁰⁰ Die Belehrungspflicht des Notars ist somit sehr umfangreich. Verdeutlicht wird dies z.B. durch ein Urteil des BGH vom 25.06.1995,¹⁰¹ dessen Leitsatz lautet:

„Muss der Notar bei der Beurkundung eines Kaufvertrags über ein ‚Hausgrundstück‘ davon ausgehen, dass die Käufer das Grundstück zum ständigen Bewohnen erwerben wollen, hat er sie grundsätzlich zu warnen, falls er erfährt, dass das Grundstück baurechtlich nur als Wochenendgrundstück genutzt werden darf.“

Die Hinweispflicht des Notars stuft der BGH in diesem Fall als eine Nebenpflicht aus der Beurkundungstätigkeit ein.

Zu einer der wichtigsten Aufklärungspflichten des Notars gehört die Aufklärung über die Sicherungsmöglichkeiten zur Vermeidung einer unsicheren Vorleistung eines Vertragsteils.¹⁰² Dem Notar obliegt nach der Rechtsprechung des BGH¹⁰³ insoweit eine doppelte Belehrungspflicht, wenn ein Vertragspartner eine ungesicherte Vorleistung erbringen soll, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist. In einem solchen Fall hat der Notar die Konsequenzen aufzuzeigen, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten. Zudem hat er – daher „doppelte Belehrungspflicht“ – Wege zu erläutern, wie solche Risiken ausgeschlossen werden können.¹⁰⁴

Eine weitere wichtige Belehrungspflicht trifft den Notar hinsichtlich des Grundbuchstandes des Grundstücks. Gemäß § 21 BeurkG soll der Notar vor der Beurkundung das Grundbuch einsehen. Diese Einsichtnahme soll in zeitnahe Zusammenhang mit der Beurkundung erfolgen.¹⁰⁵ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Eigentums- und Belastungsverhältnisse hinsichtlich des Grundstücks vor Beurkundung aufgeklärt werden. Die Einsicht ist indes nicht zwingend für die Wirksamkeit des Kaufvertrages. Der Notar kann die Grundbucheinsicht im Einzelfall auch unterlassen; ihn trifft dann jedoch die Pflicht, die Parteien hierauf hinzuweisen.¹⁰⁶

Der Notar hat von Amts wegen ein Einsichtsrecht in das Grundbuch unabhängig von der Vorlage einer Vollmacht des Berechtigten.¹⁰⁷ Dieses besondere Recht verdeutlicht das vom Gesetzgeber vorgesehene Zusammenwirken des Grundbuchamtes und der Notare im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege.

¹⁰⁰ Lerch, Beurkundungsgesetz, § 17, Rn. 3.

¹⁰¹ BGH VersR 1995, S. 1247.

¹⁰² Brambring/Jerschke, A I. Grundstückskauf, Rn. 1.

¹⁰³ BGH DNotZ 1998, S. 637; BGH DNotZ 2001, S. 437.

¹⁰⁴ BGH DNotZ 1998, S. 637; BGH DNotZ 2001, S. 437.

¹⁰⁵ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 6.

¹⁰⁶ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 6.

¹⁰⁷ Böhringer, DtZ, 1991, S. 272, 275.

b) Vertragsparität durch Beurkundung

Den Notar trifft die Pflicht zur ausgewogenen und interessengerechten Vertragsgestaltung. Er hat seine Belehrungen unparteiisch zu erteilen, das heißt keine Partei zu bevorzugen oder zu benachteiligen.¹⁰⁸ Verstößt der Notar gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit, drohen ihm disziplinarrechtliche Konsequenzen.¹⁰⁹ Die Beurkundung hat daher auch die Funktion, den schwächeren Vertragspartner zu schützen: Besteht zwischen den Parteien ein Verhandlungsungleichgewicht, da eine Partei bessere Rechtskenntnis hat, soll dieses durch die Belehrung des Notars und dessen Gestaltungsvorschläge als unparteilichen Dritten ausgeglichen werden.¹¹⁰ Rechtlich unerfahrene, ungewandte Beteiligte sollen somit durch die Einschaltung des Notars bei der Vornahme eines Grundstücksgeschäftes geschützt werden.

c) Beweis- und Gewährsfunktion

Durch die Einschaltung der rechtskundigen Stelle sollen ferner tatsächliche Irrtümer sowie Rechtsirrtümer vermieden werden. Das von den Parteien Erklärte wird vom Notar inhaltlich wahrgenommen und verantwortlich geprüft. Zudem trifft den Notar die sich aus § 17 Abs. 1, S. 2 BeurkG ergebende sog. Formulierungspflicht.¹¹¹ Dadurch soll es zu weniger Unklarheiten durch unpräzise Angaben von juristischen Laien und in der Folge zu einer geringeren Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen kommen.

d) Vermeidung von Steuerhinterziehung in Form der Unterverbriefung

Mittelbare Folge des Beurkundungszwanges ist das Erschweren einer Unterverbriefung des Kaufpreises. Die Nichtigkeitssanktion des § 125 S. 1 erschwert die Vornahme einer Unterverbriefung in der Form, dass im notariellen Kaufvertrag ein niedrigerer Kaufpreis genannt wird, als der tatsächlich gewollte, der mündlich oder schriftlich vereinbart wurde. Dieser Praxis wird dadurch entgegengewirkt, dass ein solcher notarieller Kaufvertrag als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 unwirksam ist. Zugleich ist der nicht beurkundete, rein mündliche oder privatschriftliche Kaufvertrag, mangels Form nichtig, § 125, S. 1. Wegen der scharfen Sanktion der Nichtigkeit des nicht beurkundeten Vertrages, der den wahren Kaufpreis enthält, werden die Parteien in der Regel eher davor zurückschrecken, eine Unterverbriefung im notariellen Vertrag vorzunehmen, da sie im Ernstfall damit rechnen müssen, dass ihr tatsächlich gewollter Vertrag als ungültig behandelt wird. Neben der Gefahr der Aufdeckung der Steuerhinterziehung durch staatliche Seite und den hierdurch zu befürchtenden strafrechtlichen Konsequenzen, ist bei einem möglichen nachträglichen Zerwürfnis der Parteien auch die Beständigkeit des Geschäfts für beide Seiten nicht garantiert. Die notarielle Beurkundung erfüllt daher

¹⁰⁸ Lerch, Beurkundungsgesetz, § 17, Rn. 3.

¹⁰⁹ Schützeberg, S. 60.

¹¹⁰ Staudinger-Hertel, Vorbem. §§ 127 a, 128 BGB, Rn. 14.

¹¹¹ Lerch, Beurkundungsgesetz, § 17, Rn. 14.

auch eine gewisse Kontrollfunktion zugunsten des Staates, der so auf effektive Weise die Erfüllung der Steuerpflichten im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb überwachen kann.

3. Exkurs: Die Stellung des deutschen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen

Die Notare sind als Beliehene des Staates unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO.¹¹² Zugleich sind Notare mit Ausnahme des badischen Amtsnotars und des württembergischen Bezirksnotars Freiberufler. In einigen Bundesländern, wie z.B. in Niedersachsen, kann der Beruf des Notars nur neben der Tätigkeit als Rechtsanwalt ausgeübt werden (Anwaltsnotariat). In anderen Bundesländern wie beispielsweise Bayern, ist dem Notar die gleichzeitige Zulassung und Tätigkeit als Rechtsanwalt versagt (sog. hauptberufliches Notariat). In Nordrhein-Westfalen gilt zum Teil das Anwaltsnotariat und zum Teil das hauptberufliche Notariat.

Die wesentlichen Aufgaben des Notars im Rahmen der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages sind jedoch bundeseinheitlich, insbesondere in der BNotO und dem BeurkG geregelt, weshalb diese einheitlich untersucht werden können.

Die wesentlichen Pflichten, die den Notar im Rahmen der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages treffen, sind in erster Linie die bereits genannten Aufklärungs- und Belehrungspflichten.¹¹³ Eine entscheidende Rolle spielen neben diesen essentiellen Aufklärungspflichten die sog. Vollzugstätigkeiten, also diejenigen notariellen Tätigkeiten, die im Anschluss an das Beurkundungsverfahren den rechtlichen Erfolg einer Urkunde sichern. Hinsichtlich der Vollzugstätigkeiten ist zu unterscheiden zwischen solchen, die mit der Beurkundung in einem derart engen Zusammenhang stehen, dass sie noch zur Urkundstätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1, S. 1 BNotO und damit zu den Pflichtaufgaben des Notars gehören, und solchen, die zu dem in § 24 Abs. 1, S. 1 BNotO beschriebenen Bereich der „*sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege*“ gehören.¹¹⁴ Ob es sich bei einer bestimmten Vollzugstätigkeit um eine pflichtige oder eine übernommene Tätigkeit handelt, ist bedeutsam für das mögliche Erzwingen der Handlung und insbesondere für die Haftung des Notars bei einer Amtspflichtverletzung.¹¹⁵

¹¹² Eylmann/Vaasen, Einl., Rn. 4.

¹¹³ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, B., II., 2., a).

¹¹⁴ Reithmann/Albrecht, Rn. 256, 269.

¹¹⁵ Grein, RNotZ 2004, S. 115f.

a) Pflichtige Vollzugstätigkeiten¹¹⁶

Pflichtige Vollzugstätigkeiten sind diejenigen, die dem Notar gesetzlich auferlegt sind. Diese hat er zwingend einzuhalten, wobei irrelevant ist, ob er diese Tätigkeiten in der Urkunde ausdrücklich übernimmt oder nicht. Darunter fällt insbesondere die Einreichung von Willenserklärungen beim Grundbuchamt und entsprechende Antragstellung auf Eintragung (vgl. § 53 BeurkG) von Rechten wie etwa der Vormerkung.¹¹⁷

Eine nachträgliche Überprüfung, ob die Eintragungen durch das Grundbuchamt ordnungsgemäß ausgeführt worden sind, ist hingegen im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es ist umstritten, ob sich eine Vollzugsüberwachungspflicht dennoch mittelbar aus dem Gesetz ableiten lässt.¹¹⁸ Eine derartige Haftungsausweitung ist jedoch mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung abzulehnen.¹¹⁹

b) Übernommene Vollzugstätigkeiten gem. § 24 Abs. 1 BNotO

Zum Amt des Notars gehört nach § 24 Abs. 1 BNotO auch die „sonstige Betreuung auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege“. Zu diesen Tätigkeiten, zu denen kraft Gesetzes keine grundsätzliche Pflicht besteht, sondern die dem Notar von den Beteiligten als öffentlich-rechtlicher Auftrag übertragen werden können, zählen z.B. die Einholung privater oder behördlicher Genehmigungen und Unterlagen zur Löschung von Belastungen. Den Auftrag der Beteiligten zur Übernahme dieser Tätigkeiten muss der Notar nicht zwingend übernehmen, er kann ihn nach pflichtgemäßem Ermessen verweigern.¹²⁰ Übernimmt der Notar die Tätigkeit, handelt es sich sodann jedoch wie bei den pflichtigen Vollzugstätigkeiten um eine Amtstätigkeit mit der wichtigen Folge einer möglichen Amtshaftung des Notars. Mit der Übernahme entsteht dann ein besonderes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis und der Notar hat die ihm übertragenen Aufgaben auftragsgerecht und zuverlässig durchzuführen.¹²¹

III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

1. Bedeutung

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer zur Übertragung des Eigentums an dem vertragsgegenständlichen Grundstück, vgl. § 433 Abs. 1. Der Verkäufer bleibt jedoch auch nach Abschluss des Kaufvertrages Eigentümer des Grundstücks, bis er diese Verpflichtung erfüllt. Die Eigentumsverschaffung ist an anderer Stelle geregelt, nämlich Grundstücke

¹¹⁶ Eine sehr gute und ausführliche Darstellung der Vollzugstätigkeiten des Notars gibt Grein, RNotZ 2004, S. 115-138.

¹¹⁷ Reithmann/Albrecht, Rn. 257ff.

¹¹⁸ Vgl. zum Streitstand: Grein, RNotZ 2004, S. 115, 122 m.N.

¹¹⁹ Vgl. auch Reithmann/Albrecht, Rn. 265.

¹²⁰ Arndt/Lerch/Sandkühler, § 24, Rn. 39.

¹²¹ Reithmann/Albrecht, Rn. 367.

betreffend in §§ 873, 925. Das BGB hat damit die Eigentumsverschaffung – das Verfügungsgeschäft – vom Kaufvertrag – dem Verpflichtungsgeschäft – getrennt.¹²² Erst durch das Verfügungs- bzw. Erfüllungsgeschäft, das sich aus der dinglichen Einigung des Berechtigten und des Käufers sowie der Eintragung im Grundbuch zusammensetzt, geht das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer über, § 873 Abs. 1. Hierin kommt der im deutschen Sachenrecht geltende sog. Trennungsgrundsatz¹²³ zum Ausdruck.

Das darüber hinaus gehende Abstraktionsprinzip besagt, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig sind, d.h. die etwaige Unwirksamkeit des Kaufvertrages lässt die Übertragung des Eigentums durch ein wirksames Verfügungsgeschäft unberührt („äußerliche Abstraktion“¹²⁴) und kann lediglich einen Anspruch auf Rückübereignung begründen.¹²⁵ Das Verfügungsgeschäft bedarf keiner kausalen Zweckbestimmung („inhaltliche Abstraktion“¹²⁶), sondern es ist vom kausalen Rechtsgeschäft unabhängig.¹²⁷

Die Geltung des Abstraktionsprinzips ergibt sich aus dem Schweigen des BGB in § 929 und § 873:¹²⁸ Die Eigentumsübertragung erfordert nach § 929 hinsichtlich beweglicher Sachen die Einigung der Parteien sowie (grundsätzlich) die Übergabe der Sache. Gemäß § 873 setzt die Übertragung von Grundeigentum die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils sowie die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch voraus. Nicht erwähnt wird in den §§ 929 und 873 der Kaufvertrag oder ein sonstiger Rechtsgrund. Folglich ist für die Übereignung als solche nach deutschem Recht nur die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts ausschlaggebend. Der Kaufvertrag als Rechtsgrund, sog. *causa* der Übereignung, ist jedoch für die Beständigkeit des Eigentumserwerbs von Bedeutung, da das mit Rechtsgrund erworbene Eigentum kondiktionsfest ist, also nicht vom Veräußerer nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden kann (vgl. § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt).¹²⁹

Das Abstraktionsprinzip kann bei der Übertragung unbeweglicher Sachen im Gegensatz zur Übertragung beweglicher Sachen nicht durch die Schaffung eines Bedingungszusammenhanges umgangen werden, da die Auflassung bedingungsfeindlich ist, § 925 Abs. 2.¹³⁰ Die Wirk-

¹²² Vgl. Baur/Stürner, § 5, Rn. 40.

¹²³ Wolf/Wellenhofer, S. 19; Maurer, S. 53.

¹²⁴ Jahr, AcP 168 (1968), S. 9, 16ff.

¹²⁵ Pajunk, S. 27.

¹²⁶ Jahr, AcP 168 (1968), S. 9, 16ff.

¹²⁷ Baur/Stürner, § 5, Rn. 41.

¹²⁸ Staudinger-Seiler, Eckpfeiler, U. Sachenrecht – Allgemeine Lehren, Rn. 49.

¹²⁹ Maurer, S. 117.

¹³⁰ so die ständige Rspr. des BGHs, vgl. BGH NJW 1991, S. 917f.; a.A. Jurgeleit, der in teleologischer Reduktion von § 925 Abs. 2 eine Abbedingung des Abstraktionsprinzips bei der Übertragung von Grundeigentum ausnahmsweise zulassen will, sofern der eindeutig erklärte Wille der Parteien vorliegt, die Auflassung unter die Bedingung der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts zu stellen. In diesem Fall bestünden keine Bedenken, da das Grundbuch nicht mit unrichtigen Eintragungen belastet werde, vgl. Schreiber-Jurgeleit, Kapitel 8, Rn. 31.



samkeit der Auflassung ist grundsätzlich unabhängig vom zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäft. Die einzige gesetzliche Durchbrechung des Abstraktionsprinzips enthält das Gesetz in § 138 Abs. 2.¹³¹ Danach wird beim Wucher ausdrücklich auch das dingliche Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt.¹³²

Es gibt weitere Fallkonstellationen, in denen missverständlicherweise von einer Durchbrechung des Abstraktionsprinzips gesprochen wird: So ist es möglich, dass die Auflassung wegen eines Umstandes als nichtig angesehen werden muss, der identisch ist mit dem zur Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts führenden Fehler.¹³³

Beispielsweise sind bei Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch die Auflassung nach § 105 nichtig (sog. Fehleridentität¹³⁴). Zudem kann sich etwa ein Anfechtungsgrund in bestimmten Fällen (§§ 142 Abs. 1, 123) sowohl auf das Verpflichtungsgeschäft als auch auf das Verfügungsgeschäft beziehen.

Es handelt sich in diesen Fällen nicht um eine Durchbrechung des Prinzips, sondern um Fälle, in denen sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft fehlerhaft sind.

2. Die historische Entwicklung der Lehre vom dinglichen Vertrag

Zum Verständnis, weshalb sich in Deutschland die Geltung des Abstraktionsprinzips durchgesetzt hat, in anderen europäischen Ländern¹³⁵ hingegen nicht, sowie für die später vorzunehmende Bewertung, welches Grundstücksübertragungssystem das überzeugende ist, ist ein kurzer Blick auf die historische Entwicklung dieses Prinzips und dessen Einführung in das BGB hilfreich. Auf eine ausführliche Darstellung wird jedoch bewusst verzichtet, da Ziel dieser Arbeit ist, festzustellen, welches Grundstücksübertragungssystem unabhängig von seinem rechtsgeschichtlichen Hintergrund in der Aktualität überzeugt.¹³⁶

a) Entstehung und Verbreitung des Abstraktionsprinzips

Der „abstrakte dingliche Vertrag“ als Grundlage des sachenrechtlichen Abstraktionsprinzips ist eine charakteristische Schöpfung der Pandektenwissenschaft des 19. Jhd.¹³⁷ Seine Ursprünge gehen auf das Werk des bedeutenden Juristen dieser Zeit, F.C. v. Savigny, zurück.¹³⁸

¹³¹ Soergel-Stürner, Vor § 873, Rn. 20.

¹³² Soergel-Stürner, Vor § 873, Rn. 20.

¹³³ Schreiber-Jurgeleit, Kapitel 8, Rn. 31.

¹³⁴ Staudinger-Seiler, Eckpfeiler, U. Sachenrecht - Allgemeine Lehren, Rn. 54.

¹³⁵ Das Abstraktionsprinzip gilt außer in Deutschland auch in Griechenland, allerdings nur für bewegliche Sachen. Für die Übertragung unbeweglicher Sachen gelten in Griechenland die Regeln des französischen Rechtskreises, Krimphove, S. 82.

¹³⁶ Ausführlich zur Geschichte des Abstraktionsprinzips vgl. insbesondere Felgentraeger, F.C. v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre sowie Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschild.

¹³⁷ Buchholz, S. 1.

¹³⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III § 140, S. 312f. und § 141, S. 317ff.; Grundlegend zur Lehre Savignys: Felgentraeger (Fn. 135).

Dieser formte das Rechtsinstitut des dinglichen Vertrags aus konstruktiven Überlegungen und quellenmäßigen Anhaltspunkten.¹³⁹ Die Originalquellen lassen sich nicht eindeutig auslegen, weshalb umstritten ist, ob Savigny in erster Linie die Quellen fehlerhaft deutete,¹⁴⁰ oder ihn unabhängig davon eher konstruktive Überlegungen zu seiner Entwicklung des Abstraktionsprinzips brachten.¹⁴¹

Das gemeine Recht kannte die Aufspaltung des Übereignungstatbestandes noch nicht, sondern nahm die Formel „*titulus und modus acquirendi domini*“ als Voraussetzung einer gültigen Eigentumsübertragung.¹⁴² Der *titulus* als Kausalverhältnis (z.B. Kauf) enthielt als Verkörperung des Rechtsübertragungswillens der Parteien auch dingliche Elemente, wobei der *titulus* das eigentliche Willenselement des Veräußerungsaktes darstellte.¹⁴³ Der *modus* hingegen war ein rein äußerlicher faktischer Vorgang, der keine Vertragsqualität besaß.

Das Problem dieser Übereignungslehre des gemeinen Rechts, welches letztlich Savigny zu seinem Ansatz bewog, war, was unter dem *titulus* zu verstehen sei, und welche Gültigkeitsanforderungen an die *causa* zu stellen seien.¹⁴⁴ Es war umstritten, was die Funktion der *causa* im Rahmen der Verfügung war, ob sie nur Motiv für die Einigung oder auch Tatbestandsvoraussetzung war.¹⁴⁵

Savigny nahm folgende Konstruktion vor: Der Übereignungswille der Parteien wurde aus dem Kausalbereich herausgelöst und, in Verbindung mit der formalen Tradition, zu einem eigenständigen „dinglichen Vertrag“ erweitert.¹⁴⁶ Savigny interpretierte die *causa* auf innovative Weise, indem er den *justus titulus* als die Übereignungsabsicht deutete. Hiermit beabsichtigte Savigny, durch einen „terminologischen Kunstgriff“, der Übereignungslehre über das Problem der fehlerhaften *causa* hinwegzuhelfen.¹⁴⁷ Nach Savigny sollte die von dem Bezug zu einem obligatorischen Geschäft losgelöste Übereignungsabsicht allein maßgeblich für die Bewirkung der Übereignung sein.¹⁴⁸ Hierdurch wollte Savigny den Erwerber von Nachforschungen darüber, ob sein Vormann die Sache aufgrund gültigen Titels erworben hatte, entlasten.¹⁴⁹ Als zentrales Argument für das Abstraktionsprinzip nannte Savigny die „*Voraussetzungslosigkeit des freien Willens*“ der Vertragspartner. Der Übereignungswille als *solcher* zeitige den Eintritt der Rechtsfolge und sei nicht an weitere objektive Voraussetzungen ge-

¹³⁹ Buchholz, S. 1. Vgl. hierzu ausführlich auch Füller, S. 120ff.

¹⁴⁰ So z.B. Rodríguez-Rosado, S. 130.

¹⁴¹ Vgl. Staudinger-Seiler, Eckpfeiler, U. Sachenrecht - Allgemeine Lehren, Rn. 50.

¹⁴² MüKo-Oechsler, § 929 BGB, Rn. 8.

¹⁴³ Buchholz, S. 1f.

¹⁴⁴ Buchholz, S. 2.

¹⁴⁵ MüKo-Oechsler, § 929 BGB, Rn. 8.

¹⁴⁶ Buchholz, S. 2. Vgl. Felgentraeger, insbesondere S. 31-41 zur dogmatischen Entwicklung der innerlichen Abstraktion bei der Übereignung.

¹⁴⁷ Haag Molkenteller, S. 87.

¹⁴⁸ Haag Molkenteller, S. 88.

¹⁴⁹ Wacke, ZEuP 2000, S. 254, 256.



bunden.¹⁵⁰ Dieser Gedanke lehnt an die Kant'sche Rechtsphilosophie an und wird heute dogmatisch als die innere Abstraktion der Verfügung verstanden.¹⁵¹

Savigny versuchte seine Theorie an einfachen Beispielen zu verdeutlichen. Er erklärte, dass eine Person, die eine Sache übergibt, hiermit verschiedene Ziele verfolgen kann. So könne jemand eine Sache zum Zwecke der Vermietung, der Verwahrung oder der Leihe übergeben. In diesen Fällen fände keine Eigentumsübertragung an der Sache statt. Eine Sache könne hingegen ebenfalls in Folge eines Verkaufs oder einer Schenkung übergeben werden. In all diesen Fällen käme es zum Eigentumsübergang. Savigny warf die Frage auf: „*Worin besteht der Unterschied zwischen den beiden genannten Fallgruppen?*“ Die Antwort lag für ihn eindeutig darin, dass bei der letzten der Eigentümer das Eigentum an der Sache übertragen wolle und bei der ersten nicht. Aus dieser „einfachen“ Überlegung leitete er den Standpunkt ab, dass die *traditio* das Eigentum durch den übereinstimmenden Willen der Parteien übergehen lässt, und dass dies nicht der Fall ist, wenn dieser Wille nicht vorliegt.¹⁵²

Die Idee eines selbstständigen sachenrechtlichen Vertrages fand in Deutschland schnell viele Anhänger, was zur deutlichen Verfestigung des Dogmas Savignys in der Mitte des 19. Jhd. führte.¹⁵³ In der spätpandektischen Literatur ist die allgemeine Verbreitung des Abstraktionsdogmas zu beobachten und obgleich unter den Anhängern noch starke begriffliche Differenzen bestanden, waren sie sich grundsätzlich in Bezug auf die Anerkennung eines getrennten dinglichen Vertrages einig. Die Unsicherheit in Bezug auf die Quellendeutung rückte immer mehr in den Hintergrund. Es setzten sich vielmehr teleologische Erwägungen durch, die zum Inhalt hatten, dass das Abstraktionsprinzip in einer modernen Verkehrswirtschaft zu den unabdingbaren Voraussetzungen für den ungehemmten Ablauf der vertraglichen Austauschverhältnisse gehöre.¹⁵⁴ Nachdem v. Jhering die rechtspolitische Begründung des Verkehrsschutzes zur Abstraktionslehre beigetragen hatte,¹⁵⁵ setzte sie sich immer weiter durch.¹⁵⁶

Somit kam es in der zweiten Hälfte des 19. Jhd. zur praktischen Verwirklichung des Abstraktionsprinzips und zu seiner Geltung im Liegenschaftsrecht: Das Auflassungsrecht wurde im Sinne der Abstraktionslehre neu geformt, was als wichtiger Meilenstein zugunsten der allgemeinen Übernahme des Abstraktionsprinzips gesehen wurde.¹⁵⁷ Ebenso gestaltete das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 die Übereignung von Grundstücken als ein abstraktes Rechtsgeschäft aus.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III § 140, S. 312f.

¹⁵¹ MüKo-Oechsler, § 929 BGB, Rn. 8.

¹⁵² Vgl. zum Ganzen Savigny, System des heutigen römischen Rechts, § 141, S. 317ff.

¹⁵³ Ranieri, S. 78.

¹⁵⁴ Vgl. zu diesen Beobachtungen hinsichtlich der spätpandektischen Literatur Buchholz, S. 6.

¹⁵⁵ v. Jhering, S. 210ff.

¹⁵⁶ Roth, ZvglRWiss 1992 (1993), S. 371, 373f.

¹⁵⁷ Buchholz, S. 6.

¹⁵⁸ Wieling, ZEuP 2001, S. 301f.



b) Übernahme des Abstraktionsprinzips in das BGB

Die Entscheidung der Verfasser des BGB über die Einführung des Abstraktionsprinzips wurde dadurch, dass sich die Mehrheit der Pandektenwissenschaftler zugunsten der Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag ausgesprochen hatte, entscheidend beeinflusst.¹⁵⁹ Bereits im Oktober 1875 kam es zu einem Grundlagenbeschluss, durch welchen sich die Redaktoren des BGB mehrheitlich zur Übernahme dieser Theorie entschlossen, ohne große Erörterung prinzipieller dogmatischer Bedenken.¹⁶⁰ Zwar gab es eine lebhafte Auseinandersetzung um die Frage, ob die Übereignung grundsätzlich unabhängig vom Rechtsgrund sein sollte.¹⁶¹ Hinsichtlich der Übereignung von Immobilien bestand jedoch eine breite Übereinstimmung, dass Einigung und Eintragung des Erwerbers im Grundbuch zum Erwerb genügen sollten.¹⁶² Vereinzelt waren die Gegenstimmen, die den Entwurf kritisch analysierten und die Auffassung vertraten, der „*rechtsgeschäftliche Formalismus*“, die Abstraktion, entziehe dem individuellen Rechtserwerb jede „*sittlich - inhaltliche Rechtfertigung*“.¹⁶³ Hauptkritik seitens der Gegenstimmen war, dass das Abstraktionsprinzip die Trennung eines einheitlich naturalen Zusammenhanges darstelle.¹⁶⁴

In der ersten Kommission war Johow betraut mit der Ausarbeitung des Sachenrechts.¹⁶⁵ Johow folgte der Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag.¹⁶⁶ Er kritisierte ebenso die *titulus-modus* Lehre.¹⁶⁷ Sie vermenge sachen- und schuldrechtliche Elemente.¹⁶⁸ Für die zweite Kommission gehörte das Abstraktionsprinzip bereits zu den leitenden Prinzipien des Immobilienrechts.¹⁶⁹ Zweifel an der sachlichen Notwendigkeit dieses Prinzips wurden immer weniger geäußert.¹⁷⁰ Es überwog die Ansicht, dass die rechtliche Trennung zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft den Vorteil bringe, dass mögliche Fehler des Kausalgeschäfts nicht auf das abstrakte Erfüllungsgeschäft durchschlagen.¹⁷¹ Es herrschte die Auffassung, dass hiermit den Interessen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und insbesondere des freien Warenverkehrs gedient sei.¹⁷² So geschah es, dass schließlich das Abstraktionsprinzip für das gesamte Sachenrecht in das BGB aufgenommen wurde.

¹⁵⁹ Buchholz, S. 6. Vgl. zur parlamentarischen Diskussion auch gute Darstellung Schuberts, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumserwerb, insb. S. 101-114.

¹⁶⁰ Mot. 1. Entw. BGB III, 136, 158ff.

¹⁶¹ Vgl. Prot. vom 15.10.1875, S. 1-3.

¹⁶² Maurer, S. 37.

¹⁶³ vgl. Kindel, insb. S. 120ff. und 213ff.

¹⁶⁴ Vgl. statt vieler Rother, AcP 169 (1969), S. 1ff.

¹⁶⁵ Füller, S. 123.

¹⁶⁶ Vgl. Buchholz, S. 389.

¹⁶⁷ Vgl. Füller, S. 124 zu Einzelheiten der Begründung Johows, m.N. Zur Kritik an der ungenauen Begründung durch die Verfasser des BGB, vgl. Füller, S. 125.

¹⁶⁸ Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III Bd. (1899) S.4.

¹⁶⁹ Vgl. Prot. II, Bd. 3, S. 53f.

¹⁷⁰ Vgl. Prot. II, Bd. 3, S. 53f.

¹⁷¹ Vgl. Prot. II, Bd. 3, S. 53f.

¹⁷² Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III Bd. (1899) S. 4.

Die noch durchzuführende Darstellung der Übereignungsformen der in dieser Arbeit weiter zu untersuchenden Rechtsordnungen und die kritische Auseinandersetzung mit ihnen wird zeigen, ob das Abstraktionsprinzip den anderen Gestaltungsmöglichkeiten überlegen ist oder ob eventuell die besseren Gründe dafür sprechen, in der Zukunft von diesem Prinzip abzugehen.

IV. Die Grundstücksübereignung nach deutschem Recht

Die Übereignung von Grundstücken richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsänderungen an Grundstücken (§§ 873ff.) und den speziellen Vorschriften über Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (§§ 925ff.).

Gemäß § 873 Abs. 1 sind zur Übereignung eines Grundstücks grundsätzlich die Einigung über den Eigentumsübergang, die Berechtigung des Veräußerers sowie die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich.¹⁷³

1. Der dingliche Verfügungsvertrag: Die Auflassung

Die Einigung über den Eigentumsübergang nach § 873 Abs. 1 kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen in Form von Angebot und Annahme und stellt damit einen dinglichen Vertrag dar,¹⁷⁴ der nach der Legaldefinition des § 925 Abs. 1, S. 1 als Auflassung bezeichnet wird. Auf ihn finden die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGBs zu Verträgen Anwendung.¹⁷⁵ Inhaltlich muss die Einigung das betroffene Grundstück sowie den übereinstimmenden Willen der Parteien, das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen, erkennen lassen.¹⁷⁶ Die Auflassung ist aus Gründen der Rechtssicherheit befristungs- und bedingungsfeindlich (vgl. § 925 Abs. 2), d.h. die Parteien können ihre Willenserklärungen zur Übertragung des Eigentums nicht unter eine Bedingung oder Befristung stellen. Sie können die Auflassungserklärungen grundsätzlich bis zur Eintragung des Eigentümerwechsels jederzeit frei widerrufen. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes ist bei unbeweglichen Sachen ausgeschlossen.¹⁷⁷

a) Berechtigung des Veräußerers

In § 873 Abs. 1 ist bestimmt, dass die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt des Eigentumsübergangs erforderlich ist. Berechtigter im Sinne dieser Vorschrift ist auf der Veräußererseite bei der Eigentumsübertragung in erster Linie der nicht in seiner

¹⁷³ Auf die zeitliche Reihenfolge der Einigung und Eintragung kommt es nach der Rspr. des BGHs nicht an, vgl. BGH NJW 2000, S. 805; dies ergibt sich auch aus § 879 Abs. 2 BGB. Entscheidend ist nur, dass diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

¹⁷⁴ Palandt-Bassenge, § 873 BGB, Rn. 9.

¹⁷⁵ Bauer/Stürner, § 19 B I, Rn. 9, 10; MüKo-Wacke, § 873 BGB, Rn. 20.

¹⁷⁶ Wolf/Wellenhofer, S. 251; Palandt-Bassenge, § 873 BGB, Rn. 10.

¹⁷⁷ Staudinger-Klinck, W. Eigentum, Rn. 68.

Verfügungsbefugnis beschränkte tatsächliche Eigentümer.¹⁷⁸ Hierfür ist materiell-rechtlich die Grundbucheintragung des tatsächlichen Eigentümers nicht erforderlich.¹⁷⁹ Das heißt, dass auch der nicht im Grundbuch eingetragene Eigentümer Verfügungsberechtigter ist.¹⁸⁰ Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass das Eigentum auch außerhalb des Grundbuches übergehen kann, wie etwa beim Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes gemäß § 1922.¹⁸¹

Berechtigter im Sinne des § 873 Abs. 1 ist darüber hinaus der für den Eigentümer Verfügungsbefugte.¹⁸² Dies ist insbesondere derjenige, der gemäß § 185 Abs. 1 durch den Eigentümer zur Verfügung ermächtigt wurde.

b) Die Form der Auflassung

Die Auflassung muss zu ihrer materiellen Wirksamkeit gemäß § 925 Abs. 1, S. 1 bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. „Zuständige Stelle“ ist in erster Linie der Notar.¹⁸³ Darüber hinaus kann nach den §§ 12 Nr. 1, 19 Abs. 2, Nr. 2 KonsG ein Konsularbeamter nach Ermächtigung durch das Auswärtige Amt zuständige Stelle sein. Zudem besteht nach § 925 Abs. 1, S. 3 die Möglichkeit, die Auflassung vor einem deutschen Gericht im Rahmen eines gerichtlichen Vergleiches zu erklären. Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit setzt kein persönliches Erscheinen der Parteien voraus, sondern es schließt die Möglichkeit der Stufenbeurkundung nach den §§ 128, 152 aus. Eine Stellvertretung der Parteien ist daher möglich.¹⁸⁴ Zwar ist die Auflassung wegen der Geltung des Abstraktionsprinzips in ihrer rechtlichen Wirksamkeit unabhängig vom Grundstückskaufvertrag. Sie soll jedoch gemäß § 925 a vom Notar nur entgegengenommen werden, wenn ein wirksam beurkundetes Kausalgeschäft vorliegt.¹⁸⁵

Die Einschaltung des Notars, eines fachkompetenten Konsularbeamten oder unabhängigen Richters bei der Auflassung soll ebenfalls zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts dienen und zugleich soll durch eine rechtskundige Stelle die Einhaltung aller Vorschriften gewährleistet werden.¹⁸⁶ Zudem hat die Einschränkung der Formfreiheit ihren

¹⁷⁸ Hügel, Grundbuchordnung, S. 1; Palandt-Bassenge, § 873 BGB, Rn. 11.

¹⁷⁹ BGH NJW-RR 2006, S. 888, 890.

¹⁸⁰ Erklärt der nicht im Grundbuch eingetragene Eigentümer die Einigung, während noch ein Dritter zu Unrecht als Eigentümer eingetragen ist, ist die Einigung materiell-rechtlich wirksam, obwohl das Grundbuchamt gemäß § 39 GBO die korrespondierende Eintragung erst nach Berichtigung des Grundbuches vornehmen darf, Staudinger-Gursky, § 873 BGB, Rn. 70.

¹⁸¹ Palandt-Weidlich, § 1922 BGB, Rn. 32.

¹⁸² Bei der Insolvenz des Eigentümers ist der Insolvenzverwalter Verfügungsberechtigter, vgl. § 80 InsO.

¹⁸³ Palandt-Bassenge, § 925, Rn. 2.

¹⁸⁴ Staudinger-Klinck, Eckpfeiler, W. Eigentum, Rn. 68.

¹⁸⁵ Schreiber-Wochner, Kap. 6, Rn. 24.

¹⁸⁶ Wolf/Wellenhofer, S. 254.



Grund in der besonderen Bedeutung der privat- und öffentlich-rechtlichen Folgen¹⁸⁷ einer Grundstücksübereignung:¹⁸⁸ Zweck des Formzwanges ist es daher in erster Linie einwandfreie und klare Auflassungserklärungen als Grundlage für die Grundbucheintragung zu schaffen, so dass ein Auseinanderfallen von Grundbuchstand und materieller Rechtslage möglichst verhindert, und somit dem öffentlichen Interesse an der Richtigkeit des Grundbuches, und damit der Klarheit der Rechtsverhältnisse gedient wird.¹⁸⁹ Wird die Formvorschrift des § 925 Abs. 1 nicht eingehalten, ist die Auflassung und damit auch die Übereignung unheilbar nichtig, § 125, S. 1.

Nicht zu verwechseln ist die Erforderlichkeit der gleichzeitigen Anwesenheit bei der Abgabe der Auflassung mit deren Beurkundung, die – obwohl sie in der Praxis regelmäßig durchgeführt wird – nach dem BGB nicht erforderlich ist. In § 925 fehlt eine dem § 311 b Abs. 1 entsprechende Regelung, so dass eine besondere Schriftform der Auflassung nach dem BGB materiell-rechtlich nicht gefordert wird.¹⁹⁰

c) Gründe der notariellen Beurkundung der Auflassung

Die notarielle Beurkundung der Auflassung ist in der Praxis für die Eintragung des neuen Eigentümers erforderlich: Gemäß §§ 20, 29 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung in das Grundbuch nur dann vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche Urkunde oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden. Dem Grundbuchamt muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor der zuständigen Stelle erklärt worden ist, dieser Nachweis wird aber ohne eine formgerechte Beurkundung der Auflassung nicht geführt werden können.¹⁹¹ Eine bloße Beglaubigung der Unterschriften der Beteiligten reicht nicht aus, da sie nur die Echtheit der Unterschriften bestätigt, aber keine Aussage über den Inhalt der Urkunde macht. Das Beurkundungsrecht schreibt für die Auflassung die Beurkundung nach den Regeln der §§ 8ff. BeurkG vor. Das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten verlangt eine einheitliche Verhandlung nach § 8 BeurkG.¹⁹² § 29 GBO hat trotz der Formulierung als Sollvorschrift für das Grundbuchamt verpflichtenden Charakter, so dass Anträge ohne notariell beurkundete Auflassung

¹⁸⁷ Das Gesetz knüpft an das Grundeigentum besondere Rechte, aber auch Pflichten, wie z.B. Störerhaftung, Verkehrssicherung und Haftung für Steuern und Abgaben, Demharter, § 20, Rn. 2.

¹⁸⁸ MüKo-Kanzleiter, § 925 BGB, Rn.1.

¹⁸⁹ Pajunk, S. 37.

¹⁹⁰ So die ganz h.M., vgl. BGH NJW 1992, 1101f.; Palandt-Bassenge, § 925 BGB, Rn. 2ff.; Staudinger-Pfeifer, § 925 BGB, Rn. 75; Eine andere Ansicht vertritt Pajunk, der aufgrund der Funktionen, die der notariellen Beurkundung zukommen, auch die Beurkundung der Auflassung entgegen dem Wortlaut des § 925 I für notwendig hält, Pajunk, S. 233.

¹⁹¹ Demharter, § 20, Rn. 27; Staudinger-Hertel, Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB, Rn. 48; Wolf, JA 2006, S. 898f.

¹⁹² BayObLG, DNotZ 2001, S. 562f.

zurückzuweisen sind.¹⁹³ Auch wenn die Auflassung materiell nach § 925 wirksam wäre, würde dieser Verfahrensmangel also die Eigentumsumschreibung ausschließen. Daher ist in der Praxis die Beurkundung der Auflassung notwendig, es besteht ein faktischer Beurkundungszwang.¹⁹⁴

§ 29 GBO ist indes als Vorschrift des formellen Grundbuchrechts keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Eigentumsübergang.¹⁹⁵ Hat der Grundbuchbeamte eingetragen, obwohl die Voraussetzung des § 29 GBO nicht erfüllt war, ist der Eigentumsübergang dennoch erfolgt.

Zuständig für die Beurkundung der Auflassung ist der deutsche Notar. Ob die Auflassung über ein in Deutschland belegenes Grundstück – im Gegensatz zum schuldrechtlichen Kaufvertrag – wegen des Grundsatzes *lex rei sitae* auch vor einem ausländischen Notar erklärt werden kann, ist umstritten.¹⁹⁶ Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden.¹⁹⁷ Entscheidend für die Untersuchung des entgeltlichen Grundeigentumserwerbs nach deutschem Recht ist, dass das deutsche Recht überhaupt eine Pflicht zur Einschaltung des Notars vorsieht.

aa) Bindungswirkung gemäß § 873 Abs. 2

Es bestehen weitere Gründe, warum die Beurkundung der Auflassung in der Praxis regelmäßig erfolgt. Der Übergang des Eigentums auf den Käufer wird erst durch die Einigung und die Eintragung zusammen herbeigeführt, § 873 Abs. 1. Daher muss zum Zeitpunkt der Eintragung noch eine wirksame Einigung vorliegen. Es könnte den Eigentumserwerb des Käufers gefährden, wenn der Verkäufer nach Erklärung der Auflassung von der Eigentumsübertragung Abstand nehmen wollte. Aus § 873 Abs. 2 ergibt sich, dass die Einigung als Willenserklärung materiell-rechtlich vor der Eintragung des Eigentümerwechsels im Grundbuch grundsätzlich jederzeit frei widerruflich ist. Diese Gefahr wird ausgeräumt, indem die Auflassung notariell beurkundet wird, denn dann ist sie gemäß § 873 Abs. 2 bindend und kann nicht mehr einseitig widerrufen werden.

Diese Wirkung tritt nach § 873 Abs. 2 ebenfalls ein, wenn die Auflassung vor dem Rechtspfleger des Grundbuchamtes abgeschlossen wird, oder alternativ die Auflassung beim Grundbuchamt eingereicht wird, oder der Veräußerer dem Erwerber eine Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) ausgehändigt hat, die die Form des § 29 GBO erfüllt.

bb) Unerheblichkeit nachträglicher Verfügungsbeschränkung gem. § 878

Die Herbeiführung der Bindung an die Einigung hat den weiteren Vorteil, dass bei kumulativ beim Grundbuchamt gestelltem Antrag auf Eintragung eine zwischenzeitlich eintretende Ver-

¹⁹³ Pajunk, S. 68. Vgl. zur Gegenmeinung Pajunk S. 68 m.N.

¹⁹⁴ Pajunk, S. 74.

¹⁹⁵ Wolf, JA 2006, S. 898f.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu Ludwig in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 128 BGB, Rn. 22ff.

¹⁹⁷ Vgl. daher Ludwig in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 128 BGB, Rn. 22ff.

fügungsbeschränkung des Veräußerers unerheblich ist, § 878.¹⁹⁸ Eine Verfügungsbeschränkung kann etwa eintreten durch zwischenzeitlichen Verlust der Geschäftsfähigkeit oder Insolvenz des Veräußerers.

Die Bedeutung des § 878 liegt im Schutz des Erwerbers, der regelmäßig auf die Schnelligkeit der Eintragung keinen Einfluss nehmen kann und daher nicht durch Einflüsse benachteiligt werden soll, die außerhalb seiner Sphäre liegen. Müsste die Verfügungsbefugnis noch bei der Vollendung des Erwerbstatbestands durch die Eintragung vorliegen, entstünde ein wirtschaftshemmender Schwebezustand, da der Erwerber sich bis zur Eintragung seines bereits eingeleiteten Erwerbs noch nicht sicher sein könnte, ob er das Grundstück tatsächlich erwirbt.¹⁹⁹ Dies wäre unbillig, wenn der Erwerber seinerseits alles Erforderliche zum Erwerb getan hat. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 878 Rechnung getragen. Nach § 878 ist es unerheblich, ob der Veräußerer oder der Erwerber den Antrag stellt. Der Käufer sollte dies jedoch deshalb tun, da der Verkäufer seinen Eintragungsantrag zurücknehmen könnte und dann die Wirkung des § 878 entfielen.²⁰⁰ Hat der Käufer hingegen den Antrag gestellt, so hat er eine gesicherte Erwerbsposition,²⁰¹ da Anträge beim Grundbuchamt in der Reihenfolge ihres Eingangs bearbeitet werden müssen (vgl. §§ 17, 45 GBO).

Durch § 878 gewinnt der Erwerber damit eine gefestigte Erwerbsaussicht, die als Anwartschaft bezeichnet werden kann.²⁰² Der Veräußerer kann den Eigentumsübergang – und somit die Entstehung des Vollrechts – nicht mehr einseitig zerstören. Das Anwartschaftsrecht entsteht als Vorstufe des Eigentums, da der Erwerber schon ab diesem Zeitpunkt vor beeinträchtigenden Zwischenverfügungen geschützt ist.²⁰³

2. Die konstitutive Wirkung der Eintragung

Die Übereignung eines Grundstücks ist ein Doppeltatbestand, der neben der Auflassung noch ein tatsächliches Element enthält.²⁰⁴ Erst mit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch tritt die Rechtsänderung an dem Grundstück ein, § 873 Abs. 1.²⁰⁵ Die Eintragung der Rechtsänderung an dem Grundstück im Grundbuch ersetzt den bei der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen erforderlichen Realakt der Übergabe.²⁰⁶ Damit stellt die

¹⁹⁸ Hügel-Reetz, Grundbuchordnung, § 13, Rn. 20; Brehm/Berger, S. 175.

¹⁹⁹ Staudinger-Gursky, § 878 BGB, Rn. 1.

²⁰⁰ Wolf/Wellenhofer, S. 265.

²⁰¹ Bauer/Stürner, § 19, Rn. 15.

²⁰² Vgl. BGH NJW 1989, S. 1093f.; Wolf/Wellenhofer, S. 268; Staudinger-Gursky, § 878 BGB, Rn. 5. Zur Frage, ob Anwartschaftsrecht oder lediglich Anwartschaft, vgl. MüKo-Wacke, § 873, Rn. 43 m.w.N.

²⁰³ Palandt-Bassenge, § 925, Rn. 25.

²⁰⁴ Staudinger-Klinck, Eckpfeiler, W. Eigentum, Rn. 69.

²⁰⁵ Brehm/Berger, S. 182.

²⁰⁶ Wolf/Wellenhofer, S. 256.



Eintragung für den Eigentumserwerb eine konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung dar.²⁰⁷ Die Eintragung muss inhaltlich der Einigung entsprechen.²⁰⁸ Ist die Auflassung unwirksam oder entspricht sie nicht der Eintragung, wird das Grundbuch durch Eintragung unrichtig, § 894.²⁰⁹ Nach Abschluss des Kaufvertrags und der Auflassung können beide Parteien die Eintragung in das Grundbuch verlangen, indem sie die Auflassung dem Grundbuchamt vorlegen (sog. Antragsprinzip).²¹⁰ Der Antrag wird mit Eingang beim Grundbuchamt wirksam, § 13 GBO. Gemäß § 19 GBO muss die Eintragung von demjenigen bewilligt werden, der auf ein Recht verzichtet (Bewilligungsprinzip), somit beim Grundstückskauf der Verkäufer. Das Grundbuchamt verfügt die Eintragung, sofern sämtliche formellen Eintragungsvoraussetzungen vorliegen. Neben den genannten Voraussetzungen muss hierzu insbesondere die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen ist, als Berechtigter im Grundbuch eingetragen sein, vgl. § 39 GBO (Voreintragungsprinzip).

3. Die Bedeutung des Grundbuches²¹¹

Der Klarheit über die Eigentumsverhältnisse an Grund und Boden kommt eine besonders hohe Bedeutung zu. Das Eigentum ist als dingliches Recht ein absolutes Recht, d.h. es wirkt gegen jedermann. Das Grundbuch soll im Sinne des sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatzes²¹² zuverlässig über die Rechtslage der Grundstücke Auskunft geben, also selbst Offenkundigkeit herstellen.²¹³ So wie im Mobiliarsachenrecht die dingliche Zuordnung der Sache grundsätzlich durch Besitz verdeutlicht wird, so soll im Immobiliarsachenrecht das Grundbuch die dingliche Zuordnung für jedermann deutlich machen. Um dem Publizitätsgrundsatz gerecht zu werden, findet daher die Eintragung der Eigentumsverhältnisse in das Grundbuch statt.²¹⁴

Für Rechtsverhältnisse, die für den Einzelnen von besonderer Relevanz sind, hat es der deutsche Gesetzgeber für erforderlich erachtet, diese in öffentlichen – d.h. für jedermann (bei Nachweis eines berechtigten Interesses) einsehbaren – Registern festzuhalten. Der Staat hat hierzu die Führung von Registern als Staatsaufgabe übernommen. Die Aufgabe öffentlicher

²⁰⁷ Brehm/Berger, S.182.

²⁰⁸ Palandt-Bassenge, § 873 BGB, Rn. 12.

²⁰⁹ Staudinger-Pfeifer, § 925 BGB, Rn. 107.

²¹⁰ Schöner/Stöber, S. 5.

²¹¹ Der Begriff des Grundbuchs wird im BGB und in der GBO nicht einheitlich verwendet. Nach § 3 GBO erhält jedes Grundstück im Grundbuch eine besondere Stelle (Grundbuchblatt). Im Sinne des BGB ist „Grundbuch“ dieses einzelne Grundbuchblatt. In dieser Arbeit wird grundsätzlich der Begriff „Grundbuch“ im Sinne der GBO verwendet, d.h. es handelt sich um die Gesamtheit der einzelnen Grundbuchblätter. Sofern es rechtlich auf die genaue Unterscheidung des einzelnen Grundbuchblattes im Gegensatz zu der Gesamtheit der Grundbuchblätter ankommt, wird ausdrücklich von „Grundbuchblatt“ gesprochen.

²¹² BGHZ 23, S. 57, 61; 136, S. 246, 253.

²¹³ BGHZ 104, S. 139, 143.

²¹⁴ Frankenheim, S. 155; Schöner/Stöber, S. 1.

Register besteht demnach in der Kundmachung privater Rechtsverhältnisse.²¹⁵ Sinn und Zweck des Grundbuches ist es daher, eine für jedermann erkennbare, sichere Grundlage für den Immobilienverkehr zu schaffen.²¹⁶ Wer am Grundstücksverkehr teilnehmen will, soll sich durch Einsicht des Grundbuches eine zuverlässige Erkenntnis über den dinglichen Rechtszustand verschaffen können.²¹⁷ Hierdurch soll ein besonders hoher Grad an Rechtssicherheit gewährleistet werden.

Neben dem Schutz der Privatinteressen verfolgt der Staat aber auch ein hoheitliches Interesse: Der Beurkundungs- und Eintragungszwang erleichtert die Überwachung des Grundstückverkehrs im bodenpolitischen und fiskalischen Interesse.²¹⁸ Beim Erwerb eines Grundstücks fällt nach deutschem Steuerrecht grundsätzlich eine Grunderwerbssteuer – je nach Bundesland in Höhe von 3,5 % bis 4,5 % – an. Diese richtet sich nach dem in der notariellen Kaufvertragsurkunde angegebenen Wert.

Die Eintragung ins Grundbuch ist ein obrigkeitlicher Akt; sie ist dem Einwirken der Parteien selbst entzogen. Der dem Grundbuch beigelegte öffentliche Glaube erfordert es, dass der Staat selbst für die Sicherheit und Richtigkeit der Eintragung sorgt.²¹⁹ In Deutschland ist die Aufgabe der Führung des Grundbuches den Gerichten übertragen. Dies hat den Vorteil der Sicherung eines justizförmigen Verfahrens und der Behandlung durch Registerführer, die sachliche Unabhängigkeit genießen.²²⁰ Hierdurch wird ein hoher Grad an Unparteilichkeit bei der Amtsausübung gewährleistet. Eine Ausnahme hierzu bildet Baden-Württemberg. Dort werden die Aufgaben des Grundbuchamtes von Notaren und Notarvertretern wahrgenommen, vgl. §§ 1 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 29 Abs. 1 LFGG^{221 222}.

Die Aufgabe des Grundbuchamtes gehört ebenso wie das Beurkundungswesen zur vorsorglichen Rechtspflege, die in wichtigen Rechtsgebieten durch die Einschaltung staatlicher Stellen besondere Rechtssicherheit schaffen soll.

a) Die Geschichte des deutschen Grundbuchsystems²²³

Der Ursprung des Buchwesens im deutschen Recht war der Gedanke, dass ein besonderer Publizitätsakt für die Übertragung des Grundeigentums aufgrund dessen elementaren Bedeutung nötig sei.²²⁴

²¹⁵ Reithmann, DNotZ 1979, S. 67; Böhringer, BWNotZ 1987, S. 25.

²¹⁶ Schöner/Stöber, S. 1.

²¹⁷ Schöner/Stöber, S. 2.

²¹⁸ Hoffmann, S. 135.

²¹⁹ Ortlieb, S. 25.

²²⁰ Reithmann, DNotZ 1979, S. 67f.

²²¹ Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit des Landes Baden-Württemberg.

²²² Vgl. zur Sonderstellung der Notare in Baden-Württemberg Abschnitt: 1. Teil, B., II.,3.

²²³ Vgl. ausführlich zur Geschichte des deutschen Grundbuchs: Böhringer, BWNotZ 1986, S. 1-5, sowie Wagemann, S. 3ff.

²²⁴ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1, m.N.

Schon in der fränkischen Zeit im Zuge der Völkerwanderung mit dem Beginn der Sesshaftigkeit der Bevölkerung wurde Publizität im Grundstücksverkehr durch die Hinzuziehung von Zeugen gewonnen.²²⁵ Die Übereignung vollzog sich durch die sog. *Sale* und *Gewere*. Die sog. *Sale* war die Erklärung des Übereignungswillens und bewirkte den Eigentumsübergang zwischen den Parteien.²²⁶ Die Wirkung des Eigentümerübergangs gegenüber Dritten wurde durch die *Gewere* herbeigeführt, ein Ritual, bei dem der Käufer vor Zeugen das betreffende Grundstück betrat.²²⁷ Auf diesen Übergabeakt des „Hinauflassens“ des Käufers auf das Grundstück durch den Verkäufer, ist auch die Entstehung des Begriffes „Auflassung“ zurückzuführen.²²⁸ Im Laufe der Zeit stellte sich diese Art der Grundstücksübertragung jedoch für zu aufwendig dar und so kam es in der mittelalterlichen Zeit (seit etwa 11. Jhd.) in Deutschland mehr und mehr zur Einschaltung der Gerichte bei der Grundstücksübertragung. Ein gerichtliches Urteil ersetzte nunmehr die *Sale* und *Gewere*.²²⁹ Die Urteile wurden zu Beweis Zwecken aufwendig in Büchern aufbewahrt, die teilweise so ordentlich geführt wurden, dass sie als Vorläufer des deutschen Grundbuchs gesehen werden.²³⁰ Allerdings mangelte es hierbei noch an der konstitutiven Wirkung, die Aufbewahrung der Urkunden erfolgte eben zunächst nur zu Beweis Zwecken.²³¹ Im Laufe des 11. Jhd. kam es in Bayern beispielsweise zur Fortentwicklung dieses Urkundswesen zu privaten Traditionsbüchern, in denen jeder Eigentümerwechsel vermerkt wurde.²³²

Amtliche Sammlungen, in denen die Grundstücksgeschäfte eingetragen wurden, entstanden ab dem 12. Jhd., zunächst in bedeutenden Handels- und Verkehrsstädten. Die ersten und bedeutendsten Urkundensammlungen dieser Art sind die Kölner Schreinskarten und Schreinsbücher, die als bahnbrechend für die Rechtsentwicklung und als ältestes deutsches Grundbuch gelten.²³³

Schon im 15. Jhd. herrschte dann in einer größeren Zahl von Stadtrechten der Grundsatz der konstitutiven Eintragung.²³⁴ Muster von mittelalterlichen deutschen Realfoliumgrundbüchern sind das Preßburger Grund- und Satzbuch von 1439 und das Münchner Grundbuch von 1484, das als Vorläufer des heutigen Grundbuchs angesehen wird.²³⁵

In der folgenden Zeit der Rezeption Römischen Rechts wurde die Geltung der eingeführten Stadtbücher größtenteils unterbrochen. Es herrschte der römisch-rechtliche Grundsatz der

²²⁵ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1f.

²²⁶ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1f.

²²⁷ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1f.

²²⁸ Löscher, S. 2.

²²⁹ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1f.

²³⁰ Löscher, S. 2.

²³¹ Böhringer, BWNotZ 1986, S. 1f.

²³² Vgl. Hammer, Die Geschichte des Grundbuches in Bayern, S. 44 ff., auch zu regionalen Unterschieden.

²³³ Hermann, S. 10; Böhringer, BWNotZ 1986, S. 1, 3.

²³⁴ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1, 3.

²³⁵ Böhringer, BWNotZ 1986, S.1, 3.



Formlosigkeit des gesamten Sachenrechts.²³⁶ Die Übertragung von Grundstücken erfolgte nach dem Traditionsprinzip, d.h. durch bloßen Vertrag und Übergabe der Sache. Nur in einigen Städten, namentlich in Hamburg und in Lübeck blieben die Einrichtungen der Stadtbücher in dieser Zeit erhalten. Erst ab dem 18. Jhd. kam es in den übrigen Teilen Deutschlands zur erneuten Zuwendung zum Buchwesen.²³⁷

Die rechtliche Zersplitterung in Deutschland in der Zeit vom 17. bis 19. Jhd. spiegelte sich auch in den unterschiedlichsten Formen der Register wider: Teils galten Transkriptions- und Inskriptionssysteme nach französischem Vorbild, in denen die Eintragung weder für den Erwerb des Grundeigentums, noch für den Erwerb von Hypotheken und sonstigen Grundstücksbelastungen konstitutiv, sondern nur für die Wirkung der dinglichen Rechte gegenüber Dritten von Bedeutung war. Teils galten sog. Pfand- und Hypothekensysteme, bei denen nur die Eintragung von Belastungen als konstitutiv vorgeschrieben war.²³⁸ Teilweise bestanden schließlich auch Mischformen der zuvor genannten Systeme.²³⁹

Das heutige Grundbuchsystem mit seinem Hauptmerkmal der konstitutiven Eintragung galt zunächst seit 1872 überwiegend in Preußen, Hamburg, Lübeck, Braunschweig, Oldenburg, Sachsen, Mecklenburg und Anhalt.²⁴⁰ Die Rechtsentwicklung zum heutigen Grundbuchsystem fand ihren Abschluss durch das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 sowie im Inkrafttreten der Grundbuchordnung 1897.²⁴¹ Mit dem Inkrafttreten des BGB²⁴² wurde schließlich die Grundbucheinrichtung auf alle Bundesstaaten des Reiches ausgedehnt und die Reichsgrundbuchordnung vom 24.03.1897²⁴³ brachte für alle deutschen Länder das jetzige Grundbuchsystem.²⁴⁴

b) Der Aufbau des Grundbuches

Vorwegzunehmen ist, dass das Grundbuch vom Liegenschaftskataster zu unterscheiden ist. Beim Liegenschaftskataster, das beim kommunalen Liegenschaftsamt geführt wird, handelt es sich um das amtliche Verzeichnis von Grundstücken. Die Eintragungen im Liegenschaftskataster sind jedoch die Grundlage der Bezeichnung der Grundstücke im Grundbuch, § 2 GBO.

²³⁶ Meikel-Böhringer, Einleitung A, Rn. A 23.

²³⁷ Vgl. zum Ganzen Böhringer, BWNotZ 1986, S.1, 3.

²³⁸ Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, S. 96.

²³⁹ Zum Ganzen Böhringer, BWNotZ 1986, S.1, 3f.

²⁴⁰ Schöner, Stöber, S. 5.

²⁴¹ Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung, Band 3, Grundbuchordnung, S. 1.

²⁴² Vgl. Zur Diskussion um die Einführung des Eintragungsprinzips in der Entstehungsgeschichte des BGB, Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumserwerb, S. 95ff.

²⁴³ RGBl. I S. 139.

²⁴⁴ Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung, Band 3, Grundbuchordnung, S. 1.

aa) Grundlage der Bezeichnung der Grundstücke im Grundbuch

Wegen des Bestimmtheitsgebotes im Grundstücksverkehr kann ein Grundstück im Grundbuch erst dann eingetragen werden, wenn es zuvor im amtlichen Verzeichnis des Liegenschaftskatasters aufgenommen wurde. Die Liegenschaftskataster sind von den Vermessungs- und Katasterverwaltungen der Länder geführte öffentliche Register. Diese Ämter führen als hoheitliche Aufgabe die Landvermessung durch. Sie definieren dadurch die klaren Grenzen des Grundstücks, um Verwechslungen zu vermeiden. Die Grundstücke werden hierzu im Liegenschaftskataster genau dargestellt und beschrieben. Mittlerweile erfolgt dies größtenteils durch elektronische Datenverarbeitung im automatischen Liegenschaftsbuch. Die Hauptfunktion der Liegenschaftskataster liegt damit im Erstellen eines amtlichen Verzeichnisses gemäß § 2 Abs. 2 GBO, an das unter anderem die Grundstücksbezeichnung im Grundbuch anknüpft.²⁴⁵

bb) Gliederung des Grundbuches

Die Führung der Grundbücher erfolgt seit dem im Jahre 1993 in Kraft getretenen Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz²⁴⁶ überwiegend in der Form von EDV-Grundbüchern. In nahezu allen Bundesländern besteht mittlerweile die Möglichkeit, das Grundbuch online einzusehen.²⁴⁷ Die Einsichtnahme ist kostenpflichtig und an die Erfüllung bestimmter Zulassungskriterien – gemessen am notwendigen berechtigten Interesse nach § 12 GBO – gebunden.

Der Aufbau des Grundbuches wird durch die Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung geregelt.²⁴⁸ Grundbuch im Sinne des BGB ist das Grundbuchblatt, § 3 Abs. 1, S. 2 GBO. Für jedes einzelne Grundstück besteht grundsätzlich ein gesondertes Grundbuchblatt, sog. Realfolium. Ausnahmsweise bestehen auch sog. Personalfolien: Nach § 4 Abs. 1 GBO können ausnahmsweise zugunsten der Zusammenschreibung mehrere Grundstücke unter dem Namen desselben Eigentümers auf einem Blatt verzeichnet werden. An der rechtlichen Selbstständigkeit der einzelnen Grundstücke ändert jedoch die Zusammenschreibung nichts.²⁴⁹ Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 GBO regelt nicht nur den Grundsatz der Führung des Realfoliums, sondern zugleich die Buchungspflicht für die Grundbuchämter, womit die Duldungspflicht der Anlegung des Grundbuchblattes durch den Grundstückseigentümer einhergeht.²⁵⁰ Von diesem Buchungszwang gibt es Ausnahmen, wie zum Beispiel für Grundstücke der Kirchen, Klöster,

²⁴⁵ Lambert-Lang-Wahl, Teil 1, A. Rn. 1.

²⁴⁶ BGBl. I 2182.

²⁴⁷ Die Umstellung der Grundbücher auf automatisierte Datenverarbeitung ist bundesweit fast abgeschlossen. Eine Übersicht über den Stand der Umstellung ist zu finden unter www.elrv.info (Pfad: Elektronischer Rechtsverkehr – Rechtsgrundlagen), zuletzt abgerufen am 05.01.2012.

²⁴⁸ Grundbuchverfügung - GBV- i.d.F. v. 24.01.1995, BGBl. I, S. 114.

²⁴⁹ BayOLG Z 1970, S. 163, 166.

²⁵⁰ Meikel-Nowak, § 3, Rn. 22.

Schulen sowie Grundstücke des Bundes, der Länder und Gemeinden, vgl. § 3 Abs. 2 GBO. Von besonderer Wichtigkeit ist die gemäß § 54 GBO bestehende Buchungsfreiheit für auf dem Grundstück ruhende öffentliche Lasten.²⁵¹ Hierbei handelt es sich um dingliche Lasten, die aus öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen folgen, wie vor allem die Grundsteuer und die vom Grundstückseigentümer freiwillig übernommene Baulast.

Die genaue Gliederung des Grundbuchblattes regelt die Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung (Grundbuchverordnung). Gemäß § 4 GBV enthält jedes Grundbuchblatt Aufschrift (Bezeichnung des als Grundbuchamt zuständigen Amtsgerichtes, Angabe von Band und Blatt), Bestandsverzeichnis und drei Abteilungen. Das Bestandsverzeichnis ist in 8 Spalten unterteilt, § 6 GBV, in denen die genaue Bezeichnung wie etwa Größe, Wirtschaftsart und Lage erfolgt. In Abteilung I befinden sich unterteilt in vier Spalten Eintragungen über die Eigentumsverhältnisse, § 9 GBV. In Abteilung II werden unterteilt in sieben Spalten eintragungsfähige Lasten und Beschränkungen außer Grundpfandrechten vermerkt, § 10 GBV. Hierzu gehören insbesondere dingliche Rechte, Vormerkungen, Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen. Nicht eintragungsfähig sind vor allem schuldrechtliche Ansprüche.²⁵² In Abteilung III schließlich werden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und die sich auf diese beziehenden Vormerkungen und Widersprüche eingetragen, § 11 Abs. 1, 12 GBV. Zudem führt jedes Grundbuchamt ein sog. Eigentümerverzeichnis. Dies ist ein für jeden Amtsgerichtsbezirk angelegtes und in alphabetischer Reihenfolge geführtes Verzeichnis, in dem die Namen der Grundstückseigentümer mit Hinweis auf entsprechende Grundbuchblätter aufgeführt sind.

cc) Grundakten

Die Führung des Grundbuchs wird gemäß §§ 24f GBV ergänzt durch die Grundakte. Für jedes Grundbuchblatt wird vom Grundbuchamt eine Grundakte geführt. Grundakten werden zur genaueren Bezeichnung und Bestimmung des Inhalts von Grundstücksrechten geführt. In die Grundakte werden alle Urkunden aufgenommen, die das Grundstück betreffen. Hierzu gehören insbesondere Eintragungsunterlagen wie Kaufvertragsurkunden.²⁵³ Die wesentlichen Eintragungsunterlagen sind zur urkundlichen Sammlung der Rechtsvorgänge an Immobilien zum Nachweis nach § 10 GBO dauernd aufzubewahren. Hieraus ergibt sich eine echte Verwahrungspflicht hinsichtlich sämtlicher Urkunden, auf die sich eine Eintragung gründet oder auf die sie Bezug nimmt. Gemäß § 12 GBO kann bei Vorliegen eines berechtigten Interesses Einsicht in die Grundakten genommen werden.

²⁵¹ Meikel-Böhringer, Einleitung A, Rn. A 53.

²⁵² Lambert-Lang-Wahl, Teil 1, B. Rn. 57.

²⁵³ Vgl. Schreiber-Rombach, Kapitel 7, Rn. 6.

c) Die formelle Publizität des Grundbuches

Das Grundbuch ist ein grundsätzlich für jedermann einsehbares und daher öffentliches Register. Die Einsichtnahme ist bei Vorliegen eines berechtigten Interesses gemäß § 12 GBO zu gestatten. Ein berechtigtes Interesse in diesem Sinne hat grundsätzlich jeder, dem ein Recht am Grundstück zusteht; in erster Linie daher der Eigentümer aber auch der Inhaber anderer Rechte am Grundstück, wie z.B. der Erbbauberechtigte oder der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts. Hierbei ist nicht Voraussetzung, dass der Einsichtbegehrende als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist.²⁵⁴ Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass das Grundbuch auch falsch sein kann, wenn beispielsweise der Erbe eines Grundstücks nach Erbfall noch nicht als Eigentümer eingetragen ist.

Es kann jedoch auch ein tatsächliches Interesse zur Einsicht, insbesondere ein wirtschaftliches Interesse, genügen. Ein solches hat der potentielle Käufer nach Eintritt in Verkaufsverhandlungen mit dem Eigentümer;²⁵⁵ ebenso etwa ein Kreditgeber des Eigentümers, der aufgrund eines Vollstreckungstitels die Zwangsversteigerung in das Grundstückseigentum betreiben möchte.

Das Grundbuchamt gibt dem Berechtigten umfassende Information über das Grundstück, denn der Grundsatz der formellen Publizität beschränkt sich nicht auf die Grundbucheinträge als solche. Vielmehr sind nach § 12 Abs. 1, S. 2 GBO auch die noch nicht erledigten Eintragungsanträge erfasst, zudem Urkunden, auf die in einer Eintragung Bezug genommen wird, sowie die Grundakten, aus denen meist umfassende Informationen in Bezug auf ein Grundstück gewonnen werden können.²⁵⁶

d) Die materielle Publizität des Grundbuches und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs

Dem Grundbuch kommt zum Zwecke des Verkehrsschutzes grundsätzlich positive sowie negative Publizität zu.²⁵⁷ Zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück erwirbt, wird der Inhalt des Grundbuches als richtig fingiert, § 891 Abs. 1 (positive Publizität). Nach dem Gesetzeswortlaut gelten zudem nicht eingetragene Rechte als nicht bestehend, vgl. § 891 Abs. 2 (negative Publizität). Volle negative Publizität in dem Sinne, dass vermutet würde, dass ein nicht eingetragenes Recht auch nicht besteht, entfaltet das Grundbuch jedoch nicht, sondern es wird nur vermutet, dass das gelöschte – nicht das gar nicht eingetragene – Recht nicht besteht.²⁵⁸ Das Grundbuch gilt also als vollständig in dem Sinne, dass das eingetragene Recht als unbeschränkt durch nicht eingetragene sowie gemäß § 46 Abs. 1 oder 2 GBO ge-

²⁵⁴ Demharter, § 12, Rn. 8.

²⁵⁵ Demharter, § 12, Rn. 12.

²⁵⁶ Scheel, Der Betrieb 2005, S. 2799f.

²⁵⁷ Reithmann, DNotZ 1979, S. 67, 78.

²⁵⁸ Soergel-Stürner § 891 Rn. 11; Staudinger-Gursky, § 891, Rn. 46.

löschte Rechte gilt.²⁵⁹ Dies gilt jedoch nicht gegenüber nicht eintragungsfähigen Rechten, zum Beispiel § 914 Abs. 2, S. 1 und öffentlichen Lasten.²⁶⁰ Insoweit besteht eine Ausnahme zum Grundsatz der negativen Publizität.

§ 891 Abs. 1 stellt die Eigentumsvermutung zugunsten des Eingetragenen auf. Die Kundmachung der Eigentümerstellung dient in erster Linie dem Eigentümer zur Erleichterung der Geltendmachung seiner Rechte.

Die zweite wesentliche Funktion der materiellen Publizität und damit des Grundbuchs ist die Stärkung des auf den Grundbucheintrag vertrauenden Erwerbers, der kraft Rechtsscheins des Grundbuchs auf dessen Inhalt vertrauen darf mit der Folge der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs.

Der gutgläubige Erwerb des Eigentums an Grundstücken richtet sich nach §§ 873 Abs. 1, 925 i.V.m. § 892. Neben den Voraussetzungen der Einigung und Eintragung, §§ 873 Abs. 1, 925, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen: Um unberechtigte Vermögensverschiebungen zu verhindern, muss es sich um ein Verkehrsgeschäft handeln, d.h. auf der Erwerberseite muss mindestens eine Person beteiligt sein, die nicht auch auf der Veräußererseite beteiligt ist.²⁶¹ Der nichtberechtigte Veräußerer des Grundstücks muss unrichtigerweise als Eigentümer oder nicht in der Verfügung beschränkter Eigentümer eingetragen sein. Der Erwerber muss bezüglich der Eigentümerstellung oder der Verfügungsberechtigung gutgläubig sein. Dies bedeutet, dass er keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der Eintragung haben darf.

Die Vorschrift des § 892 fingiert zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches. Es ist unerheblich, ob der Erwerber den Grundbuchinhalt kannte oder auf ihn vertraute.²⁶² Bösgläubig ist der Erwerber erst dann, wenn er positive Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuches hat, § 892 Abs. 1, S. 1, 2. Hs. Der gute Glaube kann weiterhin durch einen eingetragenen Widerspruch zerstört werden, § 892, Abs. 1, S. 1, 2. Hs. Einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches kann der Berechtigte nach § 899 Abs. 1 eintragen lassen, sofern das Grundbuch falsch ist und daher nicht der materiellen Rechtslage entspricht. Der Widerspruch ist ein vorläufiger Eintrag, der ein bestehendes dingliches Recht sichern soll und so den gutgläubigen Erwerb zulasten des wahren Berechtigten verhindern kann.²⁶³ Er vernichtet den öffentlichen Glauben bezüglich aller rechtlichen Befugnisse, die sich aus dem Recht ergeben, gegen das sich der Widerspruch richtet.²⁶⁴

²⁵⁹ Dies gilt nicht hinsichtlich nicht eintragungsfähiger Rechte, z.B. § 914 Abs. 2, S. 1 und öffentlichen Lasten.

²⁶⁰ Kutter, ZMR 1998, S. 601.

²⁶¹ BGH NJW 2007, S. 3204; Palandt-Bassenge, § 892, Rn. 5.

²⁶² BGH NJW 07, S. 3204.

²⁶³ Vgl. Staudinger-Klinck, Eckpfeiler, W. Eigentum, Rn. 75.

²⁶⁴ Soergel-Stürner, § 892, Rn. 27.



Kennt das Grundbuchamt seinerseits die Unrichtigkeit der Eintragung, muss es den zum gutgläubigen Erwerb führenden Eintragungsantrag zurückweisen.²⁶⁵ Kein Gutglaubensschutz findet darüber hinaus statt bei sich widersprechenden Doppelseintragungen auf demselben oder verschiedenen Grundbuchblättern, d.h. wenn dasselbe Grundstück fälschlicherweise auf verschiedene Eigentümer eingetragen ist.²⁶⁶ Ebenso wenig findet Gutglaubensschutz statt, wenn – aufgrund eines Fehlers des Grundbuchamtes – ein Grundstück bei zwei verschiedenen Grundbuchämtern inhaltsgleich verbucht wurde.²⁶⁷ In diesem Fall ist weder auf der Grundlage der einen, noch der anderen Eintragung ein gutgläubiger Erwerb möglich.²⁶⁸

e) Wiedergabe der materiellen Rechtslage

Der Eintragungszwang hat die weitere Funktion, zur Vollständigkeit der Registrierung beizutragen.²⁶⁹ Dadurch, dass der Gesetzgeber für die Begründung des rechtsgeschäftlichen Erwerbs von Grundeigentum die Eintragung voraussetzt, erreicht er ohne Zwangsmaßnahmen und Strafen, dass das Grundbuch grundsätzlich die wahre Rechtslage wiedergibt. Mithin hat der Eintragungszwang die Funktion, einen hohen Grad von Übereinstimmung von Rechtswirklichkeit und Grundbuchstand zu sichern.²⁷⁰ Divergenzen zwischen Grundbuchstand und materieller Rechtslage sind dadurch jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen. Das Grundbuch kann bei nicht rechtsgeschäftlichen Änderungen der Eigentümerstellung unrichtig werden, d.h. bei kraft Gesetzes eintretenden Eigentumsübergängen, wie Erbfall oder staatlichem Hoheitsakt (z.B. durch Zuschlag gem. § 90 ZVG). Hier wechselt die Eigentümerstellung, ohne dass eine Änderung des Grundbuches erfolgt.

4. Die Rechtsposition des Erwerbers vor der Eintragung

Das BGB sieht beim Grundstückskauf wie grundsätzlich bei allen gegenseitigen Verträgen eine Zug-um-Zug-Abwicklung vor. Diese gleichzeitige Leistung der Kaufpreiszahlung einerseits und der Grundstücksübereignung andererseits scheitert indes aus tatsächlichen Gründen, da die Grundstücksübereignung erst mit der konstitutiven Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch vollzogen ist, § 873 Abs. 1. Auf den Eintragungszeitpunkt haben die Vertragsparteien jedoch keinen Einfluss.

Welche Risiken für den Käufer in der Zwischenzeit ab Abschluss des Kaufvertrags entstehen können und wie diese bewältigt werden können, soll im Folgenden dargelegt werden. Hierbei

²⁶⁵ Dies ist nicht unumstritten, die Rspr. geht aber davon aus, vgl. NJW-RR 1998, S. 445; BayObLG 1994, S. 66, 71. A.A. vertritt unter anderen Staudinger-Gursky, § 892, Rn. 203, 236, mit der Begründung, dass bis zur Vollendung der Eintragung für das Grundbuchamt § 891 BGB gelte.

²⁶⁶ BGH NJW 07, S. 3777f.

²⁶⁷ OLG Stuttgart, BWNotZ 1978, S. 124.

²⁶⁸ OLG Stuttgart, BWNotZ 1978, S. 124.

²⁶⁹ Reithmann, DNotZ 1979, S. 67, 70.

²⁷⁰ Reithmann, DNotZ 1979, S. 67, 71.

wird zunächst dargestellt, welche Sicherungsinstrumente das Gesetz zur Verfügung stellt. Darüber hinaus werden die Sicherungsmittel aufgezeigt, die im Gesetz nicht ausdrücklich verankert, aber aufgrund der Privatautonomie zulässig sind und sich wegen ihrer besonderen Zweckmäßigkeit in der Praxis durchgesetzt haben. Diese Darstellung soll die Feststellung ermöglichen, ob der Gesetzgeber selbst die notwendigen Sicherungsmittel zur Verfügung stellt oder ob der Rechtsverkehr bzw. die Parteien des Grundstücksgeschäfts insoweit eigenständig zweckmäßige Vereinbarungen entwickeln müssen.

Aufgrund der hohen Belastung der Grundbuchämter erfolgt die Eintragung der Eigentumsänderung in der Praxis häufig erst mehrere Monate nach Antragstellung. Dies ist unter dem Aspekt des Ranges des entstehenden Eigentumsrechts bedeutend. Das Datum der Antragstellung der Eintragung beim Grundbuchamt ist als solches kein gesetzliches Rangkriterium.²⁷¹ Gemäß der in § 879 statuierten allgemeinen Regel der Priorität der Eintragungen entscheidet vielmehr grundsätzlich der Zeitpunkt der Eintragung über die Rangstellung des eingetragenen dinglichen Rechts.²⁷² Die Ordnungsvorschriften des formellen Liegenschaftsrechts (§§ 13 Abs. 2, S. 1, 17, 45 GBO) sollen dafür sorgen, dass bei korrektem Verfahren die Reihenfolge der Grundbucheintragungen und damit die Rangfolge der Rechte der zeitlichen Antragsfolge entspricht.²⁷³ So hat das Grundbuchamt gemäß § 45 GBO die Einträge in der Reihenfolge der eingegangenen Einträge durchzuführen.

Ein versehentlicher Verstoß gegen diese Ordnungsvorschriften durch das Grundbuchamt ist jedoch für das materiell-rechtliche Rangverhältnis unbeachtlich.²⁷⁴

In der Zeit vor Eintragung des Käufers ist der Verkäufer materiell-rechtlich grundsätzlich nicht daran gehindert, anderweit über das Grundstück zu verfügen, denn er ist nach wie vor Eigentümer und daher Berechtigter im Sinne des § 873 Abs. 1. Es besteht daher die Gefahr der Vereitelung des Eigentumserwerbs des Käufers. Zwar macht sich der Veräußerer in diesem Fall gegenüber dem Käufer schadensersatzpflichtig (vgl. § 437 Nr. 3).²⁷⁵ Dies vermag jedoch zumeist für den Käufer die Nichterlangung des Eigentums an dem ausgewählten Objekt nicht zu kompensieren. Aus dem Trennungsprinzip, das für die Rechtsänderung einen gesonderten dinglichen Vollzugstatbestand verlangt, resultiert daher in Deutschland das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einem den Rang im Grundbuch wahren Sicherungsmittel. Zur Verhinderung einer weiteren Verfügung durch den Veräußerer und zur Vermeidung weiterer Gefahren, hat der Gesetzgeber hierzu das Institut der Vormerkung (§ 883) eingeführt.

²⁷¹ Wagemann, S. 131f.

²⁷² Soergel-Stürner, § 879, Rn. 3.

²⁷³ Wagemann, S. 132.

²⁷⁴ BGHZ 21, S. 98f.; Jauernig, §§ 879-882, Rn. 5.

²⁷⁵ MüKO-Kohler, § 883, Rn. 2.

a) Die Vormerkung

Bei der Vormerkung handelt es sich um ein im Grundbuch einzutragendes Sicherungsmittel, welches von den Grundbuchämtern vorrangig und daher innerhalb weniger Tage einzutragen ist.²⁷⁶ Die Vormerkung hat die Funktion, die Erfüllung schuldrechtlicher Ansprüche auf Vornahme dinglicher Rechtsänderungen zugunsten des Gläubigers zu sichern, im Falle der sog. Auflassungsvormerkung des Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks. Eine in das Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung weist den Rechtsverkehr darauf hin, dass in Bezug auf das Grundstück eine Änderung der Rechtsverhältnisse bevorsteht.

Gemäß § 18 Abs. 2, S. 1 GBO ist, wenn vor Erledigung eines Eintragungsantrags eine andere Eintragung beantragt wird, durch die dasselbe Recht betroffen wird, zugunsten des früher gestellten Antrags von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch durch den Grundbuchbeamten einzutragen.

b) Die Sicherungsfunktion der Vormerkung

Gemäß § 883 Abs. 2 sind Verfügungen, die dem Inhalt des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs widersprechen, dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam, sog. relative Unwirksamkeit.²⁷⁷ Sollte also der Verkäufer das Grundstück an Dritte weiter veräußern, würde der Eintrag des Eigentümers aus dem zweiten Kaufvertrag im Rang nach der Auflassungsvormerkung des ersten Käufers stehen.

Der Berechtigte der ersten Auflassungsvormerkung hat gegenüber jedem Inhaber eines nachrangig eingetragenen Rechts einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung, soweit dieses Recht den Eigentumserwerb hindern würde (§ 888 Abs. 1). Danach ist der Käufer, für den eine Vormerkung eingetragen ist, nicht nur gegen Übereignungen des gekauften Grundstücks an Dritte geschützt, sondern auch vor der Begründung sämtlicher Belastungen, wie beschränkt dinglicher Rechte an dem Grundstück, da die §§ 883, 888 darauf abstellen, ob gegenüber der im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bestehenden Rechtslage eine Rechtsminderung eingetreten ist.²⁷⁸ In Abweichung der allgemeinen Regel des § 879 bestimmt sich der Rang des Eigentumsrechts nach der Eintragung der Vormerkung.²⁷⁹ Die Vormerkung wirkt demnach rangwährend.

Diese weitreichende Sicherungswirkung der Vormerkung beginnt mit deren Eintragung in das Grundbuch, sofern der Anspruch auf Eigentumsübertragung besteht (sog. Akzessorietät der Vormerkung).²⁸⁰ Voraussetzungen für das Entstehen der Wirkungen der Auflassungsvormerkung sind gemäß der §§ 883, 885 das Bestehen des Übereignungsanspruchs, die Bewilligung

²⁷⁶ Wolf/Wellenhofer, S. 274f.

²⁷⁷ Brehm/Berger, S. 216.

²⁷⁸ Brehm/Berger, S. 218.

²⁷⁹ Wagemann, S. 145.

²⁸⁰ Brehm/Berger, S. 214.

oder einstweilige Verfügung nach § 885 Abs. 1, S. 1, die konstitutiv wirkende Eintragung im Grundbuch nach §§ 883 Abs. 1, S. 1, 885 sowie die Berechtigung des Bewilligenden. Bewilligungsberechtigt ist derjenige, dessen dingliches Recht durch die Eintragung des vorgemerkten Rechts beeinträchtigt wird (§ 885 Abs. 1, S. 1), also bei der Eigentumsübertragung der bisherige Eigentümer. Die Bewilligung ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten oder dem Grundbuchamt. Die Übermittlung der Bewilligung als Willenserklärung obliegt dem Notar als pflichtige Vollzugstätigkeit gemäß § 53 BeurkG.²⁸¹

Weitere Risiken im Zeitraum vor Eintragung des Eigentumswechsels durch das Grundbuchamt ergeben sich für den Erwerber aus der Möglichkeit zwischenzeitlicher Vollstreckungs- und Insolvenzmaßnahmen gegen den Veräußerer sowie bei dessen Tod aus dem Haftungsbeschränkungsrecht des Erben (§ 884).²⁸² Leiten Gläubiger des Verkäufers nach Eintragung der Vormerkung Vollstreckungsmaßnahmen gegen diesen ein, so ist der Käufer insoweit hinsichtlich der Beeinträchtigung des rechtlichen Bestandes des Grundstücks geschützt. Wird beispielsweise durch einen Gläubiger des Verkäufers die Eintragung einer Zwangshypothek beantragt, kann dies den durch die Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch nicht mehr tangieren. Im Falle der nach Eintragung der Vormerkung eintretenden Insolvenz des Verkäufers berührt dies den Übereignungsanspruch des Käufers nach § 106 InsO nicht. Der Insolvenzverwalter hat den vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch nach § 106 InsO vorrangig zu befriedigen. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO ist eingeschränkt, weil die Erfüllung vormerkungsgesicherter Kaufverträge nicht verweigert werden kann.²⁸³ Stirbt der Verkäufer zwischen Eintragung der Vormerkung und Eigentumsumschreibung, geht dessen Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks auf den bzw. die Erben über. Berufen sich die Erben auf ihr Haftungsbeschränkungsrecht, tangiert dies nicht den vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch.

Die Eintragung der Auflassungsvormerkung führt folglich zu einem umfassenden Schutz des Erwerbers.²⁸⁴ Aufgrund dieser weitreichenden Sicherungsfunktion der Vormerkung hat der Notar die Pflicht, die Parteien über die Wirkungen der Vormerkung und die Möglichkeit der Aufnahme derselben in den notariellen Kaufvertrag zu belehren.²⁸⁵

²⁸¹ Zu den pflichtigen Vollzugstätigkeiten des Notars vgl. im Übrigen Abschnitt: 1. Teil, B., II., 3., a).

²⁸² MüKo-Kohler, § 883, Rn. 3.

²⁸³ Martínez, NZI 2004, S. 72.

²⁸⁴ Wagemann, S. 145.

²⁸⁵ BGH DNotZ 1989, S. 449; Winkler, § 17, Rn. 229; Lerch, Beurkundungsgesetz, § 17, Rn. 13.

5. Sicherungsmittel zugunsten des Grundstückskäufers und -verkäufers

Das wichtigste Mittel zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung vor Eigentumsumschreibung stellt der deutsche Gesetzgeber den Parteien mit dem Rechtsinstitut der Vormerkung selbst zur Seite. Weitere speziell auf den Grundstückskaufvertrag zugeschnittene Sicherungsmittel sieht das BGB weder für den Käufer, noch für den Verkäufer ausdrücklich vor. Die Hypothek ist in erster Linie für Dritte, den Grundstückskauf finanzierende Parteien geschaffen.²⁸⁶ Mit Schaffung der Vormerkung hat der Gesetzgeber bewusst ein Sicherungsmittel geschaffen, das dem Trennungsprinzip Rechnung trägt. Der Käufer soll dadurch, dass der Eigentümerwechsel erst mit Eintragung im Grundbuch erfolgt, keine Nachteile erfahren. Im Übrigen ist es den Parteien überlassen, für zweckgerechte Regelungen zur Wahrung ihrer Interessen zu sorgen. Mittelbar sorgt der deutsche Gesetzgeber jedoch dafür, dass die Interessen der Parteien durch weitere Sicherungsmittel geschützt werden: Hierzu gehören insbesondere Regelungen der BNotO und des BeurkG, die dem Notar die Belehrung im Hinblick auf besondere Sicherungs- und Gestaltungsmöglichkeiten vorschreiben, vgl. vor allem § 17 BeurkG.

Je nach Fallgestaltung und Zweckmäßigkeit hat der Notar seine Belehrung auf die im Folgenden dargestellten Sicherungsmöglichkeiten auszuweiten, und die Gestaltungsmöglichkeiten des Vertrages mit den Beteiligten zu erörtern.

a) Sicherungsmittel zugunsten des Käufers

Als Sicherungsmittel für den Käufer kommt zunächst die vertragliche Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises erst nach lastenfreier Eigentumsumschreibung in Betracht. Hiermit wäre für den Käufer die größte Sicherheit vor Verlust des Kaufpreises ohne Erhalt der Gegenleistung erreicht. Bei dieser Vorgehensweise wäre allerdings der Verkäufer vollumfänglich vorleistungspflichtig. Eine derartige Gefahrenverteilung ist in aller Regel unbillig und wird vom Verkäufer aus gutem Grunde regelmäßig nicht akzeptiert. Als gerechtere Lösung hat sich in der Praxis die Zahlung des Kaufpreises nach Mitteilung der Fälligkeitsvoraussetzungen durch den Notar durchgesetzt.²⁸⁷ Diese Vorgehensweise wird daher in aller Regel vom Notar empfohlen. Zu diesen Fälligkeitsvoraussetzungen gehört in erster Linie die ranggerechte Eintragung der Vormerkung. Zweite Fälligkeitsvoraussetzung ist regelmäßig die Sicherstellung der Lastenfreistellung des Grundstücks von nicht übernommenen Rechten. Dies bedeutet die Vorlage der erforderlichen Lastenfreistellungsunterlagen in grundbuchmäßiger Form beim Notar.²⁸⁸ Zu den Freistellungsunterlagen gehören

²⁸⁶ Vgl. zum Zweck der Hypothek Palandt-Bassenge, Überblick vor § 1113, Rn. 1.

²⁸⁷ Vgl. Schippel/Bracker-Reithmann, § 24, Rn. 94, 97.

²⁸⁸ Lambert-Lang-Wolf, S. 95.

z.B. Pfandfreigabeerklärungen, Löschungsbewilligungen, die Vorlage nötiger öffentlich-rechtlicher Genehmigungen bzw. sog. Negativatteste von Behörden sowie Grundpfandbriefe. Bei der Feststellung der Fälligkeitsvoraussetzungen und bei der Mitteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen handelt es sich nicht um Pflichtaufgaben des Notars, sondern um übernommene Vollzugstätigkeiten im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO.²⁸⁹ Sofern der Notar von den Beteiligten mit der Durchführung dieser Tätigkeiten beauftragt wird, handelt es sich jedoch um Amtspflichten des Notars. Die Überprüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit ist dann eine mehrseitige Treuhandtätigkeit, bei der dem Notar Amtspflichten gegenüber allen Vertragsbeteiligten obliegen.²⁹⁰

Vor der Reform der BNotO im Jahre 1998 wurde die Kaufpreiszahlung vermehrt noch über ein Notaranderkonto (vgl. §§ 54 a f. BeurkG) durchgeführt. Diese Vorgehensweise ist heute nicht mehr die Regel, da bei dieser Art der Vertragsabwicklung zusätzliche Kosten, sog. Hebegebühren für die notarielle Kaufpreishinterlegung anfallen.²⁹¹ Seit Einführung der BNotO-Novelle im Jahre 1998 muss für die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto ein besonderes Sicherungsinteresse gegeben sein, vgl. § 54 a Abs. 2 BeurkG. Dies liegt nur in Einzelfällen vor, beispielsweise wenn der Verkauf an eine im Ausland ansässige, schlecht erreichbare Person erfolgt und im Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises Schwierigkeiten bestünden, die Vormerkung löschen zu lassen. Weiterhin zulässig ist die Abwicklung über ein Notaranderkonto auch in dem Fall des Verkaufes während eines laufenden Insolvenzverfahrens gegen den Verkäufer oder im Falle einer Vielzahl von in Abteilung II oder III des Grundbuches eingetragenen Gläubigern.²⁹²

b) Sicherungsmittel zugunsten des Verkäufers

Der Verkäufer erbringt mit der – in aller Regel erfolgenden – Bewilligung der Vormerkung eine gewisse Vorleistung, da er im Falle der Nichterfüllung durch den Käufer seinen Löschungsanspruch hinsichtlich der eingetragenen Vormerkung durchsetzen muss. Dies hat in der Regel jedoch keine gravierenden vermögensrechtlichen Auswirkungen, weshalb der Notar auf die Tatsache dieser gewissen „Vorleistung“ nicht hinweisen muss.²⁹³

Deutlich wichtiger ist für den Verkäufer die Sicherung der Kaufpreiszahlung durch den Käufer. Der Verkäufer hat daher ein berechtigtes Interesse, der Gefahr der Nichtzahlung vorzubeugen. Ein speziell für den Grundstückskauf vorgesehenes gesetzliches Sicherungsmittel

²⁸⁹ Grein, RNotZ 2004, S. 130.

²⁹⁰ Reithmann/Albrecht, Rn. 367.

²⁹¹ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 4.

²⁹² Vgl. zu Fallgruppen des Sicherungsinteresses das Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 1/96 vom 11.01.1996, abgedruckt in: Weingärtner, Notarrecht, Nr. 298.

²⁹³ Schöner/Stöber, Rn. 1552.

besteht hierzu nicht. Auf welche Weise die Sicherung geschehen kann, hat jedoch der Notar zu erläutern.

Bei ausreichender Liquidität des Käufers kann die Bestätigung eines Finanzierungsinstitutes genügen, dass der Kaufpreis als Eigenkapital vorhanden ist oder die Finanzierung auf andere Weise sichergestellt ist. Auch kann der Verkäufer die Vorlage einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer Bank für die Zahlung des Kaufpreises verlangen. Die Bürgschaft hat allerdings für den Käufer den Nachteil, dass sie Kosten verursacht (Avalprovision).

Bei Gefahr mangelnder Liquidität des Käufers kommen grundsätzlich folgende Sicherungsmöglichkeiten in Betracht, über die der Notar aufklärt:

aa) Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers

Ein wirksames Mittel zur Sicherung der Kaufpreiszahlung ist die Aufnahme der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung des Käufers in den Kaufvertrag. Unterwirft sich der Käufer gemäß § 794 Abs. 1, Nr. 5 ZPO der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Kaufpreises aus der Kaufvertragsurkunde, so erhält der Verkäufer in Form der Ausfertigung des Kaufvertrages einen vollstreckbaren Titel über den Kaufpreis. Dieses Sicherungsmittel hat sich in der Praxis für den Verkäufer bewährt und führt zudem zu einer Entlastung der Gerichte.

bb) Kaufpreishypothek und Reallast

Eine weitere Möglichkeit der Sicherung des Kaufpreises besteht in der Eintragung einer Hypothek oder einer Reallast zugunsten des Verkäufers. Bei der Reallast besteht die Möglichkeit der Zahlung des Kaufpreises in Raten durch wiederkehrende Leistungen. Durch eine Hypothek oder Reallast bleibt dem Verkäufer zumindest eine Zugriffsmöglichkeit auf das veräußerte Grundstück, wenn die Eigentumsumschreibung auf den Käufer vor der (vollständigen) Kaufpreiszahlung erfolgt. Der Verkäufer leistet in diesem Fall zwar auch vor, jedoch ist durch die Hypothek oder Reallast zumindest gesichert, dass er eine Zwangsvollstreckung mit Erfolg durchführen kann. Um eine schnelle Verwertung des Grundstücks zugunsten des Verkäufers im Falle der Nichterfüllung durch den Käufer zu ermöglichen, kann bei der Bestellung der Sicherungshypothek zusätzlich von dem Institut der Zwangsvollstreckungsunterwerfung Gebrauch gemacht werden.²⁹⁴

Eine sehr sichere aber kostspielige Methode ist diejenige, dass für den Verkäufer vor Eigentumsumschreibung eine Eigentümergrundschild bestellt wird, die sich dann im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung automatisch in eine Sicherungshypothek zu seinen Gunsten umwandelt.²⁹⁵

²⁹⁴ Lambert-Lang-Wolf, Rn. 384.

²⁹⁵ Lambert-Lang-Wolf, Rn. 384.

cc) Rückübereignungsvormerkung

Eine sichere aber kostspielige Variante zur Sicherung eines Rückerwerbsrechts des Verkäufers bei Nichtzahlung des Kaufpreises nach Übereignung ist die ausdrückliche Vereinbarung eines Rückkaufsrechts im Kaufvertrag zugunsten des Verkäufers verbunden mit der Eintragung einer sog. Rückübereignungsvormerkung im Grundbuch. Mit einer Rückübereignungsvormerkung wird der Rückübereignungsanspruch für den Fall der nicht vertragsgerechten Leistung seitens des Käufers gesichert. Die sog. Rückübertragungsvormerkung entfaltet dann dieselben Wirkungen wie die Vormerkung zugunsten des Käufers und ist daher zur Sicherung des Verkäufers besonders geeignet.²⁹⁶

dd) Auflassung nach Kaufpreiszahlung

Eine weitere Absicherung kann der Verkäufer zudem dadurch erhalten, dass die Auflassung erst nach Kaufpreiszahlung, gesondert vom Kaufvertrag, erklärt und notariell beurkundet wird. Diese Vorgehensweise ist theoretisch zwar möglich und wegen der gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung auch eine naheliegende Lösung. Dennoch bringt diese Vorgehensweise neben der Verursachung zusätzlicher Kosten nicht nur für den Käufer Nachteile mit sich. Neben der Notwendigkeit des nochmaligen Ganges zum Notar, kann es in der Zwischenzeit etwa zu Streitigkeiten zwischen den Parteien kommen, so dass die Übereignung möglicherweise stark verzögert wird.

ee) Vorlagesperre

Bei der sog. Vorlagesperre wird der Notar durch die Parteien angewiesen, den beurkundeten Kaufvertrag inklusive Auflassung erst dann zur Eintragung beim Grundbuchamt vorzulegen, wenn ihm nachgewiesen worden ist, dass der Kaufpreis gezahlt wurde. Bis dahin darf der Notar den Parteien (insbesondere dem Käufer) keine Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften des Kaufvertrages erteilen. Hierdurch soll verhindert werden, dass der Käufer die Eigentumsumschreibung eigenmächtig vor Zahlung des Kaufpreises beantragt. Alternativ zur Vorlagesperre kann eine sog. Bewilligungssperre angewandt werden.²⁹⁷ In diesem Fall wird in der Kaufvertragsurkunde eine Klausel aufgenommen, die klarstellt, dass der Verkäufer ausdrücklich die Eigentumsumschreibung nicht bewilligt. Der Verkäufer bevollmächtigt den Notar stattdessen, die Bewilligung in seinem Namen erst dann zu erklären, wenn die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist.

²⁹⁶ Vgl. zur Sicherungsfunktion der Rückübertragungsvormerkung auch Grziwotz-Koller, Rn. 642ff.

²⁹⁷ OLG Köln, DNotI-Report 1997, S. 129.

c) Fazit

Beim Grundstückserwerb besteht für den Käufer die entscheidende Gefahr darin, dass er das Eigentum am Grundstück gar nicht, oder nicht so wie vereinbart, insbesondere lastenfrei, erlangt, da der Erwerb durch die Notwendigkeit der konstitutiven Eintragung verzögert werden kann. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber berücksichtigt und konsequent das Sicherungsmittel der Vormerkung statuiert.

Die Erlangung des Kaufpreises durch den Verkäufer ist hingegen nicht systembedingt erschwert, bzw. die Problematik der Nichtzahlung durch den Käufer stellt sich bei beweglichen Sachen gleichermaßen und wird nicht durch den Eintragungszwang beeinflusst.

Die erörterten Sicherungsmittel des Verkäufers und Käufers stehen insgesamt daher in einem angemessenen Verhältnis. Den hinreichenden Schutz der Verkäuferinteressen erreicht der deutsche Gesetzgeber mittelbar, indem er die entsprechende Belehrungspflicht des Notars statuiert. Im Ergebnis ist der hinreichende Schutz sowohl der Käufer- als auch Verkäuferinteressen gewährleistet.

6. Die Bedeutung von Vorverträgen im deutschen Grundstücksrecht

Eingangs wurde bereits auf die hohe Bedeutung von Vorverträgen im spanischen und italienischen Grundstücksrecht hingewiesen. In Deutschland spielen Vorverträge im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen eine eher untergeordnete Rolle. Ein „klassisches Sicherungsmittel“ in dem Sinne, dass der Notar regelmäßig über die Möglichkeit des Abschlusses eines Vorvertrages aufzuklären hätte, ist der Vorvertrag nicht. Dennoch kann der Vorvertrag als Sicherungsmittel im weiteren Sinne bei der Grundstückübertragung eine Rolle spielen. Aus diesem Grund sowie zum besseren Verständnis der Rechtsfigur des Vorvertrages nach spanischem und italienischem Recht, ist die Untersuchung dieser Rechtsfigur auch nach deutschem Recht zumindest in seinen Grundzügen sinnvoll.

Henrich hat sich in seinem grundlegenden umfassenden Werk *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag* von 1965 ausführlich mit dogmatischen Fragen des Vorvertrages befasst. Für einzelne spezielle Fragen zum Vorvertrag nach deutschem Recht wird daher auf dieses Werk verwiesen.

Die Rechtsfigur des Vorvertrages ist in Deutschland gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. In den Motiven zum BGB findet sich die Begründung: „*mangels zureichenden Bedürfnisses*“.²⁹⁸ Wegen des Grundsatzes der Privatautonomie ist dieses Rechtsinstitut jedoch von der herrschenden Meinung im Schrifttum²⁹⁹ sowie von der Rechtsprechung³⁰⁰ als zulässig anerkannt.

²⁹⁸ Mugdan I, S. 450.

²⁹⁹ Soergel-Wolf, Vor § 145, Rn. 60; Palandt-Ellenberger, Einf. v. § 145, Rn. 19; MüKo-Kramer, Vor § 145, Rn. 36a.

Der herrschenden Meinung folgend kann ein Vorvertrag nach § 311 Abs. 1 BGB auch im Vorfeld eines Grundstückskaufes geschlossen werden. Der Vorvertrag ist nach herrschender Lehre³⁰¹ und Rechtsprechung³⁰² ein obligatorischer Vertrag, in dem sich die Parteien darüber einigen, einen anderen schuldrechtlichen Vertrag, den sog. Hauptvertrag, abzuschließen. Der Vertrag kann einseitig bindend sein, dann verpflichtet sich nur eine Partei zum Abschluss des Hauptvertrages, oder zweiseitig bindend, dann sind beide Parteien zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtet.

In Deutschland spielt der Vorvertrag im Gegensatz zu Spanien und Italien beim Grundstückskauf in der Regel keine übergeordnete Rolle. Trotz seines Ausnahmecharakters wird aber überwiegend die praktische Bedeutung des Vorvertrages auch in Deutschland bei Immobilienkäufen anerkannt.³⁰³ Bei Grundstückskaufverträgen kann ein Vorvertrag beispielsweise zweckmäßig sein, wenn die genaue Größe des zu erwerbenden Grundstücks noch nicht feststeht, weil unklar ist, in welchem Umfang das betroffene Grundstück als Bauland ausgewiesen werden wird. In einem solchen Fall kann noch kein Hauptvertrag geschlossen werden, da dieser zur Wirksamkeit der hinreichenden Bestimmbarkeit hinsichtlich der Bezeichnung des Grundstücks bedarf. Andernfalls ist der Vertrag wegen Formmangels unwirksam.³⁰⁴ In Einzelfällen kann daher auch nach deutschem Recht der Abschluss eines Vorvertrages sinnvoll sein.

a) Rechtsnatur und Inhalt des Vorvertrages

Nach dem allgemeinen Verständnis im Schrifttum³⁰⁵ und der Rechtsprechung des BGH³⁰⁶ stellt ein Vorvertrag einen schuldrechtlichen Vertrag dar, in welchem sich eine oder beide Vertragsparteien dazu verpflichten, einen weiteren schuldrechtlichen Vertrag, den Hauptvertrag, abzuschließen. Die Verpflichtung zur Vornahme der dinglichen Einigung stellt keinen Vorvertrag dar, sondern ist selbst der Hauptvertrag.³⁰⁷

Der Vorvertrag begründet demnach eine Verpflichtung zum Kontrahieren. Der BGH hat die Bedeutung von Vorverträgen grundlegend wie folgt dargelegt:

„Vorverträge haben ihre Bedeutung insbesondere in solchen Fällen, in denen die Sache zum Abschluss des eigentlichen, auf den angestrebten Zweck selbst gerichteten Vertrages aus irgendeinem rechtlichen oder tatsächlichen Grunde noch nicht reif ist, während die Parteien

³⁰⁰ Grundlegend bereits RGZ 66, S. 116, 120; BGHZ 102, S. 384, 388.

³⁰¹ Henrich, S. 115; Wolf, DNotZ 1995, S. 179, 181.

³⁰² BGHZ 102, S. 384, 388.

³⁰³ Staudinger-Coing Vorbem. 20b vor § 145.

³⁰⁴ BGH NJW 1969, S. 132.

³⁰⁵ Henrich, S. 115; Wolf, DNotZ 1995, S. 179, 181; Staudinger-Bork, Vorbem § 145 ff., Rn. 51; MüKo-Kramer, Vor § 145, Rn. 50.

³⁰⁶ BGH NJW 1986, S. 2820; BGHZ 102, S. 384, 388.

³⁰⁷ RGZ 48, S. 133, 135.

die zweckentsprechende Bindung alsbald begründen wollen, um sich auf diese Weise die wirkliche Erreichung des Zwecks später zu sichern.“³⁰⁸

Der Vorvertrag unterscheidet sich damit durch seine besondere Art des Leistungsgegenstandes – der Abgabe einer Schuldvertragsofferte – im Wesen von allen anderen Schuldvertragsarten.³⁰⁹

Vereinzelt wird die Rechtsnatur des Vorvertrages differenzierter aufgefasst. So wird beispielsweise vertreten, es handle sich beim Vorvertrag um ein Phänomen der schrittweise verwirklichten Vertragsgestaltung; er sei Element eines Stufenvorganges, und zwar die erste Stufe als Platzhalter für einen Hauptvertrag, der die zweite Stufe darstellt, jeweils abzielend auf die dritte Stufe im Erfüllungsgeschäft.³¹⁰

Einzuordnen und abzugrenzen ist der Vorvertrag zwischen unverbindlichen Vertragsverhandlungen im Vorfeld eines Hauptvertrages und dem Hauptvertrag selbst. Bloße Vorverhandlungen zur Vorbereitung eines Vertrages, auch Punktationen³¹¹ oder früher Traktate³¹² genannt, sind im Gegensatz zum Vorvertrag rechtlich unverbindlich, da ihnen das entscheidende Element des Rechtsbindungswillens fehlt. Unverbindliche, ohne Rechtsbindungswillen geschlossene oder gescheiterte Vorverhandlungen stellen also keinen Vorvertrag dar.³¹³

Die Abgrenzung, wann bloße Vertragsverhandlungen vorliegen und wann ein Vorvertrag abgeschlossen wurde, kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vorvertrag keiner besonderen Form bedarf. In diesen Fällen kann auf die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 zurückgegriffen werden, wonach im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte des Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll.³¹⁴ Für den hier zu untersuchenden Fall des Vorvertrages zu einem Grundstückskaufvertrag ist diese Abgrenzungsproblematik indes nicht relevant, da der Vorvertrag in diesem Fall ebenfalls nach § 311 b Abs. 1, S. 1 der notariellen Beurkundung bedarf.³¹⁵ Dies ergibt sich schon allein aus dem Sinn und Zweck des § 311 b Abs. 1, S. 1.³¹⁶ Der Vorvertrag bindet die Parteien endgültig zum Abschluss des Kaufvertrages, mit welchem sie sich wiederum zum Erwerb bzw. der Übereignung des Grundstücks verpflichten.³¹⁷ Dies entspricht der allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, wonach die Gültigkeit des Vorvertrages von der Wahrung der für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebenen Form jedenfalls dann

³⁰⁸ BGHZ 102, S. 384, 388.

³⁰⁹ Wabnitz, S. 6.

³¹⁰ Brüggemann, JR 1968, S. 201f.

³¹¹ BGH, WM 1973, S. 238.

³¹² RGZ 48, S. 133f.; Henrich, S. 100.

³¹³ BGH WM 1973, S. 67; BGH WM 1966, S. 737.

³¹⁴ BGH NJW-RR 1992, S. 977.

³¹⁵ BGH NJW-RR 1988, S. 970f.

³¹⁶ BGHZ 97, S. 147, 154; BGHZ 82, S. 398, 403.

³¹⁷ Zu den Klagemöglichkeiten aus dem Vorvertrag vgl. BGH NJW 1986, S. 1983ff.

abhängt, wenn diese Form zumindest auch den Zweck habe, die Vertragsparteien vor einer übereilten Bindung zu schützen.³¹⁸ Überdies gilt der Grundsatz, dass sich der Formzwang des § 311 b Abs. 1 S. 1 auf alle Vereinbarungen erstreckt, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zusammensetzt. Der Vorvertrag bildet mit dem Grundstücksgeschäft in diesem Sinne eine rechtliche Einheit und ist deshalb ebenfalls beurkundungspflichtig.³¹⁹

An dem Rechtsbindungswillen kann in aller Regel nicht gezweifelt werden, wenn der Vorvertrag notariell beurkundet worden ist. Eine Partei, die nicht rechtlich verbindlich handeln will, wird keine notarielle Vertragsurkunde unterzeichnen. Dies bestätigt auch der BGH in einem Grundsatzurteil von 1988, in welchem er klarstellt, dass mit Rücksicht auf die notarielle Beurkundung am endgültigen Bindungswillen der Parteien nicht gezweifelt werden könne.³²⁰

Die Abgrenzung zu unverbindlichen Vorverhandlungen verursacht somit im Rahmen eines Grundstückskaufs keine Schwierigkeiten.

b) Inhaltsbestimmtheit und Vollstreckung des Vorvertrages

Vom Hauptvertrag unterscheidet sich der Vorvertrag weiterhin insbesondere hinsichtlich seines vollstreckbaren Inhalts. Typisch für den Vorvertrag ist seine grundsätzliche Lückenhaftigkeit. Gerade weil die Vertragspartner noch keine in allen Punkten endgültige Regelung schließen können, entscheiden sie sich für den Abschluss eines Vorvertrages.³²¹ Dies hat Auswirkungen im Rahmen eines möglicherweise notwendigen Erzwingens der Erfüllung des Vorvertrages, wenn eine Partei den Abschluss des Hauptvertrages vertragswidrig verweigert. Es ist in Literatur und Rechtsprechung seit langem umstritten, welche Anforderungen an die Bestimmtheit des Vorvertrages zu stellen sind. Der BGH hat schon im Jahre 1961 hinsichtlich des notwendigen Inhaltes des Vorvertrages formuliert, dass der Inhalt des Vorvertrages „so vollständig sein muss, dass der Inhalt des demnächst abzuschließenden Hauptvertrages hinreichend bestimmt oder doch wenigstens bestimmbar ist.“³²² Die Bestimmbarkeit in der Weise, dass später auch die Erfüllungsklage auf Abschluss des Hauptvertrages möglich ist, ist seitdem nach der ständigen Rechtsprechung des BGH Mindestvoraussetzung für die Wirksamkeit des Vorvertrages.³²³ Punkte, die die Parteien nicht für essentiell halten, wie zum Beispiel die Fälligkeit des Grundstückskaufpreises, können nach der Ansicht des BGH indes einer späteren Einigung vorbehalten bleiben.³²⁴ Auch kann der Vorvertrag ohne konkrete An-

³¹⁸ BGHZ, 61, S. 48.

³¹⁹ BGH NJW-RR 2008, S. 824; Ein formunwirksamer Vorvertrag wird mit Abschluss des Hauptvertrages wirksam, BGHZ 82, S. 398, 403.

³²⁰ BGH NJW-RR 1988, S. 970f.

³²¹ Ritzinger, NJW 1990, S. 1201, 1204.

³²² BGH, WM 1961, S.1052.

³²³ BGH NJW 1990, S. 1234f.; BGH NJW 2006, S. 2843; BGH NJW-RR 1993, S. 139.

³²⁴ BGH NJW 2006, S. 2843.

gabe eines Kaufpreises ausnahmsweise wirksam sein, wenn sich die Parteien zumindest über die Art und Weise der Preiskalkulation geeinigt haben und die Elemente der Kalkulation bestimmbar sind.³²⁵ Nach anderer Ansicht³²⁶ ist der Vorvertrag nur dann als zu unbestimmt anzusehen, wenn der Inhalt des Hauptvertrages auch nicht nach §§ 315, 316 bzw. nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben festgestellt werden kann. Diese Ansicht verlangt somit ein noch geringeres Maß an Bestimmtheit als der BGH.

Nach der Rechtsprechung des BGH muss also der Vorvertrag regelmäßig nicht die gleiche Vollständigkeit aufweisen, die für den vorgesehenen Hauptvertrag zu verlangen ist.³²⁷ Hierzu sind die Parteien meist auch noch gar nicht in der Lage – gerade deshalb schließen sie einen Vorvertrag und nicht schon den Hauptvertrag. Für die Bestimmbarkeit kommt es immer auf alle Einzelheiten des Sachverhalts an, so dass pauschale Grundsätze diesbezüglich nicht aufgestellt werden können. Jedenfalls fordert der BGH das Bestimmtheitserfordernis über die *essentialia negotii* hinaus auch für wesentliche Nebenpunkte des Vertrages.³²⁸

Für das zuvor genannte Beispiel bestehender Unsicherheit, in welchem Umfang eine bestimmte Fläche als Bauland ausgewiesen wird, bedeutet dies, dass die Parteien im Vorvertrag z.B. vereinbaren können, dass von der Gesamtfläche X nur diejenige Teilfläche Vertragsgegenstand des Hauptvertrages werden soll, die als Bauland ausgewiesen wird.

Hinsichtlich der Vollstreckung des Vorvertrages war lange herrschende Meinung, dass aus einem Vorvertrag nur auf Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden könne, nicht jedoch direkt auf Erfüllung der hauptvertraglichen Leistung, also Kaufpreiszahlung und Übereignung des Grundstücks.³²⁹ Die Möglichkeit der Klage direkt auf die Hauptvertragsleistung, in Verbindung mit der Klage auf Abschluss des Hauptvertrages, ist nunmehr weitestgehend anerkannt.³³⁰

Diese Klage auf Erfüllung des Vorvertrages hat sich in der Regel auf die Annahme des vom Kläger in der Klage gemachten Vertragsangebots als Leistungsklage zu richten.³³¹ Einer Klage auf Abgabe des Angebots durch den Beklagten wird es meist am Rechtsschutzbedürfnis mangeln. Sie wird daher nur als zulässig anzusehen sein, wenn dies ausnahmsweise prozessökonomischer ist.³³² Sofern hinsichtlich des konkreten Inhaltes des Hauptvertrages ein Spielraum vorhanden ist, kann der Beklagte zur Verteidigung Alternativvorschläge geltend ma-

³²⁵ OLG Bremen NJW-RR 1995, S. 1453.

³²⁶ MüKo-Kramer, Vor § 145, Rn. 53; Herzog in: MüKo zum Handelsgesetzbuch, Vorb. a), Rn. 411.

³²⁷ BGH 97, S. 147, 154; BGH NJW 2001, S. 1285f.

³²⁸ BGH NJW 1990, S. 1234f.; Staudinger-Bork, Vorbem. zu §§ 145 ff., Rn. 58.

³²⁹ Henrich, S. 190; BGH WM 1971, S. 44f.

³³⁰ BGH WM 1986, S. 1155ff.; BGH NJW 2001, S. 1285ff.; OLG Koblenz NJW-RR 1998, S. 808; Staudinger-Bork, Vorbem. zu §§ 145ff, Rn. 67.

³³¹ BGHZ 97, S. 147; BGH NJW 2001, S. 1272f.

³³² BGHZ 98, S. 130.

chen.³³³ Ohne diese Art der Verteidigung wäre die Klage begründet, wenn der Klageantrag den Vorgaben des Vorvertrages, dessen Auslegung und dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht.³³⁴

Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO verschafft dem Kläger allerdings keine tatsächliche Willenserklärung des Vertragsbrüchigen. § 894 ZPO fingiert die Willenserklärung lediglich. Dies bedeutet, dass kein Vertrag kraft Urteils zustande kommt, denn ein Vertrag setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Ersetzt wird also nicht der Vertrag, sondern nur die Willenserklärung des Beklagten. Dies hat die Schwierigkeit zur Folge, dass regelmäßig die bestehenden Unvollständigkeiten des Vorvertrages im Rahmen der Erzwingung des Abschlusses des Hauptvertrages gefüllt werden müssen. Andernfalls könnte der Vorvertrag nicht vollstreckt werden, denn dann könnte es nur zu der Erzwingung eines ebenfalls lückenhaften Hauptvertrages kommen, der seinerseits nicht vollstreckungsfähig wäre. Die Realisierung eines lückenhaften Vorvertrages wäre damit faktisch regelmäßig ausgeschlossen, womit dessen Sinn ausgehöhlt würde. Spätestens im gerichtlichen Verfahren müssen also die offenen Punkte des Vorvertrages geschlossen werden können.

Hierzu ist in erster Linie die allgemeine Methode der Auslegung nach den §§ 133, 157 heranzuziehen. Die Parteien können auch im Vorvertrag selbst ein Verfahren vorsehen, nach welchem die Leistung genau bestimmt werden soll, etwa nach § 315 durch einen Dritten. Haben die Parteien keine derartige Regelung getroffen, stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 315 bis 317 dennoch angewandt werden können. Dies ist umstritten. Eine Ansicht³³⁵ bejaht die Anwendung der §§ 315 bis 317, unabhängig davon, ob die Parteien dies ausdrücklich im Vorvertrag vorgesehen haben. Die gegenteilige Auffassung³³⁶ lehnt dies ab. Nach der Rechtsprechung gilt zumindest, dass, sofern die Parteien im Vorvertrag festlegen, dass die Auslegungsregeln der §§ 315 bis 317 Anwendung finden sollen, Vertragslücken grundsätzlich auch bei einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft mit Hilfe dieser Vorschriften geschlossen werden können.³³⁷

Alternative zur Klage auf Hauptvertragsabschluss als Naturalrestitution ist die Klage auf Schadensersatz als Wertersatz. In Betracht kommt Geldersatz in erster Linie als Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 sowie Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung gemäß § 280 Abs. 1 und Ersatz des Verzugschadens gemäß § 286. Weiterhin bleibt auch die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vorvertrag nach § 323.

³³³ BGH NJW 2006, S. 2843.

³³⁴ BGH NJW 2006, S. 2843.

³³⁵ Vgl. hierzu MüKo-Kramer, vor § 145, Rn. 46 m.N.

³³⁶ Vgl. hierzu Staudinger-Bork, § Vorbem. zu §§ 145-156, Rn. 58 m.N.

³³⁷ Vgl. BGH WM 1979, S. 861.



c) Funktionen und Zweckmäßigkeit des Vorvertrages im Rahmen von Grundstückskäufen

Aus den Erörterungen zur Rechtsnatur und zum Inhalt des Vorvertrages lassen sich dessen wesentliche Funktionen ableiten: Vorbereitungs- und Sicherungsfunktion.

Der Vorvertrag bereitet den eigentlichen Hauptvertrag insoweit vor, als er bereits feststehende Punkte vorläufig regelt und so den aktuellen Stand der Vertragsentwicklung fixiert. Die Vorbereitungsfunktion des Vorvertrages spielt in erster Linie in anderen Rechtsgebieten, wie dem Gesellschaftsrecht, eine bedeutende Rolle. Bei der Gründung einer Gesellschaft kommt es oft aufgrund der Komplexität der zu regelnden Vereinbarungen in Zwischenabschnitten der Vertragsverhandlungen zu Abschlüssen von Vorverträgen. Dort können dann bereits die Grundlinien des Vertragswerks, über die schon Einigkeit besteht, in einem Vorvertrag festgehalten werden.

Sichernde Funktion kommt dem Vorvertrag insoweit zu, als er ein Instrument darstellt, mit dem eine Partei die andere an gewisse Verpflichtungen binden kann. Die Sicherungsfunktion ist indes keine absolute in dem Sinne, dass der Kaufinteressent den zukünftigen Eigentumserwerb oder der Verkäufer die künftige Kaufpreiszahlung allein mit Abschluss des Vorvertrages gesichert hätte. Es bleibt dem Verkäufer aufgrund seiner weiteren Verfügungsberechtigung vielmehr nicht verwehrt, vertragsbrüchig letztlich anderweitig zu verkaufen und zu übereignen. Dennoch kann von einer Art Sicherungsmittel im weiteren Sinne gesprochen werden, da der Verkäufer in dem geschilderten Fall schadensersatzpflichtig wäre und damit Druck auf ihn ausgeübt wird, an den Vorvertragspartner zu veräußern.

Der Kaufinteressent kann seinerseits den Kauf des Grundstücks und somit die Kaufpreiszahlung verweigern. Der Kaufinteressent hat dann jedoch Schadensersatz statt der Leistung – also mindestens in Höhe des Kaufpreises – zu zahlen, weshalb für den Verkäufer die Gefahr des Vertragsbruchs deutlich geringer, wenn nicht unerheblich ist. Der Vorvertrag stellt daher in erster Linie für den potentiellen Käufer eine Art Sicherungsmittel dar.

Die aufgezeigten Funktionen machen die Zweckmäßigkeit des Vorvertrages bei Grundstückskäufen deutlich. In vielen Fällen kann anstelle eines Vorvertrages auch der Abschluss eines bedingten oder befristeten Hauptvertrages für die Parteien als alternative Gestaltungsform in Betracht kommen; etwa bei dem Fall des geplanten Erwerbs eines Grundstücks, dessen Bebaubarkeit von einer noch nicht erteilten Baugenehmigung abhängt. Hier kann ein bedingter Hauptvertrag, der nur unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung der Baugenehmigung zustande kommt, ebenso wie ein Vorvertrag in Betracht kommen. Für einen Bauträger kann es z.B. zweckmäßig sein, einen Vorvertrag zu schließen, um einen gesicherten Rechts-

anspruch zu erlangen, um sich vor potentieller Konkurrenz zu schützen, ohne das Risiko der Bebaubarkeit übernehmen zu müssen.³³⁸

Die beiden Rechtsinstitute des bedingten Hauptvertrages und des Vorvertrages ähneln einander in gewissen Fallkonstellationen in ihrer Zielrichtung sehr. Beiden Rechtsfiguren ist gemein, den Eintritt der endgültigen Vertragswirkungen in die Zukunft zu verlegen.³³⁹ Häufig kann das Gestaltungsbedürfnis der Parteien durch den Abschluss eines bedingten Hauptvertrages befriedigt werden. Der Vorvertrag hat jedoch den Vorteil, dass nicht bereits sämtliche Einzelheiten geregelt werden müssen. Die Vorbereitung eines abschlussreifen, bedingten Kaufvertrages kann daher zeitaufwendiger sein, wenn es ausführlicherer Vertragsverhandlungen über sämtliche Punkte des Kaufvertrages bedarf. Dies kann etwa im genannten Beispiel bei höherer Wahrscheinlichkeit der Unbebaubarkeit des vertragsgegenständlichen Grundstücks für den Bauträger unwirtschaftlich sein.

7. Der Optionsvertrag nach deutschem Recht

Um eine zumindest mit dem einseitigen Vorvertrag funktionell vergleichbare, und daher vom Vorvertrag abzugrenzende Rechtsfigur,³⁴⁰ handelt es sich beim Optionsvertrag. Der Optionsvertrag spielt wie der Vorvertrag in Spanien und Italien beim Grundstückserwerb eine große Rolle. Zum allgemeinen Verständnis soll daher auch diese Rechtsfigur nach deutschem Recht kurz durchleuchtet werden.

a) Rechtsnatur und Inhalt des Optionsvertrages

Der Optionsvertrag ist die vertragliche Einräumung eines Optionsrechts.³⁴¹ Das Optionsrecht ist die Möglichkeit des Optionsberechtigten, durch einseitige Erklärung einen vorher bestimmten Vertrag zustande zu bringen bzw. ihn zu verändern.³⁴² Das durch den Optionsvertrag eingeräumte Optionsrecht ist daher als Gestaltungsrecht zu qualifizieren.³⁴³

Der Optionsvertrag ist im BGB nicht ausdrücklich als eigener Vertragstypus geregelt. Lediglich der Wiederkauf nach § 497 enthält ein Optionsrecht.

Teilweise wird das Vorkaufsrecht gemäß §§ 504ff. als Optionsrecht qualifiziert.³⁴⁴ Dies ist jedoch abzulehnen, da es beim Vorkaufsrecht im Unterschied zur Option nicht im alleinigen Belieben des Berechtigten liegt, den Vertrag zustande zu bringen.³⁴⁵ Beim Vorkaufsrecht muss sich der Verkäufer zunächst überhaupt zum Verkauf entscheiden und der Vorkaufs-

³³⁸ Ritzinger, NJW 1990, S. 1201f.

³³⁹ Herzog, Rn. 136.

³⁴⁰ Hase, S. 34.

³⁴¹ Weber, JuS 1990, S. 249, 253.

³⁴² Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 145, Rn. 23; MüKo-Kramer, vor § 145, Rn. 41.

³⁴³ Staudinger-Bork, Vorb. zu §§ 145ff., Rn. 73; Weber, JuS 1990, S. 249f.

³⁴⁴ Weber, JuS 1990, S. 249f.

³⁴⁵ Wolf, DNotZ 1995, S. 179, 184.



berechtigte hat dann lediglich die Möglichkeit, einen Vertrag zu den zwischen Verkäufer und Dritten vereinbarten Bedingungen abzuschließen.

Vom Vorvertrag unterscheidet sich der Optionsvertrag dadurch, dass er nicht beide Vertragsparteien zum Abschluss eines künftigen Hauptvertrages verpflichtet, sondern lediglich der Optionsgeber, also der Vertragspartner, der das Optionsrecht einräumt, an den Vertrag unwiderruflich gebunden ist. Dem Optionsberechtigten steht es frei, ob er das Optionsrecht ausübt oder nicht. Wie beim einseitig bindenden Vorvertrag besteht für den Optionsberechtigten selbst keine Bindung, so dass der einseitige Vorvertrag und die Optionseinräumung durch Optionsvertrag funktionell vergleichbar sind.³⁴⁶ Vom Vorvertrag unterscheidet sich der Optionsvertrag ferner dadurch, dass letzterer derselben Bestimmtheit bedarf wie der Hauptvertrag selbst,³⁴⁷ da der Optionsvertrag so konkrete Regelungen enthalten muss, dass der Optionsberechtigte das Optionsrecht durch ein bloßes „Ja“ ausüben kann.

Die Rechtsnatur bzw. die dogmatische Einordnung des Optionsvertrages ist umstritten. Einigkeit besteht nur in dem Punkt, dass der Optionsvertrag die vertragliche Einräumung eines Optionsrechts darstellt.³⁴⁸ Der Streit soll im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden. Das Aufwerfen dieser Frage schärft jedoch das Problembewusstsein hinsichtlich der dogmatischen Einordnung des Optionsvertrages.

Eine Möglichkeit ein Optionsrecht zu begründen wird nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung³⁴⁹ schon allein in der Abgabe einer Vertragsofferte mit Bindungsfrist für den Offerenten gemäß § 148 gesehen. Nach gegenteiliger Auffassung³⁵⁰ wird die Vertragsofferte gemäß § 148 nicht als Fall der Option angesehen, gleichwohl die rechtlichen Folgen dieselben seien. Nach einer anderen im Schrifttum³⁵¹ und von der Rechtsprechung³⁵² vertretenen Auffassung ist das Optionsrecht dogmatisch als aufschiebend bedingter Vertrag einzuordnen, wobei die Bedingung die Optionsausübung durch den Optionsnehmer ist. Eine weitere Ansicht³⁵³ geht schließlich davon aus, dass es sich beim Optionsvertrag um einen Vertrag *sui generis* handele.

Im Ergebnis handelt es sich bei den beiden zuletzt genannten Auffassungen lediglich um abweichende dogmatische Deutungen desselben rechtlichen Sachverhalts. Bei der Einordnung

³⁴⁶ Hase, S. 34.

³⁴⁷ Casper, S. 105ff.; Staudinger-Bork, Vorb. § 145, Rn. 74.

³⁴⁸ Weber, JuS 1990, S. 249, 253; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 145, Rn. 23; MüKo-Kramer, vor § 145, Rn. 41; Staudinger-Bork, Vorb. zu §§ 145 ff, Rn. 73.

³⁴⁹ Palandt-Ellenberger, Einf. vor § 145, Rn. 2; MüKo-Kramer, vor § 145, Rn. 43; Hase, S. 34; Weber, JuS 1990, S. 249, 251.

³⁵⁰ Hübner, § 40, Rn. 989.

³⁵¹ Staudinger-Bork, Vorb. zu §§ 145, Rn. 71; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145, Rn. 23; Soergel-Wolf, Vor. § 145, Rn. 70.

³⁵² BGHZ 47, S. 387, 391.

³⁵³ Jauernig, BGB, Vorb., Rn. 6; Hübner, § 40, Rn. 989; Weber, JuS 1990, S. 249, 256.

des Optionsrechts als Vertragsofferte nach §§ 145ff. besteht jedoch auch ein „inhaltlicher“ Unterschied zu den zuletzt genannten dogmatischen Einordnungen des Optionsrechts: Bei der bindenden Vertragsofferte steht dem Optionsberechtigten im Gegensatz zum Optionsvertrag kein besonderes – in der Regel vertraglich als entgeltlich vereinbartes – Gestaltungsrecht zu, sondern er nimmt lediglich ein Vertragsangebot an.³⁵⁴

b) Optionsverträge im Grundstücksverkehr

Der Abschluss eines Optionsvertrages kann im Grundstücksverkehr für die Vertragsparteien in den verschiedensten Konstellationen bedeutsam sein. Seine Funktion liegt ähnlich wie die des Vorvertrages darin, den Parteien, die aus irgendeinem Grunde noch nicht bereit sind, einen Hauptvertrag abzuschließen, eine vorläufige Bindungsmöglichkeit – in diesem Falle lediglich einer Vertragspartei – zu geben. Insoweit fungiert auch der Optionsvertrag als eine Art besonderes Sicherungsmittel für die verschiedensten Leistungs- und Unterlassungspflichten beim Grundstückskauf.³⁵⁵

Im Bereich der Grundstücksgeschäfte kommt ein Optionsrecht vor allem als Ankaufsrecht, also zugunsten des Käufers vor.³⁵⁶ Das Interesse des Käufers am Abschluss eines Optionsvertrages kann in erster Linie in der Sicherung des zukünftigen Erwerbs des Grundeigentums liegen. So etwa in Fällen, in denen sich der Käufer noch nicht endgültig zum Erwerb des Grundeigentums entschließen möchte, aber die Sicherheit haben möchte, den Erwerb zu einem bestimmten Zeitpunkt realisieren zu können.

Eine im deutschen Grundstücksverkehr häufig vorkommende Vereinbarung eines Optionsrechts liegt in der Einräumung eines Rückkaufsrechts zugunsten des Veräußerers zum Zwecke der Sicherung der Kaufpreisforderung.³⁵⁷

c) Form des Optionsvertrages

Hinsichtlich der Form des Optionsvertrages zu einem Grundstückskaufvertrag ergibt sich das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Optionsvertrages gemäß § 311 b aus denselben Erwägungen, die für den Vorvertrag gelten.³⁵⁸ Auch beim Optionsvertrag greift die Funktion des Übereilungsschutzes. Beim Optionsvertrag ist dies sogar noch stärker der Fall, da der Optionsvertrag bereits alle Regelungen im Detail enthalten muss und sich der Optionsgeber bereits abschließend bindet. Der Optionsvertrag muss so konkrete Regelungen enthalten, dass der Optionsberechtigte das Optionsrecht durch ein bloßes „Ja“ ausüben kann.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob auch die Optionsausübung durch den Optionsberechtigten der Form des Hauptvertrages bedarf. Der Optionsberechtigte ist im Gegensatz

³⁵⁴ Staudinger-Bork, Vorb. zu §§ 145, Rn. 73.

³⁵⁵ Als „besonderes Sicherungsmittel“ bezeichnet auch Weber, JuS 1990, S. 249f., den Optionsvertrag.

³⁵⁶ Wolf, DNotZ 1995, S. 179, 184.

³⁵⁷ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, B., IV., 5., b), cc).

³⁵⁸ Staudinger-Bork, Vorb. zu §§ 145, Rn. 74.



zum Optionsgeber durch den Optionsvertrag noch nicht gebunden, da es ihm freisteht, von seinem Optionsrecht Gebrauch zu machen. Die einschneidende Entscheidung trifft der Optionsnehmer damit erst mit der Erklärung der Ausübung der Option, denn erst durch diese wird er rechtlich gebunden. Die Optionsausübungserklärung bedarf daher ebenfalls der Form, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt.³⁵⁹

³⁵⁹ Köhler, Jura 1979, S. 465, 469.



C. Der Grundstückserwerb nach spanischem Recht

Das spanische Zivilrecht ist größtenteils in der Kodifikation des in den Jahren 1888/89 entstandenen Código Civil (nachfolgend: CC) zusammengefasst.³⁶⁰

Das spanische Grundstücksrecht ist überwiegend im CC geregelt. Darüber hinaus finden sich wichtige Bestimmungen im zeitlich zuvor entstandenen *Ley Hipotecaria* von 1861 („Hypothekengesetz“), welches gemäß Verweisung in Art. 608 CC weiterhin in Kraft ist, der hierzu ergangenen Verordnung *Reglamento Hipotecario* („Hypothekenverordnung“) und im *Reglamento Notarial* von 1944 („Notarverordnung“).

Die spanische Zivilrechtsordnung ist räumlich gespalten. Neben dem im CC geregelten gemeinspanischen Recht bestehen in den autonomen Gebietskörperschaften (wie z.B. Katalonien und Galizien) die sog. Foralrechte.³⁶¹ Diese Foralrechte gehen nach der spanischen Verfassung von 1978 denen des CC grundsätzlich vor (vgl. Artt. 2 und 137 Constitución Española sowie Art. 13 Nr. 2 CC). Soweit die Foralrechte keine Regelungen zu einer bestimmten Materie enthalten, oder deren Normen lückenhaft sind, ergänzt der CC subsidiär die Foralrechte.³⁶²

Auf dem Gebiet des Grundstückskaufrechts bestehen in den Foralrechten keine wesentlichen Abweichungen vom gemeinspanischen Recht.³⁶³ Die vereinzelt vorhandenen Besonderheiten der Foralrechte sollen im Rahmen dieser Arbeit keine Beachtung finden.³⁶⁴ Die nachfolgenden Ausführungen gehen vom gemeinspanischen Recht aus.

Voraussetzung des entgeltlichen Grundstückserwerbs ist nach dem im spanischen Recht geltenden *titulus-modus*-Prinzip grundsätzlich das Zustandekommen eines wirksamen Grundstückskaufvertrages (als *titulus*) sowie die Übergabe des Grundstücks (*modus*), vgl. Art. 609 Abs. 2 und Art. 1450 CC.³⁶⁵ Der Grundstückskaufvertrag (*titulus*) und die Übergabe (*modus*) sind dabei derart kausal miteinander verbunden, dass bei Fehlen oder Unwirksamkeit eines der beiden Elemente der Erwerb des Grundeigentums scheitert.³⁶⁶

³⁶⁰ Sánchez Calero, Curso de derecho civil, S. 64.

³⁶¹ Gomá Salcedo, S. 53.

³⁶² Lacruz Berdejo/Asis Sancho Rebullida/Luna Serrano, Parte general del derecho civil, S. 83.

³⁶³ Badenes Gasset, S. 1109ff.

³⁶⁴ Zu einzelnen Foralrechten vgl. das umfassende Werk (mehrere Bände) von Castán Toboñas, Derecho civil español, común y foral.

³⁶⁵ Ständige Rspr. des TS, vgl. z.B. Urteil v. 26.11.1991, AJ 1991, Rn. 8490; Gomá Salcedo, S. 629; Ragel-Sánchez, S. 627.

³⁶⁶ Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3373; Díez-Picazo/Gullón, Sistema de derecho civil, Vol. II, S. 150.

Zum Zwecke der möglichst parallelen Darstellung des entgeltlichen Grundeigentumserwerbs in den Länderberichten wird auch nach spanischem Recht zunächst der Grundstückskaufvertrag behandelt.

I. Der Grundstückskaufvertrag nach spanischem Recht

Die spanische Zivilrechtsordnung unterscheidet wie die deutsche grundlegend zwischen dem originären und derivativen Eigentumserwerb. Der in dieser Arbeit untersuchte, auf einem Kaufvertrag basierende Grundstückserwerb ist der klassische Fall des derivativen, also abgeleiteten Eigentumserwerbs. Voraussetzung eines solchen Grundstückserwerbs ist nach spanischem Recht zunächst das Zustandekommen eines *contrato de compraventa* – Kaufvertrages.³⁶⁷

Der Kaufvertrag ist im spanischen Recht in den Artt. 1445 bis 1537 CC³⁶⁸ normiert. Gemäß Art. 1445 verpflichtet sich durch den Kaufvertrag eine der Vertragsparteien,

*„eine bestimmte Sache zu übergeben, und die andere, für sie einen bestimmten Preis in Bargeld oder mittels eines Zeichens, das dieses vertritt, zu zahlen.“*³⁶⁹

Wie sich aus Art. 1450 i.V.m. Art. 1451 Abs. 1 ergibt, kommt der Kaufvertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen des Käufers und Verkäufers über die Kaufsache und den Kaufpreis zustande.

Der Kaufvertrag begründet die gegenseitige Verpflichtung der Vertragsparteien zur zukünftigen Leistungserbringung. Für den Verkäufer begründet der Kaufvertrag die Pflicht zur Übergabe (vgl. Artt. 1445 und 1461) und für den Käufer die Pflicht zur Kaufpreiszahlung (vgl. Art. 1445).

1. Formfreiheit des Grundstückskaufvertrages

Zwar sieht der CC in Art. 1280 die notarielle Beurkundung – die sog. *escritura* – bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken vor. Art. 1280 Nr. 1 lautet:

„Der öffentlichen Beurkundung bedürfen:

1. Die Rechtsgeschäfte und Verträge, die das Entstehen, die Übertragung, die Änderung oder das Erlöschen von dinglichen Rechten an Grundstücken zum Gegenstand haben.“

Die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrages.³⁷⁰ Sowohl ein privatschriftlicher Kaufvertrag als auch sogar ein mündlich abgeschlossenes

³⁶⁷ Dies darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Erwerb stets nur auf der Grundlage eines Kaufvertrages erfolgen kann. Selbstredend ist der Erwerb beispielsweise auch auf der Grundlage einer Schenkung möglich. Diese Arbeit beschränkt sich indes auf den Erwerb auf der Grundlage eines Kaufvertrages.

³⁶⁸ Artikel des Abschnitts B. dieser Arbeit, die nicht anders gekennzeichnet sind, sind solche des Código Civil (CC).

³⁶⁹ Sämtliche verwendete Übersetzungen der Artikel des CC stammen aus: Sohst, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch.

ner Vertrag, der die Übertragung von Grundstückseigentum zum Gegenstand hat, entfalten im spanischen Recht volle Rechtswirksamkeit.³⁷¹ Dies ergibt sich aus der Zusammenschau der Artt. 1278 und 1261. Art. 1278 lautet:

„Verträge sind verbindlich, gleich welcher Form sie geschlossen wurden, vorausgesetzt sie erfüllen die für ihre Wirksamkeit wesentlichen Voraussetzungen.“

Welches diese „wesentlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen“ eines jeden Vertrages sind, statuiert wiederum Art. 1261. Nach Art. 1261 werden lediglich die Einigung der Vertragsparteien, die Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes und die *causa* für die Wirksamkeit von Verträgen vorausgesetzt. Was genau die *causa* i.S.d. Art. 1261 auszeichnet und beinhaltet, ist im spanischen Schrifttum umstritten.³⁷² Herrschende Ansicht ist, dass es sich um den „Rechtsgrund“³⁷³ im Sinne des wirtschaftlich-sozialen Zweckes des Vertrages handelt.³⁷⁴ Bei typischen Verträgen wie dem Kaufvertrag ist die *causa* unproblematisch gegeben. Sie wird in der Hingabe einer Sache gegen einen Preis gesehen.³⁷⁵

Die Formvorschrift des Art. 1280 ist somit keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Kaufvertrag.³⁷⁶ Nichtigkeit liegt folglich nur vor, wenn eine der Voraussetzungen des Art. 1261 nicht gegeben ist.³⁷⁷

Der CC enthält keine der deutschen Vorschrift des § 125 BGB entsprechende Norm, nach der ein Rechtsgeschäft, das der vom Gesetz vorgeschriebenen Form nicht entspricht, grundsätzlich nichtig ist. Das spanische Zivilrecht unterscheidet zwischen der Form *ad probationem* und *ad solemnitatem*.³⁷⁸ Die meisten Formvorschriften des CC dienen lediglich der Beweisführung. Die Nichteinhaltung einer Formvorschrift des CC führt grundsätzlich nur dazu, dass die der vorgeschriebenen Form mangelnde Willenserklärung vor Gericht dem Beweis nicht zugänglich ist.³⁷⁹ Bei der Formvorschrift des Art. 1280 Nr. 1 handelt es sich nicht um eine Form *ad solemnitatem*, sondern *ad probationem*.³⁸⁰ Jedoch dient die Form des Art. 1280 Nr. 1 nicht lediglich Beweis Zwecken.³⁸¹

³⁷⁰ Ständige Rspr. des TS, vgl. statt vieler Urteile STS v. 03.02.1987, AJ 1987, Rn. 674.; absolut h.A. in der Lit., vgl. Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 406f.; Albaladejo, Derecho Civil, Bd. II: Derecho de obligaciones, Vol. I, S. 219; Ragel Sánchez, S. 622; Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil, Bd. II, Vol. II, S. 148f.

³⁷¹ STS v. 03.02.1987, AJ 1987, Rn. 674.

³⁷² Vgl. Ragel Sánchez, S. 201, 203ff. mit ausführlicher Darstellung und Stellungnahme zum Meinungsstreit; Lasarte, S. 42.

³⁷³ Vgl. Gomá Salcedo, S. 635.

³⁷⁴ Vgl. statt vieler Lasarte, S. 42; Ragel Sánchez, S. 183, 201.

³⁷⁵ Vgl. Gomá Salcedo, S. 635.

³⁷⁶ So auch die Rspr., vgl. STS v. 30.05.1972, AJ 1972, Rn. 2389.

³⁷⁷ Vgl. Urteil des TS v. 15.03.1998, AJ 1998, S. 4563.

³⁷⁸ Castán Tobeñas, Band III, S. 618.

³⁷⁹ Castán Tobeñas, Band III, S. 618.

³⁸⁰ STS v. 27.10.1961, AJ 1961, Rn. 3618; Vázquez Iruzubieta, S. 1852, 1857f.

³⁸¹ Puig Brutau, Compendido de Derecho Civil, Bd. II: Derecho de obligaciones, contratos y cuasi-contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos, S. 205.

Ist nach Art. 1280 Nr. 1 der Abschluss eines privatschriftlichen oder notariellen Vertrages vorgeschrieben, so hat die Nichteinhaltung dieser Regel zur Folge, dass die Vertragspartner gemäß Art. 1279 einander – notfalls gerichtlich – zwingen können, die Formerfordernisse zu erfüllen, sofern sie vorab einen wirksamen mündlichen oder schriftlichen Kaufvertrag geschlossen haben.³⁸² Verständlicher ist Art. 1280 daher in der systematischen Zusammenschau mit Art. 1279. Im Zusammenhang mit Art. 1279 wird klar, dass die notarielle Form nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages sein kann, denn gerade weil der Vertrag schon wirksam ist, können die Parteien nach Art. 1279 den Abschluss eines inhaltsgleichen notariellen Kaufvertrags bzw. die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Form verlangen.³⁸³

Das Gesetz statuiert die Möglichkeit der Erzwingung der notariellen Form vom Vertragspartner, wenn zuvor ein privatschriftlicher Vertrag wirksam geschlossen wurde, da die notarielle Beurkundung des Grundstückskaufvertrages dennoch von weitreichender Bedeutung ist, die noch an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Darstellung des spanischen Liegenschaftsregisters auszuführen ist.³⁸⁴

Wichtig im Zusammenhang mit der dargestellten Formfreiheit von Grundstückskaufverträgen ist das zum Zwecke des Verbraucherschutzes am 21.04.1989 erlassene Königliche Dekret Nr. 515³⁸⁵. Art. 5, Nr. 4 dieses Dekrets regelt für den Verkauf einer ausschließlich zu Wohnzwecken dienenden Immobilie durch einen Unternehmer an einen Verbraucher eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der in Art. 1280, Nr. 1 vorgesehenen Beurkundung des Grundstückskaufvertrages sowie über deren Bedeutung im Zusammenhang mit dem Liegenschaftsregister.³⁸⁶ Ob aufgrund dieser Verbraucherschutzregelung die Formfreiheit von Grundstückskaufverträgen vertretbar ist, wird im zweiten Teil dieser Arbeit bewertet.³⁸⁷

2. Historischer Hintergrund der Formfreiheit

Die Formstrenge, die im deutschen Zivilrecht herrscht, ist im spanischen Recht nicht derart ausgeprägt. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* geht vor. Dies ist vor allem historisch und gesellschaftspolitisch zu erklären. Der Ursprung rein mündlicher Vertragsabschlüsse, basierend auf dem gegenseitigen Vertrauen in das Wort des Vertragspartners, geht wie in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen auch in Spanien auf den Einfluss der herrschenden christlichen Religion zurück.³⁸⁸ Die Möglichkeit, eine vertragliche Bindung allein durch den

³⁸² So die Rspr. des TS, vgl. z.B. STS v. 30.11.1974, AJ 1974, Rn. 4498.

³⁸³ O'Callaghan Muñoz, Código Civil, Comentado y con jurisprudencia, Art. 1280 CC; Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 407.

³⁸⁴ Vgl. Abschnitt: Teil 1, C., IV., 3.

³⁸⁵ Veröffentlicht in: BOE 17.05.1989.

³⁸⁶ Vgl. zur Bedeutung der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages bzgl. des Liegenschaftsregisters Abschnitt: Teil 1, C., IV., 3., a).

³⁸⁷ Vgl. Abschnitt: 2. Teil, A., I.

³⁸⁸ Hase, S. 44.

geäußerten Willen wirksam zustande zu bringen, wurde von den kanonischen Juristen (13. Jhd.) unter Berufung auf das Jesuswort „*Eure Rede sei ja ja nein nein; und was darüber ist, das ist von Übel*“³⁸⁹ anerkannt. Dieser Einfluss der christlichen Religion war es auch, der in der Zeit des kanonischen Rechts (13. Jhd.) zu dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* führte.³⁹⁰ Die Kanonisten verstanden hierunter in erster Linie die strenge Rechtsverbindlichkeit formloser Vereinbarungen.³⁹¹

Die Frage des Einhaltens eines mündlich geschlossenen Rechtsgeschäfts war in Spanien spätestens seit der Zeit des kanonischen Rechts daher eine Frage der Ehre.³⁹² Im alten, katholisch geprägten Spanien galt es als ehrenrührig, von seinem Vertragspartner etwas Schriftliches zu verlangen. Der Handschlag nach der Sonntagsmesse mit möglichst vielen Zeugen stand im Vordergrund.³⁹³ Es herrschte das sog. *principio espiritualista*,³⁹⁴ das Prinzip der Verbindlichkeit rechtlicher Vereinbarungen unabhängig von deren Form.³⁹⁵ Dieses Prinzip, das den Gegensatz zu den Förmlichkeiten, die das römische Recht prägten, darstellt und mit der Formstrenge des römischen Rechts brach, fand seine gesetzliche Umsetzung in Spanien zunächst unter König Alfonso XI. im *Ordenamiento de Alcalá* von 1348.³⁹⁶ Das *Ordenamiento de Alcalá* war ein unter seiner Herrschaft geschaffenes Gesetzbuch.³⁹⁷ Dieses Gesetzbuch wird als fundamentales Element und als grundlegend für die Entwicklung des spanischen Rechts angesehen.³⁹⁸ Es rezepte insbesondere das nachklassische und das kanonische Recht.³⁹⁹ Einige der Grundprinzipien, die dieses Gesetzbuch statuierte, wozu auch das der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte gehört,⁴⁰⁰ dienten dem spanischen Gesetzgeber im Jahre 1888/89 als Vorbild und gelten bis heute für das spanische Zivilrecht.⁴⁰¹

Der Bruch einer mündlichen rechtsgeschäftlichen Abrede hatte damit seit der Geltung des *Ordenamiento de Alcalá* rechtliche Konsequenzen und wurde zudem von der spanischen Gesellschaft über Jahrhunderte als Sünde angesehen.⁴⁰² Diese gesellschaftlichen Umstände berücksichtigte auch der spätere spanische Gesetzgeber, übernahm das *principio espiritualista* nach dem Vorbild des *Ordenamiento de Alcalá* und behielt die Formfreiheit auch für Kaufverträge über Immobilien mit der Einführung des CC im Jahre 1888/89 bei.

³⁸⁹ Matthäus 5, 37 in der Lutherübersetzung, vgl. ausführlich Nanz S. 46ff.

³⁹⁰ Castán Tobeñas, Band III, S. 616; Hase, S. 44f.

³⁹¹ Vgl. Nanz, S. 46.

³⁹² Vgl. Adomeit/Frühbeck, S. 72.

³⁹³ Vgl. Adomeit/Frühbeck, S. 72.

³⁹⁴ Castán Tobeñas, Band III, S. 616.

³⁹⁵ Castán Tobeñas, Band III, S. 616.

³⁹⁶ Castán Tobeñas, Band III, S. 616.

³⁹⁷ Perez-Prendes/de Azcarraga, S. 304ff.

³⁹⁸ Fernández Espinar, S. 395ff.

³⁹⁹ Perez-Prendes/de Azcarraga, S. 305f.

⁴⁰⁰ Vgl. Auszug des Gesetzes in: Fernández Espinar, S. 401.

⁴⁰¹ Vgl. Perez-Prendes/de Azcarraga, S. 304ff.

⁴⁰² Vgl. Adomeit/Frühbeck, S. 72.

Die Frage der Einhaltung mündlicher Abreden ist auch heute nach wie vor für einige Spanier eine moralisch-theologische Frage. An dieser herrschenden sozial-ethischen Moral orientierte sich so stets auch die Entscheidung des spanischen Gesetzgebers, der bis heute keine Formpflicht für Grundstückskaufverträge eingeführt hat.

II. Die Lehre von *titulus* und *modus* – Das spanische „Trennungsprinzip“⁴⁰³

Für den derivativen, entgeltlichen Eigentumserwerb an einem Grundstück bestehen nach spanischem Recht über den Kaufvertrag hinausgehende Voraussetzungen. Es gilt damit ein dem deutschen Recht ähnliches Trennungsprinzip. Der Vertragsabschluss allein entfaltet grundsätzlich noch keine dingliche Wirkung.⁴⁰⁴ Dies ergibt sich aus der Zusammenschau der Vorschriften der Art. 609 Abs. 2 und Art. 1450. Art. 1450 lautet:

„Der Kauf kommt zwischen Käufer und Verkäufer zustande und ist für beide verbindlich, wenn sie sich über die Sache, die Gegenstand des Vertrags ist, und über den Preis geeinigt haben, auch wenn weder das eine noch das andere übergeben worden ist.“

Der im dritten Buch des CC unter der Überschrift „Von den verschiedenen Möglichkeiten des Eigentumserwerbs“ geregelte Art. 609 Abs. 2 lautet:

„Das Eigentum und die übrigen Rechte an Sachen werden durch das Gesetz, durch Schenkung, durch testamentarische oder gesetzliche Erbfolge und als Folge bestimmter Verträge mittels Übergabe erworben und übertragen.“

Mit der Formulierung „als Folge bestimmter Verträge“ ist unter anderem der Kaufvertrag gemeint.⁴⁰⁵ Durch den Kaufvertragsabschluss allein geht damit nach spanischem Recht das Eigentum an einem Grundstück noch nicht über. Der Kaufvertrag hat rein verpflichtenden Charakter; durch ihn verpflichten sich die Parteien, das Eigentum zu übertragen und den Kaufpreis zu entrichten.⁴⁰⁶ Vielmehr ist gemäß Art. 609 Abs. 2 für die Eigentumsübertragung der vollziehende Akt der Übergabe erforderlich.⁴⁰⁷

Die Notwendigkeit der Übergabe ergibt sich darüber hinaus aus dem Wortlaut des Art. 1095 Satz 2 CC:⁴⁰⁸

*„[...] allerdings erwirbt er [der Gläubiger] kein dingliches Recht an einer Sache, solange sie nicht übergeben worden ist.“*⁴⁰⁹

⁴⁰³ Der Begriff „Trennungsprinzip“ ist in der spanischen Literatur nicht üblich und wird hier daher in Anführungsstriche gesetzt. Aus deutscher systematischer Sicht sowie rechtsvergleichender Sicht ist der Begriff jedoch zutreffend. Vgl. z.B. auch Adomeit/Frühbeck, S. 53f., die in diesem Zusammenhang ebenfalls den Begriff „Trennungsprinzip“ verwenden.

⁴⁰⁴ Albadalejo, Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, S. 427; O’Callaghan Muñoz, Código Civil, Comentado y con jurisprudencia, Art. 1450.

⁴⁰⁵ Gomá Salcedo, S. 635.

⁴⁰⁶ O’Callaghan Muñoz, Xavier, Código Civil, Comentado y con jurisprudencia, Art. 1450.

⁴⁰⁷ Ständige Rspr. des TS, vgl. z.B. STS v. 26.11.1991, AJ 1991, Rn. 8490; Gomá Salcedo, S. 629; Ragel-Sánchez, S. 627; Liaño-López Frías, Art. 609, S. 1.

⁴⁰⁸ Beltrán de Heredia de Onis, RDP 1967, S. 103.

⁴⁰⁹ Zusätze in Klammern stammen von der Verfasserin.

Folglich setzt der Eigentumserwerb nach spanischem Recht, bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen, einen Erwerbsgrund, den sog. *titulus*⁴¹⁰ – hier also den Kaufvertrag – und darüber hinaus einen sog. *modus*,⁴¹¹ eine Erwerbsart – wie die Übergabe – voraus.⁴¹² Damit herrscht in Spanien das sog. *principio de tradición* – Traditionsprinzip, nach dem das Eigentum an beweglichen sowie unbeweglichen Sachen aufgrund eines Vertrages mittels Übergabe erworben wird.⁴¹³ Beide Elemente sind dabei derart *causal*⁴¹⁴ – kausal verknüpft, dass die Unwirksamkeit des Schuldvertrages automatisch die Unwirksamkeit der Übergabe bewirkt.⁴¹⁵ Rechtliche Fehler des Kaufvertrages als Grundgeschäft schlagen daher auf den Eigentumsübergang durch und verhindern den Eigentumserwerb.⁴¹⁶

Der Übergang des Eigentums vollzieht sich, wie bei beweglichen Sachen, im Moment der Übergabe in Erfüllung des geschlossenen Kaufvertrages. Beim Grundstück erfolgt sie durch tatsächliche Besitzverschaffung (Art. 1462 Abs. 1) – bei bebauten Grundstücken meist mittels Aushändigung der Schlüssel (vgl. auch Art. 1463)⁴¹⁷ – oder durch fingierte Übergabe mittels notarieller Urkunde (Art. 1462 Abs. 2).

1. Rechtsnatur der *traditio*

Sehr umstritten ist die Frage der Rechtsnatur der *traditio* (also des *modus*) in Form der Übergabe des Grundstücks.⁴¹⁸ Eine Mindermeinung⁴¹⁹ hält die *traditio* für einen eigenständigen Vertrag, vergleichbar mit dem deutschen dinglichen Erfüllungsgeschäft. Diese Meinung wird von der herrschenden Literatur⁴²⁰ mit dem überzeugenden Argument abgelehnt, dass die systematische Stellung der Artt. 609 und 1095 CC eine derartige Interpretation des *modus* nicht zulasse. Zudem sprächen gegen diese Auffassung der historische Hintergrund und die Entste-

⁴¹⁰ Spanisch: *título*

⁴¹¹ Spanisch: *modo*

⁴¹² Gomá Salcedo, S. 635; Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 609, S. 859; Castán Tobeñas, Band II, Vol. 1, S. 290 f; José Javier López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009, 1010; ebenso die Rspr., vgl. grundlegend STS v. 18.02.1965, AJ 1965, Rn. 985; STS v. 26.11.1991, AJ 1991, Rn. 8490; STS v. 09.03.1994, AJ 1994, Rn. 2205.

⁴¹³ Lacruz Berdejo, Derechos reales, S. 103, 184; Díez-Picazo, ADC 1966, S. 556, 567; Beltrán de Heredia de Onis, RDP 1967, S. 103f.

⁴¹⁴ Pau Pedrón, *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 1991, S. 3364, 3373. Es gibt eine absolute m.M. im spanischen Schrifttum, die davon ausgeht, dass die Eigentumsübertragung keine gültige *causa* brauche, vgl. hierzu Rodríguez-Rosado, S. 49f.

⁴¹⁵ Díez-Picazo/Gullón, Sistema de derecho civil, Vol. II, S. 150.

⁴¹⁶ Chico y Ortiz, S. 169.

⁴¹⁷ Nach seinem Wortlaut gilt Art. 1463 CC nur für bewegliche Sachen, die Vorschrift wird jedoch beim der Grundstücksübertragung analog angewandt, vgl. Prinz v. Sachsen Gessaphe, RIW 1991, S. 299, 303.

⁴¹⁸ Eingehend zum Streitstand vgl. Lacruz Berdejo, Derechos reales, S. 188ff.; Martínez, NZI 2004, S. 72, 74ff.

⁴¹⁹ Vgl. Núñez-Lagos, RCDI 1961, S. 573ff.; zur ausführlichen Darstellung der Mindermeinungen vgl. die Darstellung von Lacruz Berdejo, Derechos reales, S. 185ff.

⁴²⁰ Lacruz Berdejo, Derechos reales, S. 188; Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho Hipotecario, Band I, S. 714; Giménez Roig, S. 501.

hungsgeschichte der *titulus-modus*-Theorie.⁴²¹ Auf den historischen Hintergrund wird zum Verständnis im Folgenden noch eingegangen.⁴²²

Andere Autoren meinen, es handle sich bei der *traditio* um ein rein faktisches Verhalten im Sinne eines Realaktes, ohne die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Eigentumsübertragungswillens.⁴²³

Die Rechtsprechung und andere Autoren sehen in der *traditio* keinen reinen Realakt, sondern die Besitzübertragung in Erfüllung des Kaufvertrages, die den übereinstimmenden Willen des Veräußerers und des Erwerbers hinsichtlich des Besitz- und Eigentümerwechsels voraussetzt.⁴²⁴

Dieser seit Jahrzehnten andauernde Meinungsstreit soll im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden. Die genaue Einordnung der Rechtsnatur der Übergabe ist für die hier interessierende Darstellung und Untersuchung des Eigentumsüberganges nicht ausschlaggebend, wenn von dem „Normalfall“ ausgegangen wird, dass der Verkäufer dem Käufer das Grundstück bewusst und zum Zwecke der Erfüllung des vorangegangenen Kaufvertrages – und daher mit Eigentumsübertragungswillen – übergibt.⁴²⁵ Hier wird der Meinung gefolgt, nach der die *traditio* bzw. die Übergabe des Grundstückes keinen eigenständigen Vertrag und auch keinen reinen Realakt darstellt, sondern die bewusste Besitzübertragung des Verkäufers auf den Käufer mit Eigentumsübertragungswillen und in Absicht der Erfüllung der Pflicht aus dem Kaufvertrag.

2. Verfügungsberechtigung (*poder de disposición*)

Weitere Voraussetzung für die Übertragung des Eigentums ist neben dem Vorliegen des *titulus* und *modus* die Berechtigung des Veräußerers zur Übertragung des Grundstücks.⁴²⁶

Verfügungsberechtigter ist der Grundstückseigentümer, ein von ihm zur Übertragung des Grundstücks Bevollmächtigter oder ein gesetzlicher Vertreter des Eigentümers. Ist der Veräußernde nicht verfügungsbefugt, ist die Übergabe des Grundstücks – der *modus* – grundsätzlich unwirksam und der Eigentumsübergang scheitert.⁴²⁷ Ein Kaufvertrag (*titulus*) über ein fremdes Grundstück, das also nicht im Eigentum des Verkäufers steht, ist zwar regelmäßig wirk-

⁴²¹ Lacruz Berdejo, *Derechos reales*, S.188.

⁴²² Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., II., 3.

⁴²³ Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, Band I, S. 714; Giménez Roig, S. 501.

⁴²⁴ Vgl. zur Rspr. grundlegend STS v. 18.02.1965, AJ 1965, Rn. 985; STS v. 18.09.1996, AJ 1996, Rn. 6725; Albadalejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Band VIII, Vol. 1, Art. 609 CC, S. 9; Lacruz Berdejo, *Derechos reales*, S.188; Díez-Picazo, *Sistema de derecho Civil*, Vol. III, S. 67; Beltrán de Heredia de Onís, RDP 1967, S. 103, 113; Fernández Urzainqui, *Código Civil*, Art. 609, S. 860.

⁴²⁵ Der Meinungsstreit ist ebenso irrelevant, wenn der Grundstückskaufvertrag notariell beurkundet wird, da in diesem Fall die Übergabe durch Abschluss des notariellen Kaufvertrages fingiert wird. Vgl. hierzu Abschnitt: 1. Teil, B., III., 1., b).

⁴²⁶ Cuena Casas, S. 527; Lacruz Berdejo, *Derechos reales*, S. 213; Díez-Picazo, ADC 1966, S. 556.

⁴²⁷ Pablo Contreras, S. 356.

sam.⁴²⁸ Im Moment des *modus*, also der Übergabe des Grundstücks, muss der Verkäufer jedoch Eigentümer oder sonstiger Verfügungsberechtigter des Grundstücks sein, da andernfalls der *modus* grundsätzlich unwirksam wäre und der Eigentumserwerb scheitern würde. Möglich ist der Eigentumserwerb in diesem Falle lediglich als Erwerb *a non domino* – als gutgläubiger Erwerb,⁴²⁹ sofern dessen Voraussetzungen, die noch an anderer Stelle ausgeführt werden,⁴³⁰ erfüllt sind.

Die Eintragung in einem öffentlichen Liegenschaftsregister ist hingegen nach spanischem Recht grundsätzlich nicht Voraussetzung des Erwerbs des Grundstückseigentums und damit im Gegensatz zum deutschen Recht nicht konstitutiv.⁴³¹ Spanien gehört zu den Ländern in denen das sog. Privatsystem gilt, bei dem die Parteien des Kaufvertrages autonom den Eigentumsübergang bewirken können und nicht ein öffentlicher Akt der Registereintragung hinzukommen muss.⁴³² Auf diesen im Vergleich zum deutschen Recht gravierenden Systemunterschied wird im Folgenden noch ausführlich eingegangen.⁴³³

3. Die historische Entwicklung des Traditionsprinzips in Spanien

Vereinfacht gesagt entspricht die Lehre vom *titulus* und *modus* dem römisch-gemeinen und ehemals preußischen Recht.⁴³⁴

a) Römisch-rechtlicher Ursprung

Die Lehre des *titulus* und *modus* basiert im Wesentlichen auf der römisch-rechtlichen *traditio*.⁴³⁵ Die Lehre beruht hauptsächlich auf der Aufnahme der Prinzipien aus folgenden bekannten Quellen:⁴³⁶

Zum einen des Werkes Justinians 2, 3, 20 (293) (Diocl. et Maxim.):

„*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“:

„*Das Eigentum an Sachen wird durch Übergabe oder Ersitzung übertragen, nicht durch bloße Vereinbarung.*“⁴³⁷

Zum anderen Digesten, 41, 1, 31 (Paulus)

„*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si vendi aut alia iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*“:

⁴²⁸ Ragel Sánchez, S. 617f.

⁴²⁹ Ragel Sánchez, S. 618f.

⁴³⁰ Vgl. Abschnitt: Teil 1, C., IV., 2., c).

⁴³¹ Lacruz Berdejo, Derecho inmobiliario registral, S. 39.

⁴³² v. Hoffmann, S. 16.

⁴³³ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C, IV., 2., a).

⁴³⁴ González y Martínez, S. 21; Wacke, ZEuP 2000, S. 254f.

⁴³⁵ Iglesias Santos, S. 179; González y Martínez, S. 21.

⁴³⁶ González y Martínez, S. 22.

⁴³⁷ Jakab/Ernst-Rüfner, S. 233, 235; Lacruz Berdejo, Derechos reales, S. 180.



„Niemals lässt die bloße *traditio* das Eigentum übergehen, sondern, wenn Kauf oder ein anderer Rechtsgrund vorangeht, aufgrund dessen die *traditio* folgt.“⁴³⁸

Im römischen Recht war danach zur Eigentumsübertragung sowohl ein Rechtsgrund – die *causa (iusta causa traditionis)* – als auch die *traditio (causa solvendi)* im Sinne eines Übergabeaktes erforderlich.⁴³⁹ Dies galt für bewegliche und unbewegliche Sachen gleichermaßen. Die Entwicklung des römischen Sachenrechts wurde durch die grundsätzliche Gleichstellung der beweglichen und der unbeweglichen Sachen bestimmt. Die Übertragung von Grundstücken erfolgte daher ebenso wie die Übertragung beweglicher Sachen durch Kauf, bzw. einen anderen verpflichtenden Rechtsakt und die Übergabe der Sache. Der Besitz war nach römischem Recht das einzige äußere Kennzeichen des Grundeigentums.⁴⁴⁰ Die Publizität der Übereignung stand nicht im Vordergrund, sondern es waren vielmehr gewisse Förmlichkeiten mit dem Übergabeakt verbunden.

Bis zur Kodifikation des Justinian (um 529 n.Chr.) gab es für bestimmte Grundstücke Übereignungsformen, die die Hinzuziehung von Solemnitätszeugen (*mancipatio*) vorschrieben oder einen formalen Akt, bei dem symbolisch gegen eine Waage geschlagen wurde und dabei eine sakramentale Formel aufgesagt wurde (*libripens*) oder einen gerichtlichen Scheinprozess (*in iure cessio*) vorsahen.⁴⁴¹ Seit der Kodifikation des Justinian wurden diese Formen der Übereignung durch die *traditio ex iusta causa* abgelöst.⁴⁴²

b) Der Einfluss Johann Apels

Die Entwicklung von der für Grundstücke einst auch in Spanien geltenden römisch-rechtlichen Übertragungsart der *traditio* bis hin zur Geltung der heutigen Übertragungsart des *titulus* und *modus* war langwierig und stand am Ende eines langsamen Entwicklungsprozesses.⁴⁴³

Die Entwicklung des Dogmas vom *titulus* und *modus acquirendi* nahm im 16. Jhd. in den Schriften des bekannten deutschen Rechtswissenschaftlers *Johann Apel* (1486-1536) ihren Anfang.⁴⁴⁴ Dieser legte in dem Werk „*Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accomodate*“ (1527) seine Auffassung zur Übereignung von Sachen ausführlich dar. Er war der Erste, der die Unterscheidung zwischen *titulus* und *modus* parallel zur römisch-rechtlichen *causa* und *traditio* formulierte. Hierin wird die Begründung der Lehre vom *titulus* und *modus*

⁴³⁸ V. Bar-Rodríguez Mariscal, Sachenrecht in Europa, S. 472.

⁴³⁹ Iglesias Santos, S. 181.

⁴⁴⁰ Chico y Ortiz, S. 38.

⁴⁴¹ Kaser, S. 115; Chico y Ortiz, S. 38f.

⁴⁴² Kaser, S. 116. Vgl. zum Eigentumserwerb durch *traditio* im Römischen Recht auch Darstellung von Klinck, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht, S. 28-39.

⁴⁴³ López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009.

⁴⁴⁴ Haag Molkenteller, S. 81.

acquirendi gesehen.⁴⁴⁵ Noch bevor *Apel* die Begriffe *titulus* und *modus* bekannt machte, war es jedoch *Acursio* (Glosse „*Nec enim sicut*“), der diese Terminologie zum ersten Mal benutzte.⁴⁴⁶

Apel entnahm aus dem *causa*-Erfordernis der römischen Quellen die Notwendigkeit eines Titels für den abgeleiteten Eigentumserwerb sowie die Unterscheidung zwischen dem Grundstücksgeschäft und dem Traditionsakt.⁴⁴⁷ Nach damaliger herrschender Auffassung war unter dem *modus acquirendi* die Übergabe als sichtbarer Akt und Form des Eigentumserwerbs zu verstehen.⁴⁴⁸ Der *iustus titulus* war der Titel, der die rechtmäßige Ursache für den Eigentumsübergang bildete und bei dessen Unwirksamkeit oder Fehlen das Eigentum nicht übergehen konnte.⁴⁴⁹

c) Geltung des Systems in Spanien seit dem Spätmittelalter

Auch wenn die Begründung der Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* auf *Apel* zurückzuführen ist, galt das System der Grundstücksübertragung des *titulus* und *modus* – wenngleich noch mit anderen Begriffen – zumindest in Teilen Spaniens bereits seit etwa dem Spätmittelalter.⁴⁵⁰ Bereits in diesem Zeitraum fand das System in Spanien ausdrücklich seine Aufnahme in das Gesetzeswerk der „*Siete Partidas*“.⁴⁵¹ *Las Siete Partidas* (Sieben-Teile-Code) war ein kastilisches Gesetzbuch seit der Regierungszeit von Alfonso X. von Kastilien (1252-1284), das mit der Absicht geschaffen wurde, über einheitliche, normierte Vorschriften für das Reich zu verfügen.⁴⁵² Nachdem es zunächst nur in Kastilien in Kraft trat, hatte es nach und nach auch in anderen Regionen subsidiär nach den lokalen Foralrechten Geltung.⁴⁵³ Der kodifizierte Text wurde ursprünglich als *Libro de Las Leyes* bezeichnet. Erst im 14. Jhd. erhielt es seinen heutigen Namen *Las Siete Partidas*, bezogen auf die Abschnitte, in die es eingeteilt ist.⁴⁵⁴ Das *Siete Partidas* gilt als wichtigster Beitrag zur spanischen Rechtsgeschichte.⁴⁵⁵ Seine Geltung für Spanien wurde durch das *Ordenamiento de Alcalá* von 1348 bestätigt.⁴⁵⁶ Es hatten über Spanien hinaus große Bedeutung in Lateinamerika, wo es über Jahrhunderte bis etwa 1800 Gültigkeit hatte. Obwohl dieses Gesetzbuch rechtliche Fragen zum Schwerpunkt hatte, wurde es auch als „humanistische Enzyklopädie“ beschrieben, da es auch philosophische,

⁴⁴⁵ Hofmann, S. 21.

⁴⁴⁶ González, RCDI 1925, S. 81ff.

⁴⁴⁷ Haag Molkensteller, S. 81.

⁴⁴⁸ Hofmann, S. 11f.

⁴⁴⁹ Hofmann, S. 11f.

⁴⁵⁰ Chico y Ortiz, S. 163.

⁴⁵¹ González, RCDI 1928, S. 185; Lacruz Berdejo, Derecho reales, S. 180.

⁴⁵² Perez-Prenes/de Azcarraga, S. 304ff.

⁴⁵³ Zweigert/Kötz, S. 105.

⁴⁵⁴ Perez-Prenes/de Azcarraga, S. 305.

⁴⁵⁵ Perez-Prenes/de Azcarraga, S. 304.

⁴⁵⁶ Vgl. zum *Ordenamiento de Alcalá* Abschnitt: Teil 1, C., I., 2.)

moralische und theologische Themen einschließlich der griechisch-römischen, jüdisch-christlichen und islamischen Sichtweisen behandelte.⁴⁵⁷

Im Gesetz 46, Titel 28 der dritten *Partida* hieß es hinsichtlich des *titulus*-und-*modus*-Gedankens:

*„Es setzen die einen die anderen in den Besitz ihrer Sachen, indem sie ihnen diese verkaufen oder als Mitgift oder in anderer Weise abtreten oder indem sie ihnen diese auf dem Wege des Tausches oder auf Grund irgendeiner anderen angemessenen Ursache überlassen.“*⁴⁵⁸

Bekannt für die Auslegung dieser Gesetzesstelle ist *Gregorio López de Tovar*, einer der bekanntesten Kommentatoren des „*Siete Partidas*“ (sein bedeutendstes Werk war der Kommentar zum „*Siete Partidas*“ von 1555). Dieser stellte die Bedeutung des *titulus* oder Rechtsgrunds der Eigentumsübertragung in der zitierten Gesetzesstelle wie folgt fest: *„Acquiritur dominium traditione ex titulo habili.“*⁴⁵⁹

Seit Inkrafttreten des „*Siete Partidas*“ war die Geltung des Systems von *titulus* und *modus* somit bereits auch gesetzlich ausdrücklich normiert. Die spanischen Juristen befassten sich seitdem genauer mit der Lehre; insbesondere in der Zeit des 16. und 17. Jhd. fassten sie die Lehre vom *titulus* und *modus* immer genauer.⁴⁶⁰

d) Übernahme der Lehre in das Hypothekengesetz und den Código Civil

Vor allem wegen der weiten Verbreitung der Werke des bedeutenden Juristen *Heinecio* (1681-1741) während der ersten Hälfte des 19. Jhd. lebte die Theorie des *titulus* und *modus* in Spanien zu dieser Zeit stärker denn je auf und veranlasste so schließlich auch die Gesetzgeber des Código Civil im Jahre 1888/89 zu deren Übernahme.⁴⁶¹

Bereits in den Motiven zum Gesetzesentwurf des zeitlich zuvor entstandenen Hypothekengesetzes von 1861 hieß es sinngemäß:

*„Unsere Gesetze, die den römischrechtlichen folgen, haben die Unterscheidung zwischen dem título und dem modo übernommen, und regeln, dass der título lediglich zwischen den Parteien Wirkung entfaltet, und dass das Eigentum und die weiteren Rechte an einer Sache [...] nur durch die traditio entstehen, bzw. durch die Besitzeinräumung der unbeweglichen Sachen.“*⁴⁶²

Zur Zeit des Entstehens des CCs gab es eine ebenso lebhaft und kritische Auseinandersetzung mit der Frage um die Art der Übereignung, wie in Deutschland zur Entstehung des

⁴⁵⁷ Perez-Prendes/de Azcarraga, S. 305.

⁴⁵⁸ Übersetzung aus: López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009f.

⁴⁵⁹ Die Terminologie „*acquiritur dominium traditione ex titulo habili*“ benutzte *Gregorio López de Tovar* in seinem Werk zu den „*Siete Partidas*“ von 1555. Hierauf verweisen unter anderen: Beltran de Heredia de Onis, RDP 1967, S. 103, 108 und López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009f.

⁴⁶⁰ López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009f.

⁴⁶¹ López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009f.

⁴⁶² Übersetzung von der Verfasserin, Auszug auf Spanisch wiedergegeben in: Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. III, S. 66.

BGB. In den parlamentarischen Diskussionen gab es auch energische Gegenstimmen. Letztlich stimmte die parlamentarische Mehrheit jedoch für das Prinzip des *titulus* und *modus*.⁴⁶³ Rückblickend und vereinfacht kann gesagt werden, dass die Entwicklung zur Doktrin von *titulus* und *modus* letztlich auf einer bloßen Begriffsänderung im Vergleich zur römisch-rechtlichen *traditio* beruht, da sie die Elemente der römisch-rechtlichen *traditio* und *causa* aufgegriffen und in *modus* und *titulus* umbenannt hat. Damit wurde die römisch-rechtliche Theorie bis heute in Europa „am Leben erhalten“.⁴⁶⁴

III. Die notarielle Kaufvertragsurkunde (*escritura de compraventa*)

Die Übereignung eines Grundstücks kann nach spanischem Recht auf einem privatschriftlichen oder gar mündlichen Kaufvertrag basieren.⁴⁶⁵ In der Praxis wird traditionell zunächst ein privatschriftlicher Vertrag geschlossen und danach ein notarieller.⁴⁶⁶ Die Tendenz geht dahin, dass immer mehr auf den privatschriftlichen Kaufvertrag verzichtet wird und gleich der notarielle geschlossen wird.⁴⁶⁷ Die notarielle Beurkundung von Grundstückskaufverträgen ist heute ein Zeichen der Modernität. Es ist zu beobachten, dass je weiter eine Region entwickelt ist, desto stärker dort auch die notarielle Urkunde verbreitet ist.⁴⁶⁸ In ländlichen Regionen ist es jedoch nach wie vor auch üblich, Grundstückskaufverträge rein privatschriftlich oder gar mündlich abzuschließen.

Die *escritura pública* („öffentliche Schrift“) ist die Beurkundung von Willenserklärungen und Rechtshandlungen, die eine Leistung zum Gegenstand haben sowie von Verträgen jeglicher Art durch den Notar, vgl. Art. 144 Abs. 2 *Reglamento Notarial* (im Folgenden: RN).

1. Bedeutung der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages

Obwohl das spanische Zivilrecht die notarielle Beurkundung des Grundstückskaufvertrages nicht als zwingende Formvorschrift statuiert, ist ihre Bedeutung im Grundstücksverkehr weitreichend.

a) Voraussetzung der Eintragung im Eigentumsregister

Die wesentliche Bedeutung der Fertigung der notariellen Grundstückskaufvertragsurkunde, der *escritura pública de compraventa*, liegt darin, dass sie gemäß Art. 3 *Ley Hipotecaria* (im Folgenden LH) Voraussetzung der Eintragung des neuen Eigentümers in das Eigentumsregis-

⁴⁶³ Vgl. zum Ganzen Rodríguez Otero, *Cuestiones de derecho inmobiliario*, S. 224 ff.

⁴⁶⁴ Rodríguez Otero, S. 212.

⁴⁶⁵ Vgl. Abschnitt I. Teil, C., I., 1., S. 56.

⁴⁶⁶ Diese Rechtswirklichkeit bestätigen auch Fidalgo, *ZErb* 2000, S. 54 und Eberl, *MittBayNot* 2000, S. 515f.

⁴⁶⁷ Planells del Pozo, Torres Escámez, *Länderbericht Spanien, Notarius International* 3-4/2003, S. 283f.

⁴⁶⁸ Planells del Pozo, Torres Escámez, *Länderbericht Spanien, Notarius International* 3-4/2003, S. 283f.

ter ist.⁴⁶⁹ Ein privatschriftlicher Kaufvertrag ist daher nicht eintragungsfähig. Haben die Parteien bereits einen privatschriftlichen Vertrag geschlossen, so hat ein zeitlich danach errichteter notarieller Kaufvertrag rechtlich regelmäßig nur noch die Funktion, die Eintragung im Eigentumsregister durchführen zu können.

b) Fiktion der Übergabe (*modus*)

Eine Besonderheit des notariellen Kaufvertrages ist, dass gemäß Art. 1462 CC bereits mit dessen Abschluss das Eigentum an der Immobilie auf den Käufer übergeht, da die Erstellung der notariellen Kaufvertragsurkunde der Besitzübergabe gleichgestellt ist, bzw. diese fingiert, vgl. Art. 1462. Die notarielle Kaufvertragsurkunde ist somit ein Übergabesurrogat. Im Moment ihrer Unterzeichnung wird der Käufer Eigentümer des Grundstücks.⁴⁷⁰ Aus diesem Grunde erfolgt die Zahlung des Kaufpreises in Spanien in der Regel bei Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages und zwar durch Bankscheck.⁴⁷¹ In diesem Fall kann von einer „Zug-um-Zug-Leistung“ gesprochen werden.

c) Beweisfunktion

Als öffentlicher Urkunde kommt der *escritura* höhere Beweiskraft zu, als einer Privaturkunde, vgl. Art. 319 und 326 *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴⁷² (Spanische Zivilprozessordnung) sowie Art. 17-*bis* Abs. 2, Ziff. b) *Ley del Notariado*. Nach den genannten Vorschriften gilt die Vermutung der Richtigkeit und der Vollständigkeit des Inhalts der öffentlichen Urkunde. In beweisrechtlicher Hinsicht ist daher zu beachten, dass die *escritura* einen zuvor geschlossenen privatschriftlichen oder mündlichen Kaufvertrag in der Weise überlagert, dass diese vorgeht, vgl. Art. 319 und 326 *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Die *escritura* sollte aus diesem Grunde sämtliche endgültigen Vertragsvereinbarungen enthalten, da das Berufen auf einen vorangegangenen privatschriftlichen oder mündlichen Vertrag nach Errichtung der *escritura* im Prozess keine Erfolgsaussichten hat.

2. Die Problematik der Unterverbriefung des Kaufpreises

Es wird davon ausgegangen, dass die Schattenwirtschaft in Spanien etwa 20 Prozent der Gesamtwirtschaft ausmacht.⁴⁷³ Die Steuerhinterziehung im Immobiliensektor macht traditionell einen großen Teil der spanischen Schattenwirtschaft aus. Neben „Schwarzvermietungen“

⁴⁶⁹ Die LH ist ein Gesetz, das neben dem CC materiell-rechtliche Regelungen des Grundstücksrechts enthält, Adomeit/Frühbeck, S. 55.

⁴⁷⁰ Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 609, S. 861.

⁴⁷¹ Die Hinterlegung des Kaufpreises auf einem Notaranderkonto ist in Spanien nicht üblich. Da dies gebührenrechtlich nicht vorgesehen ist, ist kaum ein Notar dazu bereit. Diese Praxis bestätigt auch Eberl, MittBayNot 2000, S.515, 517.

⁴⁷² Veröffentlicht in BOE Nr. 7 vom 08.01.2000, S. 575-728.

⁴⁷³ Vgl. Bericht der deutschen Handelskammer für Spanien unter: http://www.ahk.es/fileadmin/ahk_spanien/beigefuegte_Dateien/Economia_3_2006_01.pdf (zuletzt abgerufen: 25.08.2012).

spielt hierbei die Steuerhinterziehung bei der Grundstücksübertragung eine gewichtige Rolle. Zum Zwecke der Steuer- und Kostenersparnis wird in Spanien in der notariellen Kaufvertragsurkunde häufig ein niedrigerer Kaufpreis angegeben, als der zwischen den Parteien tatsächlich vereinbarte.⁴⁷⁴ Eine solche Unterverbriefung erfüllt nach spanischem Recht den Tatbestand der strafbaren Steuerhinterziehung, vgl. Artt. 305ff. Código Penal.

Im Gegensatz zum deutschen Recht⁴⁷⁵ führt die Unterverbriefung nach spanischem Recht nicht zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit des notariell beurkundeten Vertrags.⁴⁷⁶ Ein notarieller Kaufvertrag, der nicht den tatsächlich vereinbarten Kaufpreis enthält, stellt nach spanischem Recht eine *simulación relativa* dar, d.h. ein relatives Scheingeschäft, welches regelmäßig wirksam ist.⁴⁷⁷ Unwirksam ist nach Art. 1276 nur ein absolutes Scheingeschäft, die *simulación absoluta*, welches gegeben ist, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft in Wahrheit überhaupt nicht abschließen wollen. Bei der Unterverbriefung wollen die Parteien den eigentlichen Erfolg des Rechtsgeschäfts herbeiführen, lediglich zu einem anderen Kaufpreis als dem deklarierten. Die zivilrechtliche Wirksamkeit des notariellen Kaufvertrages bleibt daher von der Unterverbriefung unberührt. Hierin wird einer der Hauptgründe gesehen, weshalb die Unterverbriefung in Spanien so häufig vorkommt.⁴⁷⁸

In Kenntnis der weitverbreiteten Praxis der Steuerhinterziehung versucht der spanische Gesetzgeber seit Jahrzehnten sowohl legislative als auch administrative Wege zu schaffen, um die Unterverbriefungspraxis einzudämmen.

a) Administrative Bemühungen

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 hat die *Agencia Estatal de Administración Tributaria* (A.E.A.T.) – die spanische Finanzverwaltung – auf die Erstellung eines umfassenden Präventionskonzepts zur Vermeidung der Steuerhinterziehung bei Immobilientransaktionen hingearbeitet. Seit 1996 wurden mehrfache Strategiepläne entwickelt, um die Steuerabgaben zu kontrollieren. Im Jahr 1998 gelang es dann, einen grundlegenden und umfassenden Plan zur Prävention der Steuerhinterziehung, den *plan de prevención del fraude* zu entwickeln. Dieser Präventionsplan nennt als die drei häufigsten Formen der Steuerhinterziehung im Immobiliensektor Folgende: Besonders häufig wird zum Zwecke der Steuerersparnis der eigentliche Ve-

⁴⁷⁴ Vgl. S. 27 des plan de prevención del fraude,

http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/Ficheros/Informacion_Institucional/Campanias/Plan_de_prevenccion_del_fraude/ppff.pdf, zuletzt abgerufen: 25.08.2012; Diese Praxis bestätigt auch das Deutsche Anwaltinstitut e.V. - Fachinstitut für Notare, Hinweis in: DAI 2009, Bericht über Kongress „Deutsch-Spanischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis“, vom 12.-13. Juni 2009 in Peguera, Spanien, vgl. S. 89; sowie Lorscheider, IStR 2000, S. 122, 124.

⁴⁷⁵ Nach deutschem Recht wäre der beurkundete Vertrag mit falscher Kaufpreisangabe gemäß § 117 BGB als Scheingeschäft unwirksam.

⁴⁷⁶ Vgl. STS v. 17.03.1997, AJ 1997, Rn. 1980; Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. II, S. 64ff.

⁴⁷⁷ Vgl. STS v. 17.03.1997, AJ 1997, Rn. 1980; Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. II, S. 64ff.

⁴⁷⁸ Vgl. Lorscheider, IStR 2000, S. 122, 125.

räuberer durch Zwischenschaltung eines Strohmannes verschleiert. Ebenso häufig wird ein niedrigerer Kaufpreis in der notariellen Urkunde angegeben, als tatsächlich vereinbart worden ist. Schließlich werden Immobilien sehr häufig „schwarz“ vermietet, ohne dass der Vermieter Steuern abführt.⁴⁷⁹

Die *agencia tributaria* gehört als rechtsausführendes Organ der Exekutive an. Als Verwaltungsbehörde wendet sie staatliche Steuergesetze an und vollzieht diese. Der Präventionsplan ist damit auf der Basis der praktischen Erfahrung mit dem Vollzug der Steuergesetze entstanden und nicht aufgrund theoretischer Auseinandersetzungen mit Fragen nach den möglichen Gründen der Steuerhinterziehung. Auf diese Weise sollte eine effektive Strategie entwickelt werden, die an die tatsächlichen Probleme in der Praxis angepasst ist. Ausgangspunkt des Präventionsplanes war folgender Gedanke: Je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass Steuerhinterzieher entdeckt werden und Sanktionen zu erwarten haben, desto geringer falle die Steuerhinterziehungsquote aus.

Um das Ziel zu erreichen, möglichst viele Steuerhinterziehungen aufzudecken, wurde eine umfassende Datenbank geschaffen, in der die relevanten Daten aller Steuerpflichtigen und sämtlicher spanischer Finanzämter erfasst werden. Zuvor erfasste und verwaltete jede Finanzbehörde ihre Daten selbständig und damit unabhängig von anderen Behörden. Seit dem Präventionsplan von 1998 haben die Finanzbehörden ihre isolierte Arbeit aufgegeben und arbeiten nunmehr in der Art und Weise zusammen, dass sie relevante Daten einheitlich erfassen und untereinander austauschen. Unterstützt wird die Arbeit der A.E.A.T. hierbei durch den „*Consejo General del Notariado*“ und die Eigentumsregister, die im Sinne der Ermittlung von Steuerhinterziehungen gegenseitig Informationen austauschen können. Seit einigen Jahren wird daher der im notariellen Kaufvertrag angegebene Kaufpreis von den spanischen Steuerbehörden verstärkt und effizienter überprüft.⁴⁸⁰

b) Legislative Bemühungen zur Verhinderung der Unterverbriefung

Wichtiger, jüngerer legislativer Meilenstein gegen die Steuerhinterziehung bei Grundstückskäufen war das Inkrafttreten des *Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal*⁴⁸¹ im Jahr 2006 (Gesetz für Maßnahmen zur Verhinderung der Steuerhinterziehung). Dieses Gesetz setzt die Vorgaben des genannten *plan de prevención del fraude* um.⁴⁸²

⁴⁷⁹ vgl. S. 27 des plan de prevención del fraude,

http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/Ficheros/Informacion_Institucional/Campanias/Plan_de_prevenccion_del_fraude/ppff.pdf, zuletzt abgerufen: 25.08.2012.

⁴⁸⁰ Vgl. zum Ganzen wie vor.

⁴⁸¹ Veröffentlicht in: BOE Nr. 286 vom 30.11.2006, S. 42087-42118.

⁴⁸² Vgl. insbesondere Abs. III der Motive zu diesem Gesetz: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/l36-2006.html (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

Zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung bei Immobilienkäufen schreibt das Gesetz unter anderem die Pflicht vor, die Art der Zahlung des Kaufpreises in der notariellen Urkunde anzugeben. Diese Pflicht wurde vor dem Hintergrund eingeführt, dass Immobilienkäufe häufig mit Schwarzgeld finanziert wurden. Das Gesetz stellt daher zudem auch eine Prävention gegen die Geldwäsche im Immobiliengeschäft dar. Barzahlungen des Kaufpreises kommen seither in der Grundstückspraxis nur noch sehr selten vor.

3. Exkurs: Die Stellung des spanischen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen

a) Allgemeines

Nach der Definition des Art. 1 der spanischen Notarordnung (*Reglamento Notarial*) übt der spanische Notar einen freien juristischen Beruf aus und ist gleichzeitig Träger eines öffentlichen Amtes.⁴⁸³ Das Berufsbild des spanischen Notars entspricht daher dem des lateinischen Notars.⁴⁸⁴

Die spanische Notariatsverfassung basiert auf zwei Normkomplexen: Zum einen auf dem Notariatsgesetz vom 28.5.1862 (*Ley del Notariado*), welches die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufs- und Standesrechts regelt. Zum anderen auf der Notariatsverordnung vom 02.06.1944 (*Reglamento Notarial*), welche diese Prinzipien konkretisiert; sie enthält die für die notarielle Praxis maßgeblichen Vorschriften. Beide Regelwerke, vor allem die Notariatsverordnung, wurden zwischenzeitlich modifiziert und ergänzt.

Die Doppelnatur der notariellen Tätigkeit als Freiberufler einerseits und als Träger eines öffentlichen Amtes andererseits, zeichnet sich durch die Prinzipien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aus. Diese sind als Grundprinzipien in Art. 4, 142 und 147 *Reglamento Notarial* (RN) niedergelegt.

Den spanischen Notaren steht das Recht zur Selbstverwaltung zu. Dieses setzen sie wie die deutschen Notare in erster Linie über regionale Notarkammern um, vgl. Art. 314ff. RN. Die Notarkammern sind unter anderem für Disziplinarmaßnahmen und die Öffentlichkeitsarbeit zuständig. Organisatorisch untersteht der Notar der Generaldirektion der Register und des

⁴⁸³ Die Auswahl der Kandidaten für den Beruf des Notars in Spanien ist äußerst streng und die Qualifikation der Notare daher sehr anerkannt. In der Regel schaffen es nur etwa 2 % der Juristen, den Beruf des Notars zu erlangen. Die Auswahl erfolgt durch einen etwa alle zwei Jahre stattfindenden Wettbewerb, bei dem eine vom Justizministerium festgelegte Anzahl von Notariatsplätzen ausgeschrieben wird. Grundvoraussetzung ist der Abschluss eines in der Regel fünfjährigen Studiums der Rechtswissenschaft. Im Anschluss daran müssen die Aspiranten eine speziell für angehende Notare ausgerichtete, sehr anspruchsvolle Prüfung ablegen, *die oposición de ingreso en el notariado*, Artt. 10ff. *Reglamento Notarial*. Die Vorbereitung auf diese Prüfung dauert mindestens drei Jahre und erfolgt durch Selbststudium.

⁴⁸⁴ Planells del Pozo, Torres Escámez, *Notarius International* 3-4/2003, S. 283.

Notariatswesen (*Dirección General de los Registros y del Notariado*) und dem Justizministerium.⁴⁸⁵

b) Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung

Wie für den deutschen Notar besteht auch für den spanischen Notar eine Beratungs- und Belehrungspflicht. Dies ergibt sich aus den Artt. 1 Abs. 2, 147, 148 RN. Nach diesen Normen umfasst diese Verpflichtung folgende Einzelaspekte: Der Notar hat den Willen der Beteiligten zu erforschen, diesen Willen den rechtlichen Erfordernissen entsprechend zu formulieren und die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen zu informieren. Zur Aufgabe der spanischen Notare gehört auch der vorsorgende Verbraucherschutz. Dies macht insbesondere die Vorschrift des Art. 147 Abs. 4 RN deutlich, wonach der Notar „über die Einhaltung der grundlegenden Rechte der Verbraucher wacht“.

Für die Einhaltung dieser Pflichten haftet der Notar zivilrechtlich, vgl. Art. 146 RN. Zudem enthält das Gesetz *Ley del Notariado* verschiedene disziplinarrechtliche Anordnungen, um den Notar zur Einhaltung seiner Pflichten gegenüber den Beteiligten anzuhalten.

Anders als im deutschen Beurkundungsverfahren ist der spanische Notar nicht verpflichtet, die Urkunde im Wortlaut vorzulesen; die Beteiligten können sie auf Wunsch auch selbst durchlesen, vgl. Art. 193 RN. In der Praxis liest der Notar in aller Regel die wichtigen Teile der Urkunde laut vor, bzw. gibt deren Inhalt zusammengefasst wieder und die Beteiligten verzichten im Übrigen auf das Vorlesen der gesamten Urkunde.⁴⁸⁶

c) Weitere Pflichten des Notars

Zum Schutz des Grundstückskäufers sind zwei weitere wesentliche Pflichten gesetzlich geregelt, die den Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung treffen.

Vor einer Grundstückskaufvertragsbeurkundung ist der Notar grundsätzlich gesetzlich dazu verpflichtet das Eigentumsregister bezüglich der vertragsgegenständlichen Immobilie einzusehen, Art. 175 Nr. 1 RN. Zu dieser Pflicht bestehen jedoch Ausnahmen (vgl. Art. 175 Nr. 5 RN) wie etwa bei der Grundstücksveräußerung unter nahen Angehörigen. Außer in diesen Ausnahmefällen hat der Notar vor der Beurkundung einen höchstens 4 Tage alten Registerauszug einzuholen und dessen Inhalt zu überprüfen. Die spanischen Registerbeamten sind verpflichtet, spätestens 3 Tage nach Erhalt der Anfrage durch den Notar, diesem einen Registerauszug zu übersenden. Die Auskunft hat sich hierbei auch auf beim Register eingegangene, aber noch nicht eingetragene Urkunden zu beziehen.

Zum Schutz des Käufers hat der spanische Gesetzgeber zusätzlich folgende gesetzliche Anordnung getroffen: Es wurde die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Eigentumsregisteräm-

⁴⁸⁵ Ruiz-Ayúcar Seifert, MittBayNot 1990, S. 11.

⁴⁸⁶ Ruiz-Ayúcar Seifert/Selbherr, MittBayNot 2002 Heft 1, S. 24f.

tern, Verwaltung und Notaren eingeführt, aufgrund derer die Registerbeamten verpflichtet sind, den Notar, der eine Einsicht in das Eigentumsregister angefordert hat, innerhalb bestimmter Fristen zu informieren, falls ein Dritter ebenfalls Einsicht hinsichtlich desselben Grundstückes verlangt, vgl. Art. 222 Nr. 8 LH.

Nach erfolgter Beurkundung trifft den Notar folgende wichtige, gesetzlich geregelte Pflicht: Gemäß Artt. 196, S. 2, 249 Nr. 2 RN (i.V.m. Art. 112 *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*) hat der Notar nach erfolgter Beurkundung eines Grundstückkaufvertrages die *escritura* so schnell wie möglich dem Eigentumsregister mittels Telekommunikationsmittel, in der Regel per Telefax, zu melden. Versäumt der Notar die unverzügliche Mitteilung über die Beurkundung des Kaufvertrages an das Eigentumsregister, haftet er der geschädigten Partei, vgl. Art. 249 Nr. 2 RN. Diese Pflicht trifft den Notar nur dann nicht, wenn die Parteien ausdrücklich erklären, dass sie die Weiterleitung an das *registro de la propiedad* nicht wünschen (Art. 249 Abs. 2 RN). Dies kann z.B. vorkommen, wenn die Parteien bevorzugen, dass diese Aufgabe der von ihnen beauftragte Rechtsanwalt vornimmt.

Weshalb die zeitnahe Mitteilung über die erfolgte Beurkundung an das Eigentumsregister von elementarer Bedeutung ist, ist noch an anderer Stelle auszuführen.⁴⁸⁷

Es ist hingegen nicht Aufgabe des Notars, nach erfolgter Beurkundung die endgültige Eintragung des Eigentümerwechsels im Eigentumsregister zu überwachen. Gesetzlich verpflichtet ist er nur zur zeitnahen Mitteilung der erfolgten Beurkundung an das Register, damit der *asiento de presentación* eingetragen wird. Hier endet sein gesetzlich vorgeschriebener Auftrag. Die beglaubigte Abschrift, die dem Eigentumsregister zwecks Bewirkung der endgültigen Eintragung des neuen Eigentümers zugehen muss, muss durch die Parteien selbst oder durch einen von diesen Beauftragten⁴⁸⁸ überbracht werden.

IV. Das *registro de la propiedad* (Eigentumsregister)

Das spanische „Registerrecht“ ist vor dem CC entstanden und fand seine erste Regelung im Hypothekengesetz von 1861 (*Ley Hipotecaria*). Der CC ließ dieses Gesetz durch eine Verweisung in Art. 608 in Kraft. In Spanien führen jeweils für einen bestimmten Bezirk zuständige Gerichte für alle Liegenschaften ein Register, das *registro de la propiedad*, (im Folgenden: Eigentumsregister).

⁴⁸⁷ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., IV., 4., a).

⁴⁸⁸ In der Praxis gibt es hierzu in Spanien sog. *gestorías*, die die Ausführung dieser und sonstiger bürokratischer Vorgänge anbieten, vgl. Hinweis des Deutschen Anwaltinstitutes e.V. - Fachinstitut für Notare - (Einrichtung von Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer, Rechtsanwaltskammern und Notarkammern), Deutsch-Spanischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, abgedruckt in: MittBayNot 2009, S. 66-117, S. 83f.



Gemäß Art. 221 LH (entspricht der Vorschrift des Art. 608 CC) ist das Eigentumsregister für diejenigen Personen öffentlich, „*die ein berechtigtes Interesse an der Erlangung der Kenntnis der Rechtslage im Bezug auf ein Grundstück haben*“. Bei Angabe eines berechtigten Interesses ist die Einsicht daher zu gestatten. Bei spanischen Behörden, Notaren und Rechtsanwälten wird das berechnigte Interesse vermutet, so dass es nicht darzulegen ist, vgl. Art. 221 Abs. 2 LH.

Die Eintragung im spanischen Eigentumsregister hat grundsätzlich keinen konstitutiven Charakter. Hierzu bestehen Ausnahmen, insbesondere bei der Hypothek, deren Entstehung die Eintragung voraussetzt, vgl. Art. 1875 Abs. 1.⁴⁸⁹

Bei der Grundeigentumsübertragung „verkündet“ die Eintragung lediglich, was bereits außerhalb des Eigentumsregisters durch das Verpflichtungsgeschäft und die Übergabe geschehen ist: den Eigentümerwechsel. In Spanien können sich daher Rechtsänderungen außerhalb des Registers vollziehen, ohne dass dies im Register vermerkt ist. Es besteht –außer bei der Hypothek – insbesondere auch keine Verpflichtung zur Eintragung von Rechten in das Eigentumsregister, sondern die Eintragung ist freiwillig.⁴⁹⁰ Es ist daher auch ein Eigentümerwechsel infolge eines Grundstückskaufes möglich, ohne dass dies in das Eigentumsregister eingetragen wird.⁴⁹¹ Spanien gehört damit zu den Ländern des romanischen Rechtskreises, in denen seit dem 19. Jahrhundert sog. Transkriptionsregister geschaffen worden sind, in denen der Eigentümerübergang eingetragen werden kann, die Eintragung jedoch materiell-rechtlich zum Erwerb nicht vorausgesetzt wird.⁴⁹²

1. Aufbau des Registers und Gegenstand der Eintragungen

Art. 243 LH bestimmt, dass das Eigentumsregister für jedes Grundstück ein gesondertes Blatt erstellt. Das spanische Eigentumsregister ordnet sich daher wie das deutsche Grundbuch nach dem System des Realfoliums.⁴⁹³ Die Übersichtlichkeit ist hingegen mit der des deutschen Grundbuchs nicht vergleichbar. Im deutschen Grundbuch werden überholte Eintragungen deutlich rot unterstrichen. Im spanischen Eigentumsregister sind dagegen oft eine unübersichtliche Anhäufung von Stempeln und kurze Vermerke vorzufinden.⁴⁹⁴ Die Eintragungen sind nicht nach Abteilungen gegliedert, sondern es werden alle eingetragenen Rechtsvorgänge ohne weitere Differenzierung durchnummeriert und auf dem Realfolium notiert.

⁴⁸⁹ Arnaiz, S. 58.

⁴⁹⁰ Cossio y Corral, S. 81; Rodríguez Otero, S. 167; Chico y Ortiz, S. 154.

⁴⁹¹ Díez-Picazo/Gullón, Sistema de derecho civil, Vol. III., S. 313; Berdejo Lacruz, Derecho inmobiliario registral, S. 39.

⁴⁹² Hoffmann, S. 18.

⁴⁹³ Díez-Picazo, Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol II., S. 198.

⁴⁹⁴ Eberl, MittBayNot 2000, S. 515, 518.

Bei der Eintragung von einzelnen Rechtsvorgängen wird meist der gesamte Urkundentext wörtlich wiedergegeben. Dies wird so gehandhabt, da das *registro de la propiedad* keine Verwahrung von Urkunden vorsieht, wie dies in Deutschland mit den Grundakten der Fall ist. Neben dem eigentlichen Urkundentext sind oftmals unübersichtliche Randbemerkungen zu finden, in denen auf Änderungen von Eintragungen oder auf weitere Eintragungen hingewiesen wird.⁴⁹⁵

Hinsichtlich des Gegenstandes bzw. Inhalts der Eintragung spricht das einschlägige *Ley Hipotecaria* (Art. 2 LH) undifferenziert von der Eintragung von *fincas* (Grundstücken), *inmuebles* (Immobilien), *títulos* (Titeln, z.B. Eigentumstitel) *derechos* (Rechten), *actos* (Rechtsakten bzw. Rechtsgeschäften) und *contratos* (Verträgen). Im Falle des hier untersuchten Grundstückskaufs bedeutet dies, dass die *escritura* selbst, also die vollständige notarielle Kaufvertragsurkunde Gegenstand der Eintragung ist (vgl. Art. 2 LH).⁴⁹⁶

Eine Besonderheit des spanischen Eigentumsregisters ist, dass nicht nur dingliche Rechte eintragungsfähig sind, sondern auch schuldrechtliche Verträge,⁴⁹⁷ wie insbesondere Mietverträge, vgl. Art. 2 Nr. 5 LH. Voraussetzung der Eintragung eines Mietvertrages ist nach formellem Registerrecht, wie für jeden anderen Vertrag der eingetragen werden soll, dessen notarielle Beurkundung, vgl. Art. 5 LH.

Die Eintragungsmöglichkeit von Mietverträgen lässt das spanische Recht zu, da der Mieter unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Vorkaufsrecht hat (*Derecho de adquisición preferente*), vgl. Art. 25, 31 *Ley de arrendamientos urbanos* (Gesetz über städtische Vermietung, im Folgenden LAU) und die Vermietung der Immobilie daher beim Kauf eine wichtige Rolle spielen kann. Dieses gesetzliche Vorkaufsrecht soll dem Mieter ermöglichen, in der Immobilie zu verbleiben. Es besteht für den Mieter von Wohnraum wie auch Gewerberaum grundsätzlich gleichermaßen, vgl. Art. 3 LAU.

Eine Ausnahme zum Vorkaufsrecht besteht nach Art. 25, Nr. 7 LAU wenn ein gesamtes Gebäude des Vermieters verkauft werden soll, das aus einzelnen Mieteinheiten besteht und der Mieter nur eine Einheit gemietet hat. Gleiches gilt, wenn mehrere Eigentümer ein Gebäude, in dem mehrere Mieteinheiten bestehen, als Einheit an einen einzigen Käufer verkaufen möchten (Art. 25, Nr. 7 LAU).

Damit der Erwerber darüber in Kenntnis gesetzt wird, ob ein Vorkaufsrecht eines Mieters besteht oder nicht, ist gemäß Art. 25, Nr. 5, S. 2 LAU die Nichtvermietung des Grundstücks in der *escritura de compraventa* ausdrücklich zu erwähnen. Ist das Grundstück in Wahrheit vermietet und wird die Klausel „Der Verkäufer erklärt, dass das Grundstück nicht vermietet

⁴⁹⁵ Fidalgo, ZErB 2000, S. 54, 56.

⁴⁹⁶ Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 54; Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol II., S. 200.

⁴⁹⁷ Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 55.

ist“, wahrheitswidrig aufgenommen, stellt dies nach Art. 25, Nr. 5, S. 2 LAU i.V.m. Artt. 390, 392 Código Penal eine strafbare Fälschung eines öffentlichen Dokuments dar. Das Vorkaufsrecht des Mieters wird dadurch jedoch nicht berührt. Für den Käufer kann dies daher bedeuten, dass der Grundstückserwerb durch ein ihm zuvor unbekanntes Vorkaufsrecht eines Mieters im letzten Moment vereitelt wird. Aus diesem Grund ordnet Art. 25, Nr. 5, S. 2 LAU die Pflicht zur Abgabe der Erklärung über die Nichtvermietung sowie die Strafbarkeit des Unterlassens dieser Erklärung an.

2. Die Bedeutung der Eintragung in das Eigentumsregister

Die Eintragung des Eigentümerwechsels bzw. der *escritura* in das *registro de la propiedad* hat, auch wenn sie nicht konstitutiv wirkt, weitreichende Wirkungen.

Neben der gemäß Art. 38 LH entstehenden widerlegbaren Vermutung der Eigentümereigenschaft zugunsten des Eingetragenen, die diesem die Durchsetzung seiner Rechte beweisrechtlich erleichtert, kommen der Eintragung folgende wichtige Wirkungen zu:

a) *Effecto declarativo* – deklarative Wirkung – und *erga omnes*-Wirkung der Eintragung

Dass die Eintragung nach spanischem Recht keine konstitutive Wirkung hat, wird von der herrschenden spanischen Lehre sowie der Rechtsprechung nicht in Zweifel gezogen. Vielmehr ist herrschende Ansicht,⁴⁹⁸ dass die Eintragung rein *declarativa* - deklarativ in dem Sinne ist, dass bestehende Rechte lediglich „verkündet“ werden. Andere spanische Autoren sprechen von einer „teilweisen konstitutiven Wirkung“ der Eintragung; insbesondere gegenüber Dritten habe die Eintragung „konstitutive Wirkung“.⁴⁹⁹ Ob die letztgenannte Ansicht vertretbar ist und die Wirkung der Eintragung richtig umschreibt, ist anhand der folgenden Auslegung des Gesetzes zu untersuchen.

Hinsichtlich der Wirkung der Eintragung enthält das Gesetz in Art. 606 eine entscheidende Anordnung. Art. 606 lautet:

„Die eigentumsrechtlichen Ansprüche oder die anderen dinglichen Rechte an Grundstücken, die nicht ordnungsgemäß im Grundbuch⁵⁰⁰ eingetragen oder registriert sind, wirken nicht zum Nachteil Dritter.“

Gemäß Art. 606 ist die Eintragung Voraussetzung für die „Drittwirkung“ des Eigentümerwechsels.⁵⁰¹ Nur die Eintragung des neuen Eigentümers im Register verschafft diesem den öffentlichen Glauben an die Rechtmäßigkeit seiner Eigentümerposition und damit Schutz vor

⁴⁹⁸ Cossio y Corral, S. 84; Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3368.

⁴⁹⁹ Villares Picó, RCDI 1949, S. 289ff.; Rica y Arenal in: Realidades y problemas en nuestro derecho registral inmobiliario, Linares in: Problemas fundamentales de derecho inmobiliario registral, Col. Nacional Registradores.

⁵⁰⁰ Übersetzung von Sohst. Der Begriff „Grundbuch“ ist mE jedoch irreführend, weshalb die in dieser Arbeit gewählte Übersetzung „Eigentumsregister“ vorzuziehen ist.

⁵⁰¹ García Gracia, Código de legislación inmobiliaria hipotecaria y del registro mercantil, Band I, Art. 32, S. 152.

Beeinträchtigungen seines Eigentumsrechts durch Rechte Dritter. Die Eintragung ist mithin Voraussetzung für die Wirkung des dinglichen Rechts *erga omnes*. Diese Wirkung der Eintragung wurde bereits in den Motiven zum Gesetzesentwurf des Hypothekengesetzes von 1861, mit dem das *registro de la propiedad* eingeführt wurde, erörtert. So heißt es in den Motiven sinngemäß:

*„Wenn der Käufer eintragen lässt, geht auf ihn das Eigentum gegenüber jedermann über, wenn er nicht eintragen lässt, auch wenn er im Besitz der Immobilie ist, wird er im Verhältnis zum Verkäufer Eigentümer, aber nicht im Verhältnis zu anderen Käufern, die die Eintragung betreffend desselben Grundstücks vornehmen.“*⁵⁰²

Solange keine Eintragung des neuen Eigentümers im Eigentumsregister vorgenommen worden ist, kann der Verkäufer wirksam an weitere Käufer verkaufen und übereignen. Die Eintragung verhindert daher, dass ein mehrmaliger Verkauf des Grundstücks an unterschiedliche Käufer stattfindet und der Zweitkäufer das Eigentum erwirbt. Die Gefahr fehlender Eintragung besteht darin, dass bei einem vom Verkäufer vertragswidrig durchgeführten Mehrfachverkauf der zeitlich zweite Käufer zuerst die Eintragung vornehmen lassen könnte. Nach Art. 1473 stünde dann diesem zweiten Käufer das Eigentum zu. Art. 1473 regelt insoweit Folgendes:

„Wurde ein und dieselbe Sache an verschiedene Käufer verkauft, so wird das Eigentum, wenn es eine bewegliche Sache ist [...]. Ist es eine unbewegliche Sache, steht das Eigentum demjenigen zu, zu dessen Gunsten sie früher eingetragen ist.“

Voraussetzung wäre zwar auch für den Zweitkäufer ein wirksamer Kaufvertrag, sowie seine Gutgläubigkeit hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Eingelegenen.⁵⁰³ Art. 1473 nennt zwar den guten Glauben nicht als Erwerbsvoraussetzung. Der gute Glaube wird insoweit jedoch unter Verweis auf Art. 34 LH verlangt.⁵⁰⁴ Diese Vorschrift regelt, dass jeder, der im guten Glauben ein Recht von demjenigen erwirbt, den das Register als Berechtigten ausweist, zu Recht erworben hat.⁵⁰⁵

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so bleibt dem Erstkäufer der Eigentumserwerb verwehrt.⁵⁰⁶ Art. 1473 regelt damit das sog. *principio de prioridad registral* (Prioritätsprinzip) und garantiert so den Schutz desjenigen, der die Eintragung zeitlich zuerst durchführen lässt.⁵⁰⁷

Hinsichtlich der Wirkung der Eintragung statuiert das „formelle Registerrecht“ in Art. 17 Abs. 1 LH die konsequente Regelung: Gemäß Art. 17 Abs. 1 LH führt die Eintragung eines

⁵⁰² Dieser Auszug der Motive ist wiedergegeben in: Chico y Ortiz, RCDI 1994, S. 2213f. Die Übersetzung ins Deutsche stammt von der Verfasserin.

⁵⁰³ Lacruz Berdejo, *Derechos reales*, S. 214.

⁵⁰⁴ Lacruz Berdejo, *Derecho Inmobiliario Registral*, S. 41.

⁵⁰⁵ Ausführlich zum gutgläubigem Erwerb nach spanischem Recht vgl. den folgenden Abschnitt.

⁵⁰⁶ Juárez Torrejón, S. 24ff.

⁵⁰⁷ Jerez Delgado, *La buena fe registral*, S. 105.

Eigentumstitels zu einer Ausschlusswirkung. Durch sie wird die Eintragung eines anderen Eigentumstitels desselben oder eines früheren Datums, der mit dem eingetragenen Recht unvereinbar ist, verhindert. Art. 17 LH greift somit das Prioritätsprinzip des Art. 1473 auf und untersagt die Eintragung von Rechten, die mit dem eingetragenen in Widerspruch stehen.⁵⁰⁸

b) Fall des Doppelverkaufs nach Art. 1473 Código Civil

In Art. 1473 ist der Fall des doppelten Verkaufs einer Immobilie ausdrücklich geregelt. Art. 1473 unterscheidet in Abs. 2 und 3 drei verschiedene Konstellationen des Falles, in dem derselbe Verkäufer zunächst an eine Person verkauft und sodann an eine weitere.⁵⁰⁹ Sofern einer der Käufer seine notarielle Kaufvertragsurkunde eintragen lässt, erwirbt dieser nach Art. 1473 Abs. 2 das „vollwertige“ im Sinne des auch drittwirkenden Eigentums. Art. 1473 Abs. 2 regelt damit eine Ausnahme zur grundsätzlich rein deklarativen Wirkung der Eintragung, weshalb diese in diesem Fall auch als konstitutiv bezeichnet wird.⁵¹⁰

Lässt keiner der Käufer seinen notariellen Kaufvertrag eintragen, wird derjenige Eigentümer, der zuerst mit gutem Glauben Besitz an dem Grundstück erlangt hat, Art. 1473 Abs. 3, 1. Alt. Hat keiner der beiden Käufer mit gutem Glauben Besitz erlangt, geht das Eigentum auf denjenigen über, der den Kaufvertrag – egal ob notariell beurkundet oder nicht – zuerst geschlossen hat, Art. 1473 Abs. 3, 2. Alt.

c) Gutgläubenswirkung – Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs aufgrund Eintragung

Eine weitere bedeutende Wirkung der Eintragung besteht in folgendem Punkt: Gemäß Art. 34 LH ist an die Eintragung die Gutgläubenswirkung geknüpft.⁵¹¹ Dem Eigentumsregister kommt wie dem deutschen Grundbuch sowohl positive als auch negative Publizitätsfunktion zu, vgl. Artt. 32, 34 LH.⁵¹² Dies ermöglicht den Erwerb *a non domino*, den gutgläubigen Erwerb. Der Eingetragene gilt für den gutgläubigen Erwerber als Eigentümer und damit als Verfügungsberechtigter. Die Eigentümerstellung des Eingetragenen wird als bestehend fingiert. Dies gilt selbst dann, wenn sich später die Berechtigung des Verkäufers als nichtig oder anfechtbar darstellt, bzw. der zugrunde liegende Kaufvertrag nichtig ist. In diesem Fall gilt zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eine Ausnahme vom Kausalprinzip.⁵¹³ Dem gutgläubigen Erwerber gegenüber wirkt die Unwirksamkeit des Kaufvertrages als Verpflichtungsgeschäft

⁵⁰⁸ Berdejo Lacruz, Derecho inmobiliario registral, S. 41.

⁵⁰⁹ Diese Mehrfachveräußerung durch den Käufer erfüllt den strafrechtlichen Tatbestand des Betruges gemäß Art. 251 Código Penal. Zu den einzelnen strafrechtlichen Voraussetzungen und Folgen vgl. Rubio Garrido, La doble venta y la doble disposición, S. 139ff.

⁵¹⁰ Vgl. Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3368.

⁵¹¹ García Gracia, Código de legislación inmobiliaria hipotecaria y del registro mercantil, Band I, Art. 34, S. 157.

⁵¹² Berdejo Lacruz, Derecho inmobiliario registral, S. 41.

⁵¹³ Juárez Torrejón, S. 24; Cossio y Corral, S. 111.



ausnahmsweise nicht.⁵¹⁴ Zudem gelten Belastungen, die nicht eingetragen sind, als nicht bestehend.⁵¹⁵

Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs ist neben dem Vorliegen des guten Glaubens des Erwerbers hinsichtlich der Eigentümerstellung und Verfügungsbefugnis des Eingetragenen,⁵¹⁶ dass es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt, d.h. dem Erwerb muss z.B. ein Kaufvertrag zugrunde liegen. Bei der Schenkung hingegen ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Bösgläubigkeit liegt nur bei positiver Kenntnis der Unrichtigkeit des Eigentumsregisters vor.⁵¹⁷ Der gutgläubige Erwerbstatbestand ist abgeschlossen, wenn der gutgläubige Erwerber seinen Erwerbstitel – also den notariellen Kaufvertrag – im Eigentumsregister eintragen lässt. Die Konstellation des Erwerbs *a non domino* unterscheidet sich vom zuvor erwähnten Doppelverkauf einer Immobilie grundlegend dadurch, dass ersterer den Verkauf durch einen Nichtberechtigten regelt und letzterer den mehrmaligen Verkauf durch den Eigentümer.⁵¹⁸

d) Bedeutung der Eintragung im Zusammenhang mit der Beleihung und Veräußerung der Immobilie

Eine weitere bedeutende Wirkung hat die Eintragung für den Zeitraum nach erfolgtem Erwerb. Zum einen ist die Beleihung der Immobilie durch eine Hypothek nur durch den eingetragenen Eigentümer möglich, Art. 106, Nr. 1 LH. Zum anderen ist die Eintragung nach Art. 20 Abs. 1 und 2 LH für eine spätere Veräußerung von Bedeutung. Wegen der Geltung des Prinzips der „Voreintragung“ des Berechtigten,⁵¹⁹ kann nur dann, wenn der Eigentümer eingetragen ist, wiederum später eine von ihm vorgenommene Verfügung eingetragen werden.

e) Ausschluss der Haftung des Erwerbers für Schulden des Verkäufers

Eine weitere wichtige Wirkung der Eintragung liegt darin, dass nur durch sie gewährleistet wird, dass das Grundstück nicht mehr für Schulden des Verkäufers haftet. Denn solange der Verkäufer noch als Eigentümer im Eigentumsregister eingetragen ist, können dessen Gläubiger für ihre Forderungen Sicherungsrechte an der Immobilie eintragen lassen.⁵²⁰

3. Voraussetzungen der Eintragung in das Eigentumsregister

Die frühestmögliche Eintragung des Erwerbers im Eigentumsregister ist aufgrund der erörterten Wirkungen von hoher Bedeutung.

⁵¹⁴ Cossio y Corral, S. 111.

⁵¹⁵ Berdejo Lacruz, Derecho inmobiliario registral, S. 41.

⁵¹⁶ Díez-Picazo, Instituciones de derecho civil, Band II, S. 64f.

⁵¹⁷ STS v. 03.10.1963, AJ 1963, Rn. 3964.

⁵¹⁸ Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. II, S. 307.

⁵¹⁹ Vgl. hierzu Abschnitt: 1. Teil, B., IV., 4., c).

⁵²⁰ Vgl. hierzu Lorscheider, IStR 2000, S. 122.

a) Kaufvertrag in Form der *escritura*

Das Eintragungsverfahren wird durch Vorlage der Ausfertigung der *escritura* beim zuständigen Eigentumsregister eingeleitet. Der Registerbeamte nimmt eine Eigentumsumschreibung nur aufgrund eines notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrages vor, vgl. Art. 3 LH. Wird ein privatschriftlicher Grundstückskaufvertrag vorgelegt, wird die Eintragung daher zurückgewiesen.

b) Vorlage der Steuernachweise

Weitere wichtige Voraussetzung der Eintragung ist die Vorlage der Nachweise der Steuerzahlungen, wie insbesondere der Grunderwerbssteuer, vgl. Art. 254, 255 LH.

c) *Tracto sucesivo*

Die Eintragung setzt zudem voraus, dass das Eigentum in lückenloser, im Register dokumentierter Reihe nachweisbar ist, sog. *tracto sucesivo*, vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 LH. Das ist dann der Fall, wenn der Veräußerer als letzter Eigentümer eingetragen („voringetragen“) ist. Ist der Veräußerer nicht als letzter Eigentümer eingetragen, dann ist der *tracto sucesivo* unterbrochen. Dies kann wegen der Freiwilligkeit der Eintragung vorkommen. In diesem Fall würde der Registerbeamte die Eintragung des neuen Eigentümers grundsätzlich verweigern.⁵²¹

Um in diesen Fällen dennoch die Eintragung zu ermöglichen, sieht das Gesetz ein gerichtliches Verfahren zum Eigentumsnachweis vor, sog. *expediente de domino* (vgl. Art. 200 bis 202 LH).⁵²² Die Vorschrift des Art. 201 LH regelt den Ablauf des Verfahrens. Dieses stellt sich in seinen Grundzügen wie folgt dar:

Das Verfahren kann vom Käufer beim Gericht erster Instanz eingeleitet werden, in dessen Gerichtsbezirk die Immobilie belegen ist, Art. 201, Nr. 1 LH. Dem schriftlichen Antrag müssen einige Dokumente beigelegt sein. Insbesondere ist ein Katasterauszug des Grundstücks vorzulegen, sofern das Grundstück in einem Kataster registriert ist. Zudem ist ein Auszug des Eigentumsregisters beizufügen, welcher die Angabe der registrierten Voreigentümer, sonstiger Inhaber von Rechten am Grundstück, sowie des aktuell eingetragenen Eigentümers enthält, die korrigiert werden soll.⁵²³

Durch einen Rechtspfleger wird sodann sämtlichen Personen, denen laut Registerinhalt ein Recht an dem betroffenen Grundstück zustehen könnte, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Zusätzlich erfolgt zum Schutz etwaiger sonstiger Rechtsinhaber, die nicht eingetragen sind, eine öffentliche Bekanntmachung des Verfahrens durch Aushang beim Rathaus, bei Ge-

⁵²¹ Arnaiz Eguren, S. 34f.

⁵²² Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 79.

⁵²³ Vgl. zum Ganzen auch Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 79.

richt sowie in der Regel auch im *Bolitin Oficial*⁵²⁴ der Gemeinde und in einer lokalen Zeitung (vgl. Art. 201 LH). Das Verfahren wird durch Urteil abgeschlossen, das als Titel zur Eintragung ausreicht, vgl. Art. 201, Nr. 6 LH.

Alternativ zum *expediente de domino*-Verfahren kann der Verkäufer eine eidesstattliche Versicherung vor einem Notar abgeben, in der er erklärt, dass er Eigentümer des Grundstücks ist (vgl. Art. 199 b, 203 LH). Eine solche durch den Notar ausgestellte Feststellungsurkunde kann, ebenso wie das genannte Urteil, die fehlende Eintragung des Verkäufers ersetzen.

d) Ausführung der Eintragung durch den Eigentumsregisterbeamten

Wird die Eintragung beantragt, so ist gesetzlich vorgesehen, dass die Eintragung zwei Wochen nach dem Eingangsvermerk des Eigentumsregisteramtes ausgeführt werden soll, spätestens jedoch innerhalb eines Monats. Damit in der Zwischenzeit keine unberechtigten Zwischenverfügungen durch den Veräußerer vorgenommen werden, gibt es auch nach spanischem Recht gesetzlich vorgesehene Sicherungsinstrumente. Diese werden im Folgenden erörtert.

4. Die Sicherung der Eintragung

Gemäß Artt. 196, S. 2, 249 Abs. 2 RN (i.V.m. Art. 112 *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*)⁵²⁵ hat der Notar nach erfolgter Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die *escritura* so schnell wie möglich dem Eigentumsregister mittels Telefax zu melden. Diese Pflicht trifft den Notar nur dann nicht, wenn die Parteien ausdrücklich erklären, dass sie die Weiterleitung an das *registro de la propiedad* nicht wünschen (vgl. Art. 249 Abs. 2 RN).

a) Asiento de presentación („Vorlagevermerk“)

Versäumt der Notar die unverzügliche Mitteilung über die Beurkundung des Kaufvertrages an das Eigentumsregister, haftet er der geschädigten Partei, vgl. Art. 249 Nr. 2 RN. Dies hat folgenden Hintergrund:

Bei jedem Eigentumsregister wird ein *libro diario de operaciones* (oder *libro de entrada*) geführt, ein Buch bzw. eine Datei, in welcher die Vorlage sämtlicher beim Register eingehende Urkunden und Eintragungsanträge in strikter zeitlicher Reihenfolge, mit kurzem Inhalt des Antrages (z.B. „Eigentumsumschreibung infolge *escritura de compraventa*“), vermerkt werden, vgl. Art. 248, Nr. 2 LH.⁵²⁶ Dieser Eintragungsvermerk über Datum und Inhalt des Eintragungsantrages im *libro diario de operaciones* wird *asiento de presentación* („Vorlagever-

⁵²⁴ Eine Art Gemeindeblatt, das insbesondere der Bekanntmachung von Gesetzen und administrativen Entscheidungen, wie z.B. Enteignungen dient. Für spanienweite Bekanntmachungen dieser Art dient das *Bolitin Oficial del Estado*, das mittlerweile online und täglich aktualisiert eingesehen werden kann (www.boe.es).

⁵²⁵ Veröffentlicht in: BOE Nr. 83 vom 06.04.2002.

⁵²⁶ Ávila Navarro, S. 10.

merk“) genannt und ist in Art. 248 LH ausdrücklich geregelt. Über sämtliche Eintragungsanträge, die der für die Eintragung vorausgesetzten Form genügen, muss durch die Registerbeamten ein *asiento de presentación* erstellt werden. In Bezug auf den Grundstückskaufvertrag wird demnach der *asiento de presentación* nur dann erstellt, wenn der Vertrag notariell beurkundet wurde. Wird beim Eigentumsregister hingegen ein rein privatschriftlicher Kaufvertrag vorgelegt, so führt dieser abgesehen von der Verweigerung der endgültigen Eintragung des Eigentümerwechsels auch nicht zu einem *asiento de presentación*, vgl. Art. 420 Nr. 1 *Reglamento Hipotecario* (im Folgenden RH).⁵²⁷

Die Funktion des *asiento de presentación* liegt darin, einen vorläufigen Schutz des Erwerbers, für die Zeit nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages bis zur endgültigen Eintragung gegen sein Eigentumsrecht beeinträchtigende, unberechtigte Zwischenverfügungen des Verkäufers oder Dritter, zu bewirken.⁵²⁸ Gemäß Art. 17 LH dürfen nach Eintragung des *asiento de presentación* keine weiteren Rechte an demselben Grundstück eingetragen werden, die dem durch den *asiento de presentación* gesicherten Recht zuwiderlaufen würden.

Durch die Mitteilung der *escritura* durch Telefax ist dieser Schutz zunächst auf 10 Werktage beschränkt. Bei Vorlage einer beglaubigten Ausfertigung der *escritura* wird der Schutz auf 60 Werktage ausgedehnt, Art. 17 Abs. 2 LH. Die anschließende endgültige Eintragung des Eigentümerwechsels wirkt dann *ex tunc* auf den Tag der Eintragung des *asiento de presentación* zurück (Art. 24 LH),⁵²⁹ d. h. die Eintragung des Eigentums wirkt dann fiktiv ab dem Zeitpunkt der Eintragung des *asiento de presentación*. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Eintragungsbegehrende keine rechtlichen Nachteile dadurch erfährt, dass er auf die Schnelligkeit der endgültigen Eintragung seines Eigentumstitels keinen Einfluss hat.

b) Anotación preventiva

Der Registerbeamte hat nach Eingang eines Antrages auf Eintragung im Eigentumsregister und der erfolgten Eintragung des *asiento de presentación* im *libro diario de operaciones* innerhalb von 15 Tagen die zur Eintragung vorgelegten Unterlagen zu überprüfen und festzustellen, ob Dokumente fehlen oder fehlerhaft sind. Sind die vorgelegten Dokumente vollständig und daher zur Eintragung im Eigentumsregister reif, nimmt der Registerbeamte die beantragte endgültige Eintragung vor, sog. *asiento de inscripción*. Sind Fehler in den Unterlagen enthalten, die jedoch korrigiert werden können (sog. *faltas subsanables*), so muss deren Korrektur innerhalb einer 60-Tage-Frist geschehen.⁵³⁰

⁵²⁷ Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol II, S. 214.

⁵²⁸ Ávila Navarro, S. 4.

⁵²⁹ Ávila Navarro, S.10.

⁵³⁰ Vgl. zum Ganzen Martín Bernal, S. 243.

In diesem Falle hat der Antragsteller das Recht, einen präventiven Eintrag, die sog. *anotación preventiva* zu beantragen, der grundsätzlich spätestens am 60. Tag verfällt, es sei denn, es tritt wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Verlängerung dieser Frist ein. Bei dieser sog. *anotación preventiva*, wörtlich am besten zu übersetzen mit „präventive Eintragung“, handelt es sich um eine in den Artt. 41ff. LH geregelte Form der provisorischen, d.h. vorübergehenden Eintragung im Eigentumsregister, die den Rang für eine spätere definitive Eintragung sichern soll (vgl. Art. 70 LH).⁵³¹ Die *anotación preventiva* ist wie erwähnt von Bedeutung, wenn die Eintragungsunterlagen noch nicht vollständig sind oder insbesondere auch in Fällen, in denen um die Frage des Bestehens eines Rechtes an einem Grundstück gerichtlich prozessiert wird und deshalb noch keine endgültige Eintragung erfolgen soll (vgl. Art. 42, Nr. 1 LH). Durch die *anotación preventiva* wird für die Zeit, während der Eintragungsunterlagen fehlen oder um die Inhaberschaft des Eigentumsrechts prozessiert wird, ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch Dritte verhindert. Ist ein Prozess anhängig, tritt gemäß Art. 17 LH bis zum Erlass des Gerichtsurteils eine Art vorläufige Registersperre ein, die auch verhindert, dass das streitgegenständliche Eigentumsrecht durch andere, diesem widersprechende Eintragungen beeinflusst wird.⁵³²

Hinsichtlich der Wirkungen und Funktionen kann damit festgestellt werden, dass die *anotación preventiva* im Eigentumsregister dem *asiento de presentación* im *libro diario de operaciones* entspricht.

5. Historischer Ursprung des *registro de la propiedad*

a) Vorläufer des *registro de la propiedad*

Bei der Suche nach den Ursprüngen des *registro de la propiedad* in Spanien ist als frühester Zeitpunkt das 18. Jhd. zu nennen. Zuvor – sogar schon zu Zeiten des Mittelalters – gab es zwar immer wieder einige Arten von Registern, in denen insbesondere Belastungen an Grundstücken festgehalten wurden.⁵³³ Mit dem heutigen *registro de la propiedad* annähernd vergleichbare Register entstanden jedoch erst im Laufe des 18. Jhd.⁵³⁴

Dem *registro de la propiedad* ähnliche Register wurden erstmals Anfang des 18. Jhd. eingeführt. Zu dieser Zeit wurde zunächst die Registrierung von Grundstücksbelastungen in öffent-

⁵³¹ Vgl. Martín Bernal, S. 243.

⁵³² Vgl. Martín Bernal, S. 243.

⁵³³ Sanchez-Cañete, S. 39ff.

⁵³⁴ Rivas, Pala, Boletín de la ANABAD 1978, S. 57f.; Chico y Ortiz, S. 44; Peset, Mariano, RCDI, 1978, S. 695. Es existiert keine spanische Literatur, die sich spezifisch und erschöpfend mit der Entstehungsgeschichte und den Wurzeln des *registro de la propiedad* auseinandersetzt. Eine Abhandlung zur Geschichte des *registro de la propiedad* findet sich jedoch in: Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución. I. Leyes de 1861 y 1869. II Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974, darin: Díez-Picazo, Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas (S. 3-27); sowie darin: Menchén Benítez, Antecedentes de la registración de bienes en derecho histórico español (S. 29-38).

lichen Büchern für notwendig erachtet, um einen Betrug zulasten des Käufers zu vermeiden, der ein vermeintlich unbelastetes Grundstück erwirbt.⁵³⁵ Vor diesem Hintergrund wurden Gesetze verabschiedet, welche die Führung von Registern, in welchen Grundstücksbelastungen dokumentiert werden sollten, durch örtliche Rathäuser vorschrieben.⁵³⁶ Angewandt wurden diese Gesetze nach Inkrafttreten indes nicht sofort konsequent, was auf den damaligen sozialen und gesellschaftlichen Umständen beruhte. Zur damaligen Zeit stand der Großteil des Grund und Bodens im Eigentum des Adels oder der Kirche. Der Adel und die Kirche hatten eigene Regeln und Methoden hinsichtlich des Umgangs mit Grundstücksbelastungen entwickelt. Insbesondere für den Adel bestand aufgrund der traditionell erfolgenden ausschließlichen Übertragung der Grundstücke innerhalb der Familie kein Bedürfnis an einer Registrierung des Grundeigentums oder von Belastungen desselben.

Die erste konsequente Umsetzung der Gesetze, die eine Art Buchsystem für Liegenschaften zum Ziel hatten, ist in Spanien daher erst einige Jahrzehnte später um das Jahr 1768 zu beobachten. Im Jahr 1768 wurde durch König Carlos III. ein königliches Dekret (Dekret vom 31.01.1768) erlassen, welches spanienweit⁵³⁷ eine Art Buchungssystem durch öffentliche Ämter, insbesondere für Hypotheken einführte.⁵³⁸ Diese Einrichtungen, die infolge des Dekretes eingeführt wurden, hießen *Oficios* oder *Contadurías de Hipotecas* (zu übersetzen im Sinne von Ämter bzw. Buchhaltung der Hypotheken) und wurden fortan in jeder Gemeinde geführt.⁵³⁹ Registriert werden sollten auch in diesen Registern zunächst nur diejenigen Grundstücke, auf denen eine Belastung wie eine Hypothek ruhte, da Hauptzweck des Dekrets war, Belastungen von Grundstücken publik zu machen.⁵⁴⁰ Die Bücher bestanden aus einzelnen Blättern, in denen das jeweilige Grundstück im Wesentlichen beschrieben wurde und in denen der Eigentümer des Grundstücks sowie die auf dem Grundstück ruhenden Lasten dokumentiert werden konnten.⁵⁴¹ Geordnet waren die Bücher alphabetisch nach Namen der Inhaber der Hypotheken oder anderer Belastungen der Grundstücke.

Die damaligen Register dienten noch lediglich Beweis Zwecken. Hinsichtlich der Wirkung der Eintragung der Belastungen galt, dass nicht eingetragene Belastungen vor Gericht keine Beachtung fanden, d.h., nur anhand der Eintragung der Belastung konnte im Streitfall der Beweis des Bestehens der Belastung geführt werden.⁵⁴²

⁵³⁵ Peset, Mariano, RCDI 1978, S. 696ff.

⁵³⁶ Peset, Mariano, RCDI 1978, S. 699.

⁵³⁷ Die Register wurden spanienweit eingeführt, mit der Ausnahme von Navarra, in der sich die Einführung etwas verzögerte, Sanchez-Cañete, S. 45.

⁵³⁸ Sanchez-Cañete, S. 45; Peset, Mariano, RCDI, 1978, S. 695.

⁵³⁹ Chico y Ortiz, S. 44.

⁵⁴⁰ Rivas, Pala, Boletín de la ANABAD, 1978, S. 57ff.

⁵⁴¹ Peset, Mariano, RCDI 1978, S. 703, 705.

⁵⁴² Rivas, Pala, Boletín de la ANABAD 1978, S. 60ff.

Der Erlass des genannten Dekretes ist im Zusammenhang mit dem Einfluss der französischen Revolution zu sehen, die auch in Spanien einen bedeutenden gesellschaftlichen und sozialen Wandel bewirkte. Das Grundeigentum bildete von nun an das Zentrum des Wirtschaftslebens und kapitalistische Grundsätze lösten das Feudalsystem im sich langsam entwickelnden Grundstücksverkehr ab. Die Bedeutung der Registrierung von Hypotheken zur Finanzierung des Erwerbs von Grundstücken gewann an Bedeutung.⁵⁴³

Eine auf das Dekret von 1768 folgende königliche Verordnung von 1774 sah sodann vor, dass ausnahmslos sämtliche Belastungen an Grundstücken in Registern aufgezeichnet werden müssten. Daraufhin kam es zu einer Flut von Eintragungen, da die Berechtigten fürchteten, ansonsten ihre bestehenden Rechte wie Hypotheken an Grundstücken zu verlieren. Das Ziel dieser Verordnung, dass Rechte an Grundstücken ausnahmslos registriert würden, wurde jedoch letztlich nicht erreicht, da auf die Verordnung eine Vielzahl von Gesetzen folgten, die die Umsetzung dieses Ziels immer wieder hinauszögerten.⁵⁴⁴

Mit königlichem Dekret vom 15.06.1845 wurde schließlich spanienweit die Möglichkeit der Registrierung von Grundstücksübertragungen eingeführt.⁵⁴⁵ Nachdem zunächst durch Dekret von 1768 nur die Registrierung derjenigen Grundstücke vorgesehen war, auf denen Lasten ruhten, wurde somit die Möglichkeit der Registrierung sämtlicher Grundstücke bzw. Eigentumsübertragungen etabliert.

Die Einführung des *registro de la propiedad*, in der Form, in der es heute im Wesentlichen geführt wird, erfolgte schließlich mit dem Hypothekengesetz von 1861.

Die Ziele, die mit der Schaffung von Eigentumsregistern mit Inkrafttreten des Hypothekengesetzes im Jahre 1861 verfolgt wurden, waren grundlegend die drei Folgenden: In erster Linie sollte das Kredit- und Hypothekenwesen eine solide Basis bekommen. Zu Zeiten vor Inkrafttreten des Hypothekengesetzes waren Zinsen für Kredite exorbitant hoch, da die Kreditgeber mangels Eintragung der Grundstücke des Kreditnehmers versteckte Lasten auf dem Grundstück befürchten mussten. Erst mit der Einführung der Eintragung in das Immobilienregister hatten die Kreditgeber eine sicherere Grundlage zur Feststellung der Bonität ihrer Kreditnehmer.⁵⁴⁶

Zudem sollte der Schutz der Grundstückseigentümer durch die öffentliche Registrierung derer Rechte sowie eine Vereinfachung und bessere Agilität des Grundstücksverkehrs erreicht werden.

⁵⁴³ Peset, Mariano, RCDI 1978, S. 699.

⁵⁴⁴ Peset, Mariano, RCDI 1978, S. 712.

⁵⁴⁵ Rivas, Pala, Boletín de la ANABAD 1978, S. 57ff.; Sanchez-Cañete, S. 49.

⁵⁴⁶ Rodríguez Otero, S. 173.

In den Motiven zum Gesetzesentwurf des Hypothekengesetzes von 1861 ist als weiteres maßgebliches Ziel der Liegenschaftsregistrierung die Bekämpfung von Betrugsdelikten im Grundstücksverkehr genannt.⁵⁴⁷

b) Historischer Hintergrund der Freiwilligkeit der Eintragung

Während der Entstehung des Hypothekengesetzes um 1861 gab es in Spanien bereits eine lebhafte Debatte um die Frage, ob die Eintragung konstitutiv und damit zwingende Voraussetzung für den Eigentumserwerb sein sollte.⁵⁴⁸ Zur damaligen Zeit sowie in der Folgezeit nach Einführung der Eigentumsregister, in der immer wieder über die Frage der Einführung einer Eintragungspflicht diskutiert wurde, spielte die Landwirtschaft noch eine überragende Rolle. Die Urbanisierung war noch in ihren Anfängen und der Gesetzgeber hatte den Stereotypen des Bauern vor Augen, der sein Land im Alter an seinen Sohn übertrug.⁵⁴⁹ Tatsächlich spielte sich der Großteil der Grundstücksübertragungen in der eigenen Familie ab. Grundstücke wurden von Generation zu Generation weitergereicht. Der Grundstückshandel, wie er heute herrscht, war damals von untergeordneter Bedeutung. Auf dieses typische Bild des traditionellen Landwirtes stützte sich demnach auch die Argumentation des Gesetzgebers, der sich gegen die Einführung des Eintragungszwanges entschied. Die Verfechter des bestehenden Systems ohne Eintragungszwang argumentierten dabei anhand von zwei Stereotypen: Auf der einen Seite stehe der ehrenhafte Landwirt, der die Gesetze, die die Grundstücksübertragung regeln, gar nicht kenne, sondern sich mit voller Hingabe der Bewirtschaftung seines Landes widme und nichts anderes wolle, als dies weiterhin ungestört zu tun und es eines Tages auf seine Kinder zu übertragen, ohne sich darum kümmern zu müssen, sein Land in irgendeinem Register registrieren zu lassen. Auf der anderen Seite stehe der böartige Spekulant, der ein Grundstück nicht kaufen wolle um es zu bewirtschaften, sondern aus purer Gewinnabsicht und hierbei die Unzulänglichkeiten des Systems zu seinen Gunsten ausnutzen wolle. Unter Betrachtung dieser beiden Prototypen erschien es dem Gesetzgeber plausibel, nur den ehrenhaften Bauern zu schützen, für den der Besitz als Publizitätsmittel ausreichend war. Somit entschied sich der Gesetzgeber im Jahre 1861 zwar für die Einführung der Eigentumsregister, jedoch gegen die Einführung eines Eintragungszwanges.⁵⁵⁰

Zu einer umfangreichen Debatte hinsichtlich der Frage der Einführung des Eintragungszwanges für die Liegenschaftsübergabe kam es erneut während der Reform des *Ley Hipotecaria* (Hypothekengesetz) von 1944.⁵⁵¹ Zu dieser Zeit waren 60 Prozent der spanischen

⁵⁴⁷ Rodríguez Otero, S. 173.

⁵⁴⁸ Vgl. zum Ganzen: Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 14

⁵⁴⁹ Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 14

⁵⁵⁰ Vgl. zum Ganzen: Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 14

⁵⁵¹ Chico y Ortiz, S. 154.

Immobilien nach wie vor nicht im Eigentumsregister eingetragen.⁵⁵² Der damalige spanische Justizminister *Aunós* sprach sich eindeutig gegen den Eintragungszwang aus. Seine Begründung war, dass zu dieser Zeit eine große Zahl der Übereignungen nicht auf der Grundlage „irgendwelcher Rechtsnormen“, sondern allein auf der Basis eines „beispielhaften gegenseitigen Vertrauens“ vollzogen würde. Dieses Grundvertrauen der Bürger untereinander könnte durch die „plötzliche und radikale Einführung“ eines rein formalen Systems stark verletzt und zerrüttet werden.⁵⁵³ Der Gesetzgeber ging bei seiner Entscheidung gegen den Eintragungszwang vielmehr davon aus, dass die mit der Eintragung verbundenen Wirkungen und Vorteile die Parteien automatisch zur Eintragung veranlassen würden, weshalb ein Eintragungszwang nicht für notwendig gehalten wurde. In diesem Sinne ist zur Entscheidung gegen den Eintragungszwang in den Motiven zum Reformentwurf von 1944 sinngemäß folgende Rechtfertigung zu finden:

„Die Eintragung wird nicht so ausgestaltet, dass ihr konstitutive Wirkung zukommt, stattdessen erhält sie dadurch ihre Bedeutung, dass ausschließlich diejenigen Rechte, die eingetragen werden, zivilrechtlich sowie prozessrechtlich ihre volle rechtliche Wirkung entfalten.“⁵⁵⁴

Aus den Motiven ist zu erkennen, dass sich der Gesetzgeber in einem umfangreichen Begründungszwang für seine Entscheidung gegen die konstitutive Eintragung sah. Sogar die Präambel des Hypothekengesetzes von 1944 nimmt ausdrücklich zu dieser Frage Stellung. Dort heißt es sinngemäß:

„Es wurde nicht für opportun erachtet, die Eintragung als unverzichtbare Voraussetzung für die Entstehung auf Rechtsgeschäft beruhender sachenrechtlicher Beziehungen auszugestalten. Es wird weder verkannt, noch unterbewertet, dass fast die Gesamtheit der spanischen Autoren für die konstitutive Eintragung plädiert. [...] auch wenn bis heute mehr als 60 % der Grundstücke nicht eingetragen sind, ist es undenkbar, die konstitutive Eintragung einzuführen.“⁵⁵⁵

Die weitere Begründung, die in der Präambel zu finden ist, ist die Gleiche wie in der Phase des Gesetzgebungsprozesses von 1861. Der Gesetzgeber beruft sich auf die Mehrheit der landwirtschaftlichen Bevölkerung und der Grundstückseigentümer, welche Grundstücksübertragungen seit jeher ohne Eintragungszwang durchführte und für die es vollkommen unverstänglich sei, plötzlich einen Eintragungszwang einzuführen.⁵⁵⁶

Diese Rechtfertigungen und Begründungsversuche des Gesetzgebers haben zu einer ausführlichen Kontroverse in der spanischen Literatur geführt, wobei die zitierten Begründungen der Präambel häufig als schwach, widersprüchlich und irrational bewertet wurden.⁵⁵⁷ Schon im Jahr

⁵⁵² Vgl. Präambel des Hypothekengesetzes von 1944; Gómez Gómez, RCDI 1963, S. 3

⁵⁵³ Argumentation wiedergegeben in: Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 28.

⁵⁵⁴ Motive zur Reform von 1944, abgedruckt in: Chico y Ortiz, S. 156. Übersetzung der Verfasserin.

⁵⁵⁵ Freie sinngemäße Übersetzung der Verfasserin.

⁵⁵⁶ Auszug der Präambel abgedruckt in: Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 28f; Vgl. auch Cossio y Corral, S. 80f.

⁵⁵⁷ Vgl. statt vieler: Cossio y Corral, S. 82.

1945 urteilten spanische Autoren,⁵⁵⁸ dass es sinnvoller gewesen wäre, zumindest für bereits registrierte Grundstücke die konstitutive Eintragung als Voraussetzung der Eigentumsübertragung vorzuschreiben, da so insbesondere die Gefahr des Doppelverkaufs für registrierte Grundstücke minimiert werde. Im Ergebnis seien es rein politische Gründe gewesen, die in Spanien dazu geführt hätten, dass sich der Eintragungszwang nicht habe durchsetzen können.⁵⁵⁹

V. Der *precontrato* – Vorvertrag

Im Rahmen eines Grundstückskaufs nach spanischen Recht kommt einer Vertragsart besondere Bedeutung zu: Dem *precontrato*, auch *contrato preliminar* genannt. Dabei handelt es sich um ein mit dem Vorvertrag nach deutschem Recht vergleichbares Rechtsinstitut.

Der *precontrato* ist im spanischen CC nicht als eigener Vertragstyp ausdrücklich geregelt. Er ist aber als Ausprägung der Vertragsfreiheit allgemein anerkannt.⁵⁶⁰ Ausdrücklich regelt der CC hingegen in Art. 1451 den Vorvertrag zu einem Kaufvertrag, das *promesa de comprar o vender* – übersetzt also das „Kauf- bzw. Verkaufsversprechen“.⁵⁶¹ Nach Art. 1451 Abs. 1 gibt „das Versprechen, zu verkaufen oder zu kaufen, den Vertragsschließenden das Recht gegenseitig die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, wenn Einigkeit über die Sache und den Preis besteht.“

In Spanien ist es gängige Praxis, dass vor dem eigentlichen Grundstückskaufvertrag ein *promesa de comprar o vender* als *precontrato* geschlossen wird.⁵⁶² Dies beruht auf folgenden Gründen:

Die notarielle Beurkundung des Grundstückkaufvertrages ersetzt die Übergabe des Grundstücks. Durch die Beurkundung wird die Übergabe fingiert und der Eigentümerwechsel vollzieht sich im Moment der Beurkundung.⁵⁶³ Es gilt zwar weiterhin das *titulus-modus*-Prinzip. Durch die Beurkundung als Übergabesurrogat fallen *titulus* und *modus* jedoch zeitlich zusammen – das Eigentum geht mit Abschluss des notariellen Kaufvertrages über. Im Ergebnis führt der notarielle beurkundete Vertrag dadurch die dinglichen Wirkungen direkt herbei. Zum Zwecke einer flexiblen Planung des Kaufvertrages und dessen Vollzugs ist daher in der Praxis der Vorvertrag zu Grundstückskaufverträgen sehr verbreitet.⁵⁶⁴

Rechtlich stellt das *promesa de comprar o vender* einen speziellen *precontrato* dar, d.h. beide Rechtsfiguren sind gleichzustellen.⁵⁶⁵ Die nachfolgenden Ausführungen zum *precontrato* gelten daher auch für das *promesa de comprar o vender* und es ist nicht zwischen beiden zu differenzieren.

⁵⁵⁸ Vgl. statt vieler: Cossio y Corral, S. 82.

⁵⁵⁹ Vgl. zum Ganzen Cossio y Corral, S. 82.

⁵⁶⁰ Beltrán/Orduña, S. 225; STS v. 30.12.1980, AJ 1980, Rn. 5100.

⁵⁶¹ Ausdrücklich regelt der CC darüber hinaus das *promesa de prenda* („Versprechen des Pfandes“) in Art. 1862 CC.

⁵⁶² Adomeit/Frühbeck, S. 58.

⁵⁶³ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., III., 1., b).

⁵⁶⁴ Die gängige Praxis des Abschlusses eines Vorvertrages vor Abschluss des Grundstückskaufvertrags bestätigt auch Adomeit/Frühbeck, S. 58.

⁵⁶⁵ Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 1451, S. 1904; vgl. auch Sohst, Art. 1451 CC.



1. Inhalt und Rechtsnatur des *precontrato*

Hinsichtlich der Frage der Rechtsnatur und des Inhaltes des Vorvertrages besteht in der spanischen Doktrin Uneinigkeit.⁵⁶⁶ Nach traditioneller Auffassung, die bereits in der ersten Hälfte des 20. Jhd. in Spanien herrschend war,⁵⁶⁷ und der auch die Rechtsprechung folgt, stellt der *precontrato* einen eigenständigen Vertrag dar, dessen Inhalt darin besteht, dass sich die Vertragsparteien zum Abschluss eines weiteren Vertrages verpflichten.⁵⁶⁸

Nach einer Mindermeinung im spanischen Schrifttum stellt der *precontrato* hingegen keinen eigenständigen Vertrag, sondern eine Art „vorbereitende Basisvereinbarung“ (*contrato preparatorio „básico“*) der Parteien dar, welche von den Parteien in der Zukunft erweitert und konkretisiert werden soll, um daraus den endgültigen Vertrag zu entwickeln.⁵⁶⁹

Der herrschenden Ansicht folgend hat der *precontrato* für die Parteien verpflichtenden Charakter.⁵⁷⁰ Die Rechtsprechung umschreibt den Inhalt bzw. die Wirkung des *precontrato* damit, „*verpflichtet zu werden, sich zu verpflichten*“.⁵⁷¹

Möglich ist sowohl ein *precontrato* mit einer bloß einseitigen Verpflichtung einer Partei zum Abschluss eines zukünftigen Vertrages als auch das gegenseitige Versprechen des Abschlusses eines zukünftigen Vertrages.⁵⁷² Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Doktrin insoweit, dass der *precontrato* selbst, bzw. das Verkaufsversprechen, noch kein Recht auf das Grundstück gibt, sondern lediglich das Recht auf Abschluss eines Kaufvertrages über das Grundstück einräumt.⁵⁷³

Der Abschluss eines Vorvertrages bietet sich dann an, wenn die Parteien den Hauptvertrag noch nicht schließen können oder wollen, z.B. weil sie sich noch nicht über alle Einzelheiten des Hauptvertrages geeinigt haben. Der *precontrato* bietet zudem die Möglichkeit, sich zu einem frühzeitigen Zeitpunkt zu binden, aber die Wirkungen des späteren Kaufvertrages auf einen späteren Zeitpunkt zu verlagern.

Abzugrenzen ist der *precontrato* von rechtlich unverbindlichen reinen Vertragsvorbereitungen, den *tratos preliminares*, bei denen die Parteien z.B. verschiedene Vertragsentwürfe besprechen und den Hauptvertrag lediglich vorbereiten.⁵⁷⁴

⁵⁶⁶ Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 1451, S. 1904.

⁵⁶⁷ Vgl. Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol I, S. 434.

⁵⁶⁸ Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 1451, S. 1904; Beltrán/Orduña, S. 225; STS v. 04.07.1991, AJ 1991, Rn. 5325; Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 383, m.w.N. auch zur m.M., die die Rechtsnatur des Vorvertrages hiervon abweichend qualifiziert.

⁵⁶⁹ Roca-Sastre, Estudios de derecho privado, Band I, S. 324ff.

⁵⁷⁰ Fernández Urzainqui, Código Civil, Art. 1451, S. 1904.

⁵⁷¹ STS 28.11.1994, AJ 1994, Rn. 8631.

⁵⁷² Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol I, S. 434.

⁵⁷³ STS v. 25.06.1993, AJ 1993, Rn. 5384.

⁵⁷⁴ Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 379.



2. Voraussetzungen des Zustandekommens des *precontrato*

Der rechtswirksame Abschluss eines *precontrato* setzt zunächst das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen voraus, die gemäß Art. 1261 für jeden Vertragsschluss gelten. Danach bedarf es der Einigung der Vertragsparteien sowie der Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes. Hinsichtlich der Inhaltsbestimmtheit gilt, dass der *precontrato* bereits sämtliche wesentliche Vertragsbestimmungen enthalten muss, die für den Hauptvertrag gelten sollen.⁵⁷⁵ Hierzu muss insbesondere das vertragsgegenständliche Grundstück zumindest bereits in der Weise bestimmbar sein, dass es keiner erneuten Vereinbarung zu dessen Bestimmung durch die Vertragsparteien bedarf.⁵⁷⁶

3. Vollstreckung des *precontrato*

Mit Abschluss des Vorvertrages können die Parteien grundsätzlich jederzeit und zeitlich unbegrenzt den Abschluss des vorgesehenen Hauptvertrages voneinander verlangen, es sei denn, sie haben gemäß Art. 1123 eine Frist vorgesehen, innerhalb derer der Abschluss des Hauptvertrages verlangt werden kann. Dann kann dies nur innerhalb der Frist geschehen.

Verweigert ein Vertragspartner vertragswidrig das Zustandekommen des Hauptvertrages, so hat die Rechtsprechung früher lange Zeit vertreten, dass die für das Zustandekommen des Hauptvertrages notwendige Willenserklärung der vertragsuntreuen Partei nicht durch Urteil ersetzt werden kann, da der Wille zum Abschluss des Hauptvertrages nicht erzwingbar sei.⁵⁷⁷ In diesen Fällen bestanden nach früherer Rechtsprechung daher nur Schadensersatzansprüche gegen die vertragsbrüchige Partei.⁵⁷⁸

Seit langem hat jedoch die Rechtsprechung die Vollstreckbarkeit des *precontrato* in der Weise anerkannt, dass die fehlende Willenserklärung einer Partei durch den Richter durch Urteil gemäß Art. 708 *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Zivilprozessgesetz) ersetzt werden kann.⁵⁷⁹

4. Form des *precontrato*

Hinsichtlich der Form des *precontrato* schreibt der CC keine Besonderheiten vor. Der Vorvertrag bedarf auch nach spanischem Recht grundsätzlich der Form, die das Gesetz für den Abschluss des Hauptvertrages vorsieht.⁵⁸⁰ Für das *promesa de comprar o vender* zu einem Grundstückskaufvertrag besteht daher also kein Formzwang, es kann auch mündlich wirksam abgeschlossen werden.

⁵⁷⁵ Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, S. 386.

⁵⁷⁶ STS v. 28.02.1978, AJ 1978, Rn. 593; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, S. 386.

⁵⁷⁷ vgl. STS v. 11.11.1943, AJ 1943, Rn. 1170; STS v. 09.07.1940, Nr. 6912.

⁵⁷⁸ vgl. STS v. 11.11.1943, AJ 1943, Rn. 1170.

⁵⁷⁹ vgl. STS v. 01.07.1950, AJ 1950, Rn. 1187; STS v. 26.03.1965, AJ 1965, Rn. 1481; STS v. 11.06.1998, AJ 1998, Rn. 4679.

⁵⁸⁰ Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, S. 386; Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol I, S. 435.

VI. Der contrato de opción – Optionsvertrag

Eine nach der herrschenden spanischen Doktrin spezielle Art des Vorvertrages ist der *contrato de opción* – Optionsvertrag.⁵⁸¹ Diese Rechtsfigur ist im Gesetz nicht als eigener Vertragstyp ausdrücklich geregelt,⁵⁸² wird jedoch als Vertrag *sui generis* allgemein anerkannt.⁵⁸³

Eine im Grundstücksverkehr häufig vorkommende Rechtsfigur⁵⁸⁴ ist der ebenfalls nicht ausdrücklich geregelte, aber in Art. 14 RH ausdrücklich erwähnte sog. *opción de compra* – die Kaufoption bzw. der Optionsvertrag zu einem Kaufvertrag. Vor Inkrafttreten des RH im Jahre 1947 fehlte es an jeglicher ausdrücklichen Regelung hinsichtlich des Optionsvertrages.⁵⁸⁵ In Art. 14 RH werden Regelungen betreffend der *opción de compra* getroffen und ihre rechtliche Zulässigkeit damit stillschweigend vom Gesetz vorausgesetzt. Mittlerweile ist die *opción de compra* darüber hinaus in weiteren gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich erwähnt, wie z.B. in Art. 13 des *Ley de arrendamientos urbanos* (Gesetz über das städtische Mietrecht) oder im Art. 251 des *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Zivilprozessgesetz).

Bei der *opción de compra* erhält der Optionsberechtigte das Recht, durch Zahlung des im Optionsvertrag vereinbarten Kaufpreises das Grundstück zu erwerben.⁵⁸⁶ Entscheidender Unterschied zum Vorvertrag ist, dass eine Partei – der Optionsberechtigte – direkt das Recht erwirbt, den Kaufvertrag einseitig zustande zu bringen und es nicht einer erneuten Willenserklärung beider Parteien bedarf.⁵⁸⁷

1. Inhalt und Rechtsnatur

Der *contrato de opción* stellt einen Vertrag dar, durch den einer Vertragspartei die Option, also das Recht eingeräumt wird, innerhalb der im Vertrag bestimmten Frist einseitig über das Entstehen eines Hauptvertrages mit dem im Optionsvertrag festgelegten Inhalt zu entscheiden.⁵⁸⁸ Es bedarf somit lediglich der Ausübung der Option durch den Optionsberechtigten, damit der Vertrag wirksam zustande kommt.⁵⁸⁹ Einer weiteren Willenserklärung des Optionsgebers bedarf es nicht.⁵⁹⁰ Der Optionsvertrag ist daher ein einseitig verpflichtender Vertrag.⁵⁹¹ Das Optionsrecht wird dabei durch den Optionsvertrag entweder unentgeltlich eingeräumt

⁵⁸¹ Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol I, S. 437; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, S. 387.

⁵⁸² Vgl. z.B. TS Entscheidung vom 13. November 1992.

⁵⁸³ Camino Sanciñena Asurmendi, S. 8; Fernández Urzainqui, *Código Civil*, Art. 1451, S. 1909; STS 22.12.1992, AJ 1992, Rn. 10642.

⁵⁸⁴ Vgl. Vidal Francés, S. 141; Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, S. 387, Adomeit/Frühbeck, S. 58.

⁵⁸⁵ Vidal Francés, S. 142.

⁵⁸⁶ Beltrán/Orduña, S. 47.

⁵⁸⁷ STS v. 15.12.1997, AJ 1995, Rn. 8976.

⁵⁸⁸ Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol I, S. 436; Camino Sanciñena Asurmendi, S. 15.

⁵⁸⁹ STS 22.12.1992, AJ 1992, Rn. 10642.

⁵⁹⁰ Camino Sanciñena Asurmendi, S. 18.

⁵⁹¹ STS 21.07.1993, AJ 1993, Rn. 6105.

oder der Optionsberechtigte zahlt im Gegenzug hierfür ein Entgelt.⁵⁹² Wird das Optionsrecht gegen ein Entgelt eingeräumt, kann auch von einem zweiseitig verpflichtenden Vertrag gesprochen werden.⁵⁹³

Notwendiger Vertragsbestandteil des Optionsvertrages ist die Bestimmung einer Ausübungsfrist für die Option, Art. 14 RH. Diese darf gemäß Art. 14 RH maximal 4 Jahre betragen. Während dieser Frist darf der Optionsgeber über den Gegenstand, über welchen der Hauptvertrag geschlossen werden soll, nicht in der Art verfügen, dass dadurch Rechte an dem Gegenstand entstehen, die mit dem potentiell durch Ausübung der Option entstehenden unvereinbar, also *incompatible*, inkompatibel sind. Tut der Optionsgeber dies vertragswidrig doch, so hat der Optionsberechtigte gegen diesen grundsätzlich lediglich Schadensersatzansprüche.⁵⁹⁴ Dritten kann der Optionsvertrag hingegen nicht entgegengehalten werden.⁵⁹⁵ Diese erwerben ihr Recht vielmehr unbeeinflusst von etwaigen Optionsverträgen, die in Bezug auf die Sache geschlossen worden sind.

2. Eintragungsmöglichkeit der *opción de compra*

Wichtige Besonderheit hinsichtlich der *opción de compra* ist, dass diese gemäß Art. 14 RH in das Eigentumsregister eingetragen werden kann. Gemäß Art. 14 RH wird hierzu vorausgesetzt, dass die Parteien ausdrücklich vereinbaren, dass der Optionsvertrag eingetragen werden soll, sowie die Nennung des Kaufpreises und des Entgelts für die Einräumung der Option (sofern vereinbart), und die Nennung der Frist, innerhalb derer die Option ausgeübt werden kann. Die Eintragung des Optionsvertrages in das *registro de la propiedad* hat weitreichende Bedeutung. Durch die Eintragung des Optionsvertrages in das Eigentumsregister entfaltet dieser Wirkung *erga omnes*⁵⁹⁶, d.h. Drittwirkung in der Art und Weise, dass das Optionsrecht Dritten entgegengesetzt werden kann.⁵⁹⁷ Sofern daher Dritte kraft eines Vertrages mit dem Optionsgeber Rechte – wie Eigentum oder sonstige Rechte – in Bezug auf das Grundstück erwerben würden, die dem Recht aus dem Optionsvertrag zuwiderlaufen würden, kommen diese Rechte des Dritten nicht zur Entstehung.

⁵⁹² Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 388.

⁵⁹³ Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 388.

⁵⁹⁴ Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol I, S. 437.

⁵⁹⁵ Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol I, S. 437.

⁵⁹⁶ Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil, Vol II., S. 202.

⁵⁹⁷ Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 61.

D. Der Grundstückserwerb nach italienischem Recht

Das italienische Zivilrecht gehört wie das spanische der romanischen Rechtsfamilie an, die grundlegend auf dem französischen Code Civil beruht und von diesem stark beeinflusst ist.⁵⁹⁸

Die umfassenden Neuerungen, die durch das Inkrafttreten des Codice Civile von 1942 (im Folgenden: CCivile) im italienischen Zivilrecht eingetreten sind, zeigen in vielen Bereichen jedoch auch den Einfluss des deutschen Zivilrechts.⁵⁹⁹

Im Gegensatz zum deutschen BGB und spanischen CC zeichnet den CCivile eine weniger umfassende Kodifikation des italienischen Zivilrechts aus; es existiert eine Vielzahl an Spezialgesetzen, die neben dem CCivile einige Bereiche des Zivilrechts regeln.⁶⁰⁰ Die Vorschriften, die den Grundstückserwerb in Italien regeln, finden sich aber hauptsächlich im CCivile wieder. Der CCivile enthält neben dem materiellen Grundstücksrecht auch Vorschriften zum formellen Liegenschaftsregisterrecht (vgl. Artt. 2673ff. CCivile⁶⁰¹).⁶⁰² Wichtige Vorschriften zum Notarrecht finden sich im *Legge Notarile* (Notargesetz vom 16.02.1913, Gesetz Nr. 89) sowie der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung Nr. 1326 vom 10.09.1914, dem *Regolamento Notarile* (Notariatsverordnung).

Das italienische Recht differenziert wie das deutsche und spanische zwischen derivativem und originärem Eigentumserwerb.⁶⁰³ Untersucht werden soll auch nach italienischem Recht nur der entgeltliche, derivative Grundstückserwerb, d.h. der auf einem Kaufvertrag beruhende Grundstückserwerb.

Der entgeltliche Grundstückserwerb setzt nach dem im italienischen Recht geltenden Konsensualprinzip (vgl. Art. 1376 CCivile) grundsätzlich lediglich den Abschluss eines wirksamen Grundstückskaufvertrages voraus.⁶⁰⁴

I. Der Grundstückskaufvertrag nach italienischem Recht – Das Einheitsprinzip

Wie im deutschen und spanischen Recht kommt der Kaufvertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen des Käufers und Verkäufers über die Kaufsache und den Kaufpreis zu-

⁵⁹⁸ Jayme, S. 339.

⁵⁹⁹ So wurde z.B. nach deutschem Vorbild mit dem Codice Civile 1942 die Unterscheidung zwischen Stellvertretung im Außenverhältnis und der Geschäftsführung im Innenverhältnis eingeführt (vgl. Artt. 1387ff. CCivile).

⁶⁰⁰ Trimarchi, S. 4f.

⁶⁰¹ Artt. dieses Abschnitts sind solche des CCivile, es sei denn, sie sind anderweitig gekennzeichnet.

⁶⁰² Im deutschen Recht ist das formelle Grundbuchrecht nicht im BGB, sondern separat in der GBO geregelt. Im spanischen Recht gilt Ähnliches. Dort finden sich Vorschriften des formellen Registerrechts hauptsächlich im *Ley Hipotecaria* und im *Reglamento Hipotecario*. Der italienische CCivile hingegen enthält in Artt. 2673ff. Vorschriften des Liegenschaftsregisterrechts.

⁶⁰³ Vgl. für das italienische Recht: Bocchini/Quadri, S. 374.

⁶⁰⁴ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 182; Zappulli, S. 26.

stande. Die Voraussetzung der übereinstimmenden Willenserklärungen ergibt sich aus Artt. 1325, 1326.⁶⁰⁵ Bei diesen Vorschriften, die unter dem Titel „*Dei contratti in generale*“ („über Verträge im Allgemeinen“) geregelt sind, handelt es sich um allgemeine Vorschriften zu Verträgen.

Zur Wirksamkeit des Kaufvertrags müssen neben der Einigung der Vertragsparteien die weiteren allgemeinen Vertragsvoraussetzungen des Art. 1325 vorliegen.⁶⁰⁶ Hierzu gehören die *causa*, der Vertragsgegenstand, der gemäß Art. 1346 zumindest bestimmbar sein muss sowie die vorgeschriebene Form, wenn diese vom Gesetz zwingend vorgeschrieben ist. Die *causa* im Sinne des Art. 1325 ist nicht positiv gesetzlich definiert, sondern der CCivile begrenzt sich darauf, in Artt. 1343-1346 negative Voraussetzungen aufzustellen, bei dessen Vorliegen der Vertrag mangels gültiger *causa* unwirksam ist.⁶⁰⁷

Unter der *causa* i.S.d. Art. 1325 ist der Grund bzw. Zweck des Vertrages zu verstehen; sie enthält nach allgemeinem Verständnis den wirtschaftlich-sozialen Aspekt des Vertrages.⁶⁰⁸

Beim hier interessierenden Kaufvertrag ist das Vorliegen der *causa* wie bei sonstigen typischen Verträgen unproblematisch gegeben. Beim Kaufvertrag liegt die *causa* als Zweck des Vertrages darin, eine Sache gegen einen Preis auszutauschen.⁶⁰⁹ Lediglich bei einem atypischen Vertrag muss genau überprüft werden, ob ein legitimer Grund bzw. Zweck als *causa* anzuerkennen ist.⁶¹⁰ Handelt es sich um eine von der Rechtsordnung verbotene *causa*, ist der Vertrag nichtig (vgl. Artt. 1343ff. i.V.m. 1418, S. 2 CCivile).

Der Kaufvertrag ist als eigener Vertragstyp ausdrücklich in Art. 1470 geregelt. Hiernach ist der Kauf ein Vertrag, der die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder die Übertragung eines anderen Rechts gegen Zahlung eines Kaufpreises zum Gegenstand hat.

Die Hauptpflichten des Verkäufers sind in Art. 1476 geregelt, wonach er

*„(1.) dem Käufer die Sache zu übergeben hat, (2.) ihm das Eigentum an der Sache oder dem Recht zu verschaffen hat, wenn der Erwerb nicht als unmittelbare Wirkung des Vertrages eintritt, und (3.) dem Käufer wegen Ansprüchen Dritter und wegen Fehlern der Sache Gewähr zu leisten hat“.*⁶¹¹

Die Hauptleistungspflicht des Käufers besteht in der Zahlung des vereinbarten Kaufpreises, Art. 1498.

Bei Grundstückskaufverträgen unterscheidet das italienische Recht grundsätzlich zwischen der *vendita a misura*, dem „Kauf nach Maß“, geregelt in Art. 1537 und der *vendita a corpo*,

⁶⁰⁵ Paradiso, S. 308.

⁶⁰⁶ Paradiso, S. 308.

⁶⁰⁷ Paradiso, S. 327.

⁶⁰⁸ Scialoja/Branca, Art. 1343, S. 300 ff.; Paradiso, S. 327f.

⁶⁰⁹ Paradiso, S. 327.

⁶¹⁰ Vgl. Scialoja/Branca, Art. 1343, S. 302f.

⁶¹¹ Sämtliche Übersetzungen des CCivile stammen aus: Patti, Codice Civile Italiano, Das italienische Zivilgesetzbuch.

dem „Kauf im Ganzen“, geregelt in Art. 1538.⁶¹² Bei der *vendita a misura* vereinbaren die Vertragsparteien einen konkreten Preis pro Quadratmeterzahl oder sonstiger Maßeinheit des Grundstücks. Der Gesamtkaufpreis wird anhand dieses Quadratmeterpreises ermittelt und festgesetzt. Im Falle einer Abweichung der tatsächlichen Größe des Grundstücks von der im Kaufvertrag angegebenen besteht nach Kaufvertragsabschluss entweder ein Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Restkaufpreises oder entsprechend ein Rückforderungsrecht des Käufers hinsichtlich eines Teils des Kaufpreises, Art. 1537. Bei einer Größenabweichung von über 20 % hat der Käufer ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag nach Art. 1537 Abs. 2.

Wird eine *vendita a corpo* vereinbart, so wird der Kaufpreis für das gesamte Grundstück als Einheit unabhängig von einer Maßeinheit bestimmt. In diesem Fall besteht nach Art. 1538 Abs. 1 ein Nachforderungsrecht des Verkäufers oder ein Rückforderungsrecht des Käufers lediglich bei einer Abweichung der tatsächlichen Grundstücksgröße von mehr als 5 %. Nach Art. 1538 Abs. 2 hat der Käufer im Falle eines Nachforderungsrechts des Verkäufers die Wahl, ob er vom Kaufvertrag zurücktreten, oder den entsprechenden Mehrbetrag entrichten möchte.

1. Die Form des Grundstückskaufvertrages

Im italienischen Recht gilt wie im deutschen und spanischen Recht das Prinzip der grundsätzlichen Formfreiheit von Rechtsgeschäften (*libertà della forma*).⁶¹³ Sofern das italienische Recht die Form eines bestimmten Rechtsgeschäfts vorschreibt, kann es sich entweder um eine Voraussetzung der Gültigkeit (*forma ad substantiam*, Art. 1350) oder nur des Beweises (*forma ad probationem*) handeln.⁶¹⁴

Die Form des Grundstückskaufvertrages richtet sich nach Art. 1350, Nr. 1. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift bedarf der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der einfachen Schriftform (Artt. 2702ff.), oder der Form der öffentlichen Urkunde (Art. 2699).⁶¹⁵

Die Schriftform setzt nicht voraus, dass die Unterschriften der Parteien auf derselben einheitlichen Urkunde erfolgen, sondern es können mehrere Urkunden kombiniert werden, vorausgesetzt es lässt sich aus ihnen der Bindungswille beider Parteien entnehmen.⁶¹⁶ Möglich ist daher beispielsweise auch der Vertragsschluss durch Briefwechsel.⁶¹⁷

Öffentliche Urkunde im Sinne des Art. 1350, Nr. 1 ist eine Urkunde, die unter Einhaltung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten von einem Notar oder von einem anderen Beamten verfasst

⁶¹² Vgl. Valentino-Sirena, S. 441.

⁶¹³ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 178.

⁶¹⁴ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 178f.

⁶¹⁵ Bei der Schenkung eines Grundstückes bedarf es hingegen auch nach italienischem Recht der notariellen Beurkundung, vgl. Art. 782 CCivile.

⁶¹⁶ Vgl. Cass. 12.06.1965, Giust.civ. 1965, I, S. 2021.

⁶¹⁷ Trabucchi/ Trabucchi, S. 766.

wird, der an dem Ort, an dem sie errichtet wird, ermächtigt ist, ihr öffentlichen Glauben zu verleihen, vgl. Art. 2699. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die öffentliche Urkunde in aller Regel von einem Notar verfasst wird, wird im Folgenden zur Vereinfachung stets von „notarieller Form“ bzw. „notariellem Kaufvertrag“ gesprochen, wenn die öffentliche Urkunde im Sinne des Art. 1350, Nr. 1 gemeint ist.

Der italienische Gesetzgeber lässt den Parteien die Wahl, ob sie einen notariellen Kaufvertrag schließen oder einen rein privatschriftlichen. Die Nichtbeachtung der notariellen Form führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrages. Hingegen führt die Nichtbeachtung der privatschriftlichen Form zur Nichtigkeit des Vertrages (*forma ad substantiam*).⁶¹⁸ Dies ergibt sich aus der Zusammenschau des Art. 1350, Nr. 1 und des Art. 1418. Letzterer ordnet an, dass der Vertrag nichtig ist, wenn er zwingende Normen nicht einhält, es sei denn, das Gesetz regelt Abweichendes.⁶¹⁹

Vom Formerfordernis umfasst sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die *essentialia negotii* des Vertrages.⁶²⁰ Sind diese anhand des Vertrages nicht zumindest bestimmbar, so ist der Vertrag nichtig.⁶²¹

2. Spezielle Nichtigkeitsanktionen

Neben der Nichtigkeitsanktion wegen Nichteinhaltung der in Art. 1350, Nr. 1 vorgeschriebenen Form kann der Grundstückskaufvertrag noch aus anderen Gründen kraft Gesetzes nichtig sein. Einige entsprechende wichtige Vorschriften werden im Folgenden genannt.⁶²²

Hinsichtlich der Formerfordernisse beim Kauf bebauter Grundstücke ist das Gesetz Nr. 47 vom 28.2.1985⁶²³ („*Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive*“) zu beachten, welches städtebauliche Regelungen enthält. Nach Art. 40 dieses Gesetzes ist der Kaufvertrag nichtig, wenn er keine Erklärung des Veräußerers enthält, aus der die Daten der Baugenehmigung (*concessione ad edificare*) oder des Bescheides über die Heilung von Baurechtsverstößen (*concessione in sanatoria*) hervorgeht.⁶²⁴ Hierdurch soll die Unveräußerlichkeit von Schwarzbauten erreicht werden.⁶²⁵

Nach diesem Gesetz ist der Kaufvertrag ebenso nichtig, wenn bei städtischen Grundstücken das Vorliegen des *certificato di destinazione urbanistica* (Bescheinigung über städtebauliche Widmung) nicht angegeben wird, vgl. Art. 18 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.2.1985. Wurden

⁶¹⁸ Valentino-Sica, S. 331; Bocchini/Quadri, S. 644f.; Trabucchi/Trabucchi S. 765.

⁶¹⁹ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 318.

⁶²⁰ Vgl. Cass. 20.06.2000, n. 8365, Mass. Giust. Civ., 2000, 1342; Valentino-Sica, S. 331.

⁶²¹ Vgl. Cass. 24.04.2003, n. 6516, Foro it. 2003.

⁶²² Die folgende Aufzählung ist nicht abschließend.

⁶²³ Veröffentlicht in Gazz. uff. n. 53 vom 02.03.1985.

⁶²⁴ Trabucchi/Trabucchi, S. 765f.

⁶²⁵ Vgl. zum Zweck des Gesetzes auch Trabucchi/Trabucchi, S. 766.

bauliche Veränderungen am Gebäude ohne die erforderlichen baurechtlichen Genehmigungen vorgenommen, so muss stattdessen der Antrag auf Heilung des baurechtswidrigen Zustandes – *domanda di condono* –, sowie die erfolgte Zahlung der Geldbuße hierfür im Kaufvertrag wiedergegeben werden, vgl. Art. 40 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.2.1985.

Bei der *domanda di condono edilizio* handelt es sich um eine Besonderheit des italienischen Immobilienrechts. Der *condono edilizio* stellt eine Art nachträgliche Baugenehmigung dar, die vom italienischen Gesetzgeber in erster Linie zur Sanierung des Staatshaushaltes⁶²⁶ sporadisch – derzeit wieder seit 2004, mit Gesetz Nr. 326 vom 24.11.2003⁶²⁷ – zugelassen wird. Durch den *condono edilizio* können bisher ungenehmigte Bauten gegen eine Strafgebühr nachträglich baurechtlich zugelassen werden.

Interessant und daher erwähnenswert hinsichtlich der Wirksamkeit des Grundstückkaufvertrages ist die im Jahr 2003 aufgehobene Vorschrift des Art. 13-ter a.F. des Gesetzes Nr. 165/1990. Diese Vorschrift schrieb zwingend vor, dass der Veräußerer im Kaufvertrag die Erklärung abgab, dass er das Grundstück als Vermögenswert in seiner letzten Einkommensteuererklärung berücksichtigt bzw. angegeben habe.⁶²⁸ Fehlte diese Erklärung, so war der Kaufvertrag nichtig.⁶²⁹ Dieses Formerfordernis war in dem Zusammenhang zu sehen, dass nach italienischem Recht der jeweilige Grundstückseigentümer für das Grundstück betreffende, nicht verjährte Steuerschulden haftet, selbst falls diese vom Rechtsvorgänger stammen (vgl. Art. 2771), d.h. in dem Zeitraum entstanden sind, in welchem der Verkäufer noch Eigentümer war. Die zwingende Angabe im Kaufvertrag sollte damit den Grundstückserwerber vor der Haftung für ihm unbekannt bestehende Steuerschulden des Veräußerers schützen.

Mit Gesetz Nr. 229 vom 29.07.2003⁶³⁰ (Art. 23, Nr. 2) wurde diese Vorschrift jedoch mit der Absicht aufgehoben, die zivilrechtliche Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht von der Einhaltung steuerrechtlicher Vorschriften abhängig zu machen.

⁶²⁶ Der Zweck der Sanierung des Staatshaushaltes lässt sich bereits der amtlichen Überschrift des Gesetzes entnehmen, die unter anderem sinngemäß beinhaltet: “[...] *jüngste dringende Regelungen zur Verbesserung des Staatshaushaltes*“ (Übersetzung der Verfasserin); zu diesem fiskalischen Zweck vgl. auch: http://it.wikipedia.org/wiki/Condono_edilizio (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

⁶²⁷ Veröffentlicht in Gazz. uff. n. 274 vom 25.11.2003.

⁶²⁸ Donnet/Ancarani, La fiscalità immobiliare, S. 48 (<http://www.odc.torino.it/public/circolari/fiscalita.pdf>, zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

Nach italienischem Recht existieren zwei wesentliche Steuern, bzw. Abgaben, die den Grundstückseigentümer in der Regel jährlich treffen: Zum einen eine jährliche Grundsteuer, die *imposta comunale sugli immobili* (ICI), die in Höhe von etwa 0,5 % des offiziellen Katasterwertes der Immobilie jährlich fällig wird. Daneben besteht eine weitere Art Grundsteuer, die für Grundstückseigentum veranschlagt wird, die sich ebenfalls nach dem offiziellen Katasterwert richtet und die jährlich in der Einkommensteuererklärung zu berücksichtigen ist. Das Grundeigentum wird hierbei quasi als fiktives Einkommen berücksichtigt. Nach der Höhe des Jahreseinkommens des Grundstückseigentümers richtet sich die Höhe (progressiv) dieser weiteren Abgabe. Neben diesen beiden Arten von Steuern bzw. Abgaben können den Grundstückseigentümer je nach Art der Immobilie weitere Steuern und Abgaben treffen. Vgl. zu steuerrechtlichen Aspekten die ausführliche Darstellung von Donnet/Ancarani, La fiscalità immobiliare.

⁶²⁹ Donnet/Ancarani, La fiscalità immobiliare, S. 48.

⁶³⁰ Veröffentlicht in: Gazz. uff. n. 196 vom 25.08.2003.

3. Historischer Hintergrund der Wahl der Schriftform durch den Gesetzgeber

Für Kaufverträge über unbewegliche Sachen schrieb bereits der alte Codice Civile von 1865 in Art. 1314 vor, dass diese entweder privatschriftlich abzufassen oder notariell zu beurkunden sind.⁶³¹

Die aktuell geltende zwingende Formvorschrift des Art. 1350 CCivile ersetzte die fast gleich lautende Vorschrift des Art. 1314 des alten Codice Civile von 1865. Art. 1350 des neuen CCivile weitet das Formerfordernis im Gegensatz zur alten Vorschrift des Art. 1314 lediglich auf weitere Verträge aus.⁶³²

Der Gesetzgeber des CCivile von 1942 führte das Mindestfordernis der Schriftform für bestimmte Verträge nach Art. 1350 fast exakt parallel für all diejenigen Verträge ein, für die gemäß Art. 2643 die Möglichkeit der Eintragung in öffentliche Register eingeführt wurde;⁶³³ mit einziger Ausnahme der Rechtsgeschäfte, die fortdauernde Renten oder Leibrenten begründen. Solche unterliegen zwar dem Formerfordernis des Art. 1350, jedoch ist für sie nicht die Eintragung in ein öffentliches Register vorgesehen. Es existiert daher eine fast exakte Parallelität zwischen Art. 1350 und Art. 2643.⁶³⁴

Der Gesetzgeber des Codice Civile von 1865 führte die Schriftform für Immobilienkaufverträge ebenfalls parallel zur Möglichkeit der Eintragung von Immobilienkaufverträgen in Liegenschaftsregister ein.⁶³⁵ Hintergrund der Einführung des Schriftformerfordernisses für Immobilienkaufverträge war für den italienischen Gesetzgeber von 1865 ebenso in erster Linie der Gedanke, dass diejenigen Verträge, die in einem öffentlichen Register eingetragen werden können, zumindest schriftlich fixiert werden müssten, um eine klare Grundlage der Eintragung zu schaffen.⁶³⁶

Weiterer Hintergrund der Einführung des Schriftformerfordernisses für Grundstückskaufverträge war zudem auch in Italien der Gedanke, dass eine leichtfertige und unüberlegte Veräußerung des Grundeigentums wegen dessen regelmäßig hohen Vermögenswerts und sozialer Bedeutung durch formlose Verträge vermieden werden sollte.⁶³⁷ Letztlich war damit auch für den italienischen Gesetzgeber von 1865 die hohe wirtschaftliche und auch soziale Bedeutung des Grundeigentums Motiv für die Statuierung der Schriftform als Mindestform für Grundstückskaufverträge.⁶³⁸

⁶³¹ Vgl. Zappulli, S. 26.

⁶³² Colagrosso, Art. 1350, S. 288.

⁶³³ Colagrosso, Art. 1350, S. 288.

⁶³⁴ Vgl. Bocchini/Quadri, S. 645.

⁶³⁵ Zappulli, S. 26.

⁶³⁶ Zappulli, S. 26.

⁶³⁷ Vgl. Bocchini/Quadri, S. 645.

⁶³⁸ Bocchini/Quadri, S. 645.

4. Wirkungen des Kaufvertrages – Das Konsensualprinzip

Einen wesentlichen Unterschied zum deutschen und spanischen Recht weist der nach italienischem Recht geschlossene Kaufvertrag darin auf, dass dieser nicht lediglich einen Verpflichtungsvertrag darstellt, sondern darüber hinaus grundsätzlich direkt die dingliche Rechtsänderung herbeiführt, d.h. das Eigentum am Grundstück *solo consensu* übergehen lässt.⁶³⁹ In diesem Sinne regelt Art. 1376:

„(Vertrag mit dinglicher Wirkung)⁶⁴⁰ Bei Verträgen, welche die Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache, die Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts oder die Übertragung eines anderen Rechts zum Gegenstand haben, werden das Eigentum oder das Recht aufgrund der in rechtmäßiger Weise geäußerten Willenseinigung der Parteien übertragen und erworben.“

Der Übergabe des Grundstücks oder eines sonstigen Publizitätsaktes bedarf es zum Eigentumsübergang grundsätzlich nicht.⁶⁴¹ Italien gehört zu den romanischen Rechtsordnungen, in denen das sog. Konsensualprinzip – *principio consensualistico* –, auch Vertrags- oder Einheitsprinzip genannt, gilt.⁶⁴² Es gilt für bewegliche und unbewegliche Sachen gleichermaßen.⁶⁴³ Nach dem Konsensualprinzip ist auch für den Eigentumsübergang an einer Immobilie keine gesonderte Verfügung erforderlich. Ein „einmaliger“ Konsens genügt. Der Kaufvertrag selbst hat damit *effetto reale*⁶⁴⁴ – dingliche Wirkung. Verpflichtung und Verfügung sind mit hin in einem Rechtsgeschäft zusammengefasst.

Das Eigentum am Grundstück geht folglich grundsätzlich mit Vertragsschluss auf den Käufer über – und zwar unabhängig von der Übergabe und Kaufpreiszahlung.⁶⁴⁵ Der Verkäufer ist nach Vertragsabschluss schuldrechtlich bloß noch zur Übergabe verpflichtet, vgl. Art. 1476, Nr. 1.

Die fehlende Differenzierung zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft stellt einen eklatanten Systemunterschied im Vergleich zu dem deutschen Trennungs- und Abstraktionsprinzip, sowie dem spanischen Trennungsprinzip dar und verdient daher nähere Erörterung.

⁶³⁹ Galgano, Trattato di diritto civile, S. 277f.

⁶⁴⁰ Amtliche Überschrift.

⁶⁴¹ Galgano, Diritto Privato, S. 306.

⁶⁴² Das Konsensualprinzip gilt ebenso in Frankreich. Dort kommt es in den Artt. 711, 1138, 1583 Code Civile zum Ausdruck, vgl. Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 31.

⁶⁴³ Trimarchi, S. 279.

⁶⁴⁴ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 182.

⁶⁴⁵ Checchini/Amadio, S. 216; Trimarchi, S. 279.



a) Einschränkungen des Konsensualprinzips

Das Konsensualprinzip ist vom Gesetz nicht in der Weise streng durchgeführt, dass stets mit Abschluss des Kaufvertrages über eine bewegliche oder unbewegliche Sache bereits Eigentum erworben wird.

Eingeschränkt bzw. verzögert sind die dinglichen Wirkungen des Vertrages in erster Linie beim Gattungskauf. Hier geht im Gegensatz zum Stückkauf das Eigentum gemäß Art. 1378 erst in dem Zeitpunkt über, den die Parteien für die Individualisierung der Sache vereinbaren oder zu einem sonstigen durch die Parteien ausdrücklich vereinbarten Zeitpunkt.⁶⁴⁶ Ähnliches gilt beim Verkauf noch nicht existierender Sachen. Gemäß Art. 1472 wird der Käufer erst in dem Zeitpunkt Eigentümer, in dem die Sache entsteht.

Für bewegliche Sachen ist vom Gesetz ausdrücklich auch der Eigentumsvorbehalt vorgesehen: Gemäß Art. 1523, der zu dem Abschnitt der Vorschriften über den Kauf gehört, die lediglich für bewegliche Sachen gelten, erlangt der Käufer das Eigentum erst mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises.

Eine weitere ausdrücklich normierte Ausnahme vom Grundsatz des unmittelbaren Eigentumsüberganges besteht beim Verkauf einer fremden Sache (Art. 1478). Diese Vorschrift gilt für bewegliche und unbewegliche Sachen gleichermaßen. Wie nach deutschem und spanischem Recht ist es auch nach italienischem Recht möglich, eine fremde Sache zu verkaufen. Dies ergibt sich mittelbar aus der Vorschrift des Art. 1478 Abs. 1. Diese schreibt vor, dass der Verkäufer, sofern er eine Sache verkauft hat, die nicht in seinem Eigentum stand, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen hat. Ist der Verkäufer bei Abschluss des Kaufvertrages nicht Eigentümer des vertragsgegenständlichen Grundstücks, wird der Käufer gemäß Art. 1478 Abs. 2 erst in dem Moment Eigentümer, in dem der Verkäufer das Eigentum – für eine juristische Sekunde – vom ursprünglichen Eigentümer erwirbt.⁶⁴⁷

Hieraus lässt sich ableiten, dass die dingliche Wirkung des Kaufvertrages grundsätzlich nur eintritt, wenn die Berechtigung des Verkäufers zur Veräußerung der Sache vorliegt.

Ein weiterer Fall, in dem die dinglichen Wirkungen des Kaufvertrages nicht sofort mit dessen Abschluss eintreten, ist in Art. 1349 geregelt. Es handelt sich um den Fall der Bestimmung des Kaufgegenstandes durch einen Dritten. Hier geht das Eigentum erst über, wenn der Dritte die Leistung bestimmt hat.

Über die genannten gesetzlichen Einschränkungen des Konsensualprinzips hinaus können die Parteien kraft Privatautonomie die Geltung des Konsensualprinzips vertraglich ausschließen. Dies wird aus der für den Gattungskauf geltenden Vorschrift des Art. 1378 abgeleitet, wonach die Parteien den Moment bestimmen können, in dem das Eigentum übergehen soll. Weiterhin

⁶⁴⁶ Trimarchi, S. 279; v. Bar-Plancker/Pfeifer, Sachenrecht in Europa, S. 342.

⁶⁴⁷ Scialoja/Branca-Greco-Cottino, Artt. 1478-1479, S. 128.



ergibt sich die Zulässigkeit der Abbedingung des Konsensualprinzips mittelbar aus der Vorschrift des Art. 1465 Abs. 2. Dieser regelt, dass die Vorschrift des Art. 1465 Abs. 1 (Regelung zur Gefahrentragung bei Untergang der Sache) auch in dem Fall Anwendung findet, „*in dem die rechtsübertragende oder rechtsbegründende Wirkung bis zum Ablauf einer Frist hinausgeschoben ist.*“⁶⁴⁸

Im Gegensatz zum deutschen Abstraktionsprinzip, welches unabdingbar ist, ist das Konsensualprinzip also dispositiv. Seine Wirkungen können von den Parteien ausgeschlossen werden. Der italienische Kassationshof bestätigte schon 1969 in einem wegweisenden Urteil die Möglichkeit, die dinglichen Wirkungen des Vertrages durch Parteivereinbarung abzubedingen.⁶⁴⁹ Das Gericht schloss dies aus den genannten, vom Gesetz selbst geregelten Ausnahmen vom Konsensualprinzip.

In der italienischen Doktrin und Rechtsprechung wird daher auch die Möglichkeit des rein verpflichtenden Kaufvertrages, des „*vendita obbligatoria*“ als Gegenstück zum sog. *vendita con effetto reale* (Kauf mit dinglichen Wirkungen) anerkannt.⁶⁵⁰

Schließlich ist eine weitere Besonderheit zu erwähnen, bei der die unmittelbare dingliche Wirkung des Kaufvertrages in Frage gestellt wird. Sie betrifft den besonderen Fall des mehrfachen, sukzessiven Verkaufes einer Sache durch den Eigentümer. Auf diese, in der italienischen Literatur kontrovers diskutierte, Problematik wird im Zusammenhang mit den Wirkungen der Eintragung eingegangen.⁶⁵¹

b) Ursprünge des Konsensualprinzips in Italien

Das Konsensualprinzip galt italienweit bereits seit Inkrafttreten des alten Codice Civile von 1865.⁶⁵² Der Gesetzgeber von 1865 hat die Geltung des Konsensualprinzips nach französischem Vorbild (Code Civil) bestimmt.⁶⁵³

Die lange Entwicklung in einigen europäischen Staaten zum reinen Konsensualprinzip findet bereits erste Ansätze im römischen Recht mit der *traditio brevi manu*, der *traditio longa manu* und dem *constitutum possessionem*.⁶⁵⁴

Ausdrücklich aufgenommen wurde das Konsensualprinzip in Europa erstmals mit dem französischen Code Civil,⁶⁵⁵ in dessen Art. 1138 es lautete:

⁶⁴⁸ Übersetzung aus Patti, Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile, Art. 1465.

⁶⁴⁹ Cass. 4.3.1969, n. 692, in Giur. it. 1969 I, 1, S. 2162.

⁶⁵⁰ Galgano, Diritto privato, S. 306; Franceschelli, S. 647; v. Bar-Plancker/Pfeifer, Sachenrecht in Europa, S. 341; Cass. 4.3.1969, n. 692, in Giur. it. 1969 I, 1, S. 2162.

⁶⁵¹ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., II., 1.

⁶⁵² Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 226.

⁶⁵³ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 182; Ferrari, ZeuP 1993, S. 52, 61.

⁶⁵⁴ Beltran de Heredia de Onis, RDP 1967, S. 103, 107.

⁶⁵⁵ Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 2; Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 182.

„L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire [...] encore que la tradition n'ait point été faite [...]“⁶⁵⁶

Ausgehend vom gemeinen Recht, in dem zur Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen *titulus* und *modus* notwendig waren, vollzog sich in Frankreich eine Veränderung, deren Ergebnis der Art. 1138 des Code Civil von 1804 war.⁶⁵⁷ Bis zum Zeitpunkt der Kodifizierung galt in Frankreich – zumindest theoretisch – für die Übertragung beweglicher sowie unbeweglicher Sachen das System des *titulus* und *modus*. In der Praxis war das Erfordernis des Übergabeaktes bereits vor Entstehung des Code Civil ausgehöhlt.⁶⁵⁸ Insbesondere durch die in der Rechtswirklichkeit vorherrschende Abwicklung der Übereignung durch ein Besitzkonstitut (vor allem bei beweglichen Sachen), war die Auffassung verbreitet, dass das Konsensualprinzip bereits lange vor dessen ausdrücklicher Regelung im Code Civil in Frankreich Geltung hatte.⁶⁵⁹

Der französische Code Civil gelangte seinerseits beeinflusst von der Naturrechtslehre, basierend auf den Lehren von *Hugo Grotius* und *Puffendorf*, gestützt auf *Jean Domat* zum Konsensualprinzip.⁶⁶⁰ Die Naturrechtslehre formte den Grundsatz, der schließlich in Art. 1138 Code Civil statuiert wurde, dass im Vertragsrecht das Prinzip der Privatautonomie höchsten Rang hat und allein der übereinstimmende freie Wille der Parteien zum Abschluss eines Vertrages und zur Übertragung des Eigentums genügt.⁶⁶¹

In Italien, wo ursprünglich zu Zeiten römischen Rechts ebenso die *traditio* charakteristisch für das Sachenrecht war, kam es um das Jahr der Entstehung des Codice Civile von 1865 nach dem Vorbild Frankreichs zu der dominierenden Auffassung, dass für die Übertragung von beweglichen sowie unbeweglichen Sachen der reine Konsens der Parteien ohne jegliche Form der Übergabe genüge.⁶⁶² Die Mehrheit der italienischen Lehre schloss sich damit der vor allem im Laufe des 18. Jhd. immer lauter werdenden Kritik gegen die Lehre vom *titulus* und *modus* an. Es wurde der Ansicht *Domats* gefolgt, nach der es allein der Kaufvertrag sei, durch den das Eigentum übertragen werde und die *traditio* nichts mehr als die Übergabe – ohne eigenständige juristische Bedeutung – sei.⁶⁶³

Die Verfasser des französischen Code Civil wollten mit der Einführung des Konsensualprinzips in erster Linie eine Übereinstimmung der Regel *res perit domino* (wonach der Eigen-

⁶⁵⁶ „Die Verpflichtung die Sache zu überlassen ist durch die bloße Einigung der Vertragsparteien vollkommen. Sie macht den Gläubiger zum Eigentümer [...] auch wenn die traditio noch nicht erfolgt ist [...].“ Sinngemäße Übersetzung der Verfasserin.

⁶⁵⁷ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 279; Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 108.

⁶⁵⁸ Roth, ZVglRWiss 1992 (1993), S. 371, 376.

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlich Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 109.

⁶⁶⁰ Vgl. Chianale, S. 5; Portale, S. 85.

⁶⁶¹ Santoro Passarelli, Dai codici preunitari al codice civile del 1865, S. 1035.

⁶⁶² Zweigert/Kötz, S. 103.

⁶⁶³ Vgl. hierzu im Einzelnen Felgentraeger, S. 4.



tümer die Gefahr des Untergangs der Sache trägt⁶⁶⁴) mit dem Standpunkt des römischen Rechts, dass der Käufer die Gefahr des Unterganges der verkauften Sache zu tragen habe, herstellen. Sie wollten den Grundsatz des *res perit domino* auch auf den Kaufvertrag anwenden, weshalb sie die Lehre der Übertragung durch den bloßen *titulus* übernahmen.⁶⁶⁵

Während sich in Deutschland gestützt auf die Lehre Savignys die Einführung des Abstraktionsprinzips abzeichnete⁶⁶⁶ und Spanien der Lehre vom *titulus* und *modus* treu blieb,⁶⁶⁷ orientierte sich die italienische Rechtswissenschaft während des 19. Jhd. einseitig an Frankreich⁶⁶⁸ und unterstützte und förderte die Einführung des Konsensualprinzips durch den italienischen Gesetzgeber im Jahre 1865. Die Entscheidung der „Nachahmung“ des französischen Code Civil und dessen Grundätzen war für den italienischen Gesetzgeber von 1865 daher gewissermaßen vorgeprägt. Nachdem sich der Code Civil begünstigt durch die napoleonischen Eroberungen in Europa stark verbreitet hatte,⁶⁶⁹ ein eigenes ungewöhnlich großes Ansehen genoss und zur Zeit der französischen Besetzung im Königreich Italien (1805-1814) direkte Anwendung fand,⁶⁷⁰ war das französische Modell der Eigentumsübertragung den italienischen Juristen besonders vertraut. Dies insbesondere auch deshalb, weil die noch vor dem Codice Civile von 1865 entstandenen anderen Kodifikationen, welche vor der Vereinigung Italiens für Teile Italiens galten (*Codice per lo Regno delle due Sicilie*, 1819, *Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, 1820, *Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, 1838 und *Codice civile per gli Stati Estensi*, 1852), in diesem Punkte ebenso Nachahmungen des Code Civil darstellten.⁶⁷¹

Während des Gesetzgebungsprozesses zum CCivile von 1942 gab es umfangreiche Diskussionen um die Frage der Übereignungsformen hinsichtlich beweglicher und unbeweglicher Sachen.⁶⁷² Letztlich entschied sich der Gesetzgeber jedoch für die Beibehaltung des Systems des Konsensualprinzips.

c) Gesetzliche Hypothek des Veräußerers

Im Zusammenhang mit dem Konsensualprinzip zu sehen ist das nach italienischem Recht bestehende Sicherungsinstrument der gesetzlichen Hypothek zugunsten des Grundstücksverkäufers.

⁶⁶⁴ Vgl. Ferrari, ZEuP 1993, S. 52, 72.

⁶⁶⁵ López Jacoiste, NJW 1966, S. 1009f.

⁶⁶⁶ Vgl. Abschnitt: Teil 1, B., III., 2.

⁶⁶⁷ Vgl. hierzu Abschnitt: Teil 1, C., II., 3.

⁶⁶⁸ Erst gegen Ende des 19. Jhd. ist ein Wandel in der italienischen Rechtslehre zu beobachten. Immer größer wurde nun auch der Einfluss der historischen und dogmatischen Methode der deutschen Pandektenjurisprudenz, Zweigert/Kötz, S. 103.

⁶⁶⁹ Vgl. Zweigert/Kötz, S. 101-107.

⁶⁷⁰ Dezza, S. 97 f; Santoro Passarelli, Dai codici preunitari al codice civile del 1868, S. 1036.

⁶⁷¹ Santoro Passarelli, Dai codici preunitari al codice civile del 1868, S. 1036; vgl. Zweigert/Kötz, S. 102f.

⁶⁷² Bianco, S. 64.

Nach Art. 2817, Nr. 1 besteht eine gesetzliche Hypothek des Veräußerers an Liegenschaften für die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs. Art. 2817, Nr. 1 lautet:

„Berechtigte Personen.⁶⁷³ Eine gesetzliche Hypothek haben: 1. der Veräußerer an den veräußerten Grundstücken für die Erfüllung der aus dem Veräußerungsgeschäft entstehenden Verpflichtungen.“

Die Vorschrift erklärt sich aus dem Konsensualprinzip. Da grundsätzlich bereits mit Abschluss des Kaufvertrages das Eigentum auf den Käufer übergeht, kann der Verkäufer den Eigentumswechsel – außer im Falle der Vereinbarung eines bloß schuldrechtlichen Kaufvertrages – nicht von der Kaufpreiszahlung abhängig machen. Zum Schutz des Verkäufers sieht das Gesetz daher grundsätzlich vor, diesem die wirtschaftliche Zugriffsmöglichkeit auf den Wert des Grundstücks zu belassen, solange der Kaufpreisanspruch noch nicht erfüllt ist. Wird ein Kaufvertrag zur Eintragung in das Liegenschaftsregister vorgelegt, so trägt der Registerführer – falls die Parteien nichts Abweichendes hierzu bestimmen – ohne weiteres von Amts wegen die gesetzliche Hypothek für den Verkäufer ein (Art. 2834).⁶⁷⁴

II. Das italienische Immobilienregister

Mit Ausnahme der autonomen Regionen Südtirols und Friaul-Julisch-Venetiens, in denen aufgrund ihrer früheren Zugehörigkeit zu Österreich-Ungarn noch ein dem deutschen vergleichbares Grundbuchsystem fortbesteht,⁶⁷⁵ gibt es in Italien keine dem deutschen Grundbuch entsprechenden Liegenschaftsregister. Für die sonstigen Teile Italiens kennt das italienische Recht ebenso wenig wie das spanische die Grundbucheintragung als konstitutive Voraussetzung des Grundstückserwerbs.

Das italienische Liegenschaftsregister, das sog. *registro fondiario* oder auch *registro degli immobili* genannt, hat eine mit dem spanischen Eigentumsregister vergleichbare Funktion, was im Folgenden noch erörtert wird. Im Folgenden wird einheitlich der Begriff „Immobilienregister“ verwendet.

Die Immobilienregister sind öffentlich. Sie werden bei den sog. *conservatoria dei registri immobiliari* („Registerämter“) für jeweils einen bestimmten Bezirk geführt, vgl. Art. 2663.

Gemäß Art. 2673 hat der Registerbeamte jedem, der es beantragt, Abschriften der Eintragungen und Vermerke oder die Bescheinigung, dass keine solchen bestehen, auszustellen. Im Gegensatz zum deutschen Grundbuch ist die Einsicht jedermann gestattet, ohne das Erforder-

⁶⁷³ Amtliche Überschrift.

⁶⁷⁴ In der Praxis begleicht oft der Käufer den vollständigen Kaufpreis bereits vor Abschluss des notariellen Vertrages. Dies wird dann im notariellen Kaufvertrag vermerkt und der Verkäufer verzichtet auf die gesetzliche Hypothek nach den Artt. 2817 Nr.1, 2834 CCivile.

⁶⁷⁵ Vgl. Königliches Dekret Nr. 499 vom 28.3.1929 i.d.g.F., Gaz. uff. Nr. 91 vom 18.4.1929. In Abweichung von Art. 1376 CCivile genügt nach Art. 2 und 12 dieses Dekrets die bloße Einigung der Parteien zum Übergang des Grundstücks nicht. Vielmehr ist Voraussetzung des Eigentumserwerbs die konstitutive Eintragung im Liegenschaftsregister, vgl. Cass. 11.5.1990, n. 4062, in Giur. it. 1990, I, 1, S. 1570.

nis ein berechtigtes Interesse nachzuweisen.⁶⁷⁶ Der Registerbeamte hat die Einsichtnahme in das Register in der gesetzlich festgesetzten Form und zu den gesetzlich bestimmten Zeiten zu gestatten, Art. 2673 Abs. 2.

Mittlerweile kann die Einsichtnahme gegen eine Gebühr auch online erfolgen.⁶⁷⁷ Anhand personenbezogener Daten können die Eigentumsverhältnisse und das Bestehen von anderen Rechten an Grundstücken italienweit ermittelt werden. Auch anhand von lediglich grundstücksbezogenen Daten ist dies möglich, jedoch eingeschränkt für jeweils ein bestimmtes Gemeindegebiet.⁶⁷⁸

1. Bedeutung und Wirkung der Eintragung (*trascrizione*) in das Immobilienregister

a) Wirkung *dichiarativa*

Das Eigentum am Grundstück geht nach italienischem Recht grundsätzlich aufgrund des Konsensualprinzips bereits mit Abschluss des Kaufvertrages über. Die Entstehung des Eigentumsrechts ist daher von der Registrierung im Immobilienregister grundsätzlich unabhängig.⁶⁷⁹ Die Eintragung ist nicht zwingend vorgeschrieben, sondern beruht auf der freiwilligen Initiative des Käufers.⁶⁸⁰

Die Eintragung von Grundstückskaufverträgen in das Immobilienregister, bzw. die Eintragung des Eigentümerwechsels aufgrund eines Grundstückskaufes, bezeichnet der italienische Gesetzgeber als sog. *trascrizione*, vgl. Art. 2643.

Bei der Eintragung von Rechten unterscheidet das italienische Recht grundlegend zwischen der *trascrizione* und der *iscrizione*.⁶⁸¹ (Ins Deutsche übersetzt bedeuten beide Begriffe „Eintragung“). Von *iscrizione* wird dann gesprochen, wenn die Eintragung in das Immobilienregister konstitutiv ist. Dies ist bei der Hypothek der Fall. Auch nach italienischem Recht setzt die Entstehung einer Hypothek gemäß Art. 2808 zwingend deren Eintragung im Immobilienregister voraus. Als *trascrizione* wird die Eintragung von Rechten bezeichnet, für die das Gesetz die Eintragung nicht als zwingende Voraussetzung ihrer Entstehung statuiert.⁶⁸²

⁶⁷⁶ Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1882, Rn. 53; Kindler, MittBayNot 2000, S. 265, 275.

⁶⁷⁷ Unter der Internetadresse www.agenziaterritorio.it (zuletzt abgerufen am 25.08.2012) sind unter dem Titel „*Servizi online per privati*“ und „*Consulta i registri di Pubblicità Immobiliare (ispezioni)*“ sämtliche Informationen enthalten, die zur Einsichtnahme nötig sind.

⁶⁷⁸ Neben den Immobilienregistern gibt es in Italien auch Grundstückskataster. Für städtische Grundstücke gibt es das *nuovo catasto edilizio urbano* und für Grundstücke im ländlichen Raum das *nuovo catasto terreni*, vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1882, Rn. 51.

Die Führung der Grundstücke in den Katastern ist für die materiell-rechtliche Übertragung von Grundstücken nicht von Bedeutung. Bedeutung kommt dem Kataster insbesondere in steuerrechtlicher Hinsicht zu.

⁶⁷⁹ Scialoja/Branca-Ferri, S. 13.

⁶⁸⁰ Bianco, S. 33.

⁶⁸¹ Trimarchi, S. 551.

⁶⁸² Trimarchi, S. 551.

Nach dem Wortlaut des Art. 2643, Nr. 1 „müssen“ Verträge über Grundstücke bei den sog. Verwahrungsstellen der Immobilienregister (*conservatoria dei registri immobiliari*) eingetragen werden. Nach diesem Wortlaut („müssen“ bzw. „sind“) könnte angenommen werden, dass Eintragungszwang besteht. Dies ist jedoch nicht der Fall.⁶⁸³ Die Institution der *trascrizione* stellt vielmehr ein Publizitätsmittel dar, dessen Hauptfunktion darin liegt, Konfliktfälle im Falle der Mehrfachveräußerung oder beim Auftreten mehrerer sich überschneidender, d.h. inkompatibler Rechte am selben Grundstück, zu regeln.⁶⁸⁴ In einem solchen Konfliktfall ersetzt die Eintragung das Prinzip des *prior in tempore potior in iure*: Nicht derjenige, dessen Kaufvertrag zuerst abgeschlossen wurde, erwirbt das Eigentum mit Wirkung gegenüber jedermann, sondern derjenige, dessen Kaufvertrag zuerst in das Immobilienregister eingetragen wurde.⁶⁸⁵ Art. 2644 regelt hierzu:

„(1) Die im vorstehenden Artikel aufgezählten Rechtshandlungen haben gegenüber Dritten keine Wirkung, die unter irgendeinem Rechtstitel Rechte an den unbeweglichen Sachen aufgrund einer vor der Eintragung derselben Rechtshandlung überschriebenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung erworben haben.

(2) Nach erfolgter Eintragung kann gegenüber demjenigen, der die Eintragung erwirkt hat, keinerlei Eintragung von Rechten, die gegenüber seinem Rechtsvorgänger erworben wurden, wirksam werden, auch wenn der Erwerb auf ein früheres Datum zurückgeht.“⁶⁸⁶

Die Wirkung der Eintragung wird als deklarativ bezeichnet (*efficacia dichiarativa*).⁶⁸⁷

Folgendes Beispiel soll die Bedeutung der Eintragung verdeutlichen:

Verkauft Eigentümer A das Grundstück zunächst an B und sodann an C, wäre aufgrund der Geltung des Konsensualprinzips eigentlich B im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Eigentümer geworden. Lässt C jedoch seinen Kaufvertrag noch vor B in das Eigentumsregister eintragen, erwirbt C im Moment der Eintragung das Eigentum an dem Grundstück. B erlangt kein Eigentum und hat lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen A.⁶⁸⁸

Der Zweitkäufer, der seinen Kaufvertrag, bzw. den Eigentümerwechsel noch vor dem Erstkäufer registrieren lässt, erwirbt das Eigentum und zwar unabhängig von seiner Gutgläubigkeit.⁶⁸⁹ Die Irrelevanz der Bösgläubigkeit des Zweitkäufers für dessen Eigentumserwerb soll der größtmöglichen Richtigkeit des Immobilienregisters und damit der Rechtsicherheit dienen.⁶⁹⁰ Liegt Bösgläubigkeit des Zweitkäufers vor, so haftet dieser gegenüber dem Erstkäufer jedoch auf Schadensersatz.⁶⁹¹

⁶⁸³ Vgl. Zappulli, S. 20.

⁶⁸⁴ Cass. 05.07.1996, n. 1760; Gazzoni, S. 281.

⁶⁸⁵ Franzoni, Art. 2644, S. 2094; Gazzoni, S. 296

⁶⁸⁶ Übersetzung aus: Patti, Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile.

⁶⁸⁷ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 77; Trimarchi, S. 552; Gazzoni, S. 282.

⁶⁸⁸ Trimarchi, S. 552.

⁶⁸⁹ Zappulli, S. 78, 81; Trimarchi, S. 551; Bianco, S. 32.

⁶⁹⁰ Cian/Tracucchi, Art. 2644, IV., Rn. 2, S. 3320.

⁶⁹¹ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 233; Gazzoni, S. 281.

Für den Fall, dass beim sukzessiven Verkauf der Immobilie keiner der Käufer die *trascrizione* vornehmen lässt, lebt das Prinzip des *prior in tempore potior in iure* hingegen wieder auf; Eigentümer ist dann derjenige, dessen Kaufvertrag früher abgeschlossen wurde.⁶⁹²

b) Problematik der dogmatischen Einordnung des Falles des Doppelverkaufs

Der in Art. 2644 geregelte Fall des Doppelverkaufes eines Grundstücks gehört zu den in der italienischen Literatur höchst umstrittenen Problemkreisen des Zivilrechts. Die dogmatische Einordnung des in Art. 2644 geregelten Vorranges des Zweitkäufers, der die *trascrizione* vor dem Erstkäufer vornehmen lässt, sowie die Vereinbarung dieser Regelung mit dem Konsensualprinzip, ist höchst problematisch.⁶⁹³

Die Problematik wird bei genauerer Betrachtung des zuvor genannten Falls des sukzessiven Doppelverkaufes des Grundstücks an Erstkäufer B und an Zweitkäufer C deutlich:

Aufgrund der Geltung des Konsensualprinzips müsste eigentlich zunächst B mit Abschluss seines Kaufvertrages Eigentümer des Grundstücks geworden sein. C könnte das Eigentum konsequenterweise eigentlich nur noch vom Nichtberechtigten (A) erworben haben.

Die Regelung des Art. 2644 sieht jedoch vor, dass im Fall des Doppelverkaufes derjenige das Eigentum erwirbt, der zuerst eintragen lässt, auch wenn dessen Kaufvertrag erst nach einem anderen Kaufvertrag über dasselbe Grundstück zustande gekommen ist. Diese Regelung steht daher im direkten Widerspruch zu dem gemäß Art. 1376 geltenden Konsensualprinzip.⁶⁹⁴

Nach dem Konsensualprinzip des Art. 1376 erwirbt der Käufer das Eigentum bereits mit Abschluss des Kaufvertrages und zwar grundsätzlich mit Wirkung *erga omnes*.⁶⁹⁵ Die Vorschrift des Art. 2644 enthält damit eine Anordnung, die viele Fragen aufwirft.

aa) Herrschende Literaturansicht und Rechtsprechung

Die herrschende Meinung im italienischen Schrifttum und die einheitliche Rechtsprechung vertreten zu dieser Problematik die Auffassung, dass der Zweitkäufer, der zuerst im Immobilienregister eintragen lässt, derivativ vom Verkäufer erwirbt und zwar *a domino*, d.h. vom Berechtigten.⁶⁹⁶ Einigkeit besteht innerhalb dieser Strömung insoweit, dass der Zweitkauf nicht einen Erwerb *a non domino* darstellt, d.h. keinen Erwerb vom Nichtberechtigten.⁶⁹⁷ Die Begründungen hierzu sind jedoch unterschiedlich.

Zum einen wird vertreten, dass die Besonderheit der „Überlegenheit“ des Zweitkäufers, der zuerst eintragen lässt, mit dem Argument zu erklären sei, dass auf der Grundlage des übereinstimmenden Willens der Parteien – also des Kaufvertrages – das Eigentum nur mit Wirkung

⁶⁹² Vgl. Cass. 22.8.1998, n. 8337, Giust. civ. mass. 1998, 1748; Cendon, Art. 2644, S. 1385.

⁶⁹³ Cian/Trabucchi, Art. 2644, I., Rn. 2, S. 3319.

⁶⁹⁴ Zaccaria/Troiano, S. 18; Gazzoni, S. 295.

⁶⁹⁵ Gazzoni, Manuale di diritto privato, S. 295.

⁶⁹⁶ Vgl. zu dieser h.M. Barassi, S. 448f.; Gazzoni, S. 296; Maiorca, S. 141.

⁶⁹⁷ Vgl. Cian/Trabucchi, Art. 2644, S. 3319.

inter partes übergeht, während zur Eigentumsübertragung mit Wirkung gegenüber Dritten die Eintragung im Register notwendig sei.⁶⁹⁸

Andere begründen den Erwerb des Zweitkäufers als derivativen Erwerb vom Berechtigten (*a domino*) damit, dass die Eintragung des Zweitkäufers wie eine Art gesetzliche auflösende Bedingung in dem Sinne wirke, dass in diesem Moment die dinglichen Wirkungen des Kaufvertrages des Erstkäufers fiktiv rückwirkend entfallen.⁶⁹⁹ Aus diesem Grund handle es sich für den Zweitkäufer um einen Erwerb vom Berechtigten und aufgrund der Fiktion würden die Wirkungen des Kaufvertrages des Erstkäufers als nie eingetreten gelten.⁷⁰⁰

Ferner wird vertreten, dass der Verkäufer erst mit der Eintragung eines Kaufvertrages, der die Übertragung des Eigentums am Grundstück zum Inhalt hat, seine Verfügungsbefugnis über das Grundstück und damit seine Berechtigung zur weiteren Veräußerung verliere.⁷⁰¹

bb) Mindermeinung in der Literatur

Nach einer Mindermeinung in der italienischen Literatur erwirbt der Zweitkäufer, der zuerst eintragen lässt, im Zeitpunkt der Eintragung originär das Eigentum und zwar durch die Elemente des Erwerbs vom Nichtberechtigten (*a non domino*) und die Tatsache der Eintragung.⁷⁰²

cc) Weitere andere Ansicht in der Literatur

Nach einer anderen Ansicht in der Literatur ist die Problematik des in Art. 2644 erwähnten Doppelverkaufs eines Grundstücks auf rein prozessualer Ebene einzuordnen.⁷⁰³ Diese Ansicht versteht die Regelung des Art. 2644 so, dass die Übertragung des Eigentums kraft Kaufvertrages an den Erstkäufer mangels Eintragung vom Richter nicht zu berücksichtigen sei, wenn der Zweitkäufer gegen den Erstkäufer Klage hinsichtlich des Grundstücks einlegt,⁷⁰⁴ beispielsweise auf Besitzeinräumung. Nach dieser Auffassung entsteht zwar zunächst materiellrechtlich das Eigentumsrecht des ersten Käufers unabhängig von der Vornahme der Eintragung. Der Zweitkäufer, der die Eintragung zu seinen Gunsten vorgenommen hat, könne sein Recht jedoch wie eine Art Einrede gerichtlich geltend machen und obsiege im Prozess, da das Eigentumsrecht des Erstkäufers vom Richter mangels Eintragung außer Acht gelassen werden müsse.⁷⁰⁵ Die Wirkung der *trascrizione* betreffe daher nicht die materiell-rechtliche Ebene, sondern die rein prozessuale.⁷⁰⁶

⁶⁹⁸ Barassi, S. 448f.

⁶⁹⁹ Gazzoni, S. 296; Maiorca, Della trascrizione, S. 141, 143.

⁷⁰⁰ Gazzoni, S. 296.

⁷⁰¹ Ravà, S. 161; Cariota-Ferrara, S. 92f.

⁷⁰² Diese Mindermeinung ist dargestellt in: Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 23., mN.

⁷⁰³ Ferri/Zanelli, S. 18ff.; Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 18ff. (mit ausführlicher Stellungnahme und Begründung).

⁷⁰⁴ Ferri/Zanelli, S. 18ff.

⁷⁰⁵ Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 18ff.

⁷⁰⁶ Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 22.

Begründet wird diese Auffassung der rein prozessualen Bedeutung des Vorranges des eingetragenen Zweitkäufers in erster Linie mit dem Argument, dass sich anderweitig die Regelung des Art. 2644 nicht in Einklang mit dem Konsensualprinzip bringen ließe.⁷⁰⁷

Die Regelung des Art. 2644 richte sich daher an den Richter, der das materiell-rechtliche Eigentumsrecht des Erstkäufers prozessual als nicht bestehend behandeln müsse.⁷⁰⁸

dd) Stellungnahme

Im Sinne einer klaren Feststellung der jeweiligen Eigentumsverhältnisse am Grundstück erscheint die Auffassung vorzugswürdig, nach der die Eintragung des Zweitkäufers die dinglichen Wirkungen des ersten Kaufvertrages fiktiv rückwirkend entfallen lässt. Diese Arbeit bietet jedoch nicht den Rahmen, in dem dieser seit jeher bestehende Streit der italienischen Literatur entschieden werden kann.⁷⁰⁹ Die Darstellung des Streits konnte jedoch verdeutlichen, welche Problematik im Falle eines Doppelverkaufes entstehen kann und wie höchst problematisch es ist, die Vorschrift des Art. 2644 in Einklang mit dem Konsensualprinzip zu bringen.

c) Bedeutung der *trascrizione* bei Mehrzahl dinglicher Rechte

Die erörterte Wirkung der *trascrizione* gilt nach Art. 2644 auch im Falle des Konflikts zwischen einem Eigentumsrecht und einer dinglichen Belastung zugunsten eines Dritten an demselben Grundstück sowie beim Konflikt mehrerer sich widersprechender bzw. sich überschneidenden Belastungen an demselben Grundstück zugunsten verschiedener Personen.⁷¹⁰

Verkauft Eigentümer A das Grundstück zunächst an B und räumt sodann dem C ein Nießbrauchsrecht am Grundstück ein, wirkt das Eigentum des B gegenüber C erst dann, wenn es im Register eingetragen wird. Nur dann ist B vor dem Nießbrauchsrecht des C geschützt, da es ihm gegenüber nicht wirksam entstehen kann. Wenn umgekehrt C sein Nießbrauchsrecht zuerst eintragen lässt, kann B kein lastenfreies Eigentum mehr erlangen, da das Nießbrauchsrecht des C vorgeht. Gleiches gilt für die sukzessive Belastung desselben Grundstücks zugunsten verschiedener Personen.

d) Fazit

Die *trascrizione* sichert also das Eigentumsrecht und sonstige dingliche Rechte am Grundstück, wie etwa das Nießbrauchsrecht, gegen die Entstehung sämtlicher sonstiger Rechte an dem Grundstück, sofern diese Rechte das eingetragene Recht vereiteln oder beeinträchtigen würden.⁷¹¹

⁷⁰⁷ Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 22.

⁷⁰⁸ Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 23.

⁷⁰⁹ Eine ausführliche Stellungnahme zu diesem Streit ist zu finden bei Scialoja/Branca-Ferri, Art. 2643-2696, S. 18ff und S. 161ff.

⁷¹⁰ Cian/Trabucchi, Art. 2644, II, Rn. 1, S. 3319; Gambaro, S. 317; Vgl. hierzu auch Cass. 16.07.1997, n. 6485.

⁷¹¹ Bianco, S. 32.

Die *trascrizione* heilt keine Mängel des Kaufvertrages.⁷¹² Ist dieser etwa wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Form oder der Geschäftsunfähigkeit eines Vertragspartners unwirksam, heilt die Eintragung diesen Mangel nicht.

2. Aufbau des italienischen Immobilienregisters

Die Immobilienregister werden wie in Deutschland und Italien vom zuständigen Registeramt (*conservatoria dei registri immobiliari*) jeweils für bestimmte Bezirke geführt, vgl. Art. 2663. Sie sind nicht auf der Grundlage eines Katasters aufgebaut.⁷¹³ Das Kataster hat in Italien lediglich steuerrechtliche Bedeutung, ist vom Immobilienregister völlig unabhängig und für die materiell-rechtlichen Eigentumsverhältnisse an Grundstücken nicht bedeutend.⁷¹⁴

Die Immobilienregister werden als Personalfolium angelegt.⁷¹⁵ Sie sind daher nicht wie in Deutschland und Spanien nach Grundstücken, sondern nach Eigentümern geordnet. Die Ordnung erfolgt alphabetisch nach Namen der einzelnen Personen mit jeweiligen sämtlichen Eigentumstiteln bzw. Eintragungen der Grundstücksgeschäfte, die die Person bereits getätigt hat.⁷¹⁶ Eine Übersicht über sämtliche Rechte bzw. Rechtsvorgänge, die sich auf ein bestimmtes Grundstück beziehen, ist im Register nicht zu finden.

Einen Überblick über die Gesamtheit der bestehenden Rechte und die Rechtsvorgänger des Eigentümers hinsichtlich eines bestimmten Grundstücks zu erlangen, ist mangels Realfolium äußerst aufwendig. Es muss zunächst das Personalfolium des aktuellen Eigentümers eingesehen werden, aus welchem sich ergibt, von wem dieser seinerseits das Grundstück erworben hat, usw. Die aufwendige Recherche ist jedoch unverzichtbar, wenn sichergestellt sein soll, dass der im Register als Eigentümer Eingetragene auch tatsächlich der wahre Grundstückseigentümer ist. Dies wird im Zusammenhang mit der noch folgenden Darstellung der Möglichkeit der *usucapione* (Ersitzung) eines Grundstücks deutlich werden, welcher nach italienischem Recht eine besondere Bedeutung zukommt.

Soll eine *trascrizione* oder *iscrizione* (im Fall der Hypothek) vorgenommen werden, so ist der Antrag an das örtlich zuständige *conservatoria dei registri immobiliari* zu stellen, welches verschiedene Einheiten führt. Im sog. *registro generale d'ordine* (Art. 2678) erfolgt zunächst nach Eingang eines Antrages hierüber ein Vermerk. Der Vermerk im *registro generale d'ordine* enthält das Eingangsdatum und den genauen Zeitpunkt des Antrags und ordnet ihm eine laufende Eintragungsantragsnummer zu.⁷¹⁷ Der Vermerk im *registro generale d'ordine* ist von großer Bedeutung, da durch ihn die zeitliche Reihenfolge der eingehenden Anträge

⁷¹² Vgl. Cass. 5.7.1996, n. 6152; Cass. 01.08.1995, n. 8441, Vita not. 1995, I, 1416; Gazzoni, S. 283.

⁷¹³ Trimarchi, S. 554.

⁷¹⁴ Gazzoni, S. 288.

⁷¹⁵ Bocchini/Quadri, S. 1015.; Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 76.

⁷¹⁶ Kindler, MittBayNot 2000, S. 265, 274.

⁷¹⁷ Trabucchi/Trabucchi, S. 234.

protokolliert wird. Diese Eintragung bildet die Grundlage der Rangordnung der angemeldeten Rechte. Durch diese Registrierung soll vermieden werden, dass zeitliche Verzögerungen hinsichtlich der endgültigen Eintragung eines Rechts dieses nicht gefährden.⁷¹⁸

Neben dem *registro generale d'ordine* bestehen nach Art. 2679 für jeden Bezirk drei weitere spezielle Register. In einem werden ausschließlich die Akte eingetragen, die der *trascrizione* (*registro delle trascrizioni*) unterliegen, in einem anderen lediglich die der *iscrizione* unterliegenden (Hypotheken), und in einem weiteren werden sog. *annotazioni* eingetragen. Letztere betreffen z.B. Urteile, die die Nichtigkeit eines Kaufvertrages feststellen.⁷¹⁹

Die endgültige Eintragung des Eigentümerwechsels wird mithin in dem *registro delle trascrizioni* vollzogen, welches speziell und ausschließlich für Akte, die der *trascrizione* unterliegen, vorgesehen ist.⁷²⁰ Während im *registro generale d'ordine* lediglich summarische Angaben über das erfolgte Rechtsgeschäft und dessen Rechtsfolgen eingetragen werden, sind diese im *registro delle trascrizioni* genau und vollständig aufzunehmen. Die Originalurkunden von Kaufverträgen werden hierzu vom Registeramt separat aufbewahrt.⁷²¹

3. Kein gutgläubiger Erwerb/Rechtsinstitut der *usucapione*

Eine im Vergleich zu Deutschland und Spanien herausragende Besonderheit des italienischen Immobilienregisters ist, dass es nicht den Rechtsschein der Richtigkeit auf seinen Inhalt begründet. Das eingetragene Eigentumsrecht wird nicht zugunsten des in Unkenntnis der wahren Rechtslage handelnden Erwerbers als bestehend angesehen.⁷²² Dem italienischen Immobilienregister kommt somit keine positive Publizität zu. Gutgläubiger Erwerb einer Immobilie auf der Grundlage einer falschen Registereintragung ist nicht möglich.⁷²³

Nach Art. 1153 besteht ausdrücklich die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs lediglich von beweglichen Sachen.⁷²⁴ Die fehlende Berechtigung des Veräußerers kann bei der Übertragung unbeweglicher Sachen daher nicht durch den guten Glauben des Erwerbers an die Eigentümerstellung des Veräußerers überwunden werden.

Den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken kennt die italienische Rechtsordnung nicht. Der Erwerb von einem im Register eingetragenen Nichtberechtigten wird nach italienischem Recht stattdessen durch das Rechtsinstitut der *usucapione* – Ersitzung reguliert.

⁷¹⁸ Cian/Trabucchi, Art. 2678, Rn. 2.

⁷¹⁹ Trabucchi/Trabucchi, S. 234.

⁷²⁰ Trabucchi/Trabucchi, S. 234.

⁷²¹ Cian/Trabucchi, Art. 2678, Rn. 2.

⁷²² Cian/Trabucchi, Art. 2644, S. 3198f.

⁷²³ Böhringer, Das deutsche Grundbuchsystem in internationalen Rechtsvergleich, S. 25, 27.

⁷²⁴ Scialoja/Branca-De Martino, Art. 1153, S. 49.

a) *Usucapione ordinaria* und *usucapione abbreviata*

Die *usucapione*, die Ersitzung von Immobilien ist in den Artt. 1158, 1159 geregelt. Sie wird vom CCivile systematisch als Besitzfolge eingeordnet und ist daher im Abschnitt über den Besitz geregelt (Artt. 1158-1167). Nach Art. 1158 werden das Eigentum und alle sonstigen dinglichen Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen nach zwanzigjährigem Besitz erworben. Die *usucapione* stellt (wie im deutschen und spanischen Recht) einen originären Eigentumserwerb dar.⁷²⁵

Das italienische Recht unterscheidet grundlegend zwischen der ordentlichen Ersitzung, *usucapione ordinaria* und der außerordentlichen Ersitzung, *usucapione abbreviata* (auch *usucapione decennale* genannt). Beide Arten der Ersitzung führen bei Vorhandensein eines ununterbrochenen Besitzes des Grundstücks durch Zeitablauf zu dessen Erwerb.⁷²⁶

Die außerordentliche Ersitzung (*usucapione abbreviata*) setzt zum einen voraus, dass der Ersitzer das Grundstück redlich seit 10 Jahren in Eigenbesitz hat. Er muss subjektiv das Grundstück über diesen Zeitraum als sein Eigenes betrachtet haben, also *animus rem sibi habendi* besessen haben.⁷²⁷ Zum anderen muss der Eigenbesitzer aufgrund eines zur Eigentumsübertragung geeigneten Titels – wie z.B. eines notariellen Kaufvertrages –, der ordnungsgemäß in das Immobilienregister eingetragen worden ist, erworben haben.⁷²⁸

Die ordentliche Ersitzung (*usucapione ordinaria*) ist die Ersitzung des unredlichen Eigenbesitzers. Die Ersitzungsfrist beträgt hier 20 Jahre, Art. 1158.

Die Ersitzung hat in erster Linie eigentumsbegründende Funktion. Darüber hinaus hat die Ersitzung für den Eigentümer Beweisfunktion. Der CCivile enthält keine dem § 891 BGB entsprechende Vermutung der Eigentümerschaft. Daher hat der Eigentümer sein Recht im Fall des Bestreitens durch einen Dritten grundsätzlich durch den Nachweis einer lückenlosen Erwerberkette darzulegen. Durch das Institut der Ersitzung wird diese Beweislast des Grundstückseigentümers, der vor mehr als 10 bzw. 20 Jahren erworben hat, erleichtert, indem lediglich der Besitz über die Ersitzungszeit hinaus nachgewiesen werden muss. Die Frage nach dem zeitlich davor liegenden abgeleiteten Erwerb ist dann unerheblich, vgl. Art. 1376, 1470.

Der Ablauf der Ersitzungsfrist kann lediglich durch effektive Rechtsausübung des Eigentümers unterbrochen werden. Hierzu bedarf es der Erhebung einer Klage gegen den Eigenbesitzer gerichtet auf die Wiedererlangung des Besitzes. Eine einfache Mahnung an den Eigenbesitzer ist nicht ausreichend.⁷²⁹

⁷²⁵ Bocchini/Quadri, S. 375; Trimarchi, S. 504.

⁷²⁶ Vgl. Trimarchi, S. 504.

⁷²⁷ Vgl. Cass. 21.12.1988, n. 6989, in Giust. civ. 1989, II, S. 2648, 2650.

⁷²⁸ Gazzoni, S. 480.

⁷²⁹ Cass. 15.05.1988 n. 4906, Giust.civ.mass. 1998, S. 1046.

b) Sinn und Zweck der Regelung der *usucapione*

Sinn und Zweck der Regelung ist die Sicherheit des Rechtsverkehrs.⁷³⁰ Ohne die Möglichkeit der Ersitzung würde eine endlose Unsicherheit hinsichtlich der Eigentümerverhältnisse bestimmter Grundstücke bestehen.⁷³¹ Durch das Rechtsinstitut der Ersitzung werden Unsicherheiten hinsichtlich des wahren Eigentümers zumindest dann ausgeräumt, wenn bekannt ist, wer das Grundstück über die letzten 10 bzw. 20 Jahre in Besitz hatte.⁷³²

Für Kaufinteressenten schafft die Ersitzungsregelung Sicherheit beim Kauf einer Immobilie. Die Rechtsverhältnisse am Grundstück müssen vom Kaufinteressenten maximal hinsichtlich der zurückliegenden 20 Jahre nachvollzogen werden, um sicherstellen zu können, dass der eingetragene Eigentümer auch tatsächlich der wahre Eigentümer ist. Wenn der Besitz 20 Jahre ununterbrochen nachverfolgt werden kann, kann mithin davon ausgegangen werden, dass der Eingetragene auch der wahre Eigentümer ist, da dieser dann das Eigentum zumindest durch Ersitzung originär erlangt hat.⁷³³

Das gesetzgeberische Motiv der Ermöglichung der Ersitzung sogar durch einen bösgläubigen Eigenbesitzer liegt darin, denjenigen zu bevorzugen, der das Land tatsächlich nutzt und bewirtschaftet.⁷³⁴

4. Gegenstand der Eintragungen des Registers

a) Dingliche Rechte

Eintragungsfähig im italienischen Liegenschaftsregister sind in erster Linie dingliche Rechte. Dies sind vor allem das Grundstückseigentum, Grunddienstbarkeiten und Hypotheken.

Aufgrund des Aufbaus des Registers als Personalfolium sind bei der Übertragung eines Grundstückes grundsätzlich zwei Eintragungen bzw. Änderungen des Registerinhaltes vorzunehmen. Zunächst ist der Verlust des Eigentums auf dem Personalfolium des Veräußerers einzutragen. Zudem ist der Erwerb des Eigentums auf dem Personalfolium des Erwerbers einzutragen.⁷³⁵ Wird eine Person erstmals Eigentümer einer Liegenschaft, so muss ein neues Personalfolium angelegt werden.

b) Schuldrechtliche Verträge

Besonderheit des italienischen Registerrechts im Vergleich zum Deutschen ist die wie nach spanischen Recht bestehende Eintragungsmöglichkeit schuldrechtlicher Verträge.

⁷³⁰ Trabucchi/Trabucchi, S. 571.

⁷³¹ Trimarchi, S. 504.

⁷³² Gazzoni, S. 286.

⁷³³ Trimarchi, S. 505.

⁷³⁴ Alpa, Istituzioni di diritto privato, S. 249.

⁷³⁵ Bocchini/Quadri, S. 1016.



Seit 1997 besteht die Möglichkeit, Vorverträge zu einem Grundstückskauf eintragen zu lassen. Auf diese wichtige Besonderheit wird an späterer Stelle im Zusammenhang mit der Darstellung des Vorvertrages noch eingegangen.

Darüber hinaus sind Mietverträge und Pachtverträge über Immobilien eintragungsfähig (vgl. Art. 2643 Nr. 8). Die Möglichkeit der Eintragung von Miet- und Pachtverträgen ist in dem Zusammenhang zu sehen, dass dem Mieter und Pächter nach italienischem Recht ein gesetzliches Vorkaufsrecht an der gemieteten Immobilie zustehen kann. Es soll daher die Möglichkeit der Publizierung des Bestehens eines Mietvertrages oder Pachtvertrags an der Immobilie bestehen, weil das Vorkaufsrecht eines Mieters oder Pächters für einen potentiellen Käufer von Bedeutung ist.

c) Exkurs: Gesetzliches Vorkaufsrecht des Mieters

Gesetzliche Vorkaufsrechte bestehen in Italien insbesondere im Mietrecht, im landwirtschaftlichen Bereich und im Bereich des Denkmal- und Landschaftsschutzes.⁷³⁶ Besonders relevant ist das Vorkaufsrecht des Mieters. Der Mieter von Gewerberaum einer städtischen Immobilie hat gemäß Art. 38 des Gesetzes Nr. 392 von 1978⁷³⁷ (Gesetz, das Regelungen zur Miete städtischer Immobilien enthält) grundsätzlich ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Ebenso steht dem Mieter von Wohnraum grundsätzlich ein gesetzliches Vorkaufsrecht nach Art. 3, Ziff. g) des Gesetzes Nr. 431 vom 9.12.1998⁷³⁸ (Gesetz, das Regelungen zur Vermietung von Wohnraum enthält) i.V.m. Art. 38 des Gesetzes Nr. 392 von 1978 zu.⁷³⁹ Nach Art. 38 des Gesetzes Nr. 392 von 1978 hat der Eigentümer als Vermieter die Pflicht, dem Mieter mitzuteilen, dass und zu welchen Konditionen er das Grundstück veräußern will. Der Mieter hat innerhalb einer Frist von 60 Tagen mitzuteilen, ob er das Objekt zu denselben Konditionen erwerben möchte. Dieses gesetzliche Vorkaufsrecht ist dinglicher Natur, das heißt es entfaltet im Gegensatz zum rein vertraglich vereinbarten Vorkaufsrecht Rechtswirkungen gegenüber Dritten – insbesondere gegenüber dem potentiellen anderen Käufer.⁷⁴⁰ Im Gegensatz zum rein vertraglich vereinbarten Vorkaufsrecht kann es vom Veräußerer daher nicht vertragswidrig umgangen werden.⁷⁴¹

Bei ländlichen Immobilien hat der Mieter oder Pächter, der das zu veräußernde Grundstück selbst seit mindestens zwei Jahren bewirtschaftet, ebenfalls ein Vorkaufsrecht gemäß Art. 8 des Gesetzes Nr. 590 von 1965, Art. 4-*bis* des Gesetzes Nr. 203 von 1982.⁷⁴² Sofern das zu

⁷³⁶ Dolce, Jb. f. it. R., Band 22, 2010, S. 109, 118.

⁷³⁷ Veröffentlicht in Gazz. uff., 29.07.1978, n. 211.

⁷³⁸ Veröffentlicht in Gazz. uff., 15.12.1998, n. 292.

⁷³⁹ Vgl. Cian/Trabucchi, Art. 1599, S. 1942.

⁷⁴⁰ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 205.

⁷⁴¹ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1105.

⁷⁴² Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 205.

veräußernde Grundstück selbst nicht durch einen Landwirt bewirtschaftet wird, gilt dasselbe für den Landwirt eines angrenzenden Grundstücks.⁷⁴³

Missachtet der Veräußerer eine der vorkaufsrechtlichen Regelungen, insbesondere die vom Gesetz näher geregelte Frist und Form der Mitteilung der beabsichtigten Veräußerung an den Vorkaufsberechtigten, so kann dieser innerhalb eines Jahres seit Eintragung des neuen Eigentümers Klage gegen diesen auf Übereignung des Grundstücks erheben.⁷⁴⁴

Die Kenntnis des Erwerbers von bestehenden Vorkaufsrechten ist daher insbesondere dann von hoher Bedeutung, wenn der Verkäufer ein Vorkaufsrecht treuwidrig umgehen will. Der Erwerber läuft in diesem Fall Gefahr, sein Eigentum an den Vorkaufsberechtigten auch noch ein Jahr nach seiner Eintragung in das Immobilienregister zu verlieren.

d) Eintragungsfähigkeit anhängiger Klagen und Urteile

Nach italienischem Recht existiert eine weitere spezielle Eintragungsmöglichkeit in die Immobilienregister. Eintragungsfähig sind gemäß Artt. 2652, 2653 auch gerichtliche Klagen (*domande giudiziali*) und Anträge im Schiedsgerichtverfahren (*atti di accesso arbitrale*). Diese Eintragungsmöglichkeit wurde mit dem Codice Civile von 1942 eingeführt.⁷⁴⁵ Sinn und Zweck dieser Eintragungsmöglichkeit ist es, den Kläger vor Unsicherheiten zu schützen, die hinsichtlich seines streitigen Rechts am Grundstück bis zum Erlass einer gerichtlichen Entscheidung bestehen.⁷⁴⁶ Die Wirkung der Eintragung der Klage kann am besten an einem Beispiel verdeutlicht werden:

A hat sein Grundstück an B veräußert. B hat sich daraufhin als neuer Eigentümer im Immobilienregister eintragen lassen. Nach einiger Zeit erfährt A, dass er beim Zustandekommen des Kaufvertrages durch B arglistig getäuscht wurde. A will daraufhin den Kaufvertrag anfechten und erhebt Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages und auf Feststellung seines Eigentums an dem Grundstück (Art. 2653 Abs. 1, Nr. 1). Bis zur Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages durch das Gericht ist B durch die Rechtshängigkeit nicht daran gehindert, an C zu veräußern. A hat jedoch die Möglichkeit, gleichzeitig mit Klageerhebung die Klage in das Immobilienregister eintragen zu lassen. Erfolgt die Veräußerung durch B an C zeitlich nach dieser Eintragung, verliert C rückwirkend sein Eigentum an A in dem Moment, in dem A obsiegt und zu seinen Gunsten ein Urteil ergeht.

Die Eintragung der Klage führt mithin dazu, dass bei Obsiegen des Klägers das Urteil auf den Zeitpunkt zurück wirkt, an dem die Eintragung der Klage im Immobilienregister vorgenom-

⁷⁴³ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1105.

⁷⁴⁴ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 205.

⁷⁴⁵ Zappulli, Art. 2653, S. 118.

⁷⁴⁶ Bocchini/Quadri, S. 1017.

men wurde.⁷⁴⁷ Nach Art. 2652, Nr. 1, S. 2 wirkt die Eintragung gegenüber jedem Dritten, der zeitlich danach ein Recht an dem Grundstück zu seinen Gunsten hat eintragen lassen. Ist ein Urteil ergangen, so ist auch dieses eintragungsfähig, vgl. Art. 2657.

5. Voraussetzungen der Eintragung des Grundstückskäufers in das Immobilienregister

a) Urteil, notarieller Kaufvertrag oder Privaturkunde mit beglaubigten Unterschriften

Die Eintragung des Grundstückserwerbers im Immobilienregister kann nur aufgrund eines eintragungsfähigen Titels erfolgen. Hierzu regelt Art. 2657:

„Rechtstitel für die Eintragung. (1) Die Eintragung darf nur kraft eines Urteils, einer öffentlichen Urkunde oder einer Privaturkunde mit beglaubigter oder gerichtlich festgestellter Unterschrift erfolgen.“

Ein privatschriftlicher Kaufvertrag ohne die in Art. 2657 genannten Merkmale kann nicht in das Immobilienregister eingetragen werden.⁷⁴⁸ Hier müsste der Erwerber erst zeitaufwendig Klage gegen den Veräußerer auf Feststellung der Echtheit der Unterschrift erheben, um ein eintragungsfähiges Schriftstück zu erlangen.⁷⁴⁹

Die Beglaubigung der Unterschriften erfolgt gemäß Art. 2703 in der Weise, dass der Notar oder die sonstige zuständige öffentliche Stelle bescheinigt, dass die Unterschrift in seiner Anwesenheit erfolgt ist. Nach Art. 2703 hat der Notar vor der Beglaubigung die Identität der Vertragsparteien zu überprüfen.

b) *Principio della continuità*⁷⁵⁰ („Voreintragungsprinzip“)

Jede einzutragende Änderung bezüglich eines Rechtes an einem Grundstück hat wegen der Ordnung des Registers als Personalfolium zum einen zu Ungunsten einer Person – im Falle des Kaufes also des Verkäufers – und zum anderen zu Gunsten einer Person – des Käufers – zu erfolgen.

Gemäß des in Art. 2650 geregelten *principio della continuità*, Kontinuitätsprinzips, muss sich jede Eintragung einer Eigentumsübertragung auf den jeweils früheren Eigentümer beziehen.⁷⁵¹ Dies bedeutet, dass der Veräußerer „voreingetragen“ sein muss, damit der Käufer seinerseits eingetragen werden kann.⁷⁵²

⁷⁴⁷ Bocchini/Quadri, S. 1017.

⁷⁴⁸ Zappulli, Art. 2657, S. 131; Cian/Trabucchi, Art. 2657, Rn. 5.

⁷⁴⁹ Vgl. Cass., 25.09.2002, n. 13924, Dir. Giust. 41, 2002, S. 34ff.

⁷⁵⁰ Bianco, S. 35.

⁷⁵¹ Nivarra/Ricciuto/Scognamiglio, S. 77.

⁷⁵² Bocchini/Quadri, S. 1015; Bianco, S. 35.

6. Historischer Hintergrund des italienischen Immobilienregisters und der

*trascrizione*⁷⁵³

Vor der Einführung des Codice Civile im Jahre 1865 gab es keine einheitliche Regelung des Zivilrechts für ganz Italien.⁷⁵⁴ Bis zum 19. Jhd. gab es ebenso wenig ein für ganz Italien geltendes Publizitätsmittel für Grundstücksrechte.⁷⁵⁵ Vielmehr gab es seit dem 13. Jhd. bis zum 19. Jhd. – von vereinzelt regionalen Ausnahmen abgesehen – in Italien für die Übertragung von Grundstücken kein Publizitätsmittel.⁷⁵⁶

Erst mit dem Codice Civile von 1865 wurden die Liegenschaftsregister und die *trascrizione* nach dem Vorbild Frankreichs eingeführt.⁷⁵⁷ In Frankreich wurde diese Art der Eintragung bereits in der Zeit der Revolution mit Gesetz vom 19. September 1790 erstmals geregelt.⁷⁵⁸

Art. 3 dieses Gesetzes lautete hierzu:

*„A compter du jour où les tribunaux du district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine-dessaisine, vest-devest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main assise, plainte à la loi et généralement toutes celles qui tiennent au nantissement féodal ou censuel sont et demeurent abolies, et jusqu'à ce qu'il ait été autrement ordonné, la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu et suffira, en conséquence, pour consommer les aliénations et constitutions d'hypothèque.“*⁷⁵⁹

Art. 4 dieses Gesetzes lautete weiter:

*„Les dites transcriptions seront faites par les greffiers des Tribunaux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été présentées, et qui sera constaté par un registre particulier. Et les greffiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais aux réquerants.“*⁷⁶⁰

Die Anwendung dieses Gesetzes in Frankreich verzögerte sich jedoch durch Auseinandersetzungen um die Frage der Notwendigkeit der Publizität bei der Grundstücksübertragung. Dies führte dazu, dass für einige Jahre Ungewissheit hinsichtlich der Notwendigkeit der Eintragungen von Grundstücksübertragungen bestand. Klare Verhältnisse in Frankreich schaffte dann schließlich das einen Meilenstein setzende Gesetz des 2. Novembers 1798, mit dem die Entscheidung zugunsten des Systems der *trascrizione* endgültig für das gesamte Territorium Frankreichs gefällt wurde.⁷⁶¹ Art. 26 dieses Gesetzes lautete:

„Les actes transatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.“

⁷⁵³ Ausführlich zur Geschichte der Publizität bei Immobilien vgl. Colorni, Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare.

⁷⁵⁴ Bianco, S. 12.

⁷⁵⁵ Zappulli, S. 11.

⁷⁵⁶ Bianco, S. 13; García García, Derecho inmobiliario registral y hipotecario, S. 159.

⁷⁵⁷ Zappulli, S. 17; Bianco, S. 13.

⁷⁵⁸ Colorni, S. 227.

⁷⁵⁹ Abgedruckt in: Colorni, S. 227ff.

⁷⁶⁰ Abgedruckt in: Colorni, S. 227ff.

⁷⁶¹ Colorni, S. 228.

*Jusque là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient confirmés aux dispositions de la présente.*⁷⁶²

Art. 28 regelte:

*„La transcription prescrite par l’art. 26 transmet à l’acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l’immeuble, mais avec les dettes et les hypothèques dont cet immeuble est gravé.*⁷⁶³

Dieses Gesetz wird als Ursprung der lateinischen Transkriptionssysteme – mithin auch des italienischen – verstanden.⁷⁶⁴ Der italienische Gesetzgeber übernahm diese Art der *trascrizione* im Codice Civile von 1865 und führte damit für das Territorium Italiens die Registerpublizität ein.⁷⁶⁵

Mit dem Codice Civile von 1942 wurde das bereits 1865 eingeführte System der *trascrizione* und Immobilienregister schließlich beibehalten und ist bis heute gültig.

III. Unterverbriefungsproblematik

Auch in Italien fallen beim Erwerb eines Grundstücks unterschiedliche Steuern und Abgaben an. Diese variieren je nach Art der Immobilie und Person des Veräußerers und Erwerbers. Es gelten jeweils unterschiedliche Vorschriften, beispielsweise je nachdem, ob Käufer der Immobilie ein Verbraucher oder ein Unternehmer ist, oder je nachdem, ob es sich um den Erwerb einer Immobilie zu Wohnzwecken oder zu gewerblichen Zwecken handelt und je nachdem ob es sich für den Erwerber um eine „*prima casa*“ („Erstwohnung“) handelt.

Vom Verkäufer einer Immobilie sind nach italienischem Recht grundsätzlich keine Steuern zu tragen.⁷⁶⁶ In bestimmten Fallkonstellationen trägt er ausnahmsweise eine Wertzuwachssteuer für den Gewinn, den er beim Verkauf einer Immobilie erzielt.⁷⁶⁷

Zu den von einem Verbraucher als Käufer zu tragenden „Erwerbssteuern“ gehört in erster Linie die sog. Registersteuer (Grundlage: Präsidialdekret Nr. 131 vom 26.04.1986)⁷⁶⁸ in Höhe von 7 bis 15 %, je nach Art der Immobilie.⁷⁶⁹ Bemessungsgrundlage dieser „Erwerbssteuern“ war bis zum Jahre 2006 ausschließlich jeweils der im Kaufvertrag angegebene Kaufpreis (*effettivo corrispettivo pattuito*). Unterverbriefungen und Schwarz Zahlungen des nicht im Kaufvertrag

⁷⁶² Abgedruckt in: Colomi, S. 227ff.

⁷⁶³ Abgedruckt in: Colomi, S. 227ff.

⁷⁶⁴ Colomi, S. 229.

⁷⁶⁵ Bianco, S. 24.

⁷⁶⁶ Tonalini, Le tasse per chi vende un immobile,

<http://www.tonalini.it/pdf/Immobili,%20le%20tasse%20per%20chi%20vende.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.08.2012).

⁷⁶⁷ Vgl. zu diesen Ausnahmefällen Fn. zuvor.

⁷⁶⁸ Veröffentlicht in: Gazz. uff. Nr. 99 vom 30.04.1986.

⁷⁶⁹ Zu den weiteren steuerrechtlichen Einzelheiten vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegeen, Länderberichte, Italien, S. 1884, 1885, Rn. 72 ff. Vgl. auch Assmann/Schütze-Strohm, § 22 Immobilienanlagen im Ausland, Rn. 26-30.

angegebenen Restkaufpreises waren insbesondere beim Kauf unter Verbrauchern an der Tagesordnung.⁷⁷⁰

Im Jahr 2006 wurde insoweit eine wichtige Reform vollzogen. Seit dem Inkrafttreten des nach dem italienischen Wirtschaftsminister *Bersani* benannten Gesetzes Nr. 248/2006 bemessen sich die „Erwerbssteuern“ zumindest beim Verkauf von zu Wohnzwecken dienenden Immobilien unter Verbrauchern nach dem offiziellen Katasterwert unabhängig vom vereinbarten Kaufpreis. Ziel des Gesetzes war es, für diese Fälle des Immobilienkaufs den Reiz einer Unterverbriefung zu verringern.⁷⁷¹

Seit Einführung des genannten Gesetzes konnte die Unterverbriefungspraxis jedoch nicht gänzlich eingedämmt werden. Es wird davon ausgegangen, dass Unterverbriefung bei vielen Grundstückskäufen weiterhin an der Tagesordnung ist. Dies liegt unter anderem daran, dass das Gesetz für viele Fallkonstellationen den Katasterwert als Bemessungsgrundlage von vornherein nicht vorsieht. Beim Kauf von nicht zu Wohnzwecken dienenden Immobilien sowie beispielsweise beim Kauf von einem Unternehmer, gilt weiterhin der angegebene Kaufpreis als Bemessungsgrundlage für die Steuern.

Die Unterverbriefung des Kaufpreises in der notariellen Kaufvertragsurkunde stellt zwar eine Steuerhinterziehung dar, führt aber nicht zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit des notariellen Kaufvertrages.⁷⁷² Wird die Steuerhinterziehung im Nachhinein von staatlicher Seite aufgedeckt, hat dies steuerrechtliche und möglicherweise strafrechtliche Sanktionen zur Folge; die Eigentümerstellung des Erwerbers bleibt jedoch unberührt.

Wie nach spanischem Recht wird insoweit ausdrücklich zwischen sog. absoluten und relativen Scheingeschäften differenziert.⁷⁷³ Ein absolutes Scheingeschäft, geregelt in Art. 1414, S. 1, ist ein solches, dem in Wahrheit überhaupt keine Rechtswirkungen beabsichtigt sind. Dieses ist stets nichtig.⁷⁷⁴ Hingegen wird das relative Scheingeschäft nach Art. 1414, S. 2 als wirksam behandelt, solange es seinerseits die in Art. 1325 genannten allgemeinen zwingenden Voraussetzungen zur Gültigkeit von Verträgen erfüllt. Der notarielle Kaufvertrag, der die allgemeinen Vertragsvoraussetzungen des Art. 1325 erfüllt, jedoch einen niedrigeren, als gewollten Kaufpreis enthält, ist als relatives Scheingeschäft wirksam. Da Art. 1350, Nr. 1 für die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages lediglich die Einhaltung der Schriftform voraussetzt, ist der verdeckte privatschriftliche Kaufvertrag ebenfalls wirksam.

⁷⁷⁰ Diese Praxis bestätigt auch Kindler, *MittBayNot* 2000, S. 266 und Assmann/Schütze-Strohm, § 22 Immobilienanlagen im Ausland, Rn. 26.

⁷⁷¹ Vgl. offiziellen Bericht des “Consiglio nazionale del notariato” unter: <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/dir-pubb-amm-antiriciclaggio/Antiriciclaggio2.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

⁷⁷² Vgl. Cian/Trabucchi, Art. 1414, S. 1630, 1632.

⁷⁷³ Vgl. Cian/Trabucchi, Art. 1414, S. 1629f.

⁷⁷⁴ Vgl. Cian/Trabucchi, Art. 1414, S. 1629f.

Nach höchstrichterlicher Rechtssprechung liegt in der Steuerhinterziehung auch kein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, der gem. Art. 1418 zur Nichtigkeit des verdeckten Geschäfts führen würde.⁷⁷⁵

IV. Exkurs: Die Stellung des italienischen Notars und seine Bedeutung im Rahmen von Grundstückskäufen⁷⁷⁶

1. Allgemeines

Der italienische Notar ist ebenso wie der spanische und deutsche dem lateinischen Notariat zuzurechnen.⁷⁷⁷ Das Berufsbild des Notars in Italien zeichnet sich wie in Spanien und Deutschland⁷⁷⁸ durch seine Doppelstellung als Freiberufler und Träger eines öffentlichen Amtes aus.⁷⁷⁹ Nebentätigkeiten wie etwa die als Rechtsanwalt sind dem Notar in Italien weitgehend untersagt.

Das italienische Notariatswesen, insbesondere das Berufs- und Beurkundungsrecht, wird im Wesentlichen durch das *Legge Notarile* (Notargesetz vom 16.02.1913, Gesetz Nr. 89), die hierzu ergangene Durchführungsverordnung Nr. 1326 vom 10.09.1914, die *Regolamento Notarile* (Notariatsverordnung) sowie durch das Königliche Dekret vom 14.7.1937 bestimmt.⁷⁸⁰ Sämtliche Notare eines Notariatsbezirks bilden zusammen eine Notarkammer (*collegio notarile*), vgl. Art. 83 *Legge Notarile*. Deren Exekutivorgan, der sog. *consiglio notarile*, überwacht die Einhaltung der standesrechtlichen Regeln und ist im Falle von Verstößen für die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen zuständig. Die Eigenschaft des Notars als öffentlicher Urkundsbeamter wird auch durch die unmittelbare Abhängigkeit vom Justizministerium unterstrichen, welches durch die Notariatsarchive die Gesetzeskontrolle über die Notare ausübt, vgl. Art. 127 *Legge Notarile*.⁷⁸¹

⁷⁷⁵ Vgl. Hasenbein, MittRhNotK, 2000, S. 244, 245 m.N.

⁷⁷⁶ Der Ausbildungsweg zum Notar gestaltet sich wie folgt: Zunächst ist ein mindestens vierjähriges Studium der Rechtswissenschaft erfolgreich zu absolvieren. Sodann ist ein zweijähriges (Vollzeit-) Praktikum in einem Notariat zu absolvieren, das regelmäßig nicht vergütet wird und daher mit dem deutschen Notarassessor wenig vergleichbar ist. Parallel zum Praktikum kann (bzw. muss, um die anschließende höchst anspruchsvolle Prüfung zu bestehen) bei den juristischen Fakultäten ein zweijähriger Postgraduiertenkurs für Notariatspraktikanten belegt werden. Nach Abschluss der Praktikumsphase kann sich der Kandidat an einem landesweit etwa jährlich ausgeschriebenen Wettbewerb zur Neubesetzung frei gewordener Notarstellen beteiligen. Hierbei werden jährlich etwa 100 bis 200 Notarstellen ausgeschrieben. Die eigentliche Prüfung besteht aus drei schriftlichen Klausurarbeiten mit theoretischem und praktischem Teil. Nach erfolgreichem Bestehen folgt die mündliche Prüfung. Die freien Plätze werden letztlich unter denjenigen mit den höchsten Punkten vergeben.

Vgl. zum Ausbildungsweg der Notare auch: Hasenbein, Die Tätigkeit des Notars in Italien - Eindrücke aus einem Praktikum, MittRhNotK, 2000, Heft 7-8, S. 244, 245.

⁷⁷⁷ Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1879, Rn. 29.

⁷⁷⁸ Bis auf einige Ausnahmen, vgl. Abschnitt Teil 1, B., II., 3.

⁷⁷⁹ Casu/Sicchiero, S. 6.

⁷⁸⁰ Lutterotti, MittBayNot 1990, 13.

⁷⁸¹ Lutterotti, MittBayNot 1990, S. 14.

2. Pflichten des italienischen Notars bei der Beurkundung

Eine wichtige Vorschrift bezüglich der Pflichten des Notars enthält Art. 47 Abs. 3 *Legge Notarile*. Nach dieser Norm hat der Notar bei der Beurkundung den Willen der Beteiligten zu erforschen und persönlich die Verfassung der gesamten Urkunde zu leiten.⁷⁸² Hieraus wird die Pflicht des Notars abgeleitet, die Parteien zunächst erschöpfend anzuhören, um ermitteln zu können, welchen genauen Vertragswillen jeder der Beteiligten hat. Weiterhin ist aus der Vorschrift des Art. 47 Abs. 3 *Legge Notarile* abzuleiten, dass der Notar die Interessen der Beteiligten unparteiisch jeweils so zu berücksichtigen hat, dass keinem der Beteiligten ein Schaden entsteht. Zudem hat der Notar sicherzustellen, dass der beurkundete Vertrag im Einklang mit der Rechtsordnung steht, d.h. keine vom Gesetz unerlaubten Vereinbarungen beurkundet werden.⁷⁸³

Nicht direkt aus dem Wortlaut der Vorschrift abzuleiten ist, ob der Notar zudem verpflichtet ist, den Beteiligten Vorschläge hinsichtlich zweckmäßiger Vereinbarungen zu machen oder ob er lediglich „passiv“ den erklärten Rechtsgeschäftswillen umsetzen muss. Dies ist eine wichtige Frage, da damit auch zu entscheiden ist, ob der Notar die Pflicht hat, alternative Lösungsvorschläge zu erklären, falls die Beteiligten beispielsweise vorhaben, den Vertrag so auszugestalten, dass das Rechtsgeschäft für eine Partei eine unsichere Vorleistungspflicht begründet. Die höchstrichterliche Rechtssprechung hat hierzu entschieden, dass der Notar nicht lediglich eine „passive“ Rolle bei der Beurkundung einnimmt, sondern aktiv die sichere Verwirklichung des Rechtsgeschäfts durch zweckgemäße Formulierungsvorschläge unterstützen muss.⁷⁸⁴

In Italien ist gemäß Art. 51 Nr. 8 *Legge Notarile* grundsätzlich die Verlesung der gesamten Urkunde vorgeschrieben, wenn die Urkunde nicht vom Notar selbst, sondern von einem anderen – in der Regel von einem Rechtsanwalt – entworfen ist. Lediglich auf die Verlesung von Anlagen können die Parteien verzichten. Ein solcher Verzicht muss ausdrücklich in die Urkunde aufgenommen werden, ansonsten ist die Beurkundung nach Art. 58 *Legge Notarile* unwirksam. Die Urkunde darf nur dann von einem anderen verlesen werden, wenn der Notar sie selbst entworfen hat. Auch dies ist ausdrücklich in der Urkunde aufzunehmen.

Gemäß Art. 47 Abs. 1 *Legge Notarile* müssen bei der Beurkundung die Kaufvertragsparteien (oder deren Vertreter) sowie zwei Zeugen zugegen zu sein. Andernfalls ist die Beurkundung grundsätzlich nach Art. 58 *Legge Notarile* unwirksam. Als Zeugen dienen meist Notariatsgehilfen, auf deren Anwesenheit die Parteien jedoch gemäß Art. 48 Abs. 1, S. 1 *Legge Notarile*

⁷⁸² Casu/Sicchiero, S. 233.

⁷⁸³ Casu, *Rivista del notariato* 2003, S. 471, 475.

⁷⁸⁴ Casu/Sicchiero, S. 234, 235 m.N.

verzichten können. Der Verzicht muss ebenfalls ausdrücklich in der Urkunde erwähnt werden, Art. 48 Abs. 1, S. 2 *Legge Notarile*.

Der Notar hat sich vor der Beurkundung des Grundstückkaufvertrages über die Rechts- und Parteifähigkeit der Parteien, über die Lastenfreiheit des Grundstücks sowie über alle wesentlichen Regelungen (*essentialia negotii*) des Vertrages zu vergewissern.⁷⁸⁵ Er haftet den Parteien zivilrechtlich für die Richtigkeit der von ihm hierzu im Kaufvertrag getroffenen Feststellungen. Übersieht der Notar pflichtwidrig einen Umstand, aus welchem das Geschäft letztlich scheitert, so haftet er dem geschädigten Beteiligten.⁷⁸⁶

3. Sonstige Pflichten des Notars im Zusammenhang mit der Beurkundung

a) Pflicht zur Einsichtnahme in das Immobilienregister

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Notar im Rahmen der Vorbereitung des Grundstückkaufvertrages grundsätzlich dazu verpflichtet, die Frage nach bestehenden Lasten oder der Lastenfreiheit des Grundstücks durch Einsicht in das Immobilienregister zu klären.⁷⁸⁷

Diese Pflicht ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich normiert,⁷⁸⁸ wird jedoch aus dem Mandat abgeleitet, das dem Notar bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages von den Parteien übertragen wird.⁷⁸⁹ Werde der Notar zur Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages beauftragt, so erfolge dies mit der Absicht, dass die wirtschaftlich und rechtlich beabsichtigten Folgen des Vertrages eintreten.⁷⁹⁰ Die Pflicht zur Feststellung bestehender Rechte an dem vertragsgegenständlichen Grundstück durch Einsichtnahme des Registers wird im Übrigen aus Art. 47 Abs. 3 *Legge Notarile* abgeleitet.⁷⁹¹ Aus der in dieser Vorschrift normierten Pflicht des Notars zur Erforschung und Formulierung des Willens der Parteien ergebe sich auch die Pflicht des Notars sicherzustellen, dass dieser Wille praktisch umgesetzt werden könne; bei der Absicht der Übereignung eines lastenfreien Grundstücks schließe dies daher die Feststellung der Lastenfreiheit durch den Notar ein.⁷⁹²

Erfüllt der Notar diese Pflicht gegenüber den Beteiligten nicht, haftet er diesen für entstehende Schäden. Nur im Falle eines eindeutig erklärten entgegenstehenden Willens der Parteien entfällt diese Pflicht und etwaige Haftung.⁷⁹³

⁷⁸⁵ Dolce, Jb. f. it. R. 2010, S. 109, 122f.

⁷⁸⁶ Vgl. hierzu die Nachweise zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in Casu/Sicchiero, S. 237ff.

⁷⁸⁷ Cass. 13.6.2002 Nr. 8470, *Revista del notariato* 2002, S. 1226-1227; Cass. 11.1.2006 Nr. 264, *Giur. it.* 2006, S. 1923f.

⁷⁸⁸ Casu, *Revista del notariato* 2003, S. 471, 474.

⁷⁸⁹ Cass. 13.6.2002 Nr. 8470, *Revista del notariato* 2002, S. 1226f.

⁷⁹⁰ Cass. 13.6.2002 Nr. 8470, *Revista del notariato* 2002, S. 1226f.

⁷⁹¹ Casu, *Revista del notariato* 2003, S. 471, 475.

⁷⁹² Casu, *Revista del notariato* 2003, S. 471, 475.

⁷⁹³ Vgl. Cass. 11.1.2006 Nr. 264, *Giur. it.* 2006, S. 1923-1924; Cass. 13.6.2002 Nr. 8470, *Revista del notariato* 2002, S. 1226f.

Wichtig für den Schutz des Käufers ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Verpflichtung des Notars, die Eigentümerverhältnisse des Grundstücks hinsichtlich der zurückliegenden 20 Jahre festzustellen.⁷⁹⁴ Die Besitzverhältnisse am Grundstück über die letzten 20 Jahre sind wegen der maximalen Ersitzungsfrist von 20 Jahren zu klären.⁷⁹⁵

Den Notar treffen anlässlich der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages eine Reihe weiterer wichtiger Pflichten, weshalb die Vorbereitung des Vertrages im Einzelfall lange dauern kann.

Nach Art. 17 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.02.1985 (*legge urbanistica*) muss im Kaufvertrag zu dessen Gültigkeit angegeben werden, dass die zu veräußernde Immobilie dem Bauordnungsrecht entspricht. Sofern das Gebäude nicht vor dem 01.09.1967 errichtet wurde, bedarf es hierzu einer Ermittlung der ursprünglichen Baugenehmigung sowie der Genehmigungen für in der Folgezeit vorgenommenen An- und Umbauten. Ist keine Baugenehmigung für das Objekt vorhanden, ist zunächst das zeitaufwendige *condono*-Verfahren durchzuführen.⁷⁹⁶

Fehlen diese Angaben zur baurechtlichen Genehmigung der Immobilie, führt dies zur Unwirksamkeit des Vertrages.⁷⁹⁷ Zudem drohen dem Notar in diesem Fall gravierende berufsrechtliche Konsequenzen: In Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.02.1985 i.V.m. Artt. 28, 138 Abs. 2 *Legge Notarile* ist vorgesehen, dass er in diesem Fall für die Dauer von mindestens 6 Monaten von der Ausübung seines Amtes suspendiert wird.

Zusätzlich hat der Notar darauf zu achten, dass der Veräußerer sich im Vertrag darüber erklärt, ob er den in seinem Eigentum stehenden Grundbesitz in seiner letzten Einkommenssteuererklärung aufgeführt hat. Diese Pflicht des Notars ist im Zusammenhang mit der bereits erwähnten Haftung des Grundstückserwerbers nach Art. 2771 für ausstehende Steuerzahlungen zu sehen, die das Grundstück betreffen, jedoch vom Voreigentümer stammen.⁷⁹⁸ Seit einer Gesetzesänderung im Jahr 2003 hat die Nichtangabe dieser Erklärung des Verkäufers hierzu zwar nicht mehr die Nichtigkeit des Kaufvertrages zur Folge.⁷⁹⁹ Der Notar hat dennoch darauf zu achten, dass diese Erklärung zum Schutz des Käufers im Kaufvertrag aufgenommen wird.

b) Pflichten nach Beurkundung

Gemäß Art. 2671 hat der Notar (oder ein anderer Beamter, welcher eine Rechtshandlung aufgenommen oder beglaubigt, die gemäß Art. 2643 der *trascrizione* unterliegt) dafür zu sorgen, dass die Eintragung im Immobilienregister so schnell wie möglich erfolgt. Im Fall der Verzö-

⁷⁹⁴ Vgl. Trib. Verbania, 20.12.2002, *Revista del notariato* 2003, S. 471.

⁷⁹⁵ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., II., 3.

⁷⁹⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen Abschnitt: 1. Teil, D., I., 2.

⁷⁹⁷ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., I., 2.

⁷⁹⁸ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., I., 2.

⁷⁹⁹ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., I., 2.

gerung von mehr als 30 Tagen, gezählt ab dem Tag der Aufnahme oder Beglaubigung der Urkunde, ist der Notar unmittelbar nach dieser Vorschrift zum Schadensersatz verpflichtet. Der oberste Gerichtshof hat hierzu entschieden, dass der Notar verpflichtet ist, die Eintragung so schnell wie möglich zu bewirken.⁸⁰⁰ Zur Feststellung der Frage, ob eine Verzögerung vorliegt, muss nach dieser Rechtsprechung auf alle Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Gemäß Art. 7 des „Transparenzgesetzes“ Nr. 310 vom 12.08.1993⁸⁰¹ besteht die Pflicht des Notars, nach Beurkundung oder Beglaubigung der Unterschriften eines privatschriftlichen Grundstückskaufvertrages innerhalb eines Monats den örtlich zuständigen Polizeipräsidenten (*questore*) über die erfolgte Grundstücksübergang zu informieren. Hierzu hat der Notar die Personen des Veräußerers und Erwerbers, das vertragsgegenständliche Grundstück sowie den Kaufpreis zu nennen.

Nach Art. 12 des Gesetzes Nummer 191/1978⁸⁰² sind darüber hinaus der örtlich zuständigen Sicherheitsbehörde (Staatspolizei) innerhalb von 48 Stunden seit Vertragsschluss alle grundstücks- und personenbezogenen Daten des neuen Eigentümers des Grundstücks mitzuteilen.

V. Der *contratto preliminare* – Vorvertrag

In Italien ist es gängige Praxis, dass vor dem eigentlichen Grundstückskaufvertrag ein Vorvertrag – *contratto preliminare*, auch *compromesso* genannt – geschlossen wird.⁸⁰³

Eine allgemeine gesetzliche Definition des Vorvertrages enthält der CCivile nicht. Zur Zeit seines Inkrafttretens im Jahre 1942 nannte der CCivile den Begriff des Vorvertrages nur in einer Vorschrift ausdrücklich, die bis heute unverändert ist und die sich im Teil des allgemeinen Schuldrechts befindet: Art. 1351 regelt, dass ein Vorvertrag nichtig ist, wenn er nicht in derselben Form geschlossen wird, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt. Diese Norm setzte die Zulässigkeit bzw. das Rechtsinstitut des Vorvertrages damit stillschweigend voraus, weshalb diese seit Inkrafttreten des CCivile im Jahr 1942 nicht mehr angezweifelt wurde. In seiner heutigen Fassung nennt der CCivile den Vorvertrag in weiteren Vorschriften (vgl. Artt. 2645-*bis*, 2775-*bis* und 2825-*bis*).

⁸⁰⁰ Vgl. Cass. 19.1.2000, Nr. 566.

⁸⁰¹ Legge 12 agosto 1993, n. 310: *Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli*. Veröffentlicht in Gazz. uff. n. 195 vom 20.08.1993, geändert durch Art. 2 des D.P.R. vom 9.11.2005, n. 304, veröffentlicht in Gazz. uff. n. 58 vom 10.03.2006.

⁸⁰² Veröffentlicht in Gazz. uff. vom 19.05.1978, n. 137.

⁸⁰³ So auch Inzitari, ZEuP 1998, S. 585f.; Gabrielli, I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, obbligazioni e contratti 2007, S. 585f.; Dolce, Jb. f. it.R., Band 22, S. 109, 112; Stefani, S. 68; vgl. Valentino-Bozzi, S. 110; Weiterer Nachweis für die Verbreitung dieser Praxis: Deutsche Schutzvereinigung Auslandimmobilien e.V., <http://www.dsa-ev.de/?/34-0-italien.htm>. (Zuletzt abgerufen am 17.05.2011.) Die DSA e.V. mit Sitz in Freiburg ist anerkannt und registriert als qualifizierte Verbraucherschutz-Einrichtung gemäß Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

Über die Zulässigkeit und Bedeutung des Rechtsinstituts des Vorvertrages bestand indes in Italien nicht immer Einigkeit. Zur Zeit der Geltung des CCivile von 1865 war jegliche selbständige Bedeutung des Vorvertrages vielmehr von der herrschenden Auffassung in der Literatur und auch von der Rechtsprechung über lange Zeit abgelehnt worden.⁸⁰⁴ Dies beruhte zum einen darauf, dass der Begriff Vorvertrag im CCivile von 1865 in keiner Vorschrift erwähnt war. Zum anderen nahm zu dieser Zeit der Code Napoléon bestimmenden Einfluss auf das italienische Recht, der den Vorvertrag ebenfalls nicht regelte, sondern vielmehr das Verkaufsversprechen dem Verkauf selbst gleichsetzte, wenn sich die Vertragspartner über den Kaufgegenstand und den Preis einig waren.⁸⁰⁵

Erst im Jahr 1921 kam es durch ein Urteil⁸⁰⁶ des römischen Kassationshofs zu einer wegweisenden Änderung. Durch das Urteil wurde das Rechtsinstitut des Vorvertrages anerkannt. In der Urteilsformel zeigte das Gericht eine Definition auf, die in ihren Grundzügen bis heute in Italien für den Vorvertrag gilt.⁸⁰⁷

Während der Wille der Parteien beim endgültigen Kaufvertrag auf die Übertragung des Eigentums an der Sache gerichtet sei, solle bei dem zweiseitigen Verkaufsversprechen – so damals noch die übliche Bezeichnung für den Vorvertrag – diese Eigentumsübertragung erst nach einer weiteren Willenserklärung der Parteien erfolgen.⁸⁰⁸

1. Sinn und Zweck des Vorvertrages bei Grundstückskäufen

Dass in Italien vor dem eigentlichen Grundstückskaufvertrag häufig ein Vorvertrag geschlossen wird, hängt vor allem damit zusammen, dass aufgrund des Konsensualprinzips der Grundstückserwerb mit dem Abschluss des Hauptvertrages bereits vollzogen ist, da der Eigentümerwechsel zu diesem Zeitpunkt stattfindet.

Der unverzügliche Eigentümerwechsel ist bei Grundstückskäufen jedoch häufig von den Vertragsparteien nicht gewünscht, da diese Rechtsgeschäfte in aller Regel komplexer und insbesondere wirtschaftlich bedeutender sind als sonstige alltägliche Käufe von Waren.

Der Vorvertrag kann aus diesem Grunde bei Grundstückskäufen zweckmäßig sein, da er rein *obbligatorio*⁸⁰⁹ ist, d.h. rein schuldrechtliche Wirkung hat. Der Vorvertrag ist daher ein klassischer Fall eines *contratto obbligatorio*⁸¹⁰. Seine Funktion liegt in erster Linie in der Umge-

⁸⁰⁴ Vgl. Zur Rechtsprechung: Cass. Roma 19.12.1919, Riv.dir.com., 1919, II, 238; vgl. zur Lit.: Giorgi, Foro it. 1903, I, S. 798.

⁸⁰⁵ Art. 1589 Code Civil.

⁸⁰⁶ Cass. vom 28.11.1921, Foro it. 1922, I, 97.

⁸⁰⁷ Zur aktuellen Definition des Vorvertrages nach italienischem Recht vgl. Valentino-Bozzi, S. 107; Trabucchi/Trabucchi, S. 639; Trimarchi, S. 281; Colagrosso, Art. 1351, S. 291; Gabrielli, I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, obbligazioni e contratti, S. 585.

⁸⁰⁸ Cass. vom 28.11.1921, Foro it. 1922, I, 97.

⁸⁰⁹ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 228; Trimarchi, S. 283.

⁸¹⁰ Stefani, S.66.

hung des Konsensualprinzips.⁸¹¹ Der häufigste Grund seines Abschlusses liegt darin, dass die Parteien sich binden möchten, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen aber den endgültigen Vertrag mit sämtlichen Einzelheiten noch nicht schließen können.

Hinsichtlich seiner Funktion stellt der *contratto preliminare* dasselbe dar wie eine „*vendita obbligatoria*“⁸¹², jedoch mit dem Unterschied, dass zum Eigentumsübergang beim *contratto preliminare* ein weiterer Vertragsschluss hinzukommen muss und bei der *vendita obbligatoria* auch ein bloß tatsächliches Ereignis – wie die Kaufpreiszahlung oder die Besitz-einräumung – den Eigentümerwechsel auslösen kann.

2. Wesen und Inhalt des Vorvertrages

Nach traditioneller und auch heute herrschender Auffassung stellt der Vorvertrag einen eigenständigen Vertrag dar, durch den sich eine oder beide Vertragsparteien verpflichten, einen anderen Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen.⁸¹³

Unterschieden wird auch nach italienischem Recht zwischen dem beidseitig und dem einseitig verpflichtenden Vorvertrag.⁸¹⁴ Durch den einseitig verpflichtenden Vorvertrag zu einem Grundstückkauf verpflichtet sich entweder lediglich der eine Vertragspartner zum künftigen Erwerb des Grundstücks oder der andere Vertragspartner zum künftigen Verkauf des Grundstücks.⁸¹⁵

Der Vorvertrag dient der Vorbereitung des eigentlichen Grundstücksgeschäfts, wenn eine oder beide Parteien zu einer sofortigen Vertragsabwicklung noch nicht bereit sind, da dieser noch Hindernisse entgegen stehen.⁸¹⁶

Dies kann der Fall sein, weil der Verkäufer noch nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Gemäß Art. 1478 Abs. 2 geht das Eigentum in diesen Fällen dann automatisch in dem Moment direkt auf den Käufer über, in dem der Verkäufer das Eigentum vom Dritten erlangen würde.⁸¹⁷ Inhalt des Vorvertrages kann daher auch sein, dass der Verkäufer sich verpflichtet, das Eigentum von einem Dritten zu erwerben und es dann auf den Käufer zu übertragen. Zweckmäßig kann der Vorvertrag auch sein, wenn der Bau eines Gebäudes auf dem Grundstück noch nicht fertiggestellt ist.

Bei ländlichen Grundstücken kann die genaue Bestimmung der Grundstücksgrenzen Schwierigkeiten bereiten. Zur Bestimmung der Grenzen des Grundstücks ist oft die Hinzuziehung

⁸¹¹ Vgl. Valentino-Bozzi, S. 110.

⁸¹² So auch ein Teil der jüngeren italienischen Doktrin, vgl. Hinweis bei Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 230.

⁸¹³ Valentino-Bozzi, S. 107; Trabucchi/Trabucchi, S. 639; Trimarchi, S. 281; Colagrosso, Art. 1351, S. 291; Gabrielli, I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, obbligazioni e contratti, S. 585.

⁸¹⁴ Gabrielli, I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari, obbligazioni e contratti, S. 585f.

⁸¹⁵ Trimarchi, S. 284.

⁸¹⁶ Valentino-Bozzi, S. 108.

⁸¹⁷ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., I., 4., a).

von Spezialisten (in der Regel sog. *geometra*, Landvermesser) erforderlich. Darüber hinaus kann es im Einzelfall zeitintensiv sein, bestimmte im Kaufvertrag aufzuführende Urkunden und Nachweise vorzubereiten. Hierzu gehört vor allem der sog. *atto di provenienza*, die Urkunde, mit welcher der Veräußerer selbst zuvor das Kaufobjekt erworben hatte.⁸¹⁸ Weiterhin kann das Beibringen notwendiger bauordnungs- und bauplanungsrechtlicher sowie sicherheits- und steuerrechtlicher Nachweise eine sofortige Vertragsabwicklung verzögern.

Zweckmäßig ist der Abschluss eines Vorvertrages weiterhin insbesondere, wenn der Käufer nicht in der Lage ist, sofort den vollen Kaufpreis zu zahlen oder die Finanzierung des Grundstücks durch die Aufnahme eines Darlehens erfolgt.⁸¹⁹ Üblich in der Praxis ist es, dass vereinbart wird, einen Teil des Kaufpreises mit Abschluss des Vorvertrages zu entrichten und einen weiteren Teil beim Abschluss des Hauptvertrages.⁸²⁰

Hinsichtlich der Anforderungen an die Inhaltsbestimmtheit gilt, dass der Vorvertrag genauso bestimmt sein muss wie der entsprechende Hauptvertrag. Es müssen mithin die *essentialia negotii* zumindest bestimmbar sein.⁸²¹

Bestandteil des Vorvertrages ist regelmäßig eine *caparra confirmatoria* nach Art. 1385 (sog. Draufgabe).⁸²² Die Draufgabe wird in der Regel in Höhe von zehn bis 30 Prozent des Kaufpreises vereinbart.⁸²³ Gemäß Art. 1385 Abs. 1 ist diese Draufgabe bei der Erfüllung des Vertrages zurückzugeben oder auf die geschuldete Leistung anzurechnen.

Bei Nichterfüllung des Vorvertrages durch den Käufer kann der Verkäufer vom Vorvertrag zurücktreten und die Draufgabe behalten, Art. 1385 Abs. 2, S. 1. Alternativ kann der Verkäufer auf Vollzug des Kaufvertrages bestehen und Klage auf Zahlung des Kaufpreises erheben (vgl. Art. 1385, Abs. 3).⁸²⁴

Verweigert der Verkäufer die Erfüllung des Vorvertrages, kann der Käufer nach Art. 1385 Abs. 2, S. 2 vom Vertrag zurücktreten und den doppelten Betrag der Draufgabe zurückverlangen.

Alternativ zur Einbehaltung der Draufgabe bzw. der doppelten Zahlung der Draufgabe können die Parteien gemäß § 1385 Abs. 3 den Weg des „normalen“ Schadensersatzes nach den allgemeinen Bestimmungen wählen.

Wird eine Draufgabe im Vorvertrag vereinbart, so bedeutet dies für den Verkäufer, dass dieser nicht unwiderruflich zur Übertragung des Grundstücks verpflichtet ist. Ihm bleibt die

⁸¹⁸ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., II., 5., b).

⁸¹⁹ Vgl. Bessone-Alpa, S. 506; Dolce/Lösch, Jb. f. it. R., Band 6, 1993, S. 183, 194.

⁸²⁰ Vgl. auch Dolce/Lösch, Jb. f. it. R., Band 6, 1993, S. 183, 194.

⁸²¹ Cian/Trabucchi, Art. 1351 Anm. III, Rn. 5.

⁸²² Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1878, Rn. 19.

⁸²³ Diese Praxis bestätigen auch Dolce, Jb. f. it. R., Band 22, 2010, S. 109, 121; Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1878, Rn. 19.

⁸²⁴ Dauner-Lieb/Heidel/Ring-Tersteegen, Länderberichte, Italien, S. 1878, Rn. 19.

„Hintertür“ der Entrichtung der doppelten Draufgabe bzw. der Entrichtung eines weitergehenden Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach Art. 1385 Abs. 3. Wird eine Draufgabe vereinbart, so bindet der Vorvertrag den Verkäufer folglich nur mittelbar zur Übertragung des Grundstücks, durch den entstehenden wirtschaftlichen Druck.

Ist es Ziel des Käufers, den Verkäufer durch den Vorvertrag unwiderruflich zu binden, sollte eine Draufgabe folglich nicht Inhalt des Vorvertrages sein.

Abzugrenzen ist die *caparra confirmatoria* von der *caparra penitenziale*, welche in Art. 1386 geregelt ist und ebenfalls Inhalt eines Vorvertrages sein kann. Bei der Vereinbarung einer *caparra penitenziale* hat der Leistende das Recht, unter Preisgabe des Geleisteten vom Vertrag zurückzutreten.⁸²⁵ Die *caparra penitenziale* stellt keine Draufgabe dar, sondern eine Art Reuegeld als Preis für den Rücktrittsvorbehalt.⁸²⁶ Weitergehende Schadensersatzansprüche wie im Fall der Vereinbarung einer *caparra confirmatoria* (vgl. Art. 1385 Abs. 3) bestehen hier nicht.

3. Form

Der Vorvertrag muss in derselben Form wie der Hauptvertrag abgeschlossen werden, Art. 1351.⁸²⁷ Bei Grundstückskaufverträgen also zumindest in Schriftform, Art. 1350. Diese Formvorschrift ist zwingender Natur und kann auch nicht durch übereinstimmenden Willen der Parteien umgangen werden.⁸²⁸ In diesem Sinne hat bereits der oberste Gerichtshof formuliert, dass weder das „besiegelte Einverständnis durch einen klaren und unmissverständlichen Handschlag“⁸²⁹ für die Wirksamkeit des Vorvertrages ausreicht, noch eine Bezugnahme oder Verweis in einem schriftlichen Dokument, auf zuvor getroffene mündliche Absprachen, die den genauen Inhalt regelten.⁸³⁰ Ebenso formbedürftig sind Änderungen der *essentialia negotii* des einmal geschlossenen Vorvertrages.⁸³¹

4. Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten

Im Stadium der Vorbereitung des eigentlichen Kaufvertrages kommen in der italienischen Grundstückspraxis im Wesentlichen drei Regelungsinstrumente vor. Neben dem Vorvertrag ist dies der *patto di opzione*, Optionsvertrag sowie vorbereitende Übereinkünfte sog. *puntuazione*.⁸³² Die *puntuazione* haben eine rein vorbereitende Funktion. Die Parteien halten

⁸²⁵ Trimarchi, S. 279.

⁸²⁶ Trimarchi, S. 279.

⁸²⁷ Art. 1351: „Vorvertrag. Ein Vorvertrag ist wichtig, wird er nicht in der gleichen Form errichtet, die das Gesetz für den endgültigen Vertrag vorschreibt.“

⁸²⁸ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1351, Ziff. 1.

⁸²⁹ Cass., 16. Juli 2002, Nr. 10276 in n Arch. Civ., 2003, 531.

⁸³⁰ Cass., 15. November, 1986, Nr. 6738.

⁸³¹ Cass., 10. September 1991, n. 9485; Cass., 25. März 1987, n. 2891.

⁸³² Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

lediglich einige Punkte fest, über die sie sich schon einig geworden sind. Sie binden die Parteien nicht zum Abschluss eines Hauptvertrages, sondern lösen allenfalls vorvertragliche schuldrechtliche Beziehungen aus.⁸³³

Abzugrenzen ist der Vorvertrag zudem von einem privatschriftlichen Kaufvertrag, der die Verpflichtung enthält, nach dessen Abschluss einen notariellen Kaufvertrag mit identischem Inhalt abzuschließen. Hier wird von einem *contratto preliminare improprio* also „unechten Vorvertrag“ gesprochen. In diesem Fall liegt bereits ein „normaler“ privatschriftlicher Hauptvertrag vor, durch den der Eigentümerwechsel stattfindet. Um den Vorvertrag vom Hauptvertrag abzugrenzen, ist daher auf dessen Inhalt abzustellen. Ausschlaggebend dafür, ob ein Vorvertrag oder der definitive Hauptvertrag vorliegt, ist zudem nicht, wie die Parteien den Vertrag nennen, sondern allein dessen Inhalt.⁸³⁴

Eine wichtige Auslegungsregel für den Fall, dass Unklarheit besteht, ob es sich bei einem zum Zwecke des Grundstückskaufs geschlossenen Vertrag um einen Vorvertrag oder einen endgültigen Hauptvertrag handelt, enthält Art. 1368, wonach „*mehrdeutige Klauseln gemäß der am Ort des Vertragsschlusses allgemein beachteten Verkehrsübung*“ auszulegen sind. Im Fall des Grundstückskaufs ist der Abschluss eines Vorvertrages der Regelfall, so dass folglich hier im Zweifel von einem bloßen Vorvertrag auszugehen ist.

5. Vollstreckung des Vorvertrages

Ursprünglich unter der Geltung des CCivile von 1865, als noch Streit über die Rechtsfigur und Wirksamkeit des Vorvertrages bestand, konnte die Verpflichtung zum Abschluss des Kaufvertrages nicht gerichtlich erzwungen werden. Es bestand lediglich eine Schadensersatzpflicht des Vertragsbrüchigen.⁸³⁵ Der Gesetzgeber von 1865 vertrat noch die Ansicht, dass wegen der Willensfreiheit die Willenserklärung zum Abschluss des Hauptvertrages nicht gerichtlich erzwingbar sei.⁸³⁶

Mit dem CCivile von 1942 wurde in Bezug auf die Durchsetzbarkeit des Vorvertrages dann eine grundlegende Änderung eingeführt. Seit Geltung des CCivile ist die Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrages nach folgendem Grundsatz vollstreckbar:

Art. 2932 Abs. 1 regelt, dass sofern eine Partei die Abgabe der Willenserklärung zum Abschluss des Hauptvertrages verweigert, ein Urteil ergehen kann, das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Hauptvertrages „produziert“. Art. 2932, Abs. 1 lautet:

⁸³³ Trimarchi, S. 284.

⁸³⁴ Cian, Trabucchi, Art. 1351, S. 1464.

⁸³⁵ Gabrielli, Il contratto preliminare, S. 11.

⁸³⁶ Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911, mN.

„(Dem Einzelfall entsprechende Vollstreckung der Verpflichtung zum Abschluss des Vertrages.⁸³⁷)

(1) Erfüllt der zum Abschluss eines Vertrages Verpflichtete seine Verbindlichkeit nicht, kann der andere Teil, wenn dies möglich und durch den Rechtstitel nicht ausgeschlossen ist, ein Urteil erwirken, das die Wirkungen des nicht geschlossenen Vertrages erzeugt.“

Die Einführung des Art. 2932 stellt eine der bedeutendsten Änderungen im Vergleich zum Codice Civile von 1865 dar.⁸³⁸ Die systematische Stellung der Vorschrift im Bereich der Zwangsvollstreckungsvorschriften wird in der italienischen Doktrin für unangebracht gehalten.⁸³⁹ Funktional gibt die Regelung dem Gläubiger ein Instrument an die Hand, mit dem er dasselbe wirtschaftliche und rechtliche Ziel erreicht, als wenn der Schuldner vertragsgemäß die Willenserklärung zum Hauptvertragsabschluss abgegeben hätte.⁸⁴⁰ Aus diesem Grund hielt es der Gesetzgeber für opportun, die Vorschrift im Abschnitt der Zwangsvollstreckung unterzubringen.⁸⁴¹

Das Urteil schafft einen Rechtstitel, kraft dessen der geschuldete Vertragsgegenstand von dem bisherigen Eigentümer auf den Berechtigten übertragen wird. Schließen also die Parteien einen Vorvertrag über den Kauf eines bestimmten Grundstücks zu einem bestimmten Preis, kann der Käufer gegen den die Erfüllung verweigernden Verkäufer ein Urteil erwirken, das den Eigentumsübergang auf den Käufer zu dem im Vorvertrag vereinbarten Preis bestimmt.⁸⁴² Soweit der Kaufvertrag selbst dingliche Wirkung erzeugt hätte – wie dies im Regelfall wegen des Konsensualprinzips der Fall ist –, geht durch das Urteil das Eigentum direkt auf den Käufer über.⁸⁴³ Im italienischen Schrifttum wird das Urteil daher fast einhellig als *costitutivo* - konstitutiv bezeichnet.⁸⁴⁴ Es wirkt *ex nunc*.⁸⁴⁵

Aufgrund der Möglichkeit ein solches Urteil zu erwirken, hat letztlich der Vorvertrag für die Parteien definitiven Charakter, denn sie bleiben an die Verpflichtung, den Hauptvertrag zu schließen, unwiderruflich gebunden. Dies erklärt auch, weshalb der Vorvertrag derselben Form wie der Hauptvertrag bedarf.

Statt der dargestellten Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs durch Gestaltungsurteil, kommt es bei Nichterfüllung eines Vorvertrages in der Praxis häufig dennoch nur zu Schadensersatzansprüchen. Dies hat folgenden Hintergrund:

Ein Gestaltungsurteil scheidet in der Praxis oft daran, dass der Vorvertrag nicht alle für den Hauptvertrag zwingend vorgeschriebenen Mindestangaben enthält. Zwar muss der Vorvertrag

⁸³⁷ Amtliche Überschrift.

⁸³⁸ Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911.

⁸³⁹ Vgl. Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911, mN.

⁸⁴⁰ Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911.

⁸⁴¹ Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911, mN.

⁸⁴² Trimarchi, S. 282.

⁸⁴³ Bessone-Di Majo, S. 573; Trabucchi/Trabucchi, S. 641.

⁸⁴⁴ Vgl. Perlingieri-Villella, CCivile, Art. 2932, S. 911, m.N.

⁸⁴⁵ Vgl. Cass., 21.01.2000, n. 64 in RFI, 2000, voce Contratto in genere, n. 529.

nicht notwendigerweise sämtliche Regelungen enthalten, die typischerweise erst der Hauptvertrag enthält – wie etwa die Art der Zahlungsweise des Kaufvertrages. Das Fehlen von Einzelheiten des Vertrages verhindert nicht automatisch das Ergehen eines Urteils im Sinne des Art. 2932, wenn die Vertragslücken durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden können.⁸⁴⁶ Wenn die *essentiali negotii* hingegen nicht bestimmt und unbestimmbar sind, ist der Vorvertrag gemäß Art. 1418, S. 2 i.V.m. Art. 1325 nichtig.⁸⁴⁷ Insoweit würde es dem Prinzip der Privatautonomie zuwiderlaufen, wenn der Parteienwille durch Richterspruch ersetzt werden könnte.⁸⁴⁸

6. Möglichkeit der Eintragung von Vorverträgen in das Immobilienregister

Der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages ist rein schuldrechtlicher Natur. Bis zum Abschluss des Hauptvertrages bleibt der Verkäufer daher in jedem Falle Eigentümer des Grundstücks. Folge ist, dass er in der Zwischenzeit weiterhin als Berechtigter über das Grundstück verfügen kann.

Schließt der Eigentümer einen Kaufvertrag mit einem Dritten ab, und lässt dieser sein Eigentum im Immobilienregister eintragen, kann der aus dem Vorvertrag Berechtigte hiergegen nichts unternehmen; ihm bleibt der Eigentumserwerb verwehrt.⁸⁴⁹ Gleiches gilt, wenn der Eigentümer einen zweiten Vorvertrag mit einem Dritten abschließt, in welchem er sich ebenfalls zum Abschluss eines Kaufvertrages verpflichtet.

Um die geschilderte Situation zu vermeiden und den Vertragspartner, der mit dem Eigentümer einen Vorvertrag zu einem Grundstückskauf getroffen hat, zu schützen, hat der italienische Gesetzgeber im Jahre 1997 eine wichtige Reform im Grundstücksrecht durchgeführt. Eingeführt wurde Art. 2645-*bis*,⁸⁵⁰ nach welchem die Möglichkeit besteht, Vorverträge im Immobilienregister eintragen zu lassen.⁸⁵¹ Hiermit hat der italienische Gesetzgeber ein wichtiges Sicherungsinstrument für den potentiellen Grundstücks Käufer eingeführt.

Art. 2645-*bis* Abs. 1 bestimmt:

„(Eintragung von Vorverträgen.⁸⁵²) Vorverträge, die den Abschluss eines der Verträge in Art. 2643 Nr.1 bis 4 zum Gegenstand haben, sind, auch wenn sie einer Bedingung unterliegen oder sich auf erst zu errichtende oder im Bau befindliche Gebäude beziehen, einzutragen, wenn sie aus einer öffentlichen Urkunde oder einer Privaturkunde mit beglaubigter oder gerichtlich festgestellter Unterschrift hervorgehen.“

⁸⁴⁶ Vgl. Cass. n. 2001/81.

⁸⁴⁷ Vgl. Cass. n. 9732/92; Cian/Trabucchi, Art. 1351, Anm. III, Rn. 5.

⁸⁴⁸ Trimarchi, S. 283.

⁸⁴⁹ Trimarchi, S. 283.

⁸⁵⁰ Eingeführt mit *Decreto Legge* 31.12.1996, n. 669, convertito in *Legge* 28.2.1997, n. 30; veröffentlicht in *Gaz. uff.* 1.3.1997, n. 50.

⁸⁵¹ Vgl. Trimarchi, S. 552.

⁸⁵² Amtliche Überschrift.

Weiter bestimmt Abs. 2:

„Die Eintragung des endgültigen Vertrages oder einer anderen Rechtshandlung, die sich in irgendeiner Weise als Durchführung eines der im ersten Absatz vorgesehenen Vorverträge darstellt oder eines Urteils, das dem Anspruch auf Einwirkung der Vollstreckung der vorgenannten Vorverträge in besonderer Form stattgibt, hat den Vorrang gegenüber Eintragungen und Einschreibungen, die gegen den zur Veräußerung Verpflichteten nach der Eintragung des Vorvertrags durchgeführt werden.“

Die Einführung der Norm erfolgte vor dem Hintergrund, Käufern, insbesondere von sich noch in der Errichtung befindenden Immobilien, ein Sicherungsmittel zur Seite zu stellen.⁸⁵³

Die Norm begründet wie beim eigentlichen Grundstückskaufvertrag keinen Eintragungszwang. Die Eintragung erfolgt wie beim Kaufvertrag freiwillig.

Die Funktion der Eintragung liegt vielmehr ähnlich wie bei der Eintragung des Kaufvertrags in der „Drittwirkung“ des Rechtsgeschäfts. Weitere Verfügungen des Verkäufers, die dieser vertragswidrig nach Abschluss eines Kaufvorvertrages zugunsten Dritter trifft, können nicht mehr zum Nachteil des Vorvertragspartners gelten, Art. 2645-bis Abs. 2. Nach Art. 2645-bis, Abs. 2 führt die Eintragung des Vorvertrages dazu, dass beim künftigen Abschluss des Hauptvertrages dem Erwerber gegenüber alle nach der Eintragung des Vorvertrages erfolgten nachteiligen Verfügungen unwirksam sind.⁸⁵⁴ Wird die Eintragung des endgültigen Kaufvertrages später durchgeführt, so wirkt diese rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Eintragung des Vorvertrages.⁸⁵⁵

Die Eintragung wirkt daher wie eine Art „Reservierung“ (*prenotazione*)⁸⁵⁶. Mit der Eintragung wird der Moment „antizipiert“, in dem das Recht des Käufers gegenüber Dritten wirksam wird⁸⁵⁷ und der Verkäufer verliert im Zeitpunkt der Eintragung des Vorvertrages materiell-rechtlich seine Verfügungsbefugnis über das Grundstück.⁸⁵⁸

Im Falle der Insolvenz des Veräußerers hat die Registrierung des Vorvertrages für den Erwerber den Vorteil, dass ihm bezüglich seiner üblicherweise im Rahmen des Vorvertrages geleisteten Anzahlung⁸⁵⁹ gemäß Art. 2775-bis ein besonderes Vorzugsrecht (*privilegio*) gegenüber anderen Gläubigern des Veräußerers am Kaufobjekt zusteht.

Diese Wirkungen der Eintragung des Vorvertrages sind auf ein Jahr ab dem Datum, welches die Parteien für den Abschluss des Hauptvertrages vorgesehen haben, beschränkt, Art. 2645-bis, Abs. 3. In jedem Falle entfaltet die Eintragung des Vorvertrages ihre Wirkung maximal bis zu drei Jahren seit Zustandekommen des Vorvertrages, Art. 2645-bis, Abs. 3. Kommt es

⁸⁵³ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 231.

⁸⁵⁴ Galgano, Trattato di diritto civile, S. 287; Chianale, S. 62.

⁸⁵⁵ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 231.

⁸⁵⁶ Chianale, S. 62; Trimarchi, S. 552.

⁸⁵⁷ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 230.

⁸⁵⁸ Luminoso, S. 36; Chianale, S. 51.

⁸⁵⁹ Vgl. zu den „Anzahlungsmöglichkeiten“ die als Inhalt eines Vorvertrages in Betracht kommen Abschnitt: Teil 1, D., V., 2.

innerhalb dieser Fristen nicht zur Eintragung des Hauptvertrages oder einer Klage auf Erfüllung des Vertrages (Art. 2652 Nr. 2), so entfällt die Sicherungswirkung *ex tunc*.

Die Eintragung des Vorvertrages im Immobilienregister setzt wie bei der Eintragung eines Kaufvertrages dessen notarielle Beurkundung oder zumindest die Beglaubigung der Unterschriften eines privatschriftlichen Vorvertrages voraus, vgl. Art. 2645-*bis*, S. 1. Mit der Eintragung des Vorvertrages entstehen nicht unerhebliche Transaktionskosten, weshalb in der Praxis die Eintragung des Vorvertrags nicht sehr häufig durchgeführt wird, sondern der Käufer es darauf beruhen lässt, lediglich den Hauptvertrag eintragen zu lassen.⁸⁶⁰

Wird die Eintragung unterlassen und es kommt tatsächlich zum Fall der Mehrfachveräußerung durch den Verkäufer, haben die potentiellen Erwerber eine verbleibende Möglichkeit, die Realisierung des Erwerbs des Grundstücks zu erreichen: Es kann Klage auf Abschluss des Hauptvertrages erhoben werden und diese Klage sodann im Immobilienregister eingetragen werden. Die grundsätzliche Möglichkeit der Eintragung von Klagen, die ein Recht an einem Grundstück betreffen, ist bereits erörtert worden.⁸⁶¹

Ergeht das Urteil zugunsten des Klägers, so wirkt es auf den Zeitpunkt der Eintragung der Klage zurück und geht den nach Eintragung der Klage vorgenommenen Eintragungen von Rechten vor, so dass ein zwischenzeitlicher Erwerb durch einen Dritten verhindert wird, Art. 2652 Nr. 2.

VI. Der *contratto di opzione* – Optionsvertrag

Eine weitere Vertragsart, die im italienischen Grundstücksrecht neben dem Vorvertrag eine wichtige Rolle spielt und vom Vorvertrag abzugrenzen ist, ist der Optionsvertrag.

1. Rechtsnatur und Inhalt

Der Optionsvertrag ist im italienischen Recht ausdrücklich im Teil des allgemeinen Schuldrechts in Art. 1331 geregelt. Art. 1331 Abs. 1 lautet:

„Optionsrecht. Vereinbaren die Parteien, dass eine von ihnen an die eigene Erklärung gebunden bleibt und die andere die Wahl hat, sie anzunehmen oder nicht, gilt die Erklärung der Partei, die an ihre Erklärung gebunden bleiben soll, als unwiderruflicher Antrag mit den in Art. 1329 genannten Wirkungen.“

Durch einen Optionsvertrag wird mithin einer Partei ein Optionsrecht eingeräumt, das Angebot der anderen Partei, die dieses verbindlich abgibt, anzunehmen oder nicht.⁸⁶²

Nach italienischem Recht kann ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages grundsätzlich solange widerrufen werden, bis der Vertrag durch Annahme des anderen Vertragspartners

⁸⁶⁰ Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 232.

⁸⁶¹ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., II., 4., d).

⁸⁶² Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104; Valentino-Bozzi, S. 283.



zustande kommt, vgl. Art. 1328, S. 1. Die Möglichkeit der Abgabe eines unwiderruflichen Angebots ist daher im CCivile in Art. 1329 ausdrücklich als eigene Rechtsfigur geregelt.

Die vertragliche Einräumung eines Optionsrechts hat gemäß Art. 1331, S. 1 dieselbe Wirkung und Funktion wie die eines unwiderruflichen Angebots nach Art. 1329, S. 1.⁸⁶³

Aus der Gleichstellung der Option mit dem unwiderruflichen Angebot hinsichtlich der Wirkungen darf indes nicht geschlossen werden, dass es sich bei beiden um ein und dasselbe handle.⁸⁶⁴ Insbesondere der Wortlaut des Art. 1331 hat in der italienischen Literatur den Streit um die rechtliche Qualifikation des Optionsvertrages provoziert.⁸⁶⁵

Teils wird der Optionsvertrag als unwiderrufliches Angebot gemäß Art. 1329, teils als einseitiger Vorvertrag, teils als bedingter Vertrag, teils als Einigung über die Unwiderruflichkeit eines Angebots und teils als vertraglicher Verzicht auf den Widerruf eines Angebots eingestuft.⁸⁶⁶ Insbesondere die Unterscheidung vom unwiderruflichen Angebot nach Art. 1329 ist umstritten.

Diese Streitfrage ist nicht nur theoretischer Natur, denn die Einstufung macht einen praktischen Unterschied. Beispielsweise zeigt sich dies daran, dass die Ausübung des Optionsrechts im einen Fall die (mögliche formbedürftige) Annahme eines Angebots darstellt, im anderen Falle dagegen die (formlos gültige) Erklärung, dass die Wirkungen des Vertrages eintreten sollen.

Die herrschende Meinung in der italienischen Literatur und die Rechtsprechung unterscheidet den Optionsvertrag klar vom unwiderruflichen Angebot nach Art. 1329 und nimmt folgende Stellung ein:

Der Optionsvertrag „produziert“ zwar zulasten des Optionsgebers dieselben Wirkungen, wie das unwiderrufliche Angebot nach Art. 1329, jedoch mit dem Unterschied, dass das „Angebot“ des Optionsgebers auch dann wirksam und unwiderruflich bleibt, wenn keine Frist für die Ausübung der Option bestimmt wurde.⁸⁶⁷

Tatsächlich ist es so, dass für den Fall, dass im Optionsvertrag keine Frist für die Ausübung des Optionsrechts vereinbart wurde, Art. 1331 Abs. 2 vorsieht, dass diese im Streitfall durch den Richter festgesetzt werden kann. Der Richter orientiert sich hierbei an der regelmäßigen 10-jährigen Verjährungsfrist und setzt daher grundsätzlich eine Ausübungsfrist von 10 Jahren fest.⁸⁶⁸ Beim unwiderruflichen Angebot nach Art. 1329 bedarf es hingegen stets der Bestimmung einer Frist, innerhalb derer das Angebot bindend ist. Wird es innerhalb dieser Frist nicht angenommen, ist es ab dem Zeitpunkt, zu dem die Frist abläuft wieder widerruflich.

⁸⁶³ Valentino-Bozzi, S. 287.

⁸⁶⁴ Henrich, S. 51.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu auch Cian/Trabucchi, Art. 1351, Anm. II Rn. 1.

⁸⁶⁶ Siehe hierzu Henrich, S. 54-67.

⁸⁶⁷ Vgl. Cass., 5. Juni 1987, n. 4901; Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104ff.

⁸⁶⁸ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.



Der herrschenden Meinung folgend besteht der Unterschied der beiden Rechtsfiguren also darin, dass das Optionsrecht durch einen Vertrag eingeräumt wird.⁸⁶⁹ Zudem ist das Optionsrecht im Gegensatz zum unwiderruflichen Angebot auch wirksam, wenn keine Frist für dessen Ausübung bestimmt wurde.

Mit der bloßen Annahme durch den Optionsberechtigten kommt der Kaufvertrag zustande, ohne dass es weiterer Willenserklärungen bedarf.⁸⁷⁰ Daraus folgt, dass die Option im Optionsvertrag inhaltlich so bestimmt sein muss, dass bei Annahme des Angebots über den gesamten Inhalt des Vertrages Klarheit herrscht. Der Optionsvertrag muss daher alle Bestimmungen enthalten, die später im Hauptvertrag enthalten sein sollen.⁸⁷¹ Dazu zählen nicht nur die *essentialia negotii*, sondern sämtliche Vertragsbestimmungen.⁸⁷² Dies beruht darauf, dass der Optionsberechtigte den Hauptvertrag *ex nunc* durch das bloße Bestätigen seines Abschlusswillens zustande bringen kann, ohne dass es weiterer Erklärungen der anderen Vertragspartei bedarf.⁸⁷³

Nimmt der Optionsberechtigte die Option nicht bedingungslos an, sondern gibt ein vom Inhalt der Option abweichendes Angebot zum Abschluss des Hauptvertrages ab, so kommt der Hauptvertrag erst dann – und unter den geänderten Bedingungen – zustande, wenn der Optionsgeber das geänderte Angebot annimmt.⁸⁷⁴

Häufiger Vertragsinhalt ist bei der Option eine Vereinbarung, nach der sich der Optionsberechtigte zur Zahlung eines bestimmten Betrages an den Optionsgeber als Gegenleistung für das Einräumen des Optionsrechts verpflichtet.⁸⁷⁵

Wirksamer Inhalt des Optionsvertrages kann auch die Option auf Abschluss eines Vorvertrages zu einem Grundstückskaufvertrag sein.⁸⁷⁶ Umgekehrt kann auch ein Vorvertrag auf Abschluss eines Optionsvertrages geschlossen werden. Insoweit besteht weitgehende Privatautonomie.⁸⁷⁷

2. Abgrenzung vom einseitigen Vorvertrag

Abzugrenzen ist der Optionsvertrag vom einseitig verpflichtenden Vorvertrag, durch den sich nur eine Vertragspartei zum Abschluss des Hauptvertrags verpflichtet. Beiden Rechtsfiguren ist gemein, dass jeweils eine Vertragspartei das Recht hat, den Hauptvertrag zustande kom-

⁸⁶⁹ Valentino-Bozzi, S. 287; Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 203.

⁸⁷⁰ Cass., 29.10.1993, n. 10777; Cass., 28.04.1983, n. 2908.

⁸⁷¹ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 205; Cass., 29.10.1993, n. 10777.

⁸⁷² Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

⁸⁷³ Cass., 6.11.1996, n. 9675.

⁸⁷⁴ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

⁸⁷⁵ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

⁸⁷⁶ Cass., 25. Oktober 1978, n. 4870.

⁸⁷⁷ Cass., 25. Oktober 1978, n. 4870.



men zu lassen, jedoch nicht hierzu verpflichtet ist.⁸⁷⁸ Mit dem Vorvertrag hat der Optionsvertrag darüber hinaus gemeinsam, dass der Optionsgeber ebenso nicht an der zwischenzeitlichen Verfügung über das Grundstück gehindert ist, da er dinglich Berechtigter bleibt, bis der Kaufvertrag zustande kommt. Veräußert der Proponent die Sache an einen Dritten, so haftet er dem Optionsberechtigten nur auf Schadensersatz.⁸⁷⁹

Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Rechtsfiguren ist, dass der Optionsvertrag schon ein „definitiver“ Hauptvertrag ist, dessen Wirkungen sich entfalten, sobald der Optionsberechtigte die Ausübung der Option bestätigt. Der einseitig verpflichtende Vorvertrag verpflichtet hingegen nur zum Abschluss eines zukünftigen „definitiven“ Hauptvertrages.⁸⁸⁰

3. Form des Optionsvertrages

Der Optionsvertrag bedarf derselben Form wie der beabsichtigte Hauptvertrag.⁸⁸¹ Ebenso bedarf die Ausübung der Option der Form des Hauptvertrages, da sie unmittelbar den Hauptvertrag begründet.⁸⁸² Der Optionsberechtigte muss demnach die Bestätigung des Hauptvertrages zumindest schriftlich erklären. Darüber hinaus bedürfen jegliche Änderungen des Optionsvertrages ebenso der Form, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt.⁸⁸³ Dies erklärt sich daraus, dass die Änderung des Optionsvertrages einer Änderung des Hauptvertrages gleichkommt, da der Hauptvertrag durch Bestätigung des Optionsberechtigten sodann in der geänderten Fassung des Optionsvertrages zustande kommt.

⁸⁷⁸ Valentino-Bozzi, S. 293.

⁸⁷⁹ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

⁸⁸⁰ Cass., 26. März 1997, n. 2692.

⁸⁸¹ Galgano, Commentario breve al Codice Civile, Art. 1331, S. 1104.

⁸⁸² Cass., 11. Oktober 1986, n. 5950; Cass., 13. Dezember 1994, n. 10649.

⁸⁸³ Cass., 12. Dezember 2002, n. 17737.

2. Teil: Rechtsvergleich – wertende Betrachtung der nationalen Regelungskomplexe des entgeltlichen Grundeigentumserwerbs

Neben der Verdeutlichung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der dargestellten Systeme der Übertragung des Grundeigentums, ist es Ziel dieses Abschnitts zu entscheiden, welches dieser Systeme in Teilen oder im Ganzen den Vorzug verdient. Die Kriterien für die Bestimmung des „besten“ Grundeigentumsübertragungssystems wurden einleitend bereits genannt: Die Grundsätze, an denen sich die Frage nach dem am besten geeigneten System in erster Linie orientieren wird, sind die der Rechtssicherheit, -klarheit, Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit. Neben den Individualinteressen der Parteien der Grundeigentumsübertragung, denen im Rahmen der Abwägung Priorität beigemessen werden wird, sind bei der Bewertung der Systeme die Interessen solcher Dritter, die auf irgendeine Weise näher von der Grundeigentumsübertragung tangiert werden können sowie die Interessen des Staates zu berücksichtigen.

A. Form des Grundstückskaufvertrages

Zunächst sind die herausragenden Unterschiede hinsichtlich des Grundstückskaufvertrages zu bewerten. Hinsichtlich der vorgeschriebenen Form des Grundstückskaufvertrages könnte der Unterschied zwischen den untersuchten Rechtsordnungen nicht größer sein. Während Spanien mit der Möglichkeit des rein mündlichen Vertrages die Privatautonomie in diesem Punkt grenzenlos gewährt,⁸⁸⁴ muss in Deutschland die notarielle Beurkundung zur Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages vorgenommen werden.⁸⁸⁵ Der italienische Gesetzgeber lässt, anders als der deutsche, den Parteien die Wahl, ob sie einen notariellen Kaufvertrag oder einen rein privatschriftlichen schließen.⁸⁸⁶ Im Vergleich zu Spanien und Deutschland nimmt Italien im Hinblick auf die Formstrenge mithin eine Mittelposition ein.

I. Formfreier Abschluss des Grundstückskaufvertrages nach spanischem Recht

In der spanischen Zivilrechtsordnung sind zwingende Formvorschriften im Gegensatz zur deutschen die absolute Seltenheit. Der spanische Gesetzgeber gewährt traditionell größtmögliche Parteiautonomie auch im Hinblick auf die Abschlussfreiheit. Zwingende Formvorschriften finden sich daher im Código Civil nur sehr vereinzelt.⁸⁸⁷ Wichtiges Beispiel ist die zwin-

⁸⁸⁴ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., I., 1.

⁸⁸⁵ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, B., II.

⁸⁸⁶ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., I., 1.

⁸⁸⁷ Lacruz Berdejo, Derecho de obligaciones, S. 409.

gend vorgeschriebene Form der notariellen Beurkundung der Schenkung von Grundstücken, vgl. Art. 633 CC.

Die Möglichkeit rein mündlicher Vertragsabschlüsse geht in Spanien wie in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen auf den Einfluss der herrschenden christlichen Religion zurück.⁸⁸⁸ Die Möglichkeit eine vertragliche Bindung allein durch den geäußerten Willen wirksam zustande zu bringen, wurde von den kanonischen Juristen (13. Jhd.) unter Berufung auf das Jesuswort „*Eure Rede sei ja ja nein nein; und was darüber ist, das ist von Übel*“⁸⁸⁹ anerkannt. Dieser Einfluss der christlichen Religion war es auch, der in der Zeit des kanonischen Rechts (13. Jhd.) zu dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* führte.⁸⁹⁰ Den berühmten „Edelmannfall“ des Reichsgerichts⁸⁹¹ hätten die Kanonisten unter Heranziehung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* daher anders entschieden. In dieser wegweisenden Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1927 wurde der mündlich geschlossene Kaufvertrag über ein Grundstück unter Anwendung der Formvorschrift des § 313, S. 1 BGB a.F. für nichtig erklärt. In Übereinstimmung mit der damals vom Reichsgericht aufgehobenen Entscheidung der Vorinstanz hätten die Kanonisten das Rechtsgeschäft als wirksam angesehen, da sie die Erklärung der Ungültigkeit des mündlich geschlossenen Rechtsgeschäfts ebenfalls als „*Verstoß gegen Treu und Glauben und das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*“⁸⁹² angesehen hätten.

In Spanien war es ursprünglich ebenso der Einfluss der christlichen Religion, der die einst herrschende Sozialmoral hinsichtlich der Einhaltung des bloßen Wortes hervorbrachte und die Entscheidung des Gesetzgebers von 1888/89 für das Festhalten an der Formfreiheit beeinflusste. Der Einfluss des französischen Code Civils, in welchem die Vertragsfreiheit eines der Leitprinzipien darstellte,⁸⁹³ und der aufblühende Liberalismus gegen Ende des 19. Jhd. bestärkten den spanischen Gesetzgeber in der Beibehaltung der weitreichenden Formfreiheit.

Diese Sozialmoral hat sich jedoch gewandelt. In der heutigen Rechtswirklichkeit halten sich immer weniger Personen an moralische Grundsätze, insbesondere wenn hohe Vermögenswerte auf dem Spiel stehen. Gewinnstrebendes Denken hat auch in Spanien in den meisten Teilen der Gesellschaft die Grundsätze der Moral besiegt. Bei vermögensrelevanten Grundstücksgeschäften dürfte sich kaum noch jemand bereit erklären, nur der Ehre und der Einhaltung des versprochenen Wortes Willens auf den Vollzug eines Geschäfts zu verzichten, das sich nach dessen mündlichen Abschluss als wirtschaftlich nachteilig herausstellt. Dies mag lediglich

⁸⁸⁸ Hase, S. 44.

⁸⁸⁹ Matthäus 5, 37 in der Lutherübersetzung, vgl. ausführlich Nanz, S. 46ff.

⁸⁹⁰ Hase, S. 44f.

⁸⁹¹ Reichsgerichtsentscheidung vom 21.05.1927, RGZ 117, 121.

⁸⁹² So das vom RG aufgehobene Berufungsgericht, RGZ 117, 121, 123.

⁸⁹³ Vgl. Portale, S. 84.

noch dann vorkommen, wenn sich Geschäftspartner persönlich kennen und besonders nahe stehen.

Aus diesen Gründen ist das Festhalten des spanischen Gesetzgebers an dem Grundsatz der Formfreiheit zu kritisieren. Der Schutz der Vertragsschließenden vor Übereilung sowie vor einem möglichen Vertragsbruch durch den Vertragspartner ist höher einzustufen, als die grundsätzlich zu befürwortende größtmögliche Vertragsfreiheit.

Interessanter Vergleichsaspekt hinsichtlich der Einhaltung des bloßen Wortes ist eine nach deutschem Recht geregelte Besonderheit: Es existiert sogar eine ausdrückliche Bestimmung, nach der die Berufung auf das „Ehrenwort“ zur Nichtigkeit des Vertrages führt. Die handelsrechtliche Norm des § 74 a Abs. 2, S. 2, 2. Alt. HBG bestimmt, dass ein Wettbewerbsverbot nichtig ist, wenn der Handlungsgehilfe es unter Ehrenwort (eidlich oder auch unter einer eidesstattlichen Versicherung) verspricht.⁸⁹⁴ Hierdurch wollte der deutsche Gesetzgeber verhindern, dass die Ehre in vermögensrechtlichen Beziehungen zugunsten anderer verwendet wird.⁸⁹⁵

Ein mündlicher Kaufvertrag kann im Übrigen beweisrechtlich problematisch sein. Wird ein rein mündlicher Kaufvertrag geschlossen, kann die eine von der anderen Partei im Nachhinein zwar nach spanischem Recht stets den Abschluss eines inhaltlich entsprechenden notariellen Kaufvertrages verlangen, vgl. Art. 1279 CC. Die Partei, die sich auf ihr Recht zur Durchführung der Beurkundung gegenüber der Gegenpartei beruft, muss jedoch das Bestehen des mündlichen Vertrages nachweisen, um ihr Recht auf die Beurkundung durchsetzen zu können.

Die Gefahren der grenzenlosen Vertragsautonomie durch die Vertragsformfreiheit von Grundstückskaufverträgen werden auch nicht durch das zum Zwecke des Verbraucherschutzes eingeführte Königliche Dekret Nr. 515 vom 21.04.1989⁸⁹⁶ gänzlich abgemildert. Mit der Schaffung des Dekrets wurden zwar Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers eingeführt, die den Unternehmer verpflichten, dem Verbraucher die Bedeutung der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrages zu erläutern, vgl. Art. 5, Nr. 4 des Dekrets. Diese verbraucherschützenden Regelungen gelten jedoch nur für den Kauf von Immobilien, die ausschließlich Wohnzwecken dienen und die von Unternehmern an Verbraucher verkauft werden (vgl. Art. 1 des Dekrets). Der spanische Gesetzgeber hat somit zwar dem klassischen Fall der Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher, in dem wegen seiner sozialen Bedeutung wichtigen Fall des Erwerbs einer Wohnimmobilie, Rechnung getragen. Für Verbraucher untereinander findet die Regelung jedoch ebensowenig Anwendung, wie für den

⁸⁹⁴ MüKo-Hoyningen-Huene zum HGB, § 74 a, Rn. 28.

⁸⁹⁵ RGZ 78, 260.

⁸⁹⁶ Veröffentlicht in BOE v. 17.05.1989.

Kauf einer Immobilie, die nicht lediglich Wohnzwecken dient. Auch in den zuletzt genannten Fällen kann jedoch ein Verhandlungsungleichgewicht vorkommen und dem Formzwang mit seinen Schutzfunktionen daher erhebliche Bedeutung zukommen. Die Formfreiheit von Grundstückskaufverträgen nach spanischem Recht ist nach alledem abzulehnen.

II. Privatschriftlichkeit und Beurkundungspflicht

Fraglich ist, ob der Beurkundungszwang essentiell für den Schutz der Kaufvertragsparteien oder unnötiger Aufwand- und Kostenfaktor ist.

Die Möglichkeit des formwirksamen Abschlusses eines privatschriftlichen Kaufvertrages über Grundstücke besteht sowohl in Spanien als auch in Italien. Dem Warn- und Übereilungsschutz als grundlegende Funktion des Formzwanges kann auch die rein privatschriftliche Form grundsätzlich gerecht werden. Zumindest verbindet der juristische Laie mit der Schriftform die Vorstellung, dass mit seiner Unterschrift die Sphäre unverbindlichen Handelns verlassen wird und er sich auf irgendeine Art rechtlich bindet. Zur Erreichung dieses konkreten Formzweckes allein bedürfte es daher noch nicht zwingend der notariellen Beurkundung. Es müssten also weitere Gründe für einen Beurkundungszwang sprechen.

Dem Grundeigentum kommt eine erhebliche soziale und wirtschaftliche Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit zu. Aus diesem Grunde hat der deutsche Gesetzgeber es für notwendig erachtet, die Privatautonomie der Parteien insoweit einzuschränken, dass Grundstückskaufverträge zwingend notariell zu beurkunden sind.⁸⁹⁷ Für wie elementar der deutsche Gesetzgeber die Funktionen der notariellen Beurkundung hält, zeigt sich durch die angeordnete scharfe Sanktion der Nichtigkeit bei Nichteinhaltung der notariellen Form. Mit der Sanktion der Nichtigkeit will der Gesetzgeber die Parteien zur Einhaltung der Form zwingen.

Gegen die Beurkundungspflicht wird bisweilen angeführt, dass die Beurkundung für den Grundstückserwerber zusätzliche, hohe Kosten verursache. Dieser Vorwurf ist auf den ersten Blick nicht unbegründet. Das Kostenargument ist letztlich auch nicht unbeachtlich für den gesamten Rechtsverkehr. Auch aus ökonomischer Sicht sind Anforderungen an ein Eigentumsübertragungssystem zu stellen, denn grundsätzlich sollte ein ideales Eigentumsübertragungssystem den freien Transfer von Eigentum möglichst ungehindert zulassen und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Parteien nur soweit wie notwendig beschränken.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ Staudinger-Hertel, Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB, Rn. 2.

⁸⁹⁸ Vgl. insbesondere zu ökonomischen Aspekten der unterschiedlichen Grundeigentumsübertragungssysteme Europas, Krimphove, Das europäische Sachenrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse nach der komparativen Institutionenökonomik.

1. Kostenargument

Die Gebühren des Notars richten sich nach dem Geschäftswert, § 18 Abs. 1 KostO. Der Geschäftswert bestimmt sich gemäß § 20 Abs. 1 KostO nach dem Kaufpreis des Grundstücks. Die Höhe der Gebühren richtet sich nach § 32 KostO. Gemäß § 36 Abs. 2 KostO wird für die notarielle Beurkundung des Grundstückkaufvertrages das Doppelte der vollen Gebühr erhoben, zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer und der Auslagen des Notars.

Danach beträgt beispielsweise bei einem Grundstückskaufpreis von 300.000 Euro die Beurkundungsgebühr des Notars 1.014 Euro (zuzüglich Mehrwertsteuer und Auslagen). Die Beurkundungsgebühr deckt dabei die umfassende Beratung durch den Notar, die Entwurfsfertigung, die Beurkundung im engeren Sinn, sowie die Durchführung des Kaufvertrages ab.

Wie im Folgenden noch verdeutlicht werden wird, stellen die durch die Beurkundung entstehenden höheren Transaktionskosten jedoch Elemente der Qualitätssicherung dar. Die mit dem Beurkundungszwang verbundene Beratung und Belehrung führen zu einer verbesserten Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Kaufverträge und Auflassungen und den auf diesen beruhenden Eintragungen.⁸⁹⁹ Aus diesem Grunde sind die mit der Beurkundung verbundenen Kosten betriebs- und volkswirtschaftlich gerechtfertigt.⁹⁰⁰

Im Übrigen sind die Kosten, die in Deutschland durch die Beurkundungs- und Registerpflicht entstehen im Verhältnis zu den insgesamt bei Immobilientransaktionen anfallenden Kosten, wie insbesondere Steuern und Maklerkosten, verhältnismäßig gering. Dies wird durch die Auswertung der Ergebnisse zweier jüngerer Studien deutlich.

a) „ZERP-Studie“

Die Europäische Kommission stellte im Jahr 2008 eine Studie über die Kostenstruktur im Bereich der Grundstückstransaktionen vor.⁹⁰¹ Mit der Durchführung dieser Studie zu „Immobilienübertragungsdienstleistungen“ hatte die Kommission das Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen mit Unterstützung des ‚Instituts für höhere Studien in Wien‘ beauftragt. Ziel dieser sog. „ZERP-Studie“ war es, einen Systemvergleich zwischen den einzelnen Notariatssystemen im Zusammenhang mit Grundstückstransaktionen durchzuführen. Es sollte ein wissenschaftlicher Beleg eines unmittelbaren kausalen Zusammenhangs zwischen Art und Umfang der Regulierung bei den mit der Durchführung einer Grundstücksübertragung betrauten freien Berufen einerseits und der Höhe der dafür von dem Verbraucher zu zahlenden Kosten andererseits erbracht werden. Die Studie unterschied zwischen vier verschiedenen Notariatssystemen: Dem kontinentaleuropäischen System mit latei-

⁸⁹⁹ Tiedke, Rn 8.

⁹⁰⁰ Tiedke, Rn 8.

⁹⁰¹ Einsehbar unter: http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html (zuletzt abgerufen am 02.08.2011).

nischem Notariat, dem deregulierten niederländischen Notariatssystem, dem unter anderem in England und Irland vorherrschenden „Anwaltssystem“ und dem skandinavischen System, in dem Grundstücksmakler neben der Grundstücksvermittlung auch die rechtliche Abwicklung von Grundstückstransaktionen übernehmen.⁹⁰²

Die Studie beschränkte sich auf die Untersuchung der mit der Durchführung von Grundstücksübertragungen in Europa betrauten Rechtsberufe und der von diesen dafür in Rechnung gestellten Kosten und Gebühren. Die Studie sollte ursprünglich dazu dienen, aufzuzeigen, dass eine höhere Regulierung der Grundstückstransaktionen, beispielsweise durch eine Beurkundungspflicht sowie die starke Regulierung des Notariatssystems zu höheren Kosten für den Grundstückserwerber führen. Berücksichtigt wurden hierbei in erster Linie die Kosten, die durch die Beratung und Belehrungstätigkeit des Notars entstehen.

Die genaue Analyse der Ergebnisse der Studie bestätigte jedoch das Gegenteil des vor Beginn der Studie vermuteten Ergebnisses: Das deutsche System wurde als das mit dem am stärksten regulierten Notariatssystem bewertet, stellte sich aber im Ergebnis für den Erwerber im Durchschnitt als kostengünstiger heraus als deregulierte Transaktionssysteme wie die Englands und der Niederlanden.⁹⁰³ Folgendes entscheidendes weiteres Ergebnis brachte die Studie:

Nach den Ergebnissen der Studie macht der Preis für die rechtliche Betreuung der Immobilientransaktionen durch Notare in den von der Studie berücksichtigten Ländern – somit auch in Deutschland – weniger als 1 % des Kaufpreises aus, während die meisten Kosten durch Maklerprovisionen und Grunderwerbssteuern ausgelöst würden.⁹⁰⁴

b) „Murray-Studie“

Eine weitere rechtsvergleichende Studie zu Immobilientransaktionen, die etwa zeitgleich zu der „ZERP-Studie“ im Auftrag des Rats des lateinischen Notariats in der Europäischen Union (CNUE)⁹⁰⁵ durchgeführt wurde, befasste sich ebenfalls mit den Kosten für Grundstückstrans-

⁹⁰² Vgl.:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/101&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

⁹⁰³ Pressemitteilung der Bundesnotarkammer vom 29.01.2008, einzusehen unter: http://www.anwaltsnotariat.net/studie-der-europaeischen-kommission-zu-kosten-von-immobilientransaktionen-_193.html (zuletzt abgerufen am 25.08.2012).

⁹⁰⁴ Wie vor.

⁹⁰⁵ Der Rat der Notariate der Europäischen Union (CNUE) ist die offizielle Standesvertretung des Notarberufs bei den Europäischen Institutionen. Der CNUE ist Sprecher des Berufsstandes und kommuniziert die gemeinsamen Beschlüsse seiner Mitglieder gegenüber den europäischen Institutionen. Der CNUE vereinigt seit dem 01.01.2007 die folgenden 21 Notariate der Europäischen Union: Deutschland, Österreich, Belgien, Bulgarien, Spanien, Estland, Frankreich, Griechenland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Polen, Portugal, Tschechische Republik, Rumänien, Slowakei und Slowenien. Kroatien ist derzeit Mitglied mit Beobachterstatus.

aktionen in Europa. Diese sog. „Murray-Studie“⁹⁰⁶ wurde maßgeblich durch Professor *Murray* der Harvard University betreut. Sie bestätigt die verhältnismäßige Geringfügigkeit der Kosten, die in Deutschland durch den Beurkundungs- und Registerzwang entstehen. In der „Murray-Studie“ wurden im Gegensatz zur „ZERP-Studie“ nicht nur die Kosten der Rechtsberatung und Rechtsdienstleistung berücksichtigt, sondern auch die Kosten, die durch die Registrierung in öffentlichen Liegenschaftsregistern entstehen.⁹⁰⁷ Durch die „Murray-Studie“ wird bestätigt, dass die Rechtsberatungskosten bei Grundstückstransaktionen grundsätzlich eine untergeordnete Rolle spielen.⁹⁰⁸ Die Kosten, die in Deutschland durch die zwingende Einschaltung des Notars entstehen, seien im internationalen Vergleich und im Vergleich zu den sonstigen Erwerbskosten äußerst gering.

c) Fazit

Die genannten Studien befassen sich zwar nicht mit den Kosten des Grundstückserwerbs in Spanien und Italien. Dennoch wird durch die genannten Studien, die jeweils eine Vielzahl von Ländern und unterschiedliche Systeme berücksichtigen, deutlich, dass die durch die Beurkundungspflicht entstehenden Kosten relativ betrachtet, d.h. im Vergleich mit den sonstigen Kosten, wie insbesondere Maklerkosten und Steuern, beim Grundstückserwerb nicht unverhältnismäßig schwer ins Gewicht fallen.

Die Annahme, dass Rechtsordnungen, welche die Eigentumsübertragungsakte möglichst einfach und damit transaktionskostengünstig gestalten, gegenüber anderen Rechtsordnungen zumindest aus ökonomischer Betrachtungsweise im Vorteil sind, ist daher unberechtigt. Die Ansicht, dass ein Eigentumsübertragungssystem wie das spanische und das italienische mit der Möglichkeit des rein privatschriftlichen oder gar mündlichen Kaufvertragsabschlusses für den Erwerber aus ökonomischer Sicht vorteilhaft sei, basiert somit auf einer eingeschränkten Betrachtungsweise. Der durch die notarielle Beurkundung bezweckte sichere Eigentumserwerb ist insgesamt risikoreduzierend und daher ökonomisch vernünftiger. Notare garantieren qualitativ hochwertige Dienstleistungen zu transparenten und gleichen Gebühren für alle.

2. Formvorschriften als Mittel des Verbraucherschutzes

Abgesehen von dem – ohnehin aus den erörterten Gründen zu vernachlässigenden – zusätzlichen Kostenfaktor der notariellen Beurkundung, sind es deren viele Vorteile, die dafür sprechen, die Beurkundungspflicht von Grundstückskaufverträgen als Bestandteil eines Systems der Grundeigentumsübertragung zu befürworten:

⁹⁰⁶ Murray, *Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States. A Comparative Study*, 2007. Die „Murray-Studie“ ist auf der Homepage des CNUE unter <http://www.cnue.be/cnue-2010/fr/006/report-final.pdf> (zuletzt abgerufen am 02.08.2011) abrufbar.

⁹⁰⁷ Vgl. Murray-Studie, S. 127.

⁹⁰⁸ Vgl. Murray-Studie, S. 127.

Zu nennen ist als herausragender Vorteil des Beurkundungszwanges zunächst der durch ihn erreichte Verbraucherschutz.⁹⁰⁹ Rein mündliche Absprachen werden oft situationsbedingt voreilig getroffen und sind selten Frucht einer vorangegangenen gründlichen Überlegung. Die Schriftform regt durch die Notwendigkeit der schriftlichen Fixierung der Vereinbarung per se zu einer gründlicheren Überlegung an. Die notarielle Beurkundung als Steigerung der Schriftform ist für Grundstückskaufverträge aus mehreren Gründen äußerst sinnvoll, da ihr insbesondere eine betreuende und den Verbraucher schützende Funktion zukommt. Zwar gehört die Belehrung über die wirtschaftlichen und steuerlichen Folgen grundsätzlich nicht zur Belehrungspflicht des Notars. Dennoch ergibt sich aus § 17 BeurkG eine Hinweispflicht des Notars auf diese Aspekte, sofern aufgrund besonderer Umstände für den Notar Anlass zur Besorgnis besteht, dass einem der Beteiligten ein nicht unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage entstünde. Diese den Verbraucher schützende Funktion des deutschen Notars hat jüngst sogar in den USA im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise Anerkennung erfahren:⁹¹⁰ *Robert J. Shiller*, Professor der Yale University und anerkannter Finanzmarktexperte, schlug vor, dass die Hypothekenbestellung in den USA durch einen „civil law notary“ nach deutschem Vorbild erfolgen sollte, der den Verbraucher über die Gefahren des Rechtsgeschäfts aufklären soll.⁹¹¹

3. Beratungs- und Belehrungsfunktion sowie Vertragsparität

Nur durch den Beurkundungszwang kann erreicht werden, dass die Beratung und Belehrung beider Vertragsparteien durch einen neutralen, fachlich qualifizierten Juristen durchgeführt wird. Die Mitwirkung des Notars beim Vertragsabschluss gewährleistet, dass eine fachkundige Stelle den wahren Willen der Beteiligten erforscht und diesen auch richtig umsetzt. Hierdurch wird die Gefahr der unrichtigen Rechtsgestaltung aus Rechtsunkenntnis weitestgehend ausgeräumt. Ebenso können Missverständnisse hinsichtlich des Vertragsinhaltes vermieden werden. Der Notar kann kontrollieren, ob die Parteien den Typenzwang des Sachenrechts einhalten und Gewähr für die Realisierung des beabsichtigten Geschäfts bieten, beispielsweise dass die Bestellung eines vereinbarten Rechts am Grundstück überhaupt möglich ist. Hindernisse, die insoweit der Verwirklichung des Willens der Parteien entgegenstehen könnten, können vom Notar erkannt und, soweit möglich, ausgeräumt werden.

In Spanien und Italien fertigt den Entwurf des Kaufvertrages – auch wenn dieser später beurkundet wird – in der Regel der Rechtsanwalt einer Vertragspartei. Die Gefahr liegt hierbei

⁹⁰⁹ Lambert-Lang-Wahl, Teil 2, Abschnitt 1, C. Rn. 158.

⁹¹⁰ Franzmann, MittBayNot 2009, S. 346, 353.

⁹¹¹ Shiller, S. 134.

darin, dass der Rechtsanwalt, der in erster Linie als Interessenvertreter einer Partei agiert, den Kaufvertrag einseitig zu deren Vorteil gestaltet.

Dem Notar obliegt im Gegensatz zu Rechtsanwälten die Neutralitätspflicht. Durch die Einschaltung des Notars auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Grundstückskaufvertrages kommt es zu einer ausgewogenen Vertragsgestaltung. Er muss alle Beteiligten gleich behandeln und darf beispielsweise nicht Informationen einseitig zurückhalten. Er belehrt beide Parteien gleichermaßen und steht ihnen daher im Gegensatz zu einem Rechtsanwalt, der als Interessenvertreter einer Partei auf deren Interessen fokussiert ist, unparteiisch gegenüber. Hierdurch wird keine Partei bevorzugt oder benachteiligt. Insbesondere wird die wirtschaftlich schwächere Partei hierdurch geschützt, die sich keinen bzw. keinen im Grundstücksrecht erfahrenden Rechtsanwalt leisten kann. Nur unter zwingender Mitwirkung eines unabhängigen und unparteiischen Organs der Rechtspflege ist daher eine besondere Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten. Im Rahmen des Beurkundungsverfahrens kommt dem Notar damit die soziale Funktion als Mittler zur Sicherung einer gerechten inhaltlichen Ausgestaltung des Grundstücksgeschäfts zu.

Der deutsche Gesetzgeber hat das Ziel der ausgewogenen und gerechten Vertragsgestaltung als besonderes Ziel im Auge gehabt und ein Bündel an Regelungen geschaffen, um dieses Ziel zu erreichen. Neben der zwingenden Beurkundungspflicht wurden insbesondere auch haftungsrechtliche sowie disziplinarrechtliche Regelungen geschaffen, die den Notar dazu anhalten sollen, seine Pflichten gewissenhaft zu erfüllen.

Rechtlich unerfahrene, ungewandte Beteiligte werden durch die Beurkundungspflicht daher also im besonderen Maße bei der Vornahme eines Grundstückskaufs geschützt. Durch die Möglichkeit der rein privatschriftlichen oder gar mündlichen Form des Kaufvertrages wird dieser wesentliche Aspekt der Vertragsgerechtigkeit nicht gewährleistet. Rechtlich Unerfahrene können daher in Spanien und Italien leicht zum Opfer eines nachteiligen Grundstücksgeschäfts werden, indem sie beispielsweise durch einen wirtschaftlich oder intellektuell überlegenen Geschäftspartner darin bekräftigt werden, keinen notariellen Kaufvertrag abzuschließen, sondern nur einen privatschriftlichen oder gar mündlichen.

Ein weiterer entscheidender Vorteil der Beurkundung für ein „gerechtes“ System der Grundstücksübertragung ist also die durch sie gewährleistete Vertragsparität.

4. Beweis- und Gewährfunktion

Durch die Einschaltung des Notars werden zudem tatsächliche Irrtümer sowie Rechtsirrtümer vermieden. Das von den Parteien Erklärte wird vom Notar inhaltlich wahrgenommen, verantwortlich geprüft, sachgerecht, klar und transparent formuliert. Unklarheiten hinsichtlich des Vertragsinhaltes werden durch präzise ausformulierte Angaben vermieden und folglich

gerichtliche Auseinandersetzungen auf ein Mindestmaß reduziert. Hiermit wird dem Ziel der vorsorgenden Rechtspflege gedient. Es ist daher nachvollziehbar und sinnvoll, dass auch nach spanischem und italienischem Recht nur notariell beurkundete Verträge zur Eintragung in das Register zugelassen werden.

In Deutschland ist der Eintragungszwang im Grundbuch ein weiterer wesentlicher Grund für den Beurkundungszwang. Eine Formalisierung der Grundstücksgeschäfte durch das Erfordernis der notariellen Beurkundung ist in einem System, das die Eintragung der Eigentumsverhältnisse in einem öffentlichen Register zwingend vorschreibt, zur Schaffung klarer Grundlagen für die Eintragung unentbehrlich. Dasselbe gilt für die Liegenschaftsregister Spaniens und Italiens. Rein privatschriftliche Verträge sind aufgrund der häufiger auftretenden Unklarheiten für ein öffentliches Register nicht geeignet. Unklar formulierte Verträge müssten nach ihrer Gültigkeit überprüft werden. Dies würde einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand bedeuten und der Grundstücksverkehr würde in nicht hinnehmbarer Weise behindert und verzögert. Wurde der Vertrag von einem Notar beurkundet, so spricht hingegen eine faktische Wahrscheinlichkeit für die inhaltliche Richtigkeit und eine materielle Überprüfung durch Registerbeamte ist eher entbehrlich.

5. Vermeidung von Steuerhinterziehung durch Unterverbriefung

Bei der Darstellung der Länderberichte wurde aufgezeigt, dass in Spanien und Italien die Unterverbriefung des Kaufpreises in notariellen Kaufverträgen nach wie vor häufig vorkommt. Ob die bestehende gesetzliche Lage zumindest auch ein Grund hierfür ist, ist zu hinterfragen. Zwar ist ein präziser inhaltlicher Vergleich der Kriminalität zwischen verschiedenen Staaten aufgrund einer Reihe von methodischen und sachlichen Problemen in aller Regel ausgeschlossen. Es gibt gleichwohl Möglichkeiten zu vergleichenden Aussagen zu kommen, insbesondere durch die Gegenüberstellung einzelner amtlich registrierter Delikte über einen bestimmten Zeitraum. Einleitend wurde das äußerst geringe Kriminalitätsaufkommen in Deutschland bei Grundstücksgeschäften dargestellt.⁹¹² Die große Anzahl der Unterverbriefungen in Spanien und Italien hingegen ist selbst staatlichen Behörden bekannt, weshalb in den letzten Jahren bewusste Gegenmaßnahmen eingeleitet wurden. In Spanien waren entscheidende Maßnahmen insoweit der *plan de prevención del fraude* sowie in dessen Rahmen erfolgte Gesetzesänderungen.⁹¹³ In Italien versuchte der Gesetzgeber mit einer Gesetzesreform im Jahr 2006 zumindest für Grundstückskäufe zwischen Privatpersonen eine Änderung der Unterverbriefungspraxis zu bewirken.⁹¹⁴ Die tatsächliche, aktuelle Höhe der Unterverbrie-

⁹¹² Vgl. 1. Teil, A. Einleitung.

⁹¹³ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., III., 2.

⁹¹⁴ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D. III.

fungen bleibt in beiden Ländern im Dunkeln. Die Dunkelziffer wird jedoch jeweils sehr hoch eingeschätzt.

In Deutschland ist die Unterverbriefung des Kaufpreises m.E. insbesondere aus einem Grund, der das Problem bereits an der Wurzel trifft, bzw. im Keim erstickt, sehr selten:

Wegen des strengen Formerfordernisses des § 311 b Abs. 1, S. 1 BGB schrecken die Parteien eher vor einer Unterverbriefung zurück. Die Parteien müssen die Unwirksamkeit ihres notariellen Kaufvertrages nach § 117 BGB und die ihrer privatschriftlichen oder mündlichen Absprachen nach § 311 b Abs. 1, S. 1 i.V.m. § 125, S. 1 BGB befürchten. Die Parteien müssen damit bei einer Unterverbriefung die Gefahr eingehen, dass sich eine Partei im Nachhinein auf die Formunwirksamkeit des Vertrages beruft. Die Gefahr des gänzlichen Scheiterns des Geschäfts muss in Kauf genommen werden. Dies kann vor einer Unterverbriefung abschrecken.

Nach spanischem und italienischem Recht berührt die Unterverbriefung hingegen nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit des notariellen Kaufvertrages.⁹¹⁵ Ebenso ist der verdeckte, wirklich gewollte privatschriftlich oder mündlich geschlossene Kaufvertrag, der den tatsächlich gewollten Kaufpreis enthält, nicht mangels Form unwirksam. In Spanien und Italien besteht für die Parteien, die eine Unterverbriefung vornehmen, daher nicht die Gefahr, dass ihr verdeckter Vertrag, der den wahren Kaufpreis enthält, als unwirksam behandelt wird, wenn eine Partei im Nachhinein vom Geschäft Abstand nehmen möchte. Hier bleiben die Parteien an den nicht beurkundeten, verdeckten Vertrag gebunden. Dies kann zu einer Unterverbriefung verleiten.⁹¹⁶

Die deutsche gesetzliche Anordnung der Nichtigkeit jeder nicht notariell beurkundeten Vereinbarung ist daher im Hinblick auf die präventive Vermeidung von Unterverbriefungen opportun. Gültig ist nur die vor dem „wachsamen Auge“ des Notars getroffene Vereinbarung.

Das Ziel der Eindämmung von Steuerhinterziehungen im Rahmen von Grundstückskaufverträgen wird daher in Deutschland durch die gesetzliche Anordnung der Nichtigkeit nicht beurkundeter Verträge gefördert.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Steuerhinterziehungen ist ein gesetzlich angeordneter Beurkundungszwang – mit Anordnung der Nichtigkeit bei Nichtbefolgung – deshalb für ein gutes Grundstücksübertragungssystem zu befürworten.

⁹¹⁵ Vgl. für Spanien: Abschnitt: 1. Teil, C., III., 2. ; vgl. für Italien: Abschnitt: 1. Teil, D., III.

⁹¹⁶ In diesem Sinne auch Lorscheider, IStR 2000, S. 122, 125, der feststellt, dass „das Interesse an einer korrekten Verbriefung gering“ sei mangels drohender zivilrechtlicher Nichtigkeitsfolgen.



III. Fazit zur Formfrage

Die rechtliche Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit eines mündlichen Grundstückskaufvertrages ist nach allem für ein Grundstücksübertragungssystem eindeutig abzulehnen. Die Möglichkeit des rein privatschriftlichen Grundstückskaufvertrages ist insbesondere aufgrund der nicht gewährleisteten, wertvollen Belehrung und Beratung durch den Notar ebenfalls abzulehnen. Der Abschluss eines rein privatschriftlichen oder gar mündlichen Kaufvertrages hat letztlich nur den Vorteil, das Grundstücksgeschäft schnell und unkompliziert abzuwickeln.

Nach alledem ist die Einschränkung der Privatautonomie durch Anordnung des Beurkundungszwanges zu befürworten und für ein gutes Grundeigentumsübertragungssystem notwendig. Die Einführung einer Nichtigkeitssanktion bei Nichtbeachtung des Formzwanges, wie die des § 125 BGB, kann zudem die Einhaltung wirksam erzwingen und ist daher ein sinnvolles und zweckmäßiges gesetzgeberisches Druckmittel.

B. Vergleich der Stellung der Notare im Rahmen von Grundstückskäufen

Die erörterten Zwecke der notariellen Beurkundung können nur dann wirksam umgesetzt werden, wenn die Rechtsordnung dem Notar gewisse Pflichten und Aufgaben auferlegt. Die notarielle Beurkundung ist nämlich nur dann ein geeignetes Mittel den Immobilienerwerb für die Beteiligten sicherer und „gerechter“ zu machen, wenn der beurkundende Notar auch tatsächlich gehalten ist, diejenigen Aufgaben wahrzunehmen, die den umfassenden Schutz der Parteien gewährleisten. Ein Grundstücksübertragungssystem, das die notarielle Beurkundung vorschreibt, ist daher nur dann als „gut“ anzusehen, wenn es die notwendigen Regelungen hinsichtlich der Aufgaben des Notars normiert.

In allen drei untersuchten Rechtsordnungen gilt das System des lateinischen Notariats. Die einzelnen Aufgaben und Pflichten der Notare sind ähnlich geregelt. Anhand einer Gegenüberstellung soll ermittelt werden, welches System die Aufgaben und Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung zugunsten der Sicherheit der Parteien am sinnvollsten regelt.

I. Der deutsche Notar

Zur Gewährleistung des Schutzes der Parteien eines Grundstückskaufs hat der deutsche Gesetzgeber den deutschen Notaren sowohl im Rahmen der Beurkundung weitreichende Aufklärungs- und Belehrungspflichten als auch Pflichten im Rahmen der Vorbereitung vor Vertragsabschluss sowie der Vollziehung nach durchgeführter Beurkundung auferlegt. Diese Pflichten sind in den §§ 17 bis 21 BeurkG ausdrücklich gesetzlich normiert.

1. Belehrungspflichten bei der Beurkundung

Gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und die Erklärungen der Parteien unzweideutig wiederzugeben.

Die Belehrungspflicht besteht in erster Linie darin, über die rechtliche Tragweite des Geschäfts aufzuklären. Dazu gehört zunächst die Aufklärung der Beteiligten, ob und unter welchen Voraussetzungen der von ihnen erstrebte rechtliche Erfolg sicher eintritt und welche unmittelbaren rechtlichen Wirkungen damit verbunden sind.⁹¹⁷ Hierzu hat der Notar auf alle für die Wirksamkeit des Geschäfts erforderlichen Bedingungen wie etwa die Geschäftsfähigkeit, Vertretungsbefugnis oder Verfügungsberechtigung sowie auf alle die Wirksamkeit hindernden Bedingungen, wie etwa Verstöße gegen Treu und Glauben, hinzuweisen.

⁹¹⁷ BeckOK/Litzenburger, BeurkG § 17, Rn. 3.

Inbesondere den Verbraucherschutz verliert der deutsche Gesetzgeber nicht aus den Augen: Mit einer durch das „Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten“⁹¹⁸ am 01.08.2002 in Kraft getretenen Änderung des § 17 Abs. 2 a BeurkG hat der Gesetzgeber die Vorgehensweise bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen, als typisierte Fälle struktureller Unterlegenheit, verschärft. Gemäß § 17 Abs. 2 a BeurkG soll der Notar bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311 b Abs. 1, S. 1 (und Abs. 3) BGB unterliegen, darauf hinwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden. Verbraucherverträge in diesem Sinne sind Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, wobei unerheblich ist, auf welcher Seite des Vertrages der Verbraucher beteiligt ist.⁹¹⁹

Zudem wurde mit der genannten Gesetzesreform eine für das notarielle Beurkundungsverfahren bei Verbraucherverträgen wichtige weitere Änderung eingeführt. In § 17 Abs. 2 a, S. 3 ist nunmehr eine „Sperrfrist für Beurkundungstermine“ vorgesehen. Hiernach ist dem Verbraucher ausreichend Gelegenheit zu geben, sich mit dem beabsichtigten Geschäft vertraut zu machen und ihm daher in der Regel der Vertragstext zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin zur Verfügung zu stellen.

Hintergrund für diese Reform waren Vorwürfe von Verbraucherschutzverbänden. Diese rügten vorhandene Beurkundungspraktiken einzelner Notare im Zusammenhang mit Beurkundungen hinsichtlich sog. „Steuersparimmobilien“ bzw. „Schrottimmobilien“. Das Bundesjustizministerium hatte hierzu im Frühjahr 2002 eine Befragung von geschädigten Käufern von Schrottimmobilien initiiert.⁹²⁰ Viele der Befragten klagten über hastige, überstürzte Vertragsverhandlungen, in deren Rahmen es zu Beurkundungen spät am Abend und am Wochenende kam, wobei die Beurkundungstermine vom Unternehmer absichtlich kurzfristig und bereits im Voraus festgelegt wurden.⁹²¹ Auf die Verbraucher konnte so gezielt Entscheidungsdruck ausgeübt werden. Der Gesetzgeber war daher gehalten, diesen Geschäftspraktiken mit einer Gesetzesänderung entgegenzutreten. Nunmehr darf erst nach Ablauf einer zweiwöchigen „Sperrfrist“, in der dem Verbraucher der Urkundentext zur Verfügung steht, beurkundet werden.

Nach § 20 BeurkG besteht weiterhin die Pflicht des Notars, die Beteiligten auf das mögliche Bestehen gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte hinzuweisen. Auch diesbezüglich besteht also die Gewähr, dass die Parteien hinreichend informiert werden. Zudem hat der Notar alle zum Vollzug des Geschäfts notwendigen Handlungen und Erklärungen, wie

⁹¹⁸ OLG-VertrÄndG v. 23.07.2002, BGBl. I 2002, S. 2850ff.

⁹¹⁹ Winkler, § 17 Rn. 82, 95.

⁹²⁰ Vgl. Schmucker, DNotZ 2002, 510ff.

⁹²¹ Vgl. Schmucker, DNotZ 2002, 510ff.

etwa behördliche Genehmigungen, zu erörtern. Hierzu gehört beim Grundstückskauf insbesondere die Belehrung darüber, dass der Eigentumserwerb erst mit der Eintragung im Grundbuch vollzogen ist.⁹²²

Die tatsächlichen Angaben der Beteiligten darf der Notar grundsätzlich als richtig ansehen. Dies gilt indes nicht für Äußerungen rechtsunkundiger Personen über rechtliche Begriffe und rechtliche Verhältnisse. Begrenzt wird die Belehrungspflicht durch die Maßstäbe der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.⁹²³ Es wird daher grundsätzlich keine umfassende Vertragsgestaltung geschuldet, sondern eine an den anerkannten Regeln orientierte.⁹²⁴ Der Notar hat daher grundsätzlich nicht sämtliche Klauseln des Vertrages, sondern nur die entscheidenden Punkte mit den Beteiligten zu erörtern.⁹²⁵ Unter Umständen kann den Notar jedoch auch eine erweiterte, sog. doppelte Belehrungspflicht⁹²⁶ treffen. Hierbei hat er von misslichen Vereinbarungen abzuraten und alternative Gestaltungsmöglichkeiten zu erörtern. Insbesondere über die Möglichkeit und Wirkungen der Vormerkungen muss er belehren.⁹²⁷ Die doppelte Belehrungspflicht besteht darüber hinaus etwa bei vereinbarter Besitzübergabe vor Kaufpreiszahlung oder der Eigentumsumschreibung vor Kaufpreiszahlung.⁹²⁸

Bei der Übernahme oder Bestellung dinglicher Rechte muss der Notar über die von vorrangigen Grundstücksbelastungen ausgehenden Gefahren aufklären.

Vor Unterzeichnung des notariellen Vertrages hat der Notar den gesamten Inhalt der Urkunde vorzulesen, § 13 BeurkG. Durch die Vorlesungspflicht, dessen Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt, wird gewährleistet, dass den Parteien vor Unterzeichnung der gesamte Urkundentext noch einmal „vorgehalten“ und so vor Augen geführt wird. Dies fördert das Bewusstsein über die Ernsthaftigkeit des Geschäfts.

2. Pflichten bei Vertragsvorbereitung und Vollzug des Erwerbs

Neben der rechtlichen Belehrung treffen den deutschen Notar im Rahmen der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages weitere Pflichten zum Schutz der Vertragsparteien.

Zu diesen gehören Pflichten bei der Vorbereitung des Grundstücksgeschäfts sowie nach erfolgter Beurkundung. Wichtig für den Schutz der Parteien ist insbesondere die gemäß § 21 Abs. 1 BeurkG geregelte Pflicht der zeitnahen Einsichtnahme des Grundbuches hinsichtlich des zu veräußernden Grundstücks vor der Beurkundung. Die Feststellung des Grundbuchinhalts darf im Zeitpunkt der Beurkundung mit Rücksicht auf etwaige zwischenzeitliche Eintra-

⁹²² Vgl. BGH NJW-RR 1992, S. 393.

⁹²³ BeckOK/Litzenburger, BeurkG § 17, Rn. 3.

⁹²⁴ BeckOK/Litzenburger, BeurkG § 17, Rn. 3.

⁹²⁵ OLG München MittBayNot 1998, S. 273.

⁹²⁶ BGH NJW-RR 1989, S. 1492, 1494; NJW 1995, S. 330f.

⁹²⁷ BGH DNotZ 1989, S. 449.

⁹²⁸ Vgl. BGH NJW 2008, S. 1319f.

gungen höchstens vier bis sechs Wochen zurückliegen.⁹²⁹ Stellt der Notar bei der Grundbucheinsicht etwa fest, dass auf dem Kaufgrundstück eine Dienstbarkeit lastet, hat er dies mit den Vertragsparteien zu erörtern.⁹³⁰

Besonders wichtig für den Käufer ist die in § 53 BeurkG geregelte pflichtige Vollzugstätigkeit der Einreichung der Kaufvertragsurkunde beim Grundbuchamt zwecks Eintragung der Vormerkung. Nach dem Wortlaut des § 53 BeurkG ist der Notar im Falle des Vorliegens der Vollzugsreife zur unverzüglichen Antragstellung verpflichtet. Vollzugsreife bezüglich der Vormerkung liegt regelmäßig im Zeitpunkt der Beurkundung vor, so dass grundsätzlich die sofortige Eintragung der Vormerkung zu veranlassen ist.⁹³¹

Die gesetzliche Anordnung pflichtiger Vollzugstätigkeiten, die der Notar zwingend von Amts wegen durchzuführen hat, kommt den Beteiligten zugute, da sie sich darauf verlassen können, dass der Notar „das Wichtigste“ automatisch erledigt und sie ihn hierzu nicht gesondert beauftragen müssen.

Eine entscheidende Bedeutung bei der Abwicklung des Grundstückskaufs hat die Feststellung des Kaufpreisfälligkeitszeitpunktes. Bei der Feststellung der Fälligkeitsvoraussetzungen und der Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit handelt es sich dennoch nicht um Pflichtaufgaben des Notars, sondern um übernommene Vollzugstätigkeiten im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO. Wird der Notar jedoch von den Parteien hierzu beauftragt, ist die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit eine mehrseitige Treuhandtätigkeit, bei der dem Notar Amtspflichten sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber obliegen. Teilt der Notar fälschlicherweise einen zu frühen Zeitpunkt zur Kaufpreiszahlung mit und entsteht dem Käufer dadurch ein Schaden, haftet der Notar dem Käufer aus Amtspflichtverletzung.

Nicht nur die mangelnde Belehrung der Parteien, sondern auch die Nichteinhaltung der sonstigen erörterten Pflichten⁹³² kann zu einem Amtshaftungsanspruch des Notars nach § 19 BNotO führen.⁹³³ Mit dieser drohenden Amtshaftung hat der Gesetzgeber neben der Möglichkeit disziplinarrechtlicher Konsequenzen ein weiteres wirksames Mittel geschaffen, den Notar zur gewissenhaften Wahrnehmung seiner Pflichten anzuhalten. Auch dies dient wiederum dem Schutz der Vertragsparteien, da sie davon ausgehen können, dass der Notar seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Sie können sich daher auf die Belehrung des Notars verlassen sowie darauf vertrauen, dass der Notar seine Betreuungspflichten im Rahmen der Vorbereitung und des Abschlusses des Geschäfts umfassend erfüllt. Sollte es dennoch einmal zu einer Pflicht-

⁹²⁹ OLG Frankfurt, DNotZ 1985, S. 244.

⁹³⁰ BGH VersR 1980, S. 649.

⁹³¹ Grein, RNotZ 2004, S. 115, 125.

⁹³² Vgl. Abschnitt: Teil 1, B., III., 3., c).

⁹³³ Für die beamteten Notare Baden-Württembergs folgt der Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Im Übrigen stellt § 19 BNotO die spezielle Regelung dar.



verletzung durch den Notar kommen und hierdurch einer Partei ein kausaler Schaden entstehen, so besteht zumindest ein Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO.

3. Fazit

Der deutsche Gesetzgeber hat den Notar letztlich mit derart umfangreichen Pflichten zugunsten des Schutzes der Parteien ausgestattet, dass der deutsche Notar wie eine „Vollkaskoversicherung“ für die Parteien fungiert.

II. Der spanische Notar

Üblich ist in Spanien, dass der Rechtsanwalt einer Vertragspartei die Kaufvertragsurkunde vorbereitet und im Beurkundungstermin lediglich bei Bedarf noch Feinheiten durch den Notar geändert werden.

1. Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung

Auch der spanische Gesetzgeber hat die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars ausdrücklich gesetzlich statuiert, vgl. Artt. 1 Abs. 2, 147, 148 RN. Der Notar hat den Willen der Beteiligten zu erforschen, diesen Willen den rechtlichen Erfordernissen entsprechend zu formulieren und die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen zu informieren. Um den Notar zur Einhaltung dieser Pflichten anzuhalten, hat auch der spanische Gesetzgeber die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen eingeführt, vgl. Art. 145 *Ley del Notariado*.

Ein deutlicher Unterschied zum deutschen Recht zeigt sich an folgender Stelle:

Anders als im deutschen Beurkundungsverfahren ist der spanische Notar nicht verpflichtet, die komplette Urkunde vorzulesen; die Beteiligten können sie auf Wunsch auch selbst durchlesen, vgl. Art. 193 RN. In der Praxis liest der Notar in aller Regel die wichtigen Teile der Urkunde laut vor, bzw. gibt deren Inhalt zusammengefasst wieder und die Beteiligten verzichten im Übrigen auf das Vorlesen der gesamten Urkunde.⁹³⁴ Zu den Vertragsbestimmungen, die üblicherweise angesprochen werden, gehören die Beschreibung des Grundstücks, Angaben zur Erwerbsart und den aus dem Register ersichtlichen Belastungen des Grundstücks, bei Wohnungseigentum die Gemeinschaftsordnung sowie Angaben dazu, ob das Grundstück laut Registereintrag vermietet ist. Darüber hinaus wird üblicherweise kurz auf die wichtigsten Klauseln des Kaufvertrages, mit besonderer Berücksichtigung der Einzelheiten der Kaufpreiszahlung, eingegangen.⁹³⁵

⁹³⁴ Ruiz-Ayúcar Seifert/Selbherr, MittBayNot 2002, S. 24f.

⁹³⁵ Planells del Pozo/Torres Escámez, Notarius International 3-4/2003, S. 283f.

2. Weitere Pflichten des spanischen Notars

Zum Schutz des Grundstückskäufers ist auch in Spanien die als wesentlich anzusehende Pflicht des Notars statuiert, grundsätzlich das Eigentumsregister bezüglich der vertragsgegenständlichen Immobilie einzusehen, Art. 175 Nr. 1 RN.

Auch für die wichtige schnelle Realisierung der Eintragung des neuen Eigentümers im Eigentumsregister hat der spanische Gesetzgeber Sorge getragen. Gemäß Artt. 196, S. 2, 249 Abs. 2 RN hat der Notar dem Eigentumsregister die *escritura* nach erfolgter Beurkundung so schnell wie möglich mittels Telefax oder auf andere Weise zu melden. Von dieser Pflicht kann der Notar nur durch ausdrücklichen Hinweis der Beteiligten entbunden werden (vgl. Art. 249 Abs. 2 RN). Hierdurch wird sichergestellt, dass der für den Schutz des Erwerbers wichtige *asiento de presentación* unverzüglich vorgenommen wird. Diesen Schutz des Erwerbers hat der Gesetzgeber sinnvoll abgerundet: Versäumt der Notar die unverzügliche Mitteilung über die Beurkundung des Kaufvertrages an das Eigentumsregister, haftet er der geschädigten Partei, vgl. Art. 249 Nr. 2 RN.

III. Der italienische Notar

1. Pflichten des Notars im Rahmen der Beurkundung

Auch der italienische Gesetzgeber hat die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars ausdrücklich gesetzlich statuiert, vgl. Art. 47 Abs. 3 *Legge Notarile*. Nach dem Wortlaut dieser Norm hat der Notar bei der Beurkundung den Willen der Beteiligten zu erforschen und persönlich die Verfassung der gesamten Urkunde zu leiten.⁹³⁶ Nicht direkt aus dem Wortlaut der Vorschrift abzuleiten ist, ob eine konkrete Formulierungs- und Gestaltungspflicht hinsichtlich des Vertragsinhalts besteht. Die Rechtsprechung hat hierzu entschieden, dass der Notar nicht lediglich eine „passive“ Rolle bei der Beurkundung einnimmt, sondern „aktiv“⁹³⁷ die sichere Verwirklichung des Rechtsgeschäfts durch zweckgemäße Formulierungsvorschläge unterstützen muss. Diese Rechtsprechung ist im Sinne des Schutzes der Beteiligten zu befürworten. Klarer und eindeutiger wäre die Rechtslage, wenn diese Pflicht wie in Spanien und Deutschland ausdrücklich normiert wäre.

Hinsichtlich der Verlesung der Vertragsurkunde sieht das *Legge Notarile* vor, dass diese nur dann zwingend zu erfolgen hat, wenn die Urkunde nicht vom Notar selbst, sondern von einem anderen (in der Regel von einem Rechtsanwalt) entworfen ist. Ist die Urkunde insgesamt vom Notar selbst entworfen, darf sie auch von einem anderen (z.B. anwesenden Rechtsanwalt) verlesen werden. Besser wäre es, die Aufgabe der Verlesung des gesamten Urkunden-

⁹³⁶ Casu/Sicchiero, S. 233.

⁹³⁷ Casu/Sicchiero, S. 234f. m.N.

textes stets dem Notar aufzuerlegen und zwar ohne die Möglichkeit des Verzichts seitens der Beteiligten. Auch wenn die Verlesung eines langen Vertragstextes viel Zeit in Anspruch nehmen kann, ist das nochmalige Voraugenführen des gesamten Vertrages – gerade bei längeren, komplexeren Verträgen – sinnvoll.

Auch der italienische Notar haftet gegenüber den Beteiligten, wenn er pflichtwidrig einen wesentlichen Umstand übersieht, aus welchem das Grundstücksgeschäft scheitert.⁹³⁸ Insoweit ist er insbesondere gehalten, sich über die Rechts- und Parteifähigkeit der Parteien, über die Lastenfreiheit des Grundstücks sowie über alle wesentlichen Regelungen (*essentialia negotii*) des Vertrages zu vergewissern.⁹³⁹

2. Weitere Pflichten des italienischen Notars

Nicht ausdrücklich normiert ist im italienischen Recht die von der Rechtsprechung anerkannte⁹⁴⁰ Pflicht des Notars, vor der Beurkundung die Frage nach bestehenden Lasten des Grundstücks durch Einsicht in das Immobilienregister zu klären. Im Sinne der Rechtsklarheit ist es jedoch sinnvoll, diese essentielle Pflicht ausdrücklich gesetzlich zu normieren.

Für die weitere, für wesentlich zu haltende Pflicht des Notars der Veranlassung der schnellen Eigentumsumschreibung nach Beurkundung, hat der italienische Gesetzgeber hingegen gesorgt: Gemäß Art. 2671 CCivile hat der Notar dafür zu sorgen, dass die Eintragung des Erwerbers so schnell wie möglich erfolgt.

IV. Fazit

Die Aufgaben und Pflichten des Notars, die diesen im Rahmen einer Beurkundung eines Grundstückkaufvertrages sowie bei dessen Vorbereitung und Vollzug treffen sollten, sollten zwar nicht zu sehr ausgeweitet werden, so dass es zu einem unüberschaubaren Haftungsrisiko für den Notar käme. Zu den essentiellen und daher ausdrücklich zu normierenden Aufgaben des Notars sollte jedoch in einem guten Grundstücksübertragungssystem in jedem Falle die umfassende Beratungs- und Belehrungspflicht bei der Beurkundung, die vorangehende zeitnahe Einsichtnahme in das öffentliche Liegenschaftsregister sowie die Pflicht zur Veranlassung bzw. „Sorgetragung“ um die zeitnahe Eintragung des Eigentümerwechsels nach Beurkundung im Liegenschaftsregister gehören. Durch die Statuierung dieser wesentlichen Aufgaben wird ein umfassender Schutz der Parteiinteressen erreicht und die Kernaufgabe, die dem Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege zukommt, nämlich Streit zu vermeiden, kann erfüllt werden.

⁹³⁸ Vgl. hierzu die Nachweise zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in Casu/Sicchiero, S. 237ff.

⁹³⁹ Dolce, Jb. f. it. R. 2010, S. 109, 122 f.

⁹⁴⁰ Cass. 13.6.2002 Nr. 8470, *Revista del notariato* 2002, S. 1226f.; Cass. 11.1.2006 Nr. 264, *Giur. it.* 2006, S. 1923f.

C. Bewertung der unterschiedlichen Systeme der Übertragung des Grundeigentums

I. Die unterschiedlichen Prinzipien der Grundeigentumsübertragung

Die Unterschiede der drei untersuchten Rechtssysteme könnten im Punkt der Übertragung des Grundeigentums nicht größer sein.

Im spanischen Recht gibt es ein dem deutschen Recht ähnliches Trennungsprinzip, nach dem sich die dingliche Rechtslage allein durch Abschluss des Kaufvertrages grundsätzlich noch nicht ändert; der Kaufvertrag hat wie in Deutschland rein verpflichtenden Charakter.⁹⁴¹ Für die Übertragung des Eigentums muss zum Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft (*titulus*) der *modus* der Übergabe des Grundstücks bzw. das Übergabesurrogat des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages hinzutreten (*titulus-modus-* bzw. Traditionsprinzip). Die Übergabe stellt nach herrschender spanischer Meinung keinen Vertrag dar, sondern wird entweder als reiner Realakt angesehen oder als Übergabeakt mit einer Willenskomponente, bzw. Willenselementen.⁹⁴² Eine Auflassung als gesonderten dinglichen Vertrag kennt das spanische Recht nicht. Der Eintragung im Liegenschaftsregister bedarf es zur Eigentumsübertragung ebenso wenig.

Das über das Trennungsprinzip hinausgehende Abstraktionsprinzip gilt im spanischen Recht nicht. Nach spanischem Recht sind das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und die Übergabe vielmehr kausal miteinander verknüpft, so dass die Unwirksamkeit des Kaufvertrages automatisch die Unwirksamkeit des Übergabeaktes bewirkt. Ist der Kaufvertrag unwirksam, so erlangt der Käufer nach spanischem Recht wegen der Geltung des Kausalprinzips an dem übergebenen Grundstück kein Eigentum. Das Kausalprinzip hat damit zur Folge, dass nicht wie nach deutschem Recht eine Rückübereignung nach Bereicherungsrecht stattfinden muss, sondern der Veräußerer einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen den Erwerber hat (vgl. Art. 348 Abs. 2 CC).⁹⁴³

Das spanische Traditionsprinzip lässt sich zusammenfassend als System einer kausalen Eigentumsübertragung mit Übergabeerfordernis, ohne dingliche Einigung beschreiben.⁹⁴⁴

In Italien hingegen gilt das Konsensual- bzw. Einheitsprinzip, wonach das Eigentum grundsätzlich bereits mit Abschluss des Kaufvertrages übergeht und somit zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft keine Trennung besteht. Dies bestimmt die Vorschrift des Art. 1376 CCivile, die im vierten, das Schuldrecht regelnden Buch des CCivile untergebracht ist. Internationalprivatrechtlich ist die Vorschrift funktionell als sachenrechtliche Bestimmung zu

⁹⁴¹ Vgl. Abschnitt: Teil 1, C., II.

⁹⁴² Vgl. Abschnitt: Teil 1, C., II., 1.

⁹⁴³ Adomeit/Frühbeck, S. 55.

⁹⁴⁴ Krimphove, S. 103.

qualifizieren, da sie als Rechtsfolge die Änderung der dinglichen Rechtslage statuiert.⁹⁴⁵ Der Eintragung in einem Liegenschaftsregister bedarf es zur Eigentumsübertragung nach italienischem Recht ebenso wenig.

Das Konsensualprinzip steht systematisch dem in Deutschland und Spanien geltenden Trennungsprinzip gegenüber. Greift eine der gesetzlichen Ausnahmen vom Konsensualprinzip oder bedingen die Parteien die dinglichen Wirkungen des Kaufvertrages durch vertragliche Vereinbarung ab, geht das Eigentum ausnahmsweise nicht direkt mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über, sondern erst aufgrund eines späteren Ereignisses. Bei dem Kauf einer Gattungssache geht das Eigentum beispielsweise in der Regel erst in dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in dem die Kaufsache individualisiert wird. Beim Verkauf einer fremden Sache erlangt der Käufer erst in dem Zeitpunkt Eigentum, in dem der Verkäufer seinerseits das Eigentum an der Sache von einem Dritten erlangt.⁹⁴⁶

Vereinfacht und zusammenfassend kann gesagt werden, dass zum Eigentumserwerb nach italienischem Recht nur der obligatorische Verpflichtungsvertrag, nach deutschem Recht nur das dingliche Erfüllungsgeschäft und nach spanischem Recht beide Elemente Voraussetzung des Grundstückserwerbs sind.

Die deutsche Rechtsordnung ist nicht nur unter den drei untersuchten die einzige, die dem Abstraktionsgedanken folgt, sondern in Europa absolut in der Minderheit. Der Abstraktionsgedanke hat sich lediglich für manche Verfügungsgeschäfte in Griechenland und in der Schweiz erhalten.⁹⁴⁷ Einheitlich für die Übertragung beweglicher sowie unbeweglicher Sachen gilt das Abstraktionsprinzip nur in Deutschland.

Die romanischen Rechtsordnungen lehnen das Abstraktionsprinzip durchweg ab. Auch in jüngerer Zeit neu gefasste Sachenrechtsordnungen, wie etwa die Estlands, lehnten die Übernahme des Abstraktionsprinzips ab, obwohl sie viel vom deutschen Recht rezipierten.⁹⁴⁸ Auch die Verfasser des DCFR haben sich für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen gegen das Abstraktionsprinzip entschieden.⁹⁴⁹

Nicht nur aus diesem Grunde ist fraglich, ob Aussicht darauf besteht, dass sich diese vor über einem Jahrhundert mit dem BGB in Deutschland eingeführte besondere dogmatische Konstruktion im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung auf Dauer behaupten wird. Die Frage nach dem Sinn des deutschen Abstraktionsprinzips ist immer wieder auf den Prüfstand geraten. Es sollte nicht verwundern, wenn andere europäische Länder, die – wie jeder

⁹⁴⁵ Kindler, Einführung in das italienische Recht, S. 196.

⁹⁴⁶ Vgl. zu den weiteren Ausnahmen vom Konsensualprinzip Abschnitt: 1. Teil, D., I., 4., 1., a).

⁹⁴⁷ Vgl. Soergel-Stadler, Einl., Rn. 31 (Fn. 71).

⁹⁴⁸ Krimphove, S. 162.

⁹⁴⁹ Vgl. Abschnitt: Teil 2, D., I.



Staat naturgemäß – dazu neigen, die eigene Rechtsordnung als Letzte in Frage zu stellen, das Abstraktionsprinzip ablehnen.

Bevor das Abstraktionsprinzip und die weiteren unterschiedlichen Prinzipien der Übertragung des Grundeigentums näher bewertet werden, soll die Wirkung der Eintragung des Erwerbers in die Liegenschaftsregister bewertet werden.

II. Die Liegenschaftsregistersysteme

1. Wirkung der Eintragung im spanischen und italienischen Liegenschaftsregister

Die Eintragung im spanischen Eigentumsregister und im italienischen Immobilienregister hat jeweils mit Ausnahme hinsichtlich der Entstehung der Hypothek, wie in den Länderberichten dargelegt wurde, keinen konstitutiven Charakter. Der Eigentumsübergang ist in Spanien und Italien jeweils von der Eintragung im Liegenschaftsregister unabhängig. Die Eintragung erfolgt auf freiwilliger Basis und der Entschluss zur Eintragung liegt ganz in den Händen der Parteien. Spanien und Italien gehören zu den Ländern in denen das sog. Privatsystem⁹⁵⁰ gilt, bei dem die Parteien des Kaufvertrages autonom den Eigentumsübergang bewirken können und nicht ein öffentlicher Akt der Registereintragung hinzukommen muss. Dies stellt einen der fundamentalen Unterschiede zwischen dem deutschen, dem spanischen und dem italienischen Grundstücksrecht dar. Hierin kommt zum Ausdruck, welche hohe Gewichtung der Privatautonomie in Spanien und Italien beigemessen wird.

Der italienische und spanische Gesetzgeber gingen davon aus, dass die weitreichenden Vorteile der Eintragung Anreiz genug für die Parteien darstellen, die Eintragung des Eigentümerwechsels vornehmen zu lassen.

Die Eintragung im Liegenschaftsregister bewirkt in Spanien und Italien, dass der Eigentums-erwerb auch Dritten gegenüber wirkt, denen ein mit dem Eigentumsrecht des Erwerbers konkurrierendes Recht am Grundstück zustehen könnte.⁹⁵¹ Im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander (*inter partes*) hat die Eintragung in beiden Rechtsordnungen nur deklaratorische Wirkung. Der Charakter der Eintragung lässt sich daher in der Tat am besten als „deklaratorisch“ beschreiben.⁹⁵² Dies ist auch insoweit zutreffend, als durch die Eintragung nach außen Dritten gegenüber wirksam die Eigentümerstellung verlautbart wird. Die im spanischen

⁹⁵⁰ Vgl. v. Hoffmann, S. 16.

⁹⁵¹ Vgl. für das spanische Recht Art. 17 LH, sowie Abschnitt: Teil 1, C., IV.2. und für das italienische Recht Art. 2644 CCivile, sowie Abschnitt: Teil 1, D., II., 1.

⁹⁵² „Rein deklaratorischer Charakter“ ist die Formulierung, die auch die spanische herrschende Lehre verwendet. Einige Autoren kritisieren diese Aussage jedoch als zu undifferenziert. Mit der Frage der Bedeutung der Eintragung hat sich Rodríguez Otero in seinem umfassenden Werk, *Cuestiones de derecho inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema, auseinandergesetzt*. Vgl. hierzu S. 446ff.

Schrifttum vertretene Ansicht des „quasikonstitutiven“⁹⁵³ Charakters der Eintragung ist unter dem Aspekt der Wirkung der Eintragung gegenüber Dritten zumindest nachvollziehbar.

Aus rechtsvergleichender Sicht hat die Eintragung nach spanischem und italienischem Recht eine ansatzweise vergleichbare Funktion wie die Auflassungsvormerkung nach deutschem Recht. Auch die Vormerkung dient der Verhinderung eines mehrmaligen, zwischenzeitlichen Verkaufs sowie der Verhinderung der zwischenzeitlichen Bestellung sonstiger Rechte am Grundstück, die das Eigentumsrecht des Käufers einschränken würden.

Nach der spanischen und italienischen Regelung ist die Eintragung des Erwerbers, insbesondere wegen sonst fehlender Drittwirkung des Eigentumserwerbs zum sicheren und beständigen Eigentumserwerb, als unverzichtbar anzusehen. Wegen der weitreichenden Wirkung und Bedeutung der Eintragung sowie des Schutzes, die sie dem Erwerber bietet, verwundert es daher, weshalb eine derart elementare Wirkung der Parteiautonomie überlassen wird und nicht zwingend vom Gesetzgeber angeordnet wird.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die für die Beantwortung der Frage nach dem besten Grundeigentumübertragungssystem elementare Frage, ob ein Regelungskomplex des Grundeigentumserwerbs die Eintragung in einem öffentlichen Liegenschaftsregister als zwingende Voraussetzung statuieren sollte.

In der spanischen Literatur wird die Tatsache, dass sich mangels konstitutiver Eintragung die Grundstücksübertragung wirksam am „Eigentumsregister vorbei“ vollziehen kann, als Mangel des spanischen Registersystems gesehen, und ist der Hauptgrund, weshalb sich viele spanische Autoren⁹⁵⁴ für die Übernahme der konstitutiven Eintragung aussprechen.⁹⁵⁵

Die Beantwortung der Frage der Zweckmäßigkeit der konstitutiven Eintragung hat unmittelbaren Einfluss auf die Beantwortung der Frage, ob sich für die Grundstücksübertragung das Konsensual-, das Trennungs-, das Kausal- oder das Abstraktionsprinzip anbieten. Sofern sich die konstitutive Eintragung als sinnvoll herausstellt, scheidet das Konsensualprinzip als Grundprinzip für die Grundstücksübertragung von vorneherein aus. Der unmittelbare Eigentumsübergang durch den Kaufvertragsabschluss ist bei der Statuierung eines notwendigen weiteren Aktes in Form der Registereintragung durch ein öffentliches Registeramt ausgeschlossen.

Es bietet sich vor der Bewertung der Grundprinzipien des Konsensual-, Trennungs-, Kausal- und des Abstraktionsprinzips daher an, zunächst zu klären, ob die konstitutive Eintragung notwendiges Element eines guten Regelungskomplexes der Grundeigentumsübertragung darstellt.

⁹⁵³ Vgl. hierzu Abschnitt: 1. Teil, C., IV., 2.

⁹⁵⁴ Jerez Delgado, Hacia la inscripción constitutiva; Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3370.

⁹⁵⁵ Grundlegend vgl. hierzu das Werk von Jerez Delgado, Hacia la inscripción constitutiva.

2. Die Frage der Zweckmäßigkeit der konstitutiven Eintragung

Hauptaufgabe eines Liegenschaftsregisters ist es, dem Immobilienverkehr eine verlässliche Grundlage zu geben. Dieser Ansicht war schon das Reichsgericht.⁹⁵⁶ Den Hauptzweck der Bucheinrichtung sah das Reichsgericht darin, „auf zuverlässiger Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten.“⁹⁵⁷ Dass ein Liegenschaftsregister dem Schutz des Rechtsverkehrs und dem Grundsatz der Publizität dienen soll, darüber sind sich auch der spanische und italienische Gesetzgeber, sowie die meisten spanischen und italienischen Autoren einig. Dass dieses Ziel nur in der Weise zu erreichen wäre, indem die Eintragung des Erwerbers notwendigerweise konstitutiv zu gestalten sei,⁹⁵⁸ diese Meinung teilen zumindest der spanische und italienische Gesetzgeber bisher nicht. In der spanischen und italienischen Literatur⁹⁵⁹ werden hingegen die Stimmen immer lauter, die für eine konstitutive Eintragung nach deutschem Vorbild plädieren. Es bleibt daher zu bewerten, ob die konstitutive Eintragung tatsächlich den anderen Systemen vorzuziehen ist.

a) Vorteile des Eintragungszwanges

aa) Gewährleistung der Publizität nur durch öffentliches Liegenschaftsregister

Die Publizität, die durch die Eintragung der Rechtsverhältnisse in ein öffentliches Liegenschaftsregister entsteht, ist für Immobilien optimaler als diejenige Publizität, die durch den bloßen Besitz entstehen kann.

Die möglichen Formen der Übergabe, die den Eigentumsübergang nach spanischem Recht bewirken (Artt. 1462-1464 CC), lassen ein wirksames Publizitätsmittel vermissen. Die Übergabeformen der Artt. 1462ff. CC sollten ursprünglich ein nach außen erkennbares Zeichen des Eigentumsüberganges darstellen. Die Übergabe eines Schlüssels etwa ist jedoch nicht geeignet, die Übergabe nach außen für Dritte erkennbar zu machen. Ebenso wenig wird durch die Erstellung der notariellen Kaufvertragsurkunde, durch die die Besitzübergabe fingiert wird (Art. 1462, S. 2 CC), der Eigentumsübergang nach außen für Dritte erkennbar. Beim notariellen Kaufvertrag werden *titulus* und *modus* in einem einzigen Akt vereint. Die Erstellung der notariellen Urkunde geht jedoch grundsätzlich nicht über die Sphäre der Parteien hinaus. Insoweit ist festzustellen, dass der notarielle Kaufvertrag das schwächste Publizitätsmittel ist, bzw. als solches ungeeignet ist.

Nach italienischem Recht kann aufgrund des Konsensualprinzips das Grundeigentum sogar gänzlich ohne Publizitätsmittel übergehen.

⁹⁵⁶ RGZ 61, S. 374, 377; RG 145, S. 343, 354.

⁹⁵⁷ RGZ 61, S. 374, 377; RG 145, S. 343, 354.

⁹⁵⁸ Vgl. als Befürworter des Eintragungszwanges bspw. Böhringer, BWNotZ 1997, S. 25.

⁹⁵⁹ Für die spanische Literatur vgl. z.B. Jerez Delgado, Hacia la inscripción constitutiva. Für die italienische Literatur vgl. z.B. Sacco, Trattato di diritto civile, I diritti reali, S. 226; Gambaro, S. 318.

Das einzige Publizitätsmittel, das tatsächlich Publizität für den Grundstücksverkehr bewirkt, ist die Eintragung in einem öffentlichen Liegenschaftsregister.⁹⁶⁰ Die spanische und italienische Regelung ist daher wenigstens insoweit konsequent, als das Eigentumsrecht erst durch die Eintragung in das Eigentumsregister seine *erga omnes*-Wirkung entfaltet. Die Lösung des *inter partes*-Überganges des Eigentums vor Eintragung und der *erga omnes*-Wirkung ab dem Zeitpunkt der Eintragung ist jedoch nicht ideal. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden.

bb) Verhinderung der Entstehung von zwei „Klassen“ von Eigentumsrechten

Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, zu denen die drei untersuchten gehören, gehen alle von einem einheitlichen Konzept des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen als absolutes Recht aus.⁹⁶¹ Die Auffassung des Eigentums als absolutes Recht ist indes nicht selbstverständlich. Im Gegensatz zu den kontinentaleuropäischen Vorstellungen geht beispielsweise das *Common Law* von einem anderen Konzept von Grundeigentum aus. Das Verständnis von Eigentum als absolutes Recht nach römisch-rechtlicher Tradition gilt in England nicht. Traditionell bestehen in England vielmehr mehrere, unterschiedliche eigentumsrechtliche Positionen, die sich vom Eigentum der Krone als Lehen ableiten.⁹⁶² Gegenwärtig entspricht jedoch die „*fee simple absolute in possession*“ („*freehold estate*“) im Wesentlichen dem Verständnis des Eigentums als absolutes Recht.⁹⁶³

Die untersuchten Rechtsordnungen haben sich jedoch für die Auffassung des Grundeigentums als absolutes Recht entschieden. Auch der DCFR geht vom Konzept des absoluten Eigentums in Bezug auf bewegliche Sachen aus. Vor diesem Hintergrund der Auffassung des Grundeigentums als absolutes Recht ist zu klären, ob die spanische und italienische Regelung hinsichtlich der Wirkungen der Eintragung des Eigentümerwechsels sinnvoll sind.

Wie in Deutschland gilt auch in Spanien der Grundsatz der Relativität des schuldrechtlichen Kaufvertrages. Der Grundstückskaufvertrag selbst schafft lediglich Beziehungen und Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien. Dass nach spanischem Recht allein schon durch den Abschluss des notariellen Kaufvertrages (bei nicht notariell beurkundetem Vertrag, durch Vertrag und zusätzliche Übergabe des Grundstücks) das Eigentum übergeht, das Eigentum indes als absolutes Recht gegenüber jedermann gilt, ist ein logischer Widerspruch. Andererseits ist das im Moment des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages übergehende Eigentum vor Eintragung im Eigentumsregister noch nicht „vollkommen“. Es wirkt nur *inter partes* im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, jedoch nicht im Verhältnis zu Dritten.

Nach italienischem Recht kommt dem Kaufvertrag wegen der Geltung des Konsensualprinzips grundsätzlich auch dingliche Wirkung zu. Das Eigentum geht grundsätzlich mit Ab-

⁹⁶⁰ so auch die h.M. im spanischen Schrifttum, vgl. z.B. Cossio y Corral, S. 10; Chico y Ortiz, S. 184.

⁹⁶¹ Vgl. Bauer/Stürner, § 64, Rn. 16; Vgl. zum italienischen Recht auch Paradiso, S. 105 ff.

⁹⁶² Bauer/Stürner, § 64, Rn. 31.

⁹⁶³ Vgl. Bauer/Stürner, § 64, Rn. 31.

schluss des Kaufvertrages über. Jedoch kann auch nach italienischem Recht bei der Übertragung des Grundeigentums infolge eines Grundstückskaufvertrages vor Eintragung des neuen Eigentümers im Liegenschaftsregister nicht von „vollwertigem Eigentum“ gesprochen werden, da das Eigentum vor Eintragung wie nach spanischem Recht lediglich „relativ“ gegenüber dem Vertragspartner wirkt und nicht gegenüber Dritten.

Das Grundeigentum wird in Spanien und Italien daher quasi in zwei Schritten erworben. Zunächst erwirbt der Käufer das Eigentum lediglich im Verhältnis zum Verkäufer und sodann mit der Eintragung im Liegenschaftsregister auch gegenüber Dritten und damit „abschließend“. Dies führt zu einer Aufweichung, bzw. Aufspaltung des Eigentums und damit zu einer widersprüchlichen „Abschwächung“⁹⁶⁴ des Eigentums als absolutem Recht. Das Eigentum hat in Spanien und Italien vor der Eintragung nämlich gerade nicht die umfassenden Wirkungen eines absoluten Rechtes. Gegenüber Dritten wirkt es in bedeutsamen Fällen wie dem des Doppelverkaufs gerade nicht. Andererseits wirkt es aber bereits vor Eintragung in dem Sinne gegenüber sonstigen Dritten „absolut“, als z.B. gegenüber jedermann die Herausgabe des unberechtigten Besitzes oder das Unterlassen von unberechtigten Beeinträchtigungen des Grundstücks verlangt werden kann.⁹⁶⁵ Hinsichtlich des Inhalts des Eigentumsrechts regelt das italienische Recht in Art. 832 CCivile, dass innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen und unter Beachtung der von dieser festgelegten Pflichten der Eigentümer das Recht hat, seine Sachen vollständig und ausschließlich zu nutzen und über sie zu verfügen. Nach Art. 949 CCivile kann der Eigentümer von störenden Dritten Unterlassung der Störungen sowie Schadensersatz verlangen. Zudem haftet der Eigentümer in beiden Rechtsordnungen bereits vor Eintragung für Gefahren, die vom Grundstück ausgehen, insbesondere gegenüber Nachbarn.

Das nicht eingetragene spanische und italienische Grundeigentum ist, wie erörtert, andererseits ein unvollkommenes Eigentumsrecht, da es gerade nicht absolut gegenüber jedermann gilt; es gilt gerade nicht gegenüber Dritten, die ihrerseits durch Eintragung ein konkurrierendes Recht am selben Grundstück erworben haben.

Es bestehen somit in Spanien und Italien zwei Arten bzw. Klassen von Eigentum – das eingetragene und das nicht eingetragene. Hierauf hat der spanische Gesetzgeber der Hypothekengesetzesreform von 1944 sogar in seinen Motiven selbst ausdrücklich hingewiesen.⁹⁶⁶ Die Möglichkeit des Bestehens von zwei „Klassen“ von Eigentum ist jedoch ein Widerspruch zur Natur und Auffassung des Eigentums als absolutes Recht, als „Vollrecht“. Die Aufspaltung der Eigentumswirkungen widerspricht dem Wesen und der Rechtsnatur des Eigentums als dingli-

⁹⁶⁴ In diesem Sinne auch Cossio y Corral, S. 85f.

⁹⁶⁵ Vgl. für das spanische Recht: Juárez Torrejón, S. 24.

⁹⁶⁶ Vgl. Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3367.

ches und absolutes Recht⁹⁶⁷ ebenso wie die Möglichkeit, dass dieses ohne Publizität entstehen kann. Für den juristischen Laien dürfte das Bestehen zweier Arten von Eigentum erst recht schwer verständlich sein. Der Sicherheit des Rechtsverkehrs und der Rechtsklarheit dienen die spanische und italienische Regelung zur Wirkung der Eintragung daher nicht.

cc) Vermeidung von Doppelverkäufen und Verringerung der Fälle des gutgläubigen Erwerbs

Nach spanischem und italienischem Recht ist der Fall des sukzessiven Doppelverkaufes eines Grundstücks an unterschiedliche Käufer ausdrücklich gesetzlich geregelt.⁹⁶⁸ Derjenige Erwerber, der die Eintragung im Liegenschaftsregister nicht betreibt, weil er die genaue Rechtslage und die Wirkungen der Eintragungen nicht kennt, sondern darauf vertraut, dass das „vollwertige“ Eigentum auch ohne die Eintragung erlangt wird, wird enttäuscht, wenn der Verkäufer dasselbe Grundstück ein zweites Mal an einen Dritten verkauft und dieser Dritte die Eintragung vornimmt. In diesem Fall wird, wie erläutert, sowohl nach spanischem als auch italienischem Recht der Dritte Eigentümer mit Wirkung gegenüber jedermann.⁹⁶⁹

Durch den Eintragungszwang würden zudem die nach spanischem Recht möglichen Fälle des gutgläubigen Erwerbs verringert. Dadurch, dass sich keine Grundstücksveräußerungen mehr außerhalb des Registers vollziehen könnten, würde erschwert, dass ein Nichtberechtigter über ein fremdes Grundstück verfügt, bzw. dass jemand von einem Nichtberechtigten erwirbt.

Das bestehende Institut des gutgläubigen Erwerbs zeigt im spanischen System eine große Schwäche bzw. einen Systemwiderspruch: Der Veräußerer ist manchmal noch zu unrecht eingetragen, da das Register mangels Eintragungszwang nicht zwingend die aktuelle Rechtslage widerspiegelt. Die Eigentümerstellung kann zwischenzeitlich auch mehrfach außerhalb des Registers gewechselt haben. Ein Dritter kann vom Eingetragenen dennoch gutgläubig erwerben (bzw. im Anwendungsbereich des Doppelverkaufs nach Art. 1473 CC vom weiterhin Berechtigten)⁹⁷⁰. Dadurch wird dem gutgläubigen Erwerb die Grundlage des Rechtscheins entzogen und der eigentliche Sinn des gutgläubigen Erwerbs wird gestört. Vor dem Hintergrund, dass das Register systembedingt seltener die materielle Rechtslage widerspiegelt, macht es wenig Sinn, regelmäßig das Vertrauen des Erwerbers auf den Registerinhalt zu schützen. Zudem eröffnet dieser gegenwärtige Systemwiderspruch Straftätern zur Begehung von Betrugsdelikten Tür und Tor. Die eingangs erwähnte hohe Rate an Betrugsdelikten im

⁹⁶⁷ So führt auch Pau Pedrón aus, dass es dem Wesen des Eigentums als dinglichem und absolutem Recht geradezu widerstrebe, „heimlich“, d.h. ohne Publizität zu entstehen. Es sei ein Widerspruch, dass das Eigentum, dass als absolutes Recht gegenüber jedermann wirkt, nicht für jedermann erkennbar ist. Es sei eine absolute logische Konsequenz, dass ein Recht, dass gegenüber jedermann gilt, auch für jedermann erkennbar sein muss, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3365.

⁹⁶⁸ Vgl. für das spanische Recht Art. 1473 CC und für das italienische Recht Art. 2644 CCivile.

⁹⁶⁹ Vgl. Abschnitt: Teil 1, B., IV., 2., b) und Teil 1, C., IV., 2.

⁹⁷⁰ Vgl. Abschnitt: Teil 1, B., IV., 2., b) und Teil 1, C., IV., 2.

Zusammenhang mit Immobilientransaktionen ist unter anderem auf diese missliche gesetzliche Lage zurückzuführen.⁹⁷¹ Insbesondere der Doppelverkauf eines Grundstücks wird durch die gesetzliche Regelung provoziert, wenn der Verkäufer erfährt, dass der erste Käufer sich nicht hat eintragen lassen.

In Deutschland ist das Institut des gutgläubigen Erwerbs hingegen sehr sinnvoll und konsequent in das Gesamtsystem eingebettet, da der gutgläubige Erwerb hier für Ausnahmen dient, in denen das Grundbuch ausnahmsweise nicht die wirkliche Eigentumslage wiedergibt. In Spanien ist hingegen vom Gesetz selbst „angelegt“, dass der Registerinhalt falsch sein kann, da der Eigentumserwerb auch ohne Eintragung möglich ist. Daher ist das spanische Eigentumsregister als Publizitätsmittel letztlich deutlich weniger geeignet und das Institut des gutgläubigen Erwerbs macht weniger Sinn. Das Vertrauen auf den Registerinhalt ist nicht in demselben Maße wie in Deutschland möglich und doch ist der gutgläubige Erwerb möglich. Dies ist ein Widerspruch und insbesondere von großem Nachteil für den wahren Eigentümer, der die Eintragung unterlassen hat und sein Eigentum an einen gutgläubigen Erwerber verliert.

Das Vertrauen auf den Registerinhalt ist indes als unabdingbares Element für den Schutz des Rechtsverkehrs anzusehen, was im Zusammenhang mit den weiteren Anforderungen an ein „gutes“ Liegenschaftsregister noch ausführlich begründet werden wird.⁹⁷²

dd) Klare Eigentumslage essentiell für Pfändungen des Grundstücks

Die Schaffung der klaren Eigentumslage an Grundstücken ist unter mehreren Aspekten von elementarer Bedeutung. Durch die konstitutive Eintragung wird eine eindeutige Eigentumslage geschaffen und für die Parteien sowie für Dritte ein genauer, beweisbarer Zeitpunkt für den Moment des Eigentumsüberganges festgelegt.

Von besonderer Bedeutung ist der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs auch für Pfändungen hinsichtlich des Grundstücks. Ein Gläubiger des Veräußerers, welcher eine Pfändung hinsichtlich eines Grundstücks des Veräußerers vornehmen möchte, hat bei Geltung der konstitutiven Eintragung einen klaren Anhaltspunkt, ob sein Schuldner noch Grundstückseigentümer ist. Er muss nicht berücksichtigen, ob das Eigentum möglicherweise lediglich erst *inter partes*, also zwischen den Kaufvertragsparteien übergegangen ist. Die Einsicht in das Liegenschaftsregister gibt ihm eine eindeutige Auskunft.

Ohne Eintragungszwang bleibt der Zeitpunkt des Eigentümerwechsels gegenüber Außenstehenden hingegen verborgen. Bei einer möglichen Eigentumsübertragung in Spanien durch den *modus* der „Schlüsselübergabe“ kennen nur die Kaufvertragsparteien den genauen Zeitpunkt der Übergabe. Es kann zu unnötigen Unsicherheiten für Gläubiger kommen, die eine

⁹⁷¹ Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3372.

⁹⁷² Vgl. Abschnitt: 2. Teil, E.

Pfändung beabsichtigen. Es besteht die Gefahr, dass das Grundstück bereits übergegangen ist, die Pfändung damit ins Leere läuft und sogar eine Klage (in Spanien *tercería de dominio*, entspricht etwa der deutschen Drittwiderspruchsklage) gegen die Pfändung zu befürchten ist.⁹⁷³ Ebenso nachteilig ist die schwierige Bestimmung und Beweisbarkeit des Zeitpunktes des Eigentumsüberganges für den neuen Eigentümer selbst, da dieser sich seinerseits gegen unberechtigte Pfändungen durch eine Klage zur Wehr setzen muss.

Vorteil der konstitutiven Eintragung wäre in Spanien und Italien im Gegensatz zu deren derzeitiger Rechtslage, dass der Zeitpunkt, in dem das Eigentum Wirkung *erga omnes* entfaltet, mit dem Zeitpunkt zusammenfiele, in dem das Recht im Register publik gemacht wird. Damit wäre der Grundsatz der Publizität erfüllt und eine Vielzahl von Klagen, insbesondere solche gegen unberechtigte Pfändungen, könnte vermieden und somit die Gerichte entlastet werden.

ee) Geringere Kosten für Ermittlung der Eigentümerstellung

Durch den formellen Publizitätsakt in Form der konstitutiven Eintragung verringern sich zudem die Kosten für Informationsaufwendungen des Rechtsverkehrs zur Feststellung des Eigentümers eines Grundstücks. Nicht nur beim beabsichtigten Erwerb eines Grundstücks oder einer beabsichtigten Pfändung hinsichtlich eines Grundstücks kann es von Interesse sein, den Eigentümer sicher bestimmen zu können. Es sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen es auf die zuverlässige Feststellung der Eigentümerstellung ankommt.

Von der einfachen und sicheren Bestimmung der Eigentümerstellung durch Einsichtnahme in ein verlässliches Liegenschaftsregister profitiert auch die Kreditwirtschaft. Insbesondere im modernen Wirtschafts- und Kreditverkehr kommt der Möglichkeit der Bestellung von Grundpfandrechten eine tragende Bedeutung zu. Ein funktionstüchtiges Liegenschaftsregister ist hierbei eine entscheidende Grundlage geordneter Wirtschaftsbeziehungen.⁹⁷⁴ In Spanien beispielsweise wurden in den 1990er Jahren bis zum Zeitpunkt der weltweiten Wirtschaftskrise in den Jahren um 2007 mehr als neunzig Prozent aller Neubauten durch Kredite finanziert, die durch Hypotheken auf den neu erbauten Gebäuden abgesichert wurden.⁹⁷⁵ Durch die Eintragung der Eigentümerstellung in öffentliche Register wird der Personalkredit des eingetragenen Grundstückseigentümers erhöht, da es Praxis geworden ist, dass Kreditgeber wie Banken Liegenschaftsregistrauszüge verlangen, um sich einen Überblick über die finanzielle Lage des Kreditnehmers zu verschaffen.⁹⁷⁶ Die Bankpraxis in Spanien geht sogar so weit, dass bei

⁹⁷³ Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3372; Jerez Delgado, Hacia la inscripción constitutiva, S. 280.

⁹⁷⁴ Böhringer, BWNotZ 1997, S. 25.

⁹⁷⁵ Rodríguez Otero, S. 172.

⁹⁷⁶ Für Spanien bestätigt dies auch Rodríguez Otero, S. 171.

Kredit ab einer bestimmten Höhe die Vorlage eines Auszuges aus dem Eigentumsregister unerlässlich ist.⁹⁷⁷

Auch im Mietrecht spielt ein funktionierendes Register eine erhebliche Rolle. So kann sich beispielsweise ein Mieter nach deutschem Recht durch die Einsichtnahme im Grundbuch Sicherheit darüber verschaffen, wer der aktuelle Eigentümer des Mietobjekts ist, um so sein Kündigungsschreiben an den richtigen Kündigungsempfänger zu senden. Zur Ermittlung des wahren Eigentümers müssen in Italien und Spanien hingegen wegen des lückenhaften Registersystems mangels Eintragungszwangs häufig umfangreiche Such- und Informationskosten aufgewandt werden.

ff) Verringerung der Betrugsdelikte durch Eintragungszwang

Einleitend wurde bereits dargestellt, dass die Zahl der Betrugsdelikte im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen in Deutschland sehr gering ist. Im Jahr 2007 gab es lediglich 692 erfasste Grundstücks- und Baubetrugsfälle.⁹⁷⁸ Im Jahr 2008 waren es sogar lediglich 511, im Jahr 2009 nur 493 und im Jahr 2010 nur 411. In Spanien und Italien herrscht bezüglich der Häufigkeit von Straftaten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen ein ganz anderes Bild.

Neben der Unterverbriefung stellt der Doppelverkauf eines Grundstücks durch den Grundstückseigentümer traditionell ein in der spanischen Grundstückspraxis häufig vorkommendes Betrugsdelikt dar. Dies wird durch den Umstand deutlich, dass der spanische Gesetzgeber im Bewusstsein um diese Praxis im Strafgesetzbuch in Art. 251 Código Penal für den Doppelverkauf von Immobilien sogar einen eigenen Betrugstatbestand geschaffen hat. Gemäß Art. 251 Código Penal erfüllt die Mehrfachveräußerung durch den Verkäufer den strafrechtlichen Tatbestand des Betruges unter der Androhung von bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe.⁹⁷⁹

Es ist nachvollziehbar, dass dadurch, dass mangels Eintragungszwang das Eigentumsregister auch nach einer Übereignung des Grundstücks noch den ursprünglichen Eigentümer als Eigentümer angibt, die Begehung des Betruges in Form des Doppelverkaufes für den Täter erheblich vereinfacht wird. Durch die Einführung der konstitutiven Eintragung könnte eine Vielzahl von Betrugsdelikten daher an der Wurzel bekämpft werden. Der Eigentumsübergang könnte sich nicht mehr außerhalb des Registers vollziehen und das Register würde nahezu immer die materielle Rechtslage widerspiegeln. Der Mehrfachverkauf wäre dadurch erheblich erschwert, da der Täter den Rechtsschein des Registers nicht mehr zu seinem kriminellen Nutzen missbrauchen könnte.

⁹⁷⁷ Rodríguez Otero, S. 172.

⁹⁷⁸ Diese und die folgenden Zahlen stammen aus der polizeilichen Kriminalstatistik 2008 des Bundeskriminalamtes, einzusehen unter: http://www.bka.de/nm_205960/sid_CF12BD3B4A6D5DD25B0ACF4FCA1136FB/DE/Publicationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks__node.html?__nnn=true, zuletzt abgerufen: 25.08.2012.

⁹⁷⁹ Zu den einzelnen strafrechtlichen Voraussetzungen und Folgen vgl. Rubio Garrido, La doble venta y la doble disposición, S. 139ff.

Folglich ist ein System der Immobilienübertragung, das zum einen die Abwicklung in die Hand des Notars und damit einer einzigen öffentlich bestellten und unabhängigen Person legt und zum anderen die Eintragung des Eigentümerwechsels in ein öffentliches Register zwingend vorschreibt, deutlich weniger anfällig für Betrugsfälle als ein System, das die Eigentumsübertragung an „offiziellen Stellen vorbei“ ermöglicht.

gg) Weitere Vorteile der konstitutiven Eintragung für den Staat

Durch die bisherigen Erörterungen ist klar geworden, dass die konstitutive Eintragung viele Vorteile für die Parteien eines Grundstückskaufs, für Dritte sowie den sonstigen gesamten Rechtsverkehr hat. Profitieren würden in erster Linie Käufer, aber auch sonstige dritte Teilnehmer des Grundstücksverkehrs wie z.B. Kreditgeber, die ein Darlehen angesichts des verlässlichen Registerinhaltes gewähren.⁹⁸⁰

Nicht zu vernachlässigen sind jedoch bei der Bewertung der Systeme der Grundstückübertragung die Interessen des Staates. Insofern ist es zunächst von großer Bedeutung für den Staat, Betrugsdelikte im Rahmen von Grundstückskäufen so gering wie möglich zu halten. Dass dies durch das System der konstitutiven Eintragung gelingen könnte, wurde bereits erörtert.⁹⁸¹

Weiterhin ist offensichtlich, dass der Eintragungszwang dem Staat den großen Vorteil der „Kontrolle“ jeder Grundeigentumsübertragung bietet. Dies ist insbesondere aus steuerrechtlicher Sicht für den Staat von elementarer Bedeutung.⁹⁸² Viele Immobilientransaktionen in Spanien und Italien werden insbesondere aus Gründen der Steuerersparnis an öffentlichen Stellen vorbei durchgeführt.

Hinzu kommt der für den Staat bedeutsame Vorteil der Prozessökonomie durch die Entlastung der Gerichte aufgrund weniger Unsicherheiten im Grundstücksverkehr, und in der Folge weniger Rechtsstreitigkeiten.

b) Zwischenergebnis

Es bestehen weitreichende Vorteile der konstitutiven Eintragung. Insbesondere die Vollständigkeit der Registrierung ist für die Sicherheit des Rechtsverkehrs von tragender Bedeutung. Dadurch, dass sich der Grundstückerwerb in Spanien und Italien außerhalb des Liegenschaftsregisters vollziehen kann, ist die Rechtssicherheit mangels Verlässlichkeit auf den Inhalt des Registers in erheblicher Weise eingeschränkt. Lückenlos kann die Übereinstimmung der Rechtswirklichkeit mit dem Inhalt eines Liegenschaftsregisters zwar nie sein, da für Ausnahmefälle ein Bedürfnis des Überganges des Grundeigentums auch ohne Eintragung besteht. Kraft Erbfolge sollte das Grundeigentum richtigerweise auch zunächst ohne Registeränderung übergehen können. Statuiert das Gesetz den grundsätzlichen Eintragungszwang, so können

⁹⁸⁰ vgl. Ausführungen in Abschnitt: Teil 2, C., II., 2., ee).

⁹⁸¹ Vgl. Ausführungen im Abschnitt Teil 2, C., II., 2., ff).

⁹⁸² So auch Pau Pedrón, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364, 3372.

sich die Teilnehmer jedoch im Regelfall auf die Übereinstimmung des Liegenschaftsregisters mit der materiellen Rechtslage verlassen.⁹⁸³ Für den Rechtsverkehr bedeutet dies eine erhebliche Erleichterung und Rechtssicherheit.

c) Nachteile des Eintragungszwanges

Nach Erörterung der vielen Vorteile stellt sich die Frage, ob es gewichtige Argumente gibt, die gegen eine konstitutive Eintragung sprechen.

aa) Argument der freien Selbstbestimmung

Das spanische System der Freiwilligkeit der Eintragung wird oft als besonders kompatibel mit dem Grundsatz der freien Selbstbestimmung und der individuellen Willensfreiheit verteidigt.⁹⁸⁴ Dies sei vor allem unter einem psychologischen Aspekt von Vorteil: Es sei immer angenehmer, etwas freiwillig machen zu können, sei es aus Überzeugung oder aus einem anderen Grund, als zu etwas gezwungen zu werden.⁹⁸⁵

Dieses Argument kann jedoch vor dem Hintergrund der Vermögenswerte, die bei einem Grundstückskauf auf dem Spiel stehen, in keinerlei Hinsicht überzeugen. Vielmehr überwiegen die genannten vielen Vorteile dieses undifferenzierte „psychologische“ Argument. Die Privatautonomie ist für höherrangige Zwecke hier einzuschränken.

Der Eintragungszwang bedeutet selbstredend auch eine Einbuße der informationellen Selbstbestimmung. Es können viele Gründe dafür vorliegen, dass eine Person nicht möchte, dass deren Eigentumsverhältnisse an Grundstücken öffentlich gemacht werden. Vor allem bei Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens sprechen plausible Gründe, wie etwa Sicherheitsgründe, für das Interesse gegen die Offenlegung und für die Geheimhaltung der Vermögensverhältnisse. Dieser Aspekt der Wahrung der Intimität ist keineswegs von geringer Bedeutung, sondern spielt für jeden Gesetzgeber eines freiheitlichen demokratischen Staates eine bedeutende Rolle. Der Schutz des individuellen Geheimhaltungsinteresses war z.B. auch in Frankreich ein Grund, warum sich der Gesetzgeber bei der Redaktion des Code Civil von 1804 gegen den Eintragungszwang entschied. *Bigot de Premameneu*, einer der vier Juristen, die an der Ausarbeitung des Code Civil maßgeblich beteiligt waren, vertrat hierzu, dass Familien ein berechtigtes Interesse daran hätten, ihre Vermögensgeschäfte geheim zu halten.⁹⁸⁶ Diese Haltung war revolutionsbedingt in der damaligen Zeit weit verbreitet. Der Gedanke hat jedoch auch heute in Ausprägung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung weiterhin seine Berechtigung. Die durch den Buchungszwang erzielten Vorteile müssten also gegenüber dem Individualinteresse an der Geheimhaltung der Vermögensverhältnisse überwiegen.

⁹⁸³ Wagemann, S. 10.

⁹⁸⁴ Rodríguez Otero, S. 522.

⁹⁸⁵ Rodríguez Otero, S. 522.

⁹⁸⁶ Vgl. weiterführende deutsche Literatur zum französischen Liegenschaftsregistersystem: Blanke, Die Reform des französischen Liegenschaftsrechts 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, 1963.



Begründet ist der Einwand des Interesses der Geheimhaltung der Eigentumsverhältnisse zumindest in Italien, da dort eine unbeschränkte Publizität des Registers besteht.⁹⁸⁷ Jedermann kann auch ohne Nachweis eines berechtigten Interesses das Register jederzeit einsehen.⁹⁸⁸ Ein derartiges „gläsernes“ Register wird in Deutschland aus Gründen des Datenschutzes abgelehnt.⁹⁸⁹ In Spanien ist ebenfalls ein berechtigtes Interesse zur Einsichtnahme darzulegen, vgl. Art. 607 CC. Dies ist zu befürworten. Der missbräuchlichen Einsichtnahme öffentlicher Liegenschaftsregister sollte durch die Voraussetzung der Darlegung eines berechtigten Interesses zur Einsicht entgegengewirkt werden.⁹⁹⁰

Insoweit sollte aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes kein „allgemeiner Zugriff“ auf sämtliche Daten zugelassen werden. Nach deutschem Recht findet das Schutzinteresse des Eingetragenen dadurch in abstrakt genereller Weise Berücksichtigung, dass ein berechtigtes Interesse der Einsichtsbegehrenden vorliegen muss. Individuelle Besonderheiten finden indes keine Berücksichtigung. Für den Regelfall der Einsichtnahme hat der deutsche Gesetzgeber vielmehr in grundsätzlicher Weise entschieden, dass es keine gegenläufigen Eigentümerinteressen gibt, wenn der Einsichtsbegehrende ein berechtigtes Interesse an der Einsicht hat; eine Abwägung im Einzelfall soll also nicht stattfinden.⁹⁹¹ Eine solche wäre den Registerbeamten auch nicht zuzumuten. An das berechnete Interesse zur Registereinsicht dürfen daher auch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Nach deutscher Rechtsprechung liegt es beispielsweise bereits dann vor, wenn der Einsichtsbegehrende plausible Gründe vortragen kann, die eine willkürliche Einsichtnahme aus bloßer Neugier ausschließen. Es reicht etwa das Interesse eines Gläubigers, der beabsichtigt, eine nicht unerhebliche Forderung gegen seinen Schuldner zwangsweise durchzusetzen und durch Grundbucheinsicht erfahren will, ob der Schuldner Eigentümer von Grundeigentum ist, in das vollstreckt werden könnte. Gläubiger des Eigentümers haben ein Recht auf Einsicht ohne Rücksicht darauf, ob sie für ihren Anspruch bereits einen Vollstreckungstitel erstritten haben oder nicht.⁹⁹² Die Darlegung eines dem Grundstückseigentümer gewährten Darlehens jedenfalls in Höhe von über 750 Euro wurde von der obergerichtlichen Rechtssprechung insoweit als ausreichendes Interesse für die Grundbucheinsicht angesehen.⁹⁹³ Es bringt insoweit Gläubigern einen großen Vorteil, da mit wenig Aufwand festgestellt werden kann, ob ihr Schuldner vermögend ist.

Diese Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung zeigen, dass die Interessen des Eingetragenen, in diesem Falle des Schuldners, durch die Öffentlichkeit des Liegenschaftsregisters

⁹⁸⁷ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., II.

⁹⁸⁸ Eine ähnliche Rechtslage besteht in Österreich, vgl. Böhringer, BWNNotZ 1997, S. 25f.

⁹⁸⁹ Böhringer, BWNNotZ 1997, S. 25f.

⁹⁹⁰ Vgl. auch BVerfG NJW 2001, S. 503f.

⁹⁹¹ BVerfG NJW 2001, S. 503, 506.

⁹⁹² OLG Zweibrücken NJW 1989, S. 531.

⁹⁹³ BayObLG BB 1975, S. 1041.

tangiert werden können. Dies verdeutlicht unter einem anderen Gesichtspunkt, weshalb Geheimhaltungsinteressen teilweise von hoher Bedeutung für den Grundstückseigentümer sein können. Hierbei ist indes zu berücksichtigen, dass in dieser Konstellation ein Geheimhaltungsinteresse lediglich der Abwehr berechtigter Ansprüche eines Gläubigers dienen würde. Das Geheimhaltungsinteresse wäre hier vielmehr eine Verschleierung der Vermögensverhältnisse zulasten der Gläubiger und ist daher m.E. nicht als schützenswert anzusehen.

Entscheidendes Argument gegen den Vorzug des Schutzes des Individualinteresses an der Geheimhaltung der Eigentümerstellung ist letztlich zudem, dass die Abwägung der gegenläufigen Interessen vor dem Hintergrund stattzufinden hat, dass das Grundeigentum nicht bloß individuelle Interessen tangiert, sondern wegen seiner Absolutheit die Interessen des gesamten Rechtsverkehrs. Das Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnis der Rechtsverhältnisse an Grundstücken ist daher dem individuellen Geheimhaltungsinteresse des Eigentümers vorzuziehen.⁹⁹⁴

bb) Lange Eintragungsdauer

Das deutsche Grundbuchsystem wird in erster Linie wegen der teilweise langen Dauer zwischen Eintragungsantrag und Vornahme der Eintragung kritisiert. Es darf aber nicht verkannt werden, dass der deutsche Gesetzgeber diesen Aspekt bedacht und schon besondere Vorgaben vorgesehen hat: Der Gesetzgeber hat das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einer größtmöglichen sachlichen Übereinstimmung des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage und dem Ziel eines einfachen, schnellen und kostengünstigen Verfahrens zugunsten der letztgenannten Zielvorstellung gelöst.⁹⁹⁵ Dass der Rechtspfleger des Grundbuchamtes nicht die materielle Rechtslage prüft, sondern auf die Richtigkeit der vorgelegten notariellen Urkunden vertrauen kann, ist wiederum nur möglich durch die besonderen Pflichten und Aufgaben, die den Notar bei der Beurkundung treffen.

d) Historische Hintergründe zur gesetzlichen Regelung in Spanien und Italien

aa) Spanien

Bei der Darstellung der Entstehungsgeschichte der spanischen Eigentumsregister wurden die Gründe erörtert, die den Gesetzgeber des Hypothekengesetzes von 1861 veranlassten, auf den Eintragungszwang für die Übertragung des Grundeigentums zu verzichten. Die Gründe sind vor dem Hintergrund der damals herrschenden gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen die Landwirtschaft eine dominierende Rolle spielte, nachvollziehbar. Insoweit ist auch nachvollziehbar, dass der spanische Gesetzgeber des CC um 1888/89 insoweit keine Änderung ein-

⁹⁹⁴ In diesem Sinne auch Faber/Lurger-Sagaert, S. 34.

⁹⁹⁵ Franzmann, MittBayNot 2009, 346, 348.

fürte. Die Argumentation mag auch bei der Reform des Hypothekengesetzes von 1944 im Ansatz noch nachvollziehbar gewesen sein.⁹⁹⁶

Das vom Gesetzgeber stets verfochtene Menschenbild des „ehrendhaften Bauern“ hat sich mittlerweile jedoch gewandelt. In der heutigen Gesellschaft und wirtschaftlichen Situation Spaniens kann der „ehrendhafte Bauer“ nicht mehr als typischer Adressat dienen, an den sich Gesetze, die die Grundstücksübertragung regeln, richten.⁹⁹⁷ Dieser Prototyp gehört mittlerweile zu der Minderheit der spanischen Bevölkerung. Grundstücksübertragungen innerhalb der eigenen Familie sind die Ausnahme oder zumindest im Vergleich zu der großen Anzahl der übrigen Grundstückstransaktionen die absolute Seltenheit. Die traditionelle Argumentation des spanischen Gesetzgebers gegen die konstitutive Eintragung kann daher heute nicht mehr überzeugen.

bb) Italien

Der italienische Gesetzgeber von 1865 zog die nach französischem Vorbild eingeführte *trascrizione* gegenüber der konstitutiven Eintragung vor. Die Gründe hierzu wurden bereits erörtert.⁹⁹⁸

Der Gesetzgeber von 1942 übernahm dieses System, auch wenn ihm die Vorteile der konstitutiven Eintragung nach deutschem Vorbild bewusst waren.⁹⁹⁹ Die Einführung eines Grundbuchsystems nach deutschem Vorbild lehnte der Gesetzgeber unter anderem mit dem Argument ab, dass es hierzu einer „perfekten Organisation und Struktur“ der Liegenschaftsregister bedürfte.¹⁰⁰⁰ Zur Umsetzung einer solchen „perfekten“ Organisation sah sich der Gesetzgeber von 1942 wegen der herrschenden Umstände, insbesondere in Bezug auf die damalige Organisation der Administration im Land, nicht in der Lage.¹⁰⁰¹ Auch der italienische Gesetzgeber vertrat das vom spanischen Gesetzgeber angeführte Argument, dass für die Beibehaltung des Systems der *trascrizione* spreche, dass das Volk an diese Art der Publizität gewöhnt sei und eine plötzliche Änderung des Registersystems große Unsicherheiten in der Bevölkerung mit sich brächte.¹⁰⁰²

Selbstredend kann jede Gesetzesreform zu Unsicherheiten für den Rechtsverkehr führen. Dies gilt vor allem für die Zeit der Geltung von Übergangsbestimmungen. Wenn eine Reform jedoch im Ergebnis zu mehr Rechtssicherheit führt – was hinsichtlich der konstitutiven Eintragung aus den dargestellten Gründen jedenfalls der Fall wäre –, kann das Argument der zeit-

⁹⁹⁶ Vgl. zu den besonders kritischen Gegenstimmen bereits zu dieser Zeit Abschnitt: 1. Teil, C., IV., 5.

⁹⁹⁷ So auch Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 14.

⁹⁹⁸ Vgl. Abschnitt: 2. Teil, C., II., 2., d), bb).

⁹⁹⁹ Vgl. Zappulli, S. 18.

¹⁰⁰⁰ Zappulli, S. 18, m.N. zur Parlamentarischen Diskussion (*Atti della Commissione delle Assemblee legislative, verbale n. 33, sull'art. 358*).

¹⁰⁰¹ Vgl. Zappulli, S. 18.

¹⁰⁰² Zappulli, S. 18, m.N. zur Parlamentarischen Diskussion (*Atti della Commissione delle Assemblee legislative, verbale n. 33, sull'art. 358*).

weilig befürchteten Unsicherheit in der Bevölkerung nicht zählen. Dies würde zu einer Stagnation des Rechts führen.

e) Kritik an bestehenden *modus*-Formen nach spanischem Recht und Vereinbarkeit der konstitutiven Eintragung mit dem System des *titulus* und *modus*

Nachdem erörtert wurde, dass die konstitutive Eintragung zu befürworten ist, stellt sich die Frage, ob diese mit dem System des *titulus* und *modus* vereinbar wäre.

Pau Pedrón, bedeutender spanischer Jurist (*Director General de los Registros y del Notariado*), der sich mit der Frage der Notwendigkeit der Einführung der konstitutiven Eintragung in Spanien in mehreren Werken auseinandergesetzt hat, verdeutlicht die Fragwürdigkeit der Bedeutung des *modus* in einem System, in dem die Übertragung von Grundstücken den *titulus* und *modus* voraussetzt, wenn der *modus* in diesem System so ausgestaltet ist, dass er gar kein taugliches Publizitätsmittel darstellt.¹⁰⁰³ *Pau Pedrón* überzeugt mit folgenden Argumenten: Das spanische System setzt zur Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen das Vorliegen von *titulus* und *modus* kumulativ voraus. Durch den *titulus* entsteht die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Übertragung des Grundstücks. Der *titulus* schafft Rechtsbeziehungen, die lediglich zwischen den Parteien wirken. Durch den *modus* – die Übergabe – wird das Eigentumsrecht schließlich mit Wirkung gegenüber Dritten übertragen. Dieses System der Trennung zwischen *titulus* und *modus* in Form von zwei getrennten Schritten als Voraussetzungen des Eigentumserwerbs sei jedoch nur dann plausibel, wenn der *modus* bewirke, dass der Zeitpunkt des Eigentumswechsels nach außen erkennbar ist. Wenn der *modus* jedoch bloß wie der *titulus* über die Sphäre der Vertragsparteien nicht hinaus gehe, dann entbehre der *modus* jeglichen Sinnes für die Entstehung des dinglichen Rechts.¹⁰⁰⁴

Für *Pau Pedrón* macht mithin das System der Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen durch *titulus* und *modus* nur dann Sinn, wenn der *modus* für Dritte erkennbar ist. Ist er das tatsächlich nicht, so entbehre der *modus* jeglicher Bedeutung und sei überflüssig. Diese Argumentation ist m.E. überzeugend:

Die Formen des *modus*, die das spanische Gesetzbuch vorsieht (Artt. 1462ff. CC) sind geradezu untauglich für das notwendige Maß an Publizität der Eigentumsübertragung. Zur Vermeidung von Ungewissheiten wäre es von großem Vorteil, gesetzlich nur einen einzigen *modus* für die Grundstücksübertragung zu statuieren. Dieser einzige *modus* sollte derjenige sein, der größtmögliche Publizität gewährleistet – mithin die Eintragung im Liegenschaftsregis-

¹⁰⁰³ Vgl. *Pau Pedrón*, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364f.; ders. in: RCDI, 1994, S. 2187, 2193.

¹⁰⁰⁴ Vgl. zum Ganzen *Pau Pedrón*, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1991, S. 3364f.; ders. in: RCDI, 1994, S. 2187, 2193.

ter.¹⁰⁰⁵ Die Eintragung in das Eigentumsregister als einzig gültigen *modus* auszugestalten und die Eintragung damit konstitutiv zu machen, würde bedeuten, die zuvor erörterten Unsicherheiten im Bezug auf die Eigentümerstellung zu bereinigen.

Nachdem die historische Entwicklung in Spanien zur Lehre des *titulus* und *modus* untersucht worden ist, ist verständlich, warum zu früheren Zeiten die Besitzübertragung von Grundstücken durch bloße Schlüsselübergabe (Art. 1463 CC) noch Sinn machte. Die ländliche Gesellschaft zeichnete sich vor der Entstehung von großen Städten durch ein enorm enges Zusammenleben aus. In kleinen Gemeinden taugten die „Publizitätsmittel“ des Art. 1463 CC tatsächlich noch, um die Grundstücksübertragung allen Mitgliedern der Gemeinde bekannt zu machen. Das soziale Zusammenleben zeichnete sich durch einen regen Kontakt aus, wie er mit dem in heutigen Städten nicht annähernd zu vergleichen ist. Die „Schlüsselübergabe“ wurde ohne große zeitliche Verzögerung spätestens „auf dem Marktplatz“ allen bekannt gegeben.¹⁰⁰⁶ Spätestens mit Entstehung größerer Städte war diese Art der Bekanntmachung jedoch nicht mehr tauglich, um den Eigentümerwechsel tatsächlich gegenüber jedermann bekannt zu machen, da die Gesellschaft mehr und mehr von Anonymität geprägt war. Einziges taugliches Publizitätsmittel ist seither die Eintragung in einem öffentlichen Liegenschaftsregister.

3. Fazit zur Frage der konstitutiven Eintragung

Der absolute Geltungsanspruch der dinglichen Rechte macht es erforderlich, dass das Bestehen dieser Rechte nach außen erkennbar ist. Es ist eine logische Konsequenz, dass sich aus der Tatsache, dass absolute Rechte gegen jedermann gelten, die Notwendigkeit ergibt, dass auch jedermann die Möglichkeit haben muss, diese Rechte zu kennen.¹⁰⁰⁷ Dies kann nur durch Registerpublizität erreicht werden. In Spanien und Italien ist dies mangels Eintragungszwang nicht der Fall, sondern die materielle Wahrheit kann regelmäßig vom Registerinhalt abweichen. Nur anhand der konstitutiven Eintragung wird erreicht, dass ein Liegenschaftsregister ein Spiegel der materiellen Rechtslage wird.

¹⁰⁰⁵ Dies schlägt unter anderem auch Jerez Delgado (in: *Hacia la inscripción constitutiva*) und Pau Pedrón (in: *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 1991, S. 3364, 3373) vor.

¹⁰⁰⁶ Pau Pedron, *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 1991, S. 3364f.

¹⁰⁰⁷ Pau Pedrón, *RCDI*, 1994, S. 2187, 2192.



D. Traditions- oder Konsensualprinzip/Abstraktions- oder Kausalprinzip: Welches System ist für die Übertragung des Grundeigentums vorzuziehen?

Nachdem die grundlegend verschiedenen Prinzipien der Übertragung des Grundeigentums nach deutschem, spanischem und italienischem Recht aufgezeigt wurden, bleibt zu bewerten, welches Prinzip überzeugt.

Die Bestimmung des „besten“ Übertragungssystems für Grundeigentum hat vielschichtige Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Grundentscheidungen, die die Zuordnung des Vermögens betreffen, haben großen Einfluss auf andere Rechtsgebiete, insbesondere das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht.¹⁰⁰⁸ Die Beantwortung der Frage nach der besten sachenrechtlichen Regelung hat daher auch andere Rechtsgebiete, wie insbesondere das Insolvenzrecht, zu berücksichtigen. So hat die Frage der abstrakten oder konsensualen sowie kausalen Gestaltung des Eigentümerüberganges Auswirkung auf die Rechte der Gläubiger des Veräußerers und des Erwerbers.¹⁰⁰⁹

Die Festlegung auf ein bestimmtes Konzept könnte daher eigentlich nur dann erfolgen, wenn erschöpfend sämtliche Besonderheiten und Eigenarten der jeweiligen Rechtsordnung berücksichtigt werden könnten. Auch die Frage, welches Übertragungsprinzip einheitlich für bewegliche und unbewegliche Sachen am meisten überzeugt, kann hier nicht erschöpfend behandelt werden. Eine derartig umfassende Revision des jeweiligen nationalen Vermögensrechts würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Ziel der Darstellung ist es vielmehr, einige wesentliche Aspekte, die für und gegen ein bestimmtes System der Übertragung des Grundeigentums sprechen, zu durchleuchten und gegeneinander abzuwägen.

Die grundsätzliche Frage nach dem am besten geeigneten System für die Übertragung des Eigentums an beweglichen sowie unbeweglichen Sachen, ist nicht nur in der deutschen Literatur¹⁰¹⁰ immer wieder viel diskutiert worden.

In Deutschland war die Diskussion um das Abstraktionsprinzip am größten in den 1930er bis 1950er Jahren.¹⁰¹¹ Die Frage ist zurzeit wegen einer möglichen Vereinheitlichung des europäischen Sachenrechts wieder besonders aktuell. Der DCFR stellt hierzu einen Versuch dar,

¹⁰⁰⁸ Vgl. auch Staudinger-Wiegand, Vorbem. zu §§ 929 ff, Rn. 17.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Stadler, JZ 2010, S. 380f.

¹⁰¹⁰ Vgl. deutsche Stellungnahmen aus jüngerer Zeit bspw.: Larenz, Schuldrecht, Band 2 BT, 1. Halbband, 13. Auflage 1986, § 39 II d; W. Wiegand, AcP 1990, 135f.; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion; Roth, Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Kaufvertragsparteien, ZvgIRWiss 1992 (1993), S. 371-394; Rother, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, Heft 1, S. 1-33; Vgl. zur italienischen Lit. bspw. Bianca, La vendita e la permuta, S. 83 ff.; Sacco, Il contratto, S. 626ff.; Capozzi, Il tramonto del consensualismo, in: Diritto e giurisprudenza, 1980, S. 743ff.

¹⁰¹¹ Staudinger-Seiler, Eckpfeiler, U. Sachenrecht - Allgemeine Lehren, Rn. 51.



Grundfragen des Sachenrechts in Bezug auf bewegliche Sachen zu harmonisieren¹⁰¹² Die Frage der Harmonisierung des Sachenrechts in Bezug auf unbewegliche Sachen wurde bisher bewusst ausgeklammert.¹⁰¹³ Auch haben die Verfasser des DCFR sich nicht erschöpfend mit dem Mobiliarsachenrecht befasst, da Hauptintention die Regelung des Eigentumserwerbs im Zusammenhang mit Warenkäufen war, so dass beispielsweise der Erwerb von Früchten und Nutzungen nicht behandelt wurde.¹⁰¹⁴

Unabhängig davon, ob eine Harmonisierung des Sachenrechts in den nächsten Jahren oder Jahrzehnten tatsächlich vom europäischen Gesetzgeber in Angriff genommen wird, sind die nunmehr mit dem DCFR vorliegenden Ergebnisse jahrelanger Rechtsvergleichung für das Mobiliarsachenrecht möglicherweise richtungsweisend für das europäische Parlament.¹⁰¹⁵ Sie sind daher bei dem folgenden Versuch des Findens einer optimalen Lösung für die Übertragung von Grundeigentum nicht aus den Augen zu verlieren. Die im DCFR getroffenen Entscheidungen zur Übertragung beweglicher Sachen sollen daher kurz dargestellt werden.

I. Exkurs: Die Übertragung beweglicher Sachen gemäß des DCFR

Der DCFR statuiert als Grundregel des Eigentumserwerbs beweglicher Sachen (VIII.-2:101 Abs. 1), dass „*die Übergabe der Sache (oder ein Übergabesurrogat) durch die Einigung von Veräußerer und Erwerber über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ersetzt werden kann*“.¹⁰¹⁶ Hierbei ist die „*Einigung von Veräußerer und Erwerber über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges*“ nicht als dingliche Einigung im Sinne des deutschen Rechts zu verstehen.¹⁰¹⁷ Es handelt sich vielmehr um eine einfache Vereinbarung der Kaufvertragsparteien, der kein Vertragscharakter zukommt.¹⁰¹⁸ Nach der Regelung ist es möglich, dass die Sache trotz Eigentümerwechsels im Besitz des Verkäufers verbleibt, ohne dass es eines Besitzkonstituts bedarf.¹⁰¹⁹

Für den Eigentumserwerb bedarf es nach der Regel des DCFR nur dann der Übergabe, wenn die Parteien keine Vereinbarung über den Zeitpunkt des Eigentümerüberganges getroffen haben. Treffen die Parteien hingegen eine ausdrückliche Vereinbarung hinsichtlich des Eigentumswechsels im Kaufvertrag, geht das Eigentum automatisch im vereinbarten Zeitpunkt über, ohne dass es weiterer Vereinbarungen oder sonstiger Akte bedürfte.¹⁰²⁰

¹⁰¹² Stadler JZ 2010, S. 380.

¹⁰¹³ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, S. 4207.

¹⁰¹⁴ Vgl. Stadler JZ 2010, S. 380f.

¹⁰¹⁵ Stadler JZ 2010, S. 380f.

¹⁰¹⁶ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:101, S. 4377f.

¹⁰¹⁷ Stadler, JZ 2010, S. 380, 383.

¹⁰¹⁸ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:101, S. 4422f.

¹⁰¹⁹ Stadler, JZ 2010, S. 380, 383.

¹⁰²⁰ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:101, S. 4433.

Vorgesehen sind nach dem DCFR darüber hinaus ausdrücklich spezielle Übergabesurrogate, sowie der Eigentumserwerb durch die Übergabe von Traditionspapieren, vgl. VIII.-2:105.¹⁰²¹ Der DCFR verzichtet mit der dargestellten Grundregel des VIII.-2:101 Abs. 1 auf das Erfordernis der Übergabe und damit auf einen äußerlichen Kundgabeakt, indem grundsätzlich die Vereinbarung über den Zeitpunkt des Eigentümerübergangs sowie der Kaufvertragsabschluss zur Übertragung des Eigentums ausreichen. Die Verfasser des DCFR haben sich daher neben der Ablehnung eines isolierten vertraglichen Erfüllungsgeschäfts im Sinne des deutschen Rechts auch gegen die Geltung des Traditionsprinzips entschieden.¹⁰²² Ebenso wenig wurde jedoch das reine Konsensualprinzip gewählt.¹⁰²³ Es soll vielmehr den Grundsatz, d.h. den Regelfall darstellen, dass die Parteien den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges explizit individuell bestimmen. Es gilt daher nur eine „Art Vertragsprinzip“.¹⁰²⁴ Hintergrund und Begründung des grundsätzlichen Verzichts auf die Übergabe bei der Übertragung beweglicher Sachen ist, dass der Besitz als Grundlage einer Eigentumsvermutung in der heutigen Warenwirtschaft, in der häufig Lieferketten anzutreffen sind, an Bedeutung verloren habe.¹⁰²⁵ Gemäß Art. VIII.-2:101 Abs. 1 (d), 2:202 ist die Übereignung kausalabhängig.¹⁰²⁶ Die Wirksamkeit der Übereignung ist von der Wirksamkeit des Kaufvertrags als *causa* des Rechtsgeschäfts abhängig.

II. Nachteile des Konsensualprinzips (Italien) gegenüber dem Trennungsprinzip (Deutschland und Spanien)

Nachdem erörtert wurde, dass die konstitutive Eintragung in jedem Falle für ein Grundeigentumsübertragungssystem zu befürworten ist, ist das mit einer konstitutiven Eintragung nicht vereinbare Konsensualprinzip bereits aus diesem Grunde abzulehnen. Im Folgenden sollen zum Zwecke einer möglichst umfassenden Bewertung des italienischen Grundeigentumsübertragungssystems dennoch kurz die weiteren Nachteile des Konsensualprinzips für die Grundeigentumsübertragung dargestellt werden.

Die Betrachtung der von der französischen Revolution geprägten sozialen und gesellschaftspolitischen Umstände zur Zeit der Entstehung des Konsensualprinzips machen dessen Ursprung¹⁰²⁷ nachvollziehbar. Die Freiheit des Individuums war eines der Leitprinzipien, die die Entstehung des französischen Code Civil prägten.¹⁰²⁸

¹⁰²¹ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:105, S. 4536.

¹⁰²² Vgl. Stadler, JZ 2010, S. 380, 383.

¹⁰²³ Vgl. Stadler, JZ 2010, S. 380, 384.

¹⁰²⁴ Staudinger-Klinck, Eckpfeiler, W. Eigentum, Rn. 130.

¹⁰²⁵ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:101, S. 4404.

¹⁰²⁶ Staudinger-Klinck, Eckpfeiler, W. Eigentum, Rn. 130.

¹⁰²⁷ Vgl. hierzu Abschnitt: Teil 1, D, I., 4., b).

¹⁰²⁸ Vgl. Portale, S. 80f.



Das Menschenbild, von dem die Verfasser des Code Civil ausgingen, war das des selbstbewussten, urteilsfähigen, vernünftigen und eigenverantwortlich handelnden, vermögenden Bürgers.¹⁰²⁹ Größtmögliche Parteiautonomie im Rechtsverkehr hatte aufgrund der erst frisch errungenen umfassenden Anerkennung des Privateigentums für den französischen Gesetzgeber daher höchste Priorität. Die Eigentumsübertragung an beweglichen und unbeweglichen Sachen sollte möglichst einfach gestaltet werden.

Heute werden die Vorteile des Konsensualprinzips vor allem in der Förderung der Agilität des Wirtschafts- und Warenverkehrs gesehen.¹⁰³⁰ Das Konsensualprinzip fördert den schnellen Fluss von Waren, da der Käufer unabhängig davon, ob er bereits den Kaufpreis entrichtet hat, Eigentümer wird und so die Ware schnell an Dritte weiterveräußern kann. Dies mag für den heutigen Verkehr hinsichtlich beweglicher Sachen tatsächlich einen gewissen Vorteil bedeuten. Im Hinblick auf unbewegliche Sachen ist ein allzu schneller Eigentümerwechsel grundsätzlich jedoch gerade nicht erstrebenswert. So ist es vielmehr Intention vieler Rechtsordnungen, dem schnellen Wechsel am Grundeigentum entgegenzuwirken, um Spekulationsgeschäfte im Immobilienbereich wegen der sozialen Funktion des Grundeigentums möglichst zu verhindern. Zu diesem Zwecke gilt in vielen Rechtsordnungen für den Verkauf von Immobilien eine Wertzuwachssteuer, die erst durch Ablauf einer bestimmten Frist wegfällt. Der Vorteil des Konsensualprinzips in Form der Förderung der Schnelligkeit und Agilität des Rechtsverkehrs ist für den Grundstücksverkehr daher gerade nicht primär erstrebenswert. Es spricht vielmehr eine Vielzahl an Argumenten gegen die Tauglichkeit des Konsensualprinzips für die Übertragung von Grundeigentum. Einige der folgenden Argumente gelten für bewegliche und unbewegliche Sachen gleichermaßen.

1. Erforderliche Abweichungen von der Grundregel des sofortigen Eigentumsübergangs

Bereits der italienische Gesetzgeber hat erkannt, dass das Konsensualprinzip für manche Fallgestaltungen, wie etwa den Kauf einer zukünftigen Sache oder beim Gattungskauf, keine Lösung darstellt. Folge war die Ausgestaltung ausdrücklicher Ausnahmen zum Grundsatz, dass das Eigentum bereits mit dem Kaufvertrag übergeht. Der Gesetzgeber hat damit eine dualistische Lösung geschaffen, die zeigt, dass das reine Konsensualprinzip viele Einzelfragen nicht in dogmatisch sinnvoller Weise zu lösen vermag.¹⁰³¹

Darüber hinaus erkennt die italienische Rechtsprechung die Möglichkeit an, das Konsensualprinzip durch Vereinbarung abzubedingen.¹⁰³² Die Rechtsprechung hat damit auf die Unzulänglichkeiten des Konsensualprinzips reagiert und lässt den Parteien selbst die freie

¹⁰²⁹ Zweigert/Kötz, S. 92.

¹⁰³⁰ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 280.

¹⁰³¹ Jayme, S. 347.

¹⁰³² Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., I., 4., a).

Wahl darüber, ob für ihren Vertrag das Konsensualprinzip gelten soll oder nicht. Kraft Parteiwillens lässt sich der an sich nach italienischem Recht dogmatisch einheitliche Vorgang des Eigentumserwerbs in zwei zeitlich selbstständige Geschäfte – den Kaufvertrag und die Eigentumsübertragung – trennen. Sofern die Parteien hierzu im Vertrag nichts bestimmen, gilt weiterhin die Regel des Konsensualprinzips.

Für den Grundstückserwerb erscheint das Konsensualprinzip unter dem Aspekt des Schutzes der Interessen der Vertragsparteien in besonderer Weise unbefriedigend.

2. Kritik an der dogmatisch widersprüchlichen Regelung des mehrfachen Verkaufs

Der in Art. 2644 Abs. 2 CCivile geregelte Fall des mehrfachen sukzessiven Verkaufs eines Grundstücks stellt eine weitere große Schwäche des italienischen Grundeigentumsübertragungssystems dar. Die Regelung des Falles des mehrfachen Verkaufs ist dogmatisch systemwidrig. Der Erwerb des Grundeigentums „vollzieht“ sich beim Doppelverkauf gemäß Art. 2644 Abs. 2 CCivile bei demjenigen Käufer, der sich zuerst im Immobilienregister eintragen lässt. Art. 2644 Abs. 2 CCivile steht damit im direkten Widerspruch zu Art. 1376 CCivile, der das Konsensualprinzip statuiert. Die erheblichen Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung dieses Widerspruchs sowie die Problematik der zeitlichen Bestimmung des Eigentümerwechsels, wurden im Länderbericht dargestellt.¹⁰³³ Für die Teilnehmer des Rechtsverkehrs schafft die Regelung des Art. 2644 Abs. 2 CCivile besondere Rechtsunsicherheit. Lässt der Zweitkäufer zuerst eintragen, so erwirbt er nach herrschender Ansicht nicht *a non domino*, vom „Nicht-mehr-Eigentümer“, sondern vom Eigentümer und damit Berechtigten, da die Eigentumsübertragung an den Erstkäufer aufgrund der Tatsache der Eintragung des Zweitkäufers fiktiv rückwirkend entfällt und der Zweitkäufer damit vom ursprünglichen Eigentümer erwirbt. Im Zeitraum zwischen dem ersten und zweiten Kaufvertrag ergibt sich für den Erstkäufer, der noch nicht eingetragen hat, daher eine gewisse „Schwebelage“ hinsichtlich seiner Eigentümerstellung, da diese bei Eintragung eines Zweitkäufers (nach der herrschenden Ansicht)¹⁰³⁴ rückwirkend entfallen kann.

Dieser Wechsel der Anforderungen, den das Konsensualprinzip an den Eigentumserwerb von Grundstücken stellt, verursacht eine besonders hohe Rechtsunsicherheit. Für den Käufer ist nicht vorhersehbar, ob er ein bestimmtes Grundstück allein schon durch den Abschluss des Kaufvertrages „endgültig“ erworben hat oder nicht. Bis die Eintragung im Register erfolgt, kann sich der Käufer daher nie sicher sein, ob er Eigentümer bleibt, obwohl der Eigentümerwechsel vom System für den Regelfall mit Abschluss des Kaufvertrages vorgesehen ist. Dies

¹⁰³³ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., II., 1., b).

¹⁰³⁴ Vgl. Abschnitt: Teil 1, D., II., 1., b), aa).



macht zugleich nochmals deutlich, wie elementar die Eintragung in das italienische Immobilienregister für den beständigen Eigentumserwerb ist.

Mit der Regelung des Art. 2644 Abs. 2 CCivile hat der italienische Gesetzgeber eine Art systemwidrigen „Kunstgriff“ geschaffen, um im Falle der Mehrfachveräußerung dem Register als Publizitätsmittel Bedeutung beizumessen.

Ein derartig systemwidriger „Kunstgriff“, sowie die sonstigen vielfältigen gesetzlichen Ausnahmen des Konsensualprinzips als Sonderregelungen, wären durch die Statuierung der Voraussetzung eines weiteren Übertragungsaktes nicht notwendig. Zwar ist es unmöglich, ein Übertragungssystem zu finden, welches gänzlich ohne bestimmte Ausnahmeregelungen auskäme.¹⁰³⁵ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis sollte jedoch stimmen.

3. Die Sonderrolle des Vorvertrages

Zweite gravierende Unzulänglichkeit des italienischen Systems ist, dass das Konsensualprinzip dem Verkäufer der Immobilie den Eigentumsverlust mit Vertragsabschluss aufzwingt, auch wenn er den Kaufpreis noch nicht erhalten hat. Ein Zug-um-Zug-Austauschverhältnis beim Immobilienkauf ist in Italien im Gesetz wegen der Geltung des Konsensualprinzips daher nicht angelegt. Die Vorleistung des Verkäufers erscheint wenig interessengerecht, da sie über Gebühr die Interessen des Käufers und dessen Gläubiger begünstigt. Diese gesetzliche Vorleistungspflicht des Verkäufers verletzt im Regelfall das funktionelle Synallagma.

Aufgrund dieses gravierenden Nachteils des Konsensualprinzips tendiert die italienische Kautelarjurisprudenz zur Trennung von Planung und Vollzug des Grundstücksgeschäfts durch Inanspruchnahme des Instituts des Vorvertrages. Es ist wegen der misslichen Folge des Konsensualprinzips in Italien übliche Praxis, vor dem eigentlichen Grundstückskaufvertrag einen Vorvertrag zu schließen. Die Parteien werden hierzu quasi gezwungen, weil alles andere zu leichtsinnig wäre. Durch Vorschaltung eines Vorvertrages können die Parteien die Trennung der Planung und des Vollzugs erreichen.¹⁰³⁶

Der gerechte Ausgleich zwischen den Käufer- und Verkäuferinteressen bleibt den Parteien also vom italienischen Gesetzgeber selbst überlassen und zwingt sie zur Bildung besonderer Vertragskonstruktionen wie der des Vorvertrages.

In Deutschland kommen Vorverträge bei Grundstücksübertragungen eher selten vor. Dies liegt daran, dass die gesetzlichen Regelungen des Grundstückserwerbs so ausgestaltet sind,

¹⁰³⁵ Faber/Luriger-Kullerkupp, S. 47.

¹⁰³⁶ Vgl. hierzu auch Bauer/Stürner § 64, Rn. 30, der verallgemeinernd für „alle wesentlichen Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises“ die Tendenz der Kautelarjurisprudenz feststellt, eine Trennung von Planung und Vollzug von Grundstücksgeschäften erreichen zu wollen; Vgl. zu dieser Tendenz auch Harke, *RabelsZ* 72, 2008, S. 326ff.



dass in der Regel gar kein praktisches Bedürfnis für den Abschluss eines Vorvertrages besteht. Dies ist insbesondere Dank des Trennungsprinzips der Fall.

Der Zweck des Vorvertrages ist in allen drei untersuchten Rechtsordnungen im Zusammenhang mit der von den Beteiligten schrittweise verwirklichten Vertragsgestaltung zu sehen. Die Hauptfunktion des Vorvertrages ist in Deutschland im Gegensatz zu Spanien und Italien jedoch eine andere. Von seiner Definition erscheinen der spanische *contrato preliminar*, der italienische *contratto preliminare* und der deutsche Vorvertrag fast völlig vergleichbar. Die Definition des Vorvertrages erfolgt jedoch jeweils vor dem Hintergrund einer anderen Rechtsordnung mit jeweils anderen Grundprinzipien, so dass die Bedeutung des Vorvertrages in der jeweiligen Rechtsordnung nur vordergründig dieselbe erscheint, in Wirklichkeit jedoch eine andere ist.

In Italien kommt dem Vorvertrag eine ganz besondere Rolle zu, da er zur Umgehung des Konsensualprinzips herangezogen werden kann. In Spanien ersetzt die notarielle Beurkundung des Grundstückskaufvertrages die Übergabe. Es gilt zwar weiterhin das *titulus-modus*-Prinzip. Durch die Beurkundung als Übergabesurrogat fallen *titulus* und *modus* jedoch zeitlich zusammen – das Eigentum geht mit Abschluss des notariellen Kaufvertrages über. Im Ergebnis hat der Kaufvertrag durch die Beurkundung daher dieselben Wirkungen wie bei Geltung des Konsensualprinzips. Entsprechend gleich hoch wie in Italien ist in Spanien daher das praktische Bedürfnis des Abschlusses eines Vorvertrages, der die zeitliche Trennung des Geschäfts und dessen Vollzugs im Sinne eines Trennungsprinzips bewirkt.

4. Gefahrtragung und insolvenzrechtliche Auswirkungen

Auch im italienischen Recht gilt der Grundsatz, dass der Eigentümer für Gefahren, die vom Grundstück ausgehen, haftet (vgl. Art. 2053 CCivile).¹⁰³⁷ Für den Grundstückskäufer besteht der Nachteil des frühen Eigentumsüberganges darin, dass er auch dann für das Grundstück haftet, wenn es noch im Besitz des Verkäufers steht. Dies stellt eine unbillige Verschiebung der Gefahrtragung dar. Der Käufer hat noch keine Möglichkeit auf das Grundstück einzuwirken, da es sich noch nicht in seiner Sphäre und Beherrschbarkeit befindet und dennoch muss er für Gefahren haften, die vom Grundstück ausgehen.

Für den Verkäufer ist der sofortige Übergang des Eigentums ab dem Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses ebenfalls von Nachteil. Er trägt ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Preisgefahr. Zur Sicherung des Verkäufers hat der italienische Gesetzgeber zum Aus-

¹⁰³⁷ Trabucchi/Trabucchi, S. 641.

gleich daher zumindest konsequent das Sicherungsinstrument der gesetzlichen Hypothek zugunsten des Verkäufers eingeführt, Art. 2817, Nr. 1 CCivile.¹⁰³⁸

5. Fazit

Das Konsensualprinzip wurde in Italien einst eingeführt, da angenommen wurde, dass es zur Vereinfachung und Schnelligkeit des Güterverkehrs führt.¹⁰³⁹ Die Schnelligkeit des Grundstücksverkehrs hat jedoch nicht höchste Priorität und ist sogar aufgrund der sozialen Funktion des Grundeigentums nicht erstrebenswert. Vielmehr ist die Sicherheit des Grundstücksverkehrs als weitaus wichtiger einzustufen. Doch auch die vermeintliche „Vereinfachung“ der Übertragung von beweglichen Sachen ist nur für einige Fallkonstruktionen gegeben und geschieht letztlich auf Kosten der Sicherheit des Rechtsverkehrs.¹⁰⁴⁰

Es hat rechtstechnische Vorzüge, die dingliche Einigung über den Übergang des Grundeigentums getrennt vom Verpflichtungsgeschäft auszugestalten. Es wird eine Differenzierung des Veräußerungsvorganges ermöglicht. In der deutschen Beurkundungspraxis ist es zwar üblich, dass die Auflassung und der Kaufvertrag in einer einheitlichen Urkunde aufgenommen werden.¹⁰⁴¹ Dies könnte gerade gegen ein praktisches Bedürfnis der Trennung des Verpflichtungs- und Veräußerungsgeschäft sprechen. Diese Praxis beruht jedoch in erster Linie darauf, dass die getrennte Beurkundung des Kaufvertrages und der Auflassung zu höheren Notargebühren führt.¹⁰⁴²

Trennung von Planung und Vollzug ist vielmehr bei Immobiliengeschäften oftmals zweckmäßig. Beispielsweise kann bei noch nicht existierenden oder sich noch im Bau befindenen Gebäuden das Bedürfnis bestehen, zunächst nur einen verpflichtenden Kaufvertrag abzuschließen.

Durch das Trennungsprinzip kann folglich ohne konstruktive Kompliziertheiten den Bedürfnissen des Grundstückverkehrs Rechnung getragen werden.¹⁰⁴³

III. Abstraktionsprinzip versus Kausalprinzip

Nicht nur der Umstand, dass die Eintragung konstitutiv ausgestaltet sein sollte, spricht mithin gegen das Konsensualprinzip. Die weiteren genannten Gründe sprechen vielmehr dafür, das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft von einem weiteren Veräußerungsakt zu trennen. Dies sehen sowohl die deutsche als auch die spanische Rechtsordnung vor. Entscheidender

¹⁰³⁸ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 281.

¹⁰³⁹ Galgano, Trattato di diritto civile, Vol. 2, S. 280.

¹⁰⁴⁰ Nivarra, Ricciuti, Scognamiglio, S. 77.

¹⁰⁴¹ Schreiber-Wochner, Kapitel 6, Rn. 25.

¹⁰⁴² Kanzleiter, DNotZ 1996, 242, 249; a.A. OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 647 m. abl. Anm. Schmitz.Valckenberg.

¹⁰⁴³ Vgl. Bauer/Stürmer, § 51, Rn.44



Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen ist jedoch, dass der weitere Verfügungsakt nach deutschem Recht, der sich aus Auflassung und Eintragung im Grundbuch zusammensetzt, vom Kaufvertrag rechtlich unabhängig – abstrakt – ist. Nach deutschem Recht kommt der Auflassung als dinglicher Einigung Vertragscharakter zu; sie ist abstrakt vom schuldrechtlichen Kaufvertrag.

Der nach spanischem Recht für die Grundeigentumsübertragung über den *titulus* hinaus geforderte *modus* hat hingegen nach ganz herrschender Meinung keinen vertraglichen Charakter.¹⁰⁴⁴ Es handelt sich vielmehr um eine mit Willenselementen angereicherte Übergabe.¹⁰⁴⁵ Zwischen dem *modus* und dem zugrunde liegenden Kaufvertrag besteht nach spanischem Recht ein Kausalverhältnis. Die Unwirksamkeit des Kaufvertrages führt zum Scheitern des Eigentumsübergangs.

Fraglich ist, ob in einem Grundeigentumsübertragungssystem ein abstrakter dinglicher Vertrag wie die Auflassung nach deutschem Recht vorausgesetzt werden sollte oder ob das nach spanischem Recht geltende Kausalprinzip vorzugswürdig ist.

1. Verbreitete Kritik am Abstraktionsprinzip

Das Abstraktionsprinzip hat seit seiner Aufnahme im BGB immer wieder starke Kritik erfahren. Die stärkste Kritik ist die, dass es wegen des ebenfalls in das BGB aufgenommenen Rechtsinstituts des gutgläubigen Erwerbs obsolet sei.¹⁰⁴⁶ Der gutgläubige Erwerb allein erreiche das durch das Abstraktionsprinzip verfolgte Ziel der Rechtssicherheit.¹⁰⁴⁷

Darüber hinaus wurde immer wieder kritisiert, dass die rechtliche Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft das Auseinanderreißen eines einheitlichen natürlichen Vorganges darstelle.¹⁰⁴⁸ Der abstrakte dingliche Vertrag habe seinen Triumph dem verheerenden Einfluss des Liberalismus und einer überzogenen Auffassung des Grundsatzes der Willensfreiheit zu verdanken.¹⁰⁴⁹

Die scharfe Kritik der künstlichen Entzerrung eines einheitlichen Vorganges kann für die Übertragung von Grundeigentum nicht überzeugen. Ein getrennter dinglicher Vertrag ist gerade im Grundstücksverkehr keine Auseinanderzerrung eines einheitlichen natürlichen Vorganges: Die Konstruktion eines dinglichen weiteren Vertrages ist durchaus volkstümlich.¹⁰⁵⁰

Gerade bei Grundstücken ist nicht wie bei alltäglichen Warenkäufen ein sofortiger Austausch der Leistungen üblich. Der Laie trennt sehr wohl die Vorstellung, sich verpflichten zu wollen

¹⁰⁴⁴ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., II., 1.

¹⁰⁴⁵ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., II., 1.

¹⁰⁴⁶ Vgl. statt vieler Kriegsmann, S. 222.

¹⁰⁴⁷ Vgl. statt vieler Lange, AcP 148 (1948), 188, 226.

¹⁰⁴⁸ Vgl. statt vieler Rother, AcP 169 (1969), S. 1ff.

¹⁰⁴⁹ Lange, AcP 148 (1948), S. 188ff.

¹⁰⁵⁰ Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung, S. 103.



etwas zu kaufen und es dann übereignen zu wollen. In der Auflassung kommt zum Ausdruck, dass die Parteien nunmehr bereit sind zu erfüllen.¹⁰⁵¹ Zudem ist zu beachten, dass sich rechtliche Regelungen zwar im Sinne der Rechtsklarheit auch am Verständnis für den Laien messen müssen. Entscheidend ist jedoch die Funktionalität der Regelungen.¹⁰⁵²

2. Aspekt des gutgläubigen Erwerbs

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Einführung des Abstraktionsprinzips eine Wertentscheidung getroffen, die zum Ziel hatte, den Verkehrsschutz an oberste Stelle zu stellen.¹⁰⁵³

Das Kausalprinzip hielten die Väter des BGB für ein Hindernis für den reibungslosen Rechtsverkehr, da der Erwerber dann nicht nur die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts des Vormannes prüfen müsste, sondern auch das möglicherweise Jahrzehnte zurückliegende, zu Grunde liegende Kausalgeschäft.¹⁰⁵⁴

Es ist eine in der Literatur immer wieder diskutierte These, dass das Abstraktionsprinzip aufgrund der ebenfalls im BGB aufgenommenen Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs obsolet sei, da dieser in angemessenem Maße die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleiste.¹⁰⁵⁵ Gegen diese These wird eingewandt, dass das Abstraktionsprinzip noch eine Verstärkung des Verkehrsschutzes im Vergleich zu den Regeln des Erwerbs vom Nichtberechtigten bewirke, da letztere dem Dritterwerber entweder jeden Schutz versagen, wie grundsätzlich bei der Forderungsabtretung, oder die Wirksamkeit des Drittererbs an die Gutgläubigkeit des Erwerbers knüpfen (vgl. § 892 Abs. 1, S. 2 BGB und § 932 Abs. 2 BGB).¹⁰⁵⁶ Nur durch das Abstraktionsprinzip sei der Dritterwerber vollständig von dem Risiko der Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts seines Vordermannes entlastet.¹⁰⁵⁷

Aus rechtspolitischer Sicht ist der Einwand gegen diese Argumentation überzeugend, dass der Schutz des bösgläubigen Erwerbers nicht zu befürworten sei und der Schutz durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs für den Erwerber ausreiche.¹⁰⁵⁸ Dieses Argument machten sich jüngst auch die Verfasser des DCFR zu Eigen.¹⁰⁵⁹ Jedoch wird hiergegen wiederum nachvollziehbar eingewandt, dass es nicht nur um den Schutz eines konkreten Erwerbers ginge, der im Einzelfall bösgläubig sein mag, sondern um den Schutz des gesamten Rechtsverkehrs. Der über den Gutgläubensschutz hinausgehende Sinn des Abstraktionsprinzips sei da-

¹⁰⁵¹ Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung, S. 103.

¹⁰⁵² In diesem Sinne auch Soergel-Stadler, Einl., Rn. 32.

¹⁰⁵³ Mugdan Bd III, S. 4; Staudinger-Seiler, Einl. zu §§ 854ff., Rn. 49; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 78.

¹⁰⁵⁴ Wie vor.

¹⁰⁵⁵ Schreiber/Kreutz, JURA 1989, S. 617, 622.

¹⁰⁵⁶ Grigoleit, AcP 1999, S. 379, 383.

¹⁰⁵⁷ Grigoleit, AcP 1999, S. 379, 383.

¹⁰⁵⁸ In diesem Sinne vgl. statt vieler Heck, S. 22 f.; Rodriguez-Rosado, S. 115ff.

¹⁰⁵⁹ V. Bar/Clive, Materialien, Vol. 5, VIII.-2:101, Vol. 5, S. 4425f.

rin zu erblicken, dass die aus diesem Prinzip folgende Irrelevanz der rein schuldrechtlichen Wirksamkeitsmängel für die nachfolgenden Erwerbsvorgänge eine Verstärkung des Verkehrsschutzes und einer Erleichterung des Warenumsatzes insgesamt bewirke.¹⁰⁶⁰ Dies ist gerade bei Veräußerungsketten relevant.¹⁰⁶¹

Für bewegliche Sachen mag der leichte und schnelle Warenumsatz auch im Sinne des Wirtschaftswachstums wünschenswert sein. In Bezug auf die Übertragung von Grundeigentum kann dieser Vorteil des Abstraktionsprinzips hingegen nicht ausschlaggebend sein. Wegen der sozialen Bedeutung des Grundeigentums sollte vielmehr gerade ein leichtfertiger, schneller Wechsel des Grundeigentums vermieden werden. Dies wurde schon in der Gesetzesbegründung zum Beurkundungszwang von Grundstückskaufverträgen unterstrichen.¹⁰⁶²

Das Abstraktionsprinzip überzeugt bei der Liegenschaftsübertragung jedoch aus einem anderen wichtigen Grund:

3. Auswirkungen auf das Liegenschaftsregister

Wichtiger Gesichtspunkt für die Sicherheit des Rechtsverkehrs ist, dass das Liegenschaftsregister durch die Geltung des Abstraktionsprinzips seltener unrichtig ist. Ist der zugrunde liegende Kaufvertrag nach deutschem Recht unwirksam, so wird der Käufer bei wirksamer Auflassung und Eintragung dennoch Eigentümer des Grundstücks. Die Fehlerquote, d.h. die Häufigkeit der Unrichtigkeit des Liegenschaftsregisters wird dadurch verringert, dass Kaufvertrag und dingliches Übereignungsgeschäft getrennt betrachtet werden. Der dingliche Erwerbsakt wird von vornherein gegen die viel eher möglichen Gültigkeitsmängel des Kausalgeschäfts „immunisiert“. ¹⁰⁶³ Der Registerinhalt in Deutschland weicht daher sehr selten von der materiellen, tatsächlichen Rechtslage ab. Zwar ist der Einwand berechtigt, dass durch die Beurkundungspflicht des Kaufvertrages die Wahrscheinlichkeit der Unwirksamkeit des Kaufvertrages sehr gering ist. ¹⁰⁶⁴ Durch die Belehrungs- und Prüfungspflichten des Notars wird tatsächlich in aller Regel die Richtigkeit und Wirksamkeit des Kaufvertrages gewährleistet. Dennoch sind Fehlerquellen des Kausalgeschäfts allein aufgrund eines Beurkundungszwangs auch nicht ausnahmslos ausgeschlossen.

Durch kausale Verknüpfung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, wie sie in Spanien gilt, ist die Richtigkeit des Liegenschaftsregisters bereits durch Fehlerquellen, die das reine Verpflichtungsgeschäft betreffen, nicht mehr gegeben. Bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages

¹⁰⁶⁰ Grigoleit, AcP 1999, S. 379, 384; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 375, 377.

¹⁰⁶¹ Vgl. hierzu anschauliches Beispiel bei Stadler, JZ 2010, S. 380, 387.

¹⁰⁶² Vgl. Wagner, AcP 1972, S. 452, 457.

¹⁰⁶³ Spellenberg, S. 793.

¹⁰⁶⁴ Vgl. Füller, S. 545. Dieser spricht sich hinsichtlich der Übertragung des Grundeigentums für das Kausalprinzip in Kombination mit der konstitutiven Eintragung im Grundbuch aus.



ist stets auch der Registerinhalt falsch, da das Eigentum nicht übergegangen ist. Bei Geltung des Kausalprinzips ist daher die Gewähr der Richtigkeit des eingetragenen Rechts geringer. Bei Geltung des Abstraktionsprinzips bleiben Korrekturen hinsichtlich der Eigentümerposition dem Bereicherungsrecht überlassen; das Grundbuch bleibt richtig.¹⁰⁶⁵

Richtig ist, dass der potentielle, redliche Erwerber sowohl nach deutschem als auch nach spanischem Recht durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch die Unrichtigkeit des Registerinhaltes nicht tangiert wird. Insoweit besteht auch im Immobilienrecht die immer wieder behauptete Überschneidung des Zweckes des Abstraktionsprinzips mit der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs.

Das Vertrauen auf die regelmäßige Richtigkeit des Inhalts des Registers ist jedoch nicht nur für den potentiellen Grundstückserwerber, sondern auch für Dritte von maßgeblicher Bedeutung. Insbesondere für Gläubiger, die die Vollstreckung in Schuldnervermögen beabsichtigen, kann die Ermittlung von Grundeigentum anhand der Einsichtnahme öffentlicher Liegenschaftsregister eine große Rolle spielen. Um kostenaufwendige nutzlose Pfändungs- und Vollstreckungsversuche zu vermeiden, ist die Gewissheit über die Eigentümerstellung von elementarer Bedeutung. Ebenso kann etwa für einen Mieter ein berechtigtes Interesse bestehen, bei für ihn undurchsichtigen Erwerbsvorgängen an der von ihm bewohnten Immobilie mit Gewissheit zu erfahren, wer der wahre Eigentümer und damit sein Vertragspartner ist. Der Schutz des Vertrauens des gesamten Rechtsverkehrs, und nicht nur des potentiellen Erwerbers, in die Richtigkeit des Liegenschaftsregisterinhaltes ist daher von großer Bedeutung. Nach deutschem Recht gilt die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB (positive und negative Publizität des Grundbuches) nicht nur zugunsten des Erwerbers, sondern auf die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuches kann sich jeder berufen, der an dem Bestehen (Abs. 1) oder Nichtbestehen eines Rechts (Abs. 2) am Grundstück ein rechtliches Interesse hat.¹⁰⁶⁶

Das deutsche Recht lässt damit die Publizitätsfunktion des Liegenschaftsregisters dem gesamten Rechtsverkehr zum Vorteil dienen. Diese weitgehende Publizität ist im Hinblick auf die Absolutheit des Grundeigentums zu befürworten. Das Grundeigentum gilt gegenüber jedermann, also soll jedermann, der ein berechtigtes Interesse hat, die Gelegenheit haben, die wahre Rechtslage hinsichtlich des Grundstücks durch Einsicht des Registers zu erfahren und in seinem Glauben auf die Richtigkeit des Registerinhaltes geschützt werden. Garantiert ein Grundstücksübertragungssystem die weitreichende positive sowie negative Publizität seines Liegenschaftsregisters, so ist dies nur sinnvoll, wenn es gleichzeitig sicherstellt, dass der Registerinhalt so selten wie möglich falsch ist.

¹⁰⁶⁵ Vgl. auch MüKo-Köhler, Vor § 873, Rn. 16; Aretz, JA 1998, S. 242, 249.

¹⁰⁶⁶ BGH, JZ 1970, S. 373; Soergel-Stürner, § 891, Rn. 12.

Das Abstraktionsprinzip ist daher vor dem Hintergrund größtmöglicher Gewährleistung der Richtigkeit des Liegenschaftsregisters dem Kausalprinzip vorzuziehen. Gerade im Liegenschaftsrecht ist das Abstraktionsprinzip daher ein bewährtes Prinzip.¹⁰⁶⁷

4. Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete

Aus insolvenzrechtlicher Sicht ist bedeutsam, dass bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages das Kausalprinzip für den Veräußerer günstiger ist. Nach deutschem Recht hat der Veräußerer bei Insolvenz des Erwerbers einen Vindikationsanspruch und das Grundstück fällt daher nicht in die Insolvenzmasse. Bei Geltung des Abstraktionsprinzips hat der Veräußerer lediglich einen Kondiktionsanspruch als Masseanspruch, weshalb die Durchsetzung seines Anspruchs erschwert wird. Es ist hinsichtlich insolvenzrechtlicher Auswirkungen eines Eigentumsübertragungsprinzips jedoch m.E. zu berücksichtigen, dass sich nicht das Sachenrecht als eines der wichtigsten Gebiete des Zivilrechts nach dem Insolvenzrecht richten sollte, sondern umgekehrt. Es ist sinnvoller, ein Eigentumsübertragungssystem zu bestimmen, welches für den Regelfall überzeugt und notwendige Korrekturen für bestimmte Sonderfälle im Insolvenzrecht selbst einzubauen.¹⁰⁶⁸ Gerade in der heutigen Zeit wirtschaftlicher Krisensituationen stellt das Insolvenzrecht zwar kein selten angewandtes Randgebiet des Zivilrechts dar. Dennoch ist es ein Spezialgebiet, das nicht für den von den Parteien beabsichtigten reibungslosen Ablauf ihrer rechtlichen Beziehungen geschaffen wurde, sondern für von den Parteien nicht eingeplante, problematische Entwicklungen der Vertragsbeziehungen eine Lösung bieten soll. Das Gleiche gilt für das Vollstreckungsrecht. Die Zwangsvollstreckung ist in einer idealen Rechtsordnung nicht der Regelfall, sondern die Ausnahme. Das Vollstreckungsrecht sollte bei einer europaweiten Vereinheitlichung des Zivilrechts daher wie das Insolvenzrecht an das Sachenrecht angepasst werden und nicht umgekehrt.

5. Flexible Gestaltung der Immobiliarsicherheiten

Ein weiterer Vorteil des Abstraktionsprinzips wird für das Liegenschaftsrecht in der Möglichkeit abstrakter dinglicher Immobiliarsicherheiten gesehen, die sowohl für Gläubiger als auch Schuldner gegenüber akzessorischen Sicherheiten viele Vorzüge hätten und daher kautelarjuristischer Praxis und europäischen Zukunftsplänen entsprechen.¹⁰⁶⁹ Der durch das Abstraktionsprinzip erreichbare hohe Differenzierungsgrad bietet im Bereich dinglicher Immobiliarsicherheiten besonders flexible Gestaltungsmöglichkeiten. Das dingliche Verwertrungsrecht lässt sich nur mithilfe abstrakter Konstruktionselemente von seinem wirtschaftlich

¹⁰⁶⁷ Vgl. Staudinger-Gursky, § 873, Rn.130.

¹⁰⁶⁸ In diesem Sinne auch Stadler, JZ 2010, S. 380, 388.

¹⁰⁶⁹ Bauer/Stürner, § 5, Rn. 43.

primären Sicherungszweck loslösen.¹⁰⁷⁰ Für Gläubiger eines Realkredits ist es von großem Vorteil, wenn die Sicherheit besteht, dass deren dingliche Position nicht bereits an Mängeln des Verpflichtungsgeschäfts zwischen dem Schuldner und dessen Verkäufer scheitert.¹⁰⁷¹

Nicht nur die Vertragsparteien profitieren von dem Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts, den das Abstraktionsprinzip schafft. Dies gilt in Bezug auf Immobiliarsicherheiten sowie auf die Übertragung des Grundeigentums gleichermaßen. Der Gesetzgeber kann großzügig Rücktritts-, Aufhebungs- und Anfechtungsgründe für das Verpflichtungsgeschäft anerkennen, ohne Auswirkungen auf die jedermann tangierende dingliche Rechtslage befürchten zu müssen.¹⁰⁷²

6. Fazit

Es ist im Ergebnis zu bedauern, dass der DCFR das Trennungs- sowie das Abstraktionsprinzip für bewegliche Sachen aufgegeben hat und viele Einzelfallregelungen enthält, die ihren Verfassern zur Korrektur notwendig erschienen. Kasuistischer Regelungstechnik wurde der Vorzug gegeben. Durch das Fehlen konsequent verwirklichter Strukturprinzipien leidet jedoch die Rechtsklarheit und -sicherheit.¹⁰⁷³ Der große Vorzug des Abstraktionsprinzips in Form seines überlegenen Differenzierungsgrades¹⁰⁷⁴ wurde verkannt.

Es bleibt zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber bei einer möglichen Vereinheitlichung des Immobiliarsachenrechts dessen Besonderheiten im Auge behält und vielleicht sogar die Regelungen zum Mobiliarsachenrecht zum Zwecke der Schaffung einheitlicher Strukturprinzipien für bewegliche und unbewegliche Sachen überdenkt.

¹⁰⁷⁰ Soergel-Stadler, Sachenrecht 1, Einleitung, Rn. 32.

¹⁰⁷¹ Vgl. hierzu ausführlich Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 560ff., vgl. insbesondere S. 596f.

¹⁰⁷² Vgl. auch Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 202ff. und S. 617f.

¹⁰⁷³ Stadler, JZ 2010, S. 380, 391.

¹⁰⁷⁴ Bauer/Stürner, § 5, Rn. 43.

E. Weitere Merkmale eines guten Liegenschaftsregisters

Nachdem die elementaren Unterschiede hinsichtlich der Wirkung der Eintragung zwischen dem System des deutschen Grundbuches, des italienischen Immobilienregisters und des spanischen Eigentumsregisters bewertet worden sind, ist die nähere Betrachtung der weiteren Charakteristika der Register¹⁰⁷⁵ interessant. Ein zuverlässiges Liegenschaftsregister wird neben der konstitutiven Eintragung durch weitere Merkmale charakterisiert.

I. Aufbau des Registers: Vorzug des Realfoliums

Auffallend ist zunächst der unterschiedliche Aufbau der Register. Das deutsche Grundbuch ist wie das spanische Eigentumsregister als Realfolium aufgebaut. Das Liegenschaftsregister Italiens gehört hingegen zu den wenigen Ländern, die am Personalfolium festhalten.¹⁰⁷⁶

Die Ordnung des Registers nach Realfolium oder Personalfolium stellt nicht bloß eine unbedeutende Einteilung des Registers dar, sondern wirkt sich erheblich auf die gesamte Funktionsweise des Registers aus. Für die effiziente Ermittlung der Eigentümerverhältnisse an einem bestimmten Grundstück ist das Personalfolium weniger geeignet. In Italien ist als Ansatzpunkt zur Ermittlung der Rechtsverhältnisse an dem Grundstück die Kenntnis des Namens des aktuellen Eigentümers erforderlich.¹⁰⁷⁷ Aus dem Personalfolium ergibt sich der Name des Voreigentümers, dessen Personalfolium wiederum Auskunft über den Namen der Person enthält, die davor Eigentümer war, usw.

Das Realfolium ist übersichtlicher, da mit einem Blick festgestellt werden kann, welche Rechte und Lasten hinsichtlich eines Grundstücks bestehen. Das Realfolium enthält grundsätzlich ein umfassendes und erschöpfendes Bild der Rechtsverhältnisse, die an dem Grundstück bestehen. Daher ist es möglich, anhand des Realfoliums ein klares, vollständiges Bild über das Grundstück zu erhalten. Das Realfolium trägt somit zur Rechtsklarheit bei. Das deutsche Grundbuch und das spanische Eigentumsregister verfügen zusätzlich über ein Eigentümerverzeichnis, d.h. es kann wie beim Personalfolium auch über den Namen des Grundstückseigentümers gesucht werden. Das deutsche und spanische System sind damit zweckmäßiger, weil sie das schnelle Auffinden von Informationen nach beiden Kriterien ermöglichen.

Die Vorteile des Realfoliums gegenüber dem Personalfolium hat nicht nur die Mehrheit der europäischen Staaten erkannt, in denen das Realfolium seit Einführung der jeweiligen Register gilt. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Staaten der ehemaligen Sow-

¹⁰⁷⁵ Wenn im Folgenden von „Registern“ gesprochen wird, sollen alle drei – das deutsche Grundbuch, das italienische Immobilienregister, sowie das spanische Eigentumsregister – gemeint sein.

¹⁰⁷⁶ Bianco, S. 36.

¹⁰⁷⁷ Bianco, S. 36.

jetunion, die um das Jahr 1990 Grundstücksübertragungssysteme neu einführen wollten und sich hierzu an den bestehenden Systemen der anderen europäischen Staaten orientierten,¹⁰⁷⁸ unter den bestehenden Registersystemen der europäischen Staaten das „beste System“ wählen wollten und sich für die Einführung des Realfoliums entschieden haben. Keiner der Staaten der ehemaligen Sowjetunion hat sich für die Einführung des Personalfoliums entschieden. Das Realfolium wurde damit also für die praktikablere Lösung gehalten. Im internationalen Vergleich ist festzustellen, dass sich kein Staat, bei dem ein Grundstücksregister erst in den letzten fünfzig Jahren eingeführt wurde, für das Personalfolium entschieden hat, was auch deutlich macht, dass es als System vollkommen „überholt“¹⁰⁷⁹ ist. Auch in Frankreich, nach dessen Vorbild ursprünglich der italienische Gesetzgeber einst das Personalfolium übernommen hatte, wurde bereits im Jahre 1955 das Personalfolium aufgegeben und ein System eingeführt, das dem Realfolium sehr nahe kommt.

Der italienische Gesetzgeber schreckt nach wie vor vor einer Reform seines Systems zurück. Dies ist nur aus dem Blickwinkel des hohen bürokratischen Aufwands und der damit verbundenen Kosten nachzuvollziehen.

II. Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs

Einen essentiellen Bestandteil eines gut funktionierenden Systems der Grundeigentumsübertragung stellt das Institut des gutgläubigen Erwerbs dar.

Ohne den Schutz des Vertrauens auf den Inhalt eines Liegenschaftsregisters ist dem Rechtsverkehr und der Rechtssicherheit nicht gedient.¹⁰⁸⁰ Wenn für einen gutgläubigen Erwerber regelmäßig die Gefahr besteht, dass der Inhalt des Registers von der materiellen Wirklichkeit abweicht und er in diesem Falle in seinem redlichen Vertrauen auf den Registerinhalt nicht geschützt wird, ist der Zweck des öffentlichen Liegenschaftsregisters als Publizitätsmittel in sensibler Weise geschwächt.

Hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit des gutgläubigen Erwerbs für ein Registersystem, das zum Ziel die Sicherheit und Agilität des Grundstücksverkehrs hat, ist folgender Punkt von zentraler Bedeutung:

Ein öffentliches Register, aus dem die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken für die Teilnehmer am Grundstücksverkehr erkennbar sind, ist nur dann als Publizitätsmittel geeignet, wenn seine Angaben richtig sind – von unvermeidbaren Ausnahmen, die sich nicht vollständig vermeiden lassen, abgesehen. Zudem ist das Registersystem nur dann geeignet, wenn es seine Angaben auch als richtig garantiert. Nur unter diesen Umständen kann sich der

¹⁰⁷⁸ Orduña Moreno/de la Puente Alfaro/Martínez Velencoso S.106.

¹⁰⁷⁹ Orduña Moreno/de la Puente Alfaro/Martínez Velencoso, S.109.

¹⁰⁸⁰ So auch Böhringer, BWNotZ 1997, S. 25f.

Teilnehmer am Grundstücksverkehr auf die Angaben des Registers verlassen und das Ziel der Sicherheit des Grundstücksverkehrs ist tatsächlich erreicht. Diese Voraussetzungen sind in Italien mangels der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht gegeben.

In Deutschland begründet die Eintragung im Grundbuch den verlässlichen Anschein der Richtigkeit seines Inhalts. Gemäß § 892 BGB wird zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches fingiert. Der Rechtsschein des Grundbuches gilt sogar unabhängig davon, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat und kann nur durch die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts zerstört werden. Der Erwerber kann sich somit auf den Inhalt des Grundbuches verlassen und ist nicht veranlasst, umfangreiche Nachforschungen anzustellen.

Auch nach spanischem Recht erfordert der gutgläubige Erwerb eines Grundstücks die Eintragung des Verfügenden in das öffentliche Eigentumsregister. Obwohl die Eintragung nicht zwingend ist, begründet sie dennoch, soweit sie durchgeführt wurde, nach Art. 34 *Ley Hipotecaria* den Vertrauenstatbestand des gutgläubigen Erwerbs. Auch das spanische Eigentumsregister ist demnach dazu berufen, den Rechtschein der Eigentümerposition zu begründen. Mangels Eintragungszwang ist der Sinn des gutgläubigen Erwerbs nach spanischem Recht wie erläutert wurde jedoch geschwächt.¹⁰⁸¹

Der italienischen Rechtsordnung, die wie alle dem Konsensualprinzip folgenden Rechtsordnungen¹⁰⁸² den gutgläubigen Erwerb nicht ermöglicht, fehlt es folglich an einem für die Rechtssicherheit des Grundstücksverkehrs elementaren¹⁰⁸³ Rechtsinstitut. Die Regulierung des Erwerbs vom Nichtberechtigten vollzieht sich allein durch das Ersitzungsrecht. Die Ersitzung soll die Lücke schließen, die sich aus dem fehlenden Gutgläubensschutz beim Erwerb vom Nichteigentümer ergibt.¹⁰⁸⁴ Rechtssicherheit durch Ersitzung wird jedoch regelmäßig erst nach Ablauf der langen Ersitzungsfristen (mindestens 10 Jahre) erreicht. Im Zeitraum vor Ablauf der Ersitzungsfrist können weiterhin Unsicherheiten bestehen. Die italienischen Ersitzungsregeln bewirken daher im Gegensatz zur Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach spanischem und deutschem Recht insgesamt deutlich weniger Rechtssicherheit. Es obliegt dem Erwerber die Eigentums- bzw. Besitzverhältnisse am Grundstück über die letzten 20 Jahre anhand der jeweiligen Personalfolien nachzuvollziehen, damit er sicher sein kann, vom Berechtigten zu erwerben. Die Rückverfolgung der Eigentümerkette ist mangels Rechtsinsti-

¹⁰⁸¹ Vgl. Abschnitt: Teil 2, C., II., 2., a), cc).

¹⁰⁸² Somit neben Italien Frankreich, Belgien und Luxemburg.

¹⁰⁸³ In diesem Sinne bezeichnete auch der spanische Autor *Corrio y Corral* im Jahre 1945 schon den Gutgläubensschutz hinsichtlich des Liegenschaftsregisterinhalts als „grundlegendes Element“ eines jeden Grundstückübertragungssystem, vgl., *lecciones de derecho hipotecario*, S. 112.

¹⁰⁸⁴ Vgl. entsprechend für Frankreich, wo ebenfalls der gutgläubige Erwerb von Grundstücken ausgeschlossen ist, Stadler, *Verkehrsschutz durch Abstraktion*, S. 257f.

tut des gutgläubigen Erwerbs unumgänglich und erfordert eine zeitaufwendige Recherche. Diese nimmt in der Regel der Notar vor, jedoch nur gegen entsprechende Gebühren.

Der originäre Erwerb durch Ersitzung des Grundstücks, *zusätzlich* zur Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ist zugunsten der Rechtssicherheit sinnvoll. So sehen auch die spanische und deutsche Rechtsordnung die Ersitzungsmöglichkeit vor.¹⁰⁸⁵

III. Umfang der Publizität des Liegenschaftsregisters

Im deutschen Länderbericht wurde bereits angesprochen, dass das deutsche Grundbuch nicht in allen Fällen die materielle Rechtslage widerspiegelt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Eigentum kraft Gesetzes – etwa durch Erbfolge oder Wirkungen des ehelichen Güterrechts – übergegangen ist und die Eigentumsänderung noch nicht berichtigt worden ist. Eine absolut lückenlose Darstellung der wahren Eigentumsverhältnisse bietet daher auch das deutsche Grundbuch nicht. Dies ist für die Rechtssicherheit aber insofern nicht dramatisch, da in diesen Fällen zwar die Rechtsinhaberschaft nicht mehr der materiellen Rechtslage entspricht, jedoch zumindest der Gegenstand und der Inhalt des dinglichen Rechts nach wie vor aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Die rein personelle Unrichtigkeit des Grundbuches lässt den Bestand des Liegenschaftsrechts unberührt.¹⁰⁸⁶ Dieser Umstand ist wichtig, da vor allem eine Täuschung hinsichtlich einer vorhandenen Belastung nicht in Frage kommt.

In diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass auch das deutsche Grundbuch in seiner Publizität nicht vollkommen ist. Ein „blindes Vertrauen“ auf den Grundbuchinhalt ist auch in Deutschland nicht möglich, da der Blick ins Grundbuch allein nicht ausreicht, um zu erkennen, welche Lasten auf dem Grundstück ruhen und welchen Risiken der Erwerber daher ausgesetzt ist.¹⁰⁸⁷ Es gibt Liegenschaftsrechte, die nicht eintragungsfähig sind und deshalb aus dem Grundbuch selbst nicht ersichtlich sind. Hierauf weist § 54 GBO ausdrücklich hin. Es handelt sich dabei um bestimmte öffentliche Lasten, d.h. öffentlich-rechtliche Verpflichtungen eines Grundstückseigentümers gegenüber der Baubehörde, bestimmte das Grundstück betreffende Dinge zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Diese sind nicht eintragungsfähig und daher nicht aus dem Grundbuch ersichtlich, können jedoch für den Erwerber eines Grundstücks sehr einschneidend sein. Diese öffentlichen Grundstückslasten entstehen kraft Gesetzes ohne Eintragung und wirken gegen jeden Erwerber des belasteten Grundstücks. Zu ihnen gehört das in der Praxis bedeutsame Vorkaufsrecht der Gemeinden nach § 24 BauGB. Nach dieser Vorschrift haben die Gemeinden in bestimmten Fällen ein gesetzliches Vorkaufsrecht, um die Durchführung der Bauleitplanung zu sichern und spätere Enteignungen hinsicht-

¹⁰⁸⁵ Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen der Grundeigentumsersitzung nach deutschem Recht Staudinger-Klinck, W. Eigentum, Rn. 78.

¹⁰⁸⁶ Walter, JA 1981, S. 324.

¹⁰⁸⁷ Kutter, ZMR 1998, S. 601.

lich der Grundstücke zu vermeiden, die sie zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigen. Dieses gesetzliche Vorkaufsrecht ist lediglich aus dem Baulastenverzeichnis erkennbar.¹⁰⁸⁸ Das Baulastenverzeichnis ist ein von jedem Bundesland (außer Bayern und Brandenburg, dort wird die Sicherung baurechtskonformer Zustände im Grundbuch vorgenommen) geführtes Verzeichnis der Baulasten. Außer in Bayern und Brandenburg sind die auf dem Grundstück ruhenden Baulasten nur aus dem Baulastenverzeichnis erkennbar.

Zwar hat der Notar gemäß § 20 BeurkG die Belehrungspflicht, die Parteien auf das mögliche Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken, wenn ein solches in Betracht kommen könnte. Regelmäßig ist der Notar jedoch zu einer verbindlichen Auskunftserteilung nicht in der Lage, da ihm hierzu die notwendigen Bebauungspläne und Gemeindecaputungen nicht zur Verfügung stehen. Hierdurch ergibt sich die Notwendigkeit der Beteiligten, sich selbst an die Gemeinde zu wenden und ein sog. Negativattest zu beantragen. Dieses Negativattest bescheinigt, dass für den konkreten Fall kein Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Das Vorkaufsrecht lastet jedoch, da es dinglich und damit grundstücksbezogen ist, weiterhin auf dem Grundstück.¹⁰⁸⁹ Die Bundesnotarkammer hatte schon vor vielen Jahren beim Bundesjustizministerium eine Ergänzung der Grundbuchvermerke über das Bestehen von Baulasten angeregt.¹⁰⁹⁰ Dies wurde jedoch bis heute nicht umgesetzt. Der Funktion des Grundbuchs, sichere Auskunft über bestehende Rechte an Grundstücken zu geben, tragen Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Bodenrechts über die Führung von Verzeichnissen über Grundstückslasten daher nicht Rechnung.

IV. Notwendige Exaktheit der Eintragungen

Die folgende Darstellung eines im spanischen Grundstücksverkehr sehr weit verbreiteten Problems, das als eines der größten Defizite des spanischen Grundstücksrechts bezeichnet wird,¹⁰⁹¹ soll einen weiteren wichtigen Aspekt für ein gut funktionierendes Liegenschaftsregister system verdeutlichen:

¹⁰⁸⁸ Eine Ausnahme besteht in Bayern, dort ist das Rechtsinstitut der Baulast nicht bekannt. In Bayern werden daher Verpflichtungen, die üblicherweise mittels Baulasten geregelt werden, häufig als Belastung in Abteilung II des Grundbuchs eingetragen, Kröll/Hausmann, S. 276.

¹⁰⁸⁹ Kröll/Hausmann, S. 277.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Hinweis bei Walter, JA 1981, S. 322, 328.

¹⁰⁹¹ Rica y Arenal, Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, S. 313; Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho Hipotecario, Band III, S. 259; Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. III, S. 248; Muñoz de Dios, S. 1032; Sánchez Hernández, Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y doble inmatriculación, comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6643), S. 393, 396.



1. Ungenauigkeit der Eintragungen im spanischen Eigentumsregister

Großer Nachteil des spanischen Eigentumsregisters, der auch von vielen spanischen Autoren¹⁰⁹², die sich mit dem System der Grundstücksübertragungen näher befasst haben aufgezeigt wird, ist die mangelnde Genauigkeit der Beschreibung der Grundstücksgrenzen von im Eigentumsregister eingetragenen Grundstücken. Das spanische Eigentumsregister baut im Gegensatz zum deutschen Grundbuch nicht auf ein solides Liegenschaftskataster auf.¹⁰⁹³ Während die Eintragungen im deutschen Grundbuch mit den im Kataster festgelegten flur- und parzellengenauen Abgrenzungen übereinstimmen, beruhen die im spanischen Eigentumsregister angegebenen Grundstücksgrenzen meist auf den bloßen Angaben, die die Vertragsparteien im entsprechenden Grundstückskaufvertrag gemacht haben.¹⁰⁹⁴ Wird ein Grundstück erstmalig im Eigentumsregister aufgenommen, werden für die Festlegung der Grundstücksgrenzen ebenfalls lediglich die von den Parteien gemachten Angaben übernommen, so dass die Beschreibung der Grenzen des Grundstücks im Eigentumsregister oft nicht mit der Realität übereinstimmt.

Die Konsequenz der beschriebenen Unzulänglichkeiten ist in Spanien, dass die tatsächlichen Grenzen eines Grundstücks nicht mit aller Sicherheit aus dem Eigentumsregister erkannt werden können. Die Beschreibungen im Register weichen oft von der Rechtswirklichkeit ab.¹⁰⁹⁵ Hierdurch wird naturgemäß die gesamte Funktionalität der Registerpublizität in Frage gestellt.

2. Exkurs: Problematik der „Doppeleintragungen“ nach spanischem Recht

Die Ungenauigkeiten hinsichtlich der Identifizierung der Grundstücksgrenzen führen dazu, dass im spanischen Eigentumsregister eine Vielzahl sog. *dobles inmatriculaciones*, Doppel- oder Mehrfacheintragungen, vorhanden ist.¹⁰⁹⁶ Solche liegen nach spanischem Recht vor, wenn ein und dasselbe Grundstück oder ein Teil hiervon, auf zwei oder mehreren Registerblättern unter verschiedenen Eigentümern eingetragen ist. Unter *dobles inmatriculación* im weiteren Sinne wird auch verstanden, wenn ein Grundstück zweimal oder mehrfach im Eigentumsregister registriert ist, allerdings unter demselben Eigentümer, so dass zumindest keine widersprüchlichen Eintragungen vorliegen, sondern nur zwei, von denen eine überflüssig

¹⁰⁹² Vgl. z.B. Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, S. 15; Cossio y Corral, S. 116; Rica y Arenal, *Comentarios al nuevo reglamento hipotecario*, S. 313.

¹⁰⁹³ Roca-Sastre, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, Kapitel XVI, S. 259; Rica y Arenal, *Comentarios al nuevo reglamento hipotecario*, S. 313.

¹⁰⁹⁴ Díez-Picazo, Gullón, *Instituciones de derecho civil*, Vol II., S. 205.

¹⁰⁹⁵ Sánchez Calero/Sánchez-Calero Arribas, S. 50.

¹⁰⁹⁶ Ausführlich zum Problem der Doppeleintragung: Clemente Meoro, *dobles inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad*, S. 17 ff; Sánchez Hernández, *Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y dobles inmatriculación*, comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (AJ 2004, Rn. 6643), S. 393, 396; Roca-Sastre, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, Kapitel XVI.

ist.¹⁰⁹⁷ Das Problem der Doppeleintragung wird von spanischen Autoren¹⁰⁹⁸ als eines der größten Defizite des spanischen Grundstücksrechts bezeichnet.

Zur Vermeidung einer Doppeleintragung sieht Art. 300 i.V.m. Art 306 *Reglamento Hipotecario* vor, dass der Registerbeamte die beantragte Eintragung zurückzuweisen hat, falls er feststellt, dass sich das einzutragende Eigentumsrecht an einem bestimmten Grundstück mit einem bereits eingetragenen Eigentumsrecht an einem anderen Grundstück in der Art überschneidet, dass die Eigentumsrechte nicht vereinbar bzw. widersprüchlich wären.¹⁰⁹⁹ Auf Antrag desjenigen, der die Eintragung begehrt, vermerkt der Registerbeamte sodann eine *anotación preventiva*¹¹⁰⁰ gemäß Art. 42 *Ley Hipotecaria* und übersendet Abschriften der widersprüchlichen Eintragungsanträge an den Notar, der die jeweilige Kaufvertragsurkunde erstellt hat. Der Notar gibt nach seinem Ermessen daraufhin eine Mitteilung an das örtlich zuständige Gericht erster Instanz ab und informiert über die widersprüchlichen Eintragungsanträge. Das Gericht informiert sodann die betroffenen Rechtsinhaber und kann die Urkunde bzw. das Recht, bezüglich dessen der Registerbeamte die Eintragung zuvor verweigert hatte, endgültig für nicht eintragungsfähig erklären.¹¹⁰¹

Weiterhin sieht das Gesetz in Art. 313 *Reglamento Hipotecario* ausdrücklich vor, was im Falle der Doppeleintragung seitens der Betroffenen unternommen werden kann. Sofern widersprüchliche Eintragungen bestehen, können die (vermeintlichen) Eigentümer jeweils die Berichtigung beantragen. Diese kann dann problemlos durchgeführt werden, wenn beide einen übereinstimmenden Willen erklären. Eine der Eintragungen wird dann gelöscht. Sofern Streit über die Richtigkeit der jeweiligen Eintragung zwischen den Eingetragenen besteht, kann auf Feststellung der Richtigkeit einer bestimmten Eintragung geklagt werden (vgl. Art. 313 *Reglamento Hipotecario*).¹¹⁰² Wird eine entsprechende Klage eingereicht, hat im Eigentumsregister ein vorläufiger Vermerk (*nota marginal*) neben beide Eintragungen zu erfolgen. Dieser Vermerk weist den Rechtsverkehr ausdrücklich auf das Bestehen der jeweils anderen widersprüchlichen Eintragung hin.¹¹⁰³ Sobald dieser Vermerk erfolgt ist, entfällt der Gutgläubensschutz hinsichtlich beider Eintragungen.¹¹⁰⁴ Die Betroffenen können anschließend die Frage nach dem wahren Eigentümer abschließend gerichtlich klären lassen, woraufhin die

¹⁰⁹⁷ Clemente Meoro, S. 18.

¹⁰⁹⁸ Rica y Arenal, Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, S. 313; Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho Hipotecario, Band III, S. 259; Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, Vol. III, S. 248; Muñoz de Dios, S. 1032; Sánchez Hernández, Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y doble inmatriculación, comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6643), S. 393, 396.

¹⁰⁹⁹ Meoro, doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad, S. 25.

¹¹⁰⁰ Vgl. zu dessen Funktion Abschnitt: 1. Teil, C., IV., 4., b).

¹¹⁰¹ Vgl. zum Ganzen Clemente Meoro, S. 25.

¹¹⁰² Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho Hipotecario, Band III, S. 261f.

¹¹⁰³ Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, Derecho Hipotecario, Band III, S. 259.

¹¹⁰⁴ Vgl. STS v. 11.10. 2004, AJ 2004, Rn. 6643.

falsche Eintragung gelöscht wird.¹¹⁰⁵ Bleibt die Doppeleintragung jedoch unbekannt und fehlt ein derartiger Vermerk, so gilt der Gutgläubensschutz hinsichtlich beider Eintragungen uneingeschränkt mit der Folge, dass der wahre Eigentümer das Grundstück an einen gutgläubigen Erwerber verlieren kann.

In Deutschland entfällt bei einer Doppeleintragung hingegen per se der Gutgläubensschutz.¹¹⁰⁶ Stellt sich nach einem vermeintlich gutgläubigem Erwerb heraus, dass das betreffende Grundstück mehrfach in widersprüchlicher Weise im Grundbuch eingetragen ist, konnte das Eigentum nicht gutgläubig erworben werden.

Zur Verringerung der Fälle der Doppeleintragungen wurde in Spanien erstmals mit Gesetz Nr. 13 vom 30.12.1996 die Pflicht eingeführt, in die notarielle Kaufvertragsurkunde – die Grundlage der Eintragung ist – einen Vermerk aufzunehmen, der die Katasterreferenzen angibt.¹¹⁰⁷ Mit einem weiteren Gesetz Nr. 1 vom 05.03.2004 wurde die Verpflichtung der Zusammenarbeit und des gegenseitigen Austausches von Informationen zwischen Katasterämtern und Eigentumsregistern statuiert.¹¹⁰⁸ Wie seitens des Gesetzgebers beabsichtigt, konnten infolge dieses Gesetzes die Fälle der Doppeleintragungen reduziert, jedoch noch nicht gänzlich eliminiert werden.

3. Fazit

Die Darstellung des in Spanien nach wie vor auftretenden Problems der Doppeleintragungen konnte verdeutlichen, wie wichtig die genaue Definition der Grundstücksgrenzen für ein gut funktionierendes Liegenschaftsregistersystem ist. Die Schaffung eines soliden Liegenschaftskatasters, das die Grundstücksgrenzen exakt definiert, und als Grundlage der Eintragungen im Liegenschaftsregister dient, kann dieses Problem lösen.

¹¹⁰⁵ Rubio Carrido, La doble venta y la doble disposición, S. 100.

¹¹⁰⁶ So die Rspr. des BGH NJW 2007, S. 3777f.

¹¹⁰⁷ Clemente Meoro, S. 25.

¹¹⁰⁸ Sánchez Hernández, Resolución de conflictos en las adquisiciones inmobiliarias: venta de cosa ajena y doble inmatriculación, comentario a la STS de 11 de octubre de 2004 (AJ 2004, Rn. 6643), S. 393, 396.

F. Gesetzlich statuierte Sicherungsmittel der drei Rechtsordnungen zugunsten der Parteien einer Grundeigentumsübertragung

Ein Regelungskomplex der Grundeigentumsübertragung ist unter Berücksichtigung der regelmäßig verhältnismäßig hohen Werte von Grundstücken besonders überzeugend, wenn im Sinne der materiellen Gerechtigkeit die Interessen der Parteien der Grundeigentumsübertragung hinreichend geschützt werden. Bei diesen Interessen handelt es sich um den Schutz des Erwerbers, das Eigentum am Grundstück entsprechend der Vereinbarungen des geschlossenen Kaufvertrages zu erwerben sowie um den Schutz des Veräußerers, den vereinbarten Kaufpreis zu erhalten. Dies kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden.

Zum einen können – wie erörtert – der Beurkundungszwang bezüglich des Grundstückskaufvertrages, sowie der Eintragungszwang ins Liegenschaftsregister eine erhebliche Sicherung der Interessen der Parteien sowie im letzteren Fall auch der Interessen Dritter bewirken. Sowohl beim Beurkundungszwang als auch beim Eintragungszwang kann daher von „Sicherungsmitteln“ zugunsten der Parteiinteressen gesprochen werden.

Zum anderen kann eine Sicherung der Parteiinteressen insbesondere dann erreicht werden, wenn bestimmte „Sicherungsmittel“ vom Gesetz direkt geregelt werden. Zwar werden missliche oder lückenhafte gesetzliche Regelungen von der Rechtspraxis häufig sinnvoll umgangen und durch privatautonome Regelungen flexibel ersetzt. Gerade zum Schutz der schwächeren Vertragspartei und im Sinne der Rechtsklarheit ist es jedoch sinnvoll, wenn die Rechtsordnung bestimmte Wege vorsieht oder, wie im Falle des Formzwanges etwa, gar vorschreibt. Wegen der Diversität rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehungen wird eine gesetzliche Regelung als abstrakt-generelle Regelung eines Sachverhaltes nicht für jede grundstücksrechtliche Fallkonstellation überzeugen. Dennoch ist wie bei typischen Verträgen – die im Sinne der Rechtsklarheit sinnvollerweise gesetzlich ausdrücklich normiert sein sollten - die ausdrückliche Statuierung „typischer Sicherungsmittel“ für die Übertragung des Grundeigentums von Vorteil. Es dient der Rechtssicherheit und -klarheit, wenn besonders wichtige Sicherungsmittel vom Gesetz für den Grundstückserwerb ausdrücklich vorgesehen sind.

Jede der drei untersuchten Rechtsordnungen enthält bestimmte, ausdrücklich für die Grundeigentumsübertragung vorgesehene Sicherungsmöglichkeiten der Interessen der Parteien, die sich jeweils an dem statuierten Gesamtsystem ausrichten.

Im Folgenden soll eine kurze, abschließende Bewertung der wichtigsten, ausdrücklich statuierten Sicherungsmittel erfolgen.

I. Die Vormerkung nach deutschem Recht

Mit der Vormerkung stellt der deutsche Gesetzgeber dem Grundstückserwerber ein Sicherungsinstrument zur Seite, das die Gefahren des Trennungsprinzips ausschalten und die Rechtsposition des Erwerbers vor Vollendung der dinglichen Rechtsänderung schützen soll. Die Auflassungsvormerkung wird im deutschen Grundstücksrecht als das „Kernsicherungsmittel“ des Erwerbers angesehen.¹¹⁰⁹ In Deutschland kommt kaum eine Grundeigentumsübertragung ohne Eintragung einer Vormerkung vor.¹¹¹⁰

Regelmäßig begehrt der Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises, bevor der Käufer im Grundbuch eingetragen ist. Nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers kann die Zahlung des Kaufpreises vom Käufer unbedenklich durchgeführt werden, da dessen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks durch die Vormerkung umfassend abgesichert ist. Sollte der Veräußerer in der Zeit nach Eintragung der Vormerkung noch vertragswidrig über das Grundstück verfügt haben, ist der Käufer durch die gemäß § 883 Abs. 2 BGB ihm gegenüber geltende Unwirksamkeit der Verfügung umfassend geschützt.¹¹¹¹

Der deutsche Notar hat im Rahmen seiner Belehrungspflicht¹¹¹² über die Möglichkeit und Wirkungen der Vormerkung zu belehren sowie die Vorgehensweise, die sich in der Praxis bewährt hat, dass im Vertrag vereinbart wird, dass die Kaufpreiszahlung erst im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung fällig wird und der Notar die Parteien benachrichtigt, sobald die Eintragung erfolgt ist. Erst wenn der Notar bestätigt, dass zum einen die Auflassungsvormerkung eingetragen ist und zum anderen Umstände, die der vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung entgegenstehen, nicht ersichtlich sind, zahlt der Käufer den Kaufpreis.

Der deutsche Gesetzgeber hat dem Bedürfnis nach Absicherung der Zug-um-Zug- Abwicklung des Kaufvertrages in wirksamer Weise Rechnung getragen, indem er das Institut der Vormerkung geschaffen hat. Durch die Vormerkung ist der Käufer hinreichend abgesichert und kann den Kaufpreis entrichten ohne befürchten zu müssen, dass seinem Eigentumserwerb rechtliche Hindernisse entgegenstehen.

Die vom Gesetzgeber eingeführte Belehrungspflicht des Notars hinsichtlich der Wirkungen der Vormerkung und der Möglichkeit der Aufnahme der Verpflichtung des Veräußerers zur Bewilligung der Vormerkung im notariellen Kaufvertrag, rundet den Schutz des Käufers ab.

Das Interesse des Veräußerers am Erhalt des Kaufpreises ist im deutschen Grundeigentumsübertragungssystem, in welchem die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch konstitutiv ausgestaltet ist, weniger gefährdet. Der Veräußerer verliert erst im Zeitpunkt der konstitutiven Eintragung des Erwerbers sein Eigentum. Im Gesetz ist damit keine Vorleistungspflicht des

¹¹⁰⁹ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 25; Grziwotz, S. 302.

¹¹¹⁰ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 25.

¹¹¹¹ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, B., IV., 4., b).

¹¹¹² Vgl. hierzu im Einzelnen Abschnitt: 1. Teil, B., II., 2., a).

Veräußerers angelegt. Insbesondere ist die Auflassungserklärung (für beide Teile) bis zur Eintragung des Eigentümerwechsels im Grundbuch grundsätzlich jederzeit frei widerruflich, vgl. § 873 Abs. 2 BGB. Insoweit ist es überdies konsequent, dass das Gesetz mit der Möglichkeit der notariellen Beurkundung der Auflassung, sowie mit § 878 BGB Bindungsmöglichkeiten hinsichtlich der Auflassungserklärungen zum Schutz der jeweils anderen Vertragspartei vorsieht.

Die Anzahl der Grundstückskaufverträge, bei denen der Vollzug Schwierigkeiten bereitet oder Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien entstehen, ist in Deutschland verhältnismäßig gering.¹¹¹³ Dementsprechend finden sich selten Urteile, die sich mit grundstücksbezogenen Gerichtsverfahren beschäftigen. Grund hierfür ist unter anderem, dass der deutsche Gesetzgeber die Interessen der Parteien zum einen durch den Beurkundungszwang des Grundstückskaufvertrages und des Eintragungszwanges sowie zum anderen durch ausdrücklich vorgesehene, sinnvolle Institute, wie das der Vormerkung, schützt.

II. Der *asiento de presentación* nach spanischem Recht

Der Beurkundungs- und Eintragungszwang als essentielle „Sicherungsmittel“ der Veräußerer- und Erwerberinteressen fehlen im spanischen Recht.

Einen vorläufigen Schutz des Erwerbers gegen unberechtigte Zwischenverfügungen des Verkäufers nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages bis zur endgültigen Eintragung bewirkt der gesetzlich ausdrücklich vorgesehene (vgl. Art. 248 *Ley Hipotecaria*) *asiento de presentación* („Vorlagevermerk“). Durch ihn werden Risiken zwischen der Beurkundung des Kaufvertrages und der Eintragung des Erwerbers minimiert, da gemäß Art. 17 *Ley Hipotecaria* nach Eintragung des *asiento de presentación* keine weiteren Rechte an demselben Grundstück eingetragen werden, die dem durch den *asiento de presentación* gesicherten Recht zuwiderlaufen würden. Der Gesetzgeber hat konsequent die ausdrückliche Pflicht des Notars statuiert, das zuständige Eigentumsregister unverzüglich über die erfolgte Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages zu informieren (Art. 249 Nr. 2 *Reglamento Notarial*), damit der Registerbeamte den *asiento de presentación* zugunsten des Erwerbers vornimmt (vgl. Art. 248, Nr. 2 *Ley Hipotecaria*).

Problematisch an der spanischen Regelung ist jedoch, dass der Notar mangels Beurkundungszwang nicht zwingend einzuschalten ist und somit ein unvorsichtiger Erwerber, der die Beurkundung unterlässt, daher auch nicht über die Möglichkeit und Wichtigkeit des *asiento de presentación* aufgeklärt wird. Die Gefahren, die durch die Unterlassung oder zeitliche Verzö-

¹¹¹³ Spielberger/Spindler/Wälzholz, S. 4.

gerung der Eintragung im Eigentumsregister entstehen können, wurden ausführlich erörtert.¹¹¹⁴

Das Interesse des Veräußerers an der Erlangung des Kaufpreises vor oder zumindest im Zeitpunkt der Übereignung des Grundstücks, ist in Spanien aufgrund der Geltung des *titulus-modus*-Systems weniger gefährdet: Der Eigentümerwechsel vollzieht sich erst im Moment der bewussten Übergabe des Grundstücks mit Übereignungswillen oder im Falle der notariellen Beurkundung in diesem Moment.¹¹¹⁵ Das Interesse des Verkäufers am Erhalt des Kaufpreises vor oder im Zeitpunkt der Übereignung ist daher „systembedingt“ nicht gefährdet. Nachteilig ist indes auch für den Veräußerer der mangelnde Beurkundungszwang, da häufig auch die Belehrung des Veräußerers durch den Notar wichtig ist. Der Veräußerer ist nicht zwingend immer der stärkere Vertragspartner.

III. Die gesetzliche Kaufpreishypothek nach italienischem Recht

Im italienischen Recht fehlen, wie im spanischen Recht, der Beurkundungszwang und der Eintragungszwang als essentielle „Sicherungsmittel“ der Veräußerer- und Erwerberinteressen. Es wird aufgrund des Konsensualprinzips nicht zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft unterschieden, weshalb es im italienischen Rechtssystem systembedingt schon kein Institut wie die deutsche Auflassungsvormerkung geben kann. Das Interesse des Erwerbers an der Erlangung des Eigentums ist auf den ersten Blick systembedingt nicht gefährdet, da aufgrund des Konsensualprinzips das Eigentum bereits mit Abschluss des Kaufvertrages auf diesen übergeht. Dass allein hierdurch der Eigentumserwerb allerdings noch nicht abgesichert ist, konnte anhand der wichtigen Wirkungen der Eintragung des Eigentümerwechsels im italienischen Immobilienregister verdeutlicht werden.¹¹¹⁶

Im Übrigen ist es im italienischen System in erster Linie das Interesse des Veräußerers an der Erlangung des Kaufpreises, das aufgrund des sofortigen Eigentumsüberganges mit Kaufvertragsabschluss gefährdet ist. Zum Schutz des Verkäufers sieht das italienische Recht daher nach Art. 2817, Nr. 1 CCivile die gesetzliche Hypothek zugunsten des Verkäufers vor. Hierdurch bleibt dem Verkäufer zumindest die wirtschaftliche Zugriffsmöglichkeit auf das Grundstück. Durch das Sicherungsmittel der gesetzlichen Hypothek trägt der Gesetzgeber dem Konsensualprinzip daher erfolgreich Rechnung.

¹¹¹⁴ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., IV., 2.

¹¹¹⁵ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, C., III., 1., b).

¹¹¹⁶ Vgl. Abschnitt: 1. Teil, D., II., 1.



IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass alle drei untersuchten Rechtsordnungen an ihr jeweiliges System angepasste Sicherheitsmittel bieten. In Deutschland besteht jedoch der entscheidende Vorteil des Eintragungszwanges sowie der zwingenden Einschaltung des Notars. Dies gewährleistet den besten Schutz der Parteien „vor sich selbst“, d.h. vor übereilten unbilligen Vereinbarungen mit gravierenden vermögensrechtlichen Auswirkungen. Die notarielle Beurkundung gewährleistet die umfassende Belehrung der Parteien auch hinsichtlich solcher Sicherungsinstrumente, die vom Gesetz nicht ausdrücklich bzw. speziell für den Grundstückskauf vorgesehen sind.¹¹¹⁷

¹¹¹⁷ Vgl. zu den nach deutschem Recht „üblichen“ Sicherungsmitteln Abschnitt: 1. Teil, B., IV., 5. Vgl. auch zur effektiven Sicherungsmöglichkeit durch Eintragung eines Vorvertrages nach italienischem Recht Abschnitt: 1. Teil, D., V., 6.



G. Zusammenfassende Bewertung der Eigentumsübertragungssysteme Deutschlands, Spaniens und Italiens

Das deutsche System bietet mit seiner Kombination aus einem gerichtlich geführten Grundbuch und Notaren, die den gesamten Prozess von der Vorbereitung bis zum Vollzug der Transaktion verantworten, unter den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und materiellen Gerechtigkeit nicht unerhebliche Vorteile vor den Systemen in Spanien und Italien. Das Abstraktionsprinzip kann gerade für den Grundstücksverkehr im Sinne der Rechtssicherheit und -klarheit überzeugen.

Im spanischen System der Formfreiheit des Grundstückskaufvertrages und der Freiwilligkeit der Eintragung des Eigentümerwechsels im Liegenschaftsregister dominiert die Vertragsautonomie gegenüber der materiellen Gerechtigkeit. Das spanische Registersystem wird mangels konstitutiver Eintragung des Grundstückserwerbers der Rechtssicherheit und -klarheit weniger gerecht. Das Traditionsprinzip der Eigentumsübertragung wäre überzeugend, wenn die konstitutive Eintragung den *modus* bildete. Das Kausalprinzip ist indes bei dem Grundstückserwerb für die Richtigkeitsgewähr des Liegenschaftsregisters weniger geeignet als das Abstraktionsprinzip.

Das italienische System der konsensualen Grundeigentumsübertragung kann am wenigsten überzeugen. Der mangelnde Beurkundungszwang des Grundstückskaufvertrages sowie die Freiwilligkeit der Eintragung in das Liegenschaftsregister stellt wie in Spanien die Gewährung umfassender Vertragsautonomie dar, die unter mehreren Aspekten und insbesondere aufgrund der Gefährdung schützenswerter Interessen nicht derart grenzenlos zu befürworten ist.

Einen Grundstückskauf nehmen die meisten Menschen durchschnittlich nur einmal im Leben vor. Bei diesem wirtschaftlich und sozial mithin in hohem Maße bedeutsamen Geschäft kann es den Parteien im Regelfall nicht so sehr auf eine einfache und schnelle Form der Abwicklung ankommen, als vielmehr darauf, den Immobilienkauf abzusichern und ihm Rechtsbeständigkeit zu verleihen.

Vor diesem Hintergrund stehen die in Deutschland oft beklagte Langwierigkeit der Eintragung in das Grundbuch sowie die zusätzlichen Kosten, die durch die notarielle Beurkundung entstehen, zu den Vorteilen der in Deutschland geltenden Regelungen des Grundstückserwerbs in einem guten Verhältnis.

H. Ausblick

Die Europäische Gemeinschaft umfasst heute 27 nebeneinander existierende Privatrechtsordnungen. Diese rechtsvergleichende Arbeit sollte für einen Teilbereich des Zivilrechts verdeutlichen, dass bereits in den sich gesellschaftlich und geographisch nahe stehenden Ländern Deutschland, Spanien und Italien zum Teil gravierende Unterschiede bestehen. Die nationalen Regelungen des Grundstückserwerbs variieren in Deutschland, Spanien und Italien erheblich. Die Parteien eines grenzüberschreitenden Grundstücksgeschäfts haben bis zu einer möglichen zukünftigen Harmonisierung des Zivilrechts auf europäischer Ebene nicht nur die einzelnen Besonderheiten der einschlägigen nationalen Vorschriften zu beachten, sondern darüber hinaus die jeweils einschlägigen IPR-Normen.

Der Grundstein für ein einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch wurde bereits im Jahr 1989 gelegt. In diesem Jahr hatte das Europäische Parlament einen Beschluss¹¹¹⁸ gefasst, in welchem es die Forderung aussprach, dass *„mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Zivilgesetzbuches für das Privatrecht begonnen“* werden solle. Mit dem nunmehr vorliegenden DCFR ist ein großer Schritt in Richtung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts getan. Ob und wann ein solches entstehen wird und ob dabei auch das Sachenrecht der unbeweglichen Sachen erfasst werden wird, bleibt abzuwarten.

Die insbesondere für das Sachenrecht elementare Rechtssicherheit könnte jedenfalls durch einen einheitlichen und inhaltlich schlüssigen Regelungskomplex gefördert werden. Bis zur Verwirklichung eines einheitlichen Normenkomplexes für den Grundstückserwerb in Europa sollten die Parteien eines entgeltlichen Grundstückserwerbs die auf schuldrechtlicher Ebene mögliche Rechtswahl ausdrücklich treffen, um unnötige Unsicherheiten so weit wie möglich auszuräumen.

¹¹¹⁸ ABl. EG C 158/400, abgedruckt in RabelsZ 56 1992, S. 320.

Anhang: Spanische und italienische Gesetzestexte

Im Folgenden sind die relevanten spanischen und italienischen Normen der Arbeit nach numerischer Reihenfolge genannt. Die wichtigsten Normen wurden auf Deutsch wiedergegeben.

1. Spanische Gesetzestexte

Sämtliche Übersetzungen der folgenden spanischen Gesetzestexte des *Código Civil* stammen aus: Sohst, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Auflage, Berlin 2005. Die übrigen Übersetzungen stammen von der Verfasserin dieser Arbeit.

Unter folgenden Internetadressen sind die wichtigsten Gesetze zudem abrufbar:

Constitución española:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

Código Civil (CC):

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html

Ley de arrendamientos urbanos (LAU):

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lau.htm>

Ley de enjuiciamiento civil (LEC):

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.html

Código Penal:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

Reglamento Notarial (RN):

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rn.html

Ley Hipotecaria (LH)

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lh.t1.html

Reglamento Hipotecario

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rh.t1.html

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Art. 2

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Art. 137

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

CÓDIGO CIVIL

Art. 10 Abs. 1

Der Besitz, das Eigentum und die übrigen Rechte an unbeweglichen Sachen sowie ihre [Register]publizität richten sich nach dem Recht des Ortes, an dem sie sich befinden.

Art. 13 Nr. 2

Im Übrigen gilt das Bürgerliche Gesetzbuch, und zwar unter vollständiger Wahrung der Sonder- oder Foralrechte der Provinzen und Gebiete, in denen sie gültig sind, dort als ergänzendes Recht hinsichtlich jeglicher Lücke in ihren Sondervorschriften.

**Art. 348 Abs. 2**

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

Art. 606

Die eigentumsrechtlichen Ansprüche oder die anderen dinglichen Rechte an Grundstücken, die nicht ordnungsgemäß im Grundbuch eingetragen oder registriert sind, wirken nicht zum Nachteil Dritter.

Art. 607

Das Grundbuch ist öffentlich für diejenigen, die ein bekanntes Interesse daran haben, den Zustand von Grundstücken oder eingetragenen oder registrierten dinglichen Rechte zu ermitteln.

Art. 608

Zur Bestimmung der Rechtsansprüche die der Eintragung oder Registrierung unterliegen, sowie ihrer Form, ihrer Wirkungen und ihres Erlöschens, der Art der Grundbuchführung und des Wertes der Eintragungen, gelten die Vorschriften des Hypothekengesetzes.

Art. 609 Abs. 2

Das Eigentum und die übrigen Rechte an Sachen werden durch das Gesetz, durch Schenkung, durch testamentarische oder gesetzliche Erbfolge und als Folge bestimmter Verträge mittels Übergabe erworben und übertragen.

Art. 633 Abs. 1

Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

Art. 1095

Der Gläubiger hat ab Entstehung der Verpflichtung zur Übergabe einer Sache [auch] ein Recht auf ihre Früchte. Das dingliche Recht an ihr erwirbt er jedoch erst, wenn sie ihm übergeben ist.

Art. 1123

Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido.

En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto a los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120.

Art. 1261

Ein Vertrag liegt nur dann vor, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Einigung der Vertragsschließenden.
2. Ein bestimmter Gegenstand, der Angelegenheit des Vertrages ist.
3. Ein Rechtsgrund für die Verpflichtung, die eingegangen wird.

Art. 1276

Die Angabe eines falschen Rechtsgrundes in den Verträgen bewirkt deren Nichtigkeit, wenn nicht der Beweis erbracht wird, dass sie auf einem anderen wahren und erlaubten gegründet sind.

Art. 1278

Verträge sind verbindlich, gleich welcher Form sie geschlossen wurden, vorausgesetzt sie erfüllen die für ihre Wirksamkeit wesentlichen Voraussetzungen.

Art. 1279

Verlangt das Gesetz die Errichtung einer Urkunde oder eine andere besondere Form zur Wirksamkeit der jeweiligen Verpflichtungen eines Vertrages, können sich die Vertragsschließenden gegenseitig zur Einhaltung jener Form zwingen, sobald die Einigung und die übrigen für seine Wirksamkeit erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

Art. 1280 Nr. 1

„Der öffentlichen Beurkundung bedürfen:

1. Die Rechtsgeschäfte und Verträge, die das Entstehen, die Übertragung, die Änderung oder das Erlöschen von dinglichen Rechten an Grundstücken zum Gegenstand haben.“

Art. 1445

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich eine der Vertragsparteien, eine bestimmte Sache zu übergeben, und die andere, für sie einen bestimmten Preis in Bargeld oder mittels eines Zeichens, das dieses vertritt, zu zahlen.



Art. 1450

Der Kauf kommt zwischen Käufer und Verkäufer zustande und ist für beide verbindlich, wenn sie sich über die Sache, die Gegenstand des Vertrages ist, und über den Preis geeinigt haben, auch wenn weder das eine noch das andere übergeben wurde.

Art. 1451 Abs. 1

Das Versprechen, zu verkaufen oder zu kaufen, gibt den Vertragsschließenden das Recht, wenn Einigkeit über die Sache und über den Preis besteht, gegenseitig die Erfüllung des Vertrags zu verlangen.

Art. 1461

Verkäufer ist zur Übergabe und zur Mängelbeseitigung der Sache verpflichtet, die Gegenstand des Kaufvertrages ist.

Art. 1462

Die verkaufte Sache gilt als übergeben, wenn sie unter die Sachherrschaft und in den Besitz des Käufers gestellt wird. Erfolgt der Verkauf mittels öffentlicher Urkunde, so steht deren Errichtung die Übergabe der Sache, die Gegenstand des Vertrages ist, gleich, sofern sich aus dieser Urkunde nicht das Gegenteil ergibt oder deutlich ableiten lässt.

Art. 1473

Wurde ein und dieselbe Sache an verschiedene Käufer verkauft, so wird das Eigentum, wenn es eine bewegliche Sache ist [...]. Ist es eine unbewegliche Sache, steht das Eigentum demjenigen zu, zu dessen Gunsten sie früher eingetragen ist.

Art. 1875 Abs. 1

Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede validamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

REGLAMENTO NOTARIAL

Art. 1

El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.
- b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.

El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento.

Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial.

Art. 142

El notario que admita cualquiera de los cargos a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior, lo pondrá en conocimiento, por escrito e inmediatamente, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y cesará en el ejercicio de las funciones notariales mientras desempeñe aquellos.

La omisión del escrito equivaldrá a opción por el cargo incompatible.

Si habiendo dado el conocimiento, la cesación pasara de tres meses, deberá optar, igualmente, por uno u otro cargo.

Si no lo hiciese, se entenderá que acepta el cargo incompatible, la vacante se proveerá también en el turno que proceda y el notario será declarado en situación de excedencia voluntaria si llevare un año, por lo menos, de servicios en el Cuerpo o la incompatibilidad fuese por nombramiento definitivo en cargo activo y permanente, no accidental o de suplencia; y renunciante y baja en el Escalafón, si el cargo incompatible fuese de otra clase y no llevase el año de servicios efectivos.



Art. 144 Abs. 2

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Art. 146

El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados.

A tales efectos, quien se crea perjudicado podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como resolución del conflicto

Art. 147

El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Art. 148

Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.

Art. 175

1. A los efectos de informar debidamente a las partes acerca del acto o negocio jurídico, el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o constitución de derecho real sobre ellos, deberá comprobar la titularidad y el estado de cargas de aquellos.

5. Se excepcionan del deber a que se refiere los apartados anteriores, los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de actos de liberalidad.

b) Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho de la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

Art. 193

Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí.

A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes.

Igualmente darán fe de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento.

Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiese o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario.



Art. 196

Salvo indicación expresa en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes muebles podrán ser presentados en éstos por vía telemática y con firma electrónica reconocida del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo. El notario deberá inexcusablemente remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

El notario deberá dejar constancia de ello en la matriz así como, en su caso, de la correspondiente comunicación del registro destinatario.

Esta regla será de aplicación respecto de los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos con efectos jurídicos cuando sus Sistemas de Información estén debidamente conectados con el del Consejo General del Notariado.

Art. 249

2. Tratándose de copias autorizadas que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a salvo de que el interesado manifieste lo contrario deberán presentarse telemáticamente.

En consecuencia, el notario deberá expedir y remitir la copia autorizada electrónica en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la matriz o, en su defecto, en el día hábil siguiente. Se exceptúa el supuesto de imposibilidad técnica del que deberá quedar constancia en la copia que se expida en soporte papel de la causa o causas que justifican esa imposibilidad, en cuyo caso podrá presentarse mediante telefax en los términos previstos en el apartado siguiente. El notario deberá hacer constar en la matriz mediante diligencia la fecha y hora del acuse de recibo digital del Registro correspondiente, sin perjuicio de hacer constar tales extremos, en su caso, en el Libro Indicador.

El notario será responsable de los daños y perjuicios que se cause al interesado como consecuencia del retraso en la expedición de copia electrónica y su presentación telemática, excepto en los supuestos de imposibilidad técnica.

Art. 314 Abs. 1

Los Colegios Notariales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En el ejercicio de las funciones públicas atribuidas respecto de la prestación de la función pública notarial quedan subordinados jerárquicamente al Ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

LEY HIPOTECARIA

Art. 2

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

1. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.
2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.
3. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.
4. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.
5. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.
6. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesíásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

Art. 3

Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

Art. 5

Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles.

Art. 17

Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de



igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.

Art. 20

Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Art. 24

Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma.

Art. 32

Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.

Art. 34

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

Art. 38 Abs. 1

A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Art. 41

Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

Art. 42

Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.
2. El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.
3. El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.
5. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2 de esta Ley.
6. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.
7. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.
8. El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.
9. El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, por imposibilidad del Registrador, o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.
10. El que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.

Art. 43

En el caso del número 1 del artículo anterior, no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio de juzgador.

En el caso del número 2 del mismo artículo, cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso del número 5 del repetido artículo deberá hacerse también la anotación en virtud de providencia judicial, que podrá dictarse de oficio, cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio.

Art. 70

Cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo, surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación.

Art. 106 Nr. 1

Podrán ser hipotecados:

1. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

Art. 199 b)

Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.

Art. 200

La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se verificará mediante acta de notoriedad o expediente de dominio.

Por cualquiera de estos medios o por el autorizado en el artículo 205 se podrá hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas.

Art. 201

El expediente de dominio se tramitará con sujeción a las siguientes reglas:

1. Será Juez competente, cualquiera que sea el valor de la finca o fincas objeto del mismo, el de Primera Instancia del partido en que radiquen o en que estuviere situada su parte principal.

Se iniciará el expediente por un escrito al que deberá acompañarse una certificación acreditativa del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento, y otra del Registro de la Propiedad, que expresará, según los casos:

- a. La falta de inscripción, en su caso, de la finca que se pretenda inmatricular.
- b. La descripción actual según el Registro y la última inscripción de dominio de la finca cuya extensión se trate de rectificar.
- c. La última inscripción de dominio y todas las demás que estuvieren vigentes, cualquiera que sea su clase, cuando se trate de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, del dominio o de los derechos reales.

En los supuestos a y c del párrafo anterior se acompañarán asimismo los documentos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere, y en todo caso, cuantos se estimaren oportunos para la justificación de la petición que hiciera en su escrito.

2. El Secretario judicial dará traslado de este escrito al Ministerio Fiscal, citará a aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca, a aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueren conocidos, y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos. Estos se fijarán en los tablones de anuncios, del Ayuntamiento y del Juzgado a que pertenezca la finca, a fin de que, dentro de los diez días siguientes a la citación o a la publicación de los edictos, puedan comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga.

Dichos edictos se publicarán también en el Boletín Oficial de la provincia si el valor total de la finca o fincas comprendidas en el expediente es superior a ciento cincuenta euros, y si excediere de trescientos euros deberán publicarse, además, en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia.

En los casos a y b de la regla 2 se citará, además, a los titulares de los predios colindantes, y en los a y c de la misma, al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, o al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana.

3. Transcurrido el plazo fijado, podrá el actor y todos los interesados que hayan comparecido proponer, en un plazo de seis días, las pruebas que estimen pertinentes para justificar sus derechos.

4. Practicadas las pruebas en el plazo de diez días, a contar de la fecha de su admisión, oír el Juzgado, durante otro plazo igual, por escrito, sobre las reclamaciones y pruebas que se hayan presentado, al Ministerio Fiscal y a cuantos hubieren concurrido al expediente, y en vista de lo que alegaren y calificando dichas pruebas por la crítica racional, dictará auto dentro del quinto día, declarando justificados o no los extremos solicitados en el escrito inicial. Este auto será apelable en ambos efectos por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los



interesados, sustanciándose la apelación por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes.

5. Consentido o confirmado el auto, será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada.

6. Cuando el valor total de la finca o fincas comprendidas en el expediente sea inferior a treinta euros, será verbal la audiencia a que se refiere la regla 5.

Art. 202

Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no hubiere formulado oposición.

También serán inscribibles, aunque las inscripciones contradictorias sean de menos de treinta años de antigüedad, si el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente.

Si el titular del asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad o sus causahabientes no comparecieren después de haber sido citados tres veces -una de ellas, al menos, personalmente-, se les tendrá por renunciantes a los derechos que pudieran asistirles en el expediente, y éste será también inscribible.

Art. 221

Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo.

Art. 222 Nr. 8

Los interesados podrán elegir libremente el Registrador a través del cual obtener la información registral relativa a cualquier finca, aunque no pertenezca a la demarcación de su Registro, siempre que deba expedirse mediante nota simple informativa o consista en información sobre el contenido del índice General Informatizado de fincas y derechos. La llevanza por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles del citado Índice General no excluye la necesidad de que las solicitudes de información acerca de su contenido se realicen a través de un Registrador.

Art. 243

El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos.

Art. 248 Nr. 2

Para cumplir con la obligación de actualización inmediata del contenido de los Libros, los registradores llevarán un Libro de Entrada donde se hará constar de modo inmediato la presentación de los títulos por el riguroso orden en que hubieran ingresado los documentos, con expresión de la persona que los presente, el tiempo exacto de su presentación indicando la unidad temporal precisa, el medio de presentación, sea físico, por correo, por telefax o por remisión telemática y los datos precisos que permitan identificar la finca afectada por el título presentado. Asimismo se adoptarán las cautelas necesarias para que en ningún caso sea posible la manipulación o alteración del orden de presentación de los títulos o de los asientos ya practicados.

Art. 254 Abs. 1

Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir.

Art. 255 Abs. 1

No obstante lo previsto en el artículo anterior, podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; mas, en tal caso, se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto.

REGLAMENTO HIPOTECARIO

Art. 14

Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.



En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

Art. 300

En el caso de existir algún asiento contradictorio de dominio o posesión de finca o de derecho real cuya descripción coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretenda inscribir, se aplicará lo dispuesto en el artículo 306.

Art. 306

Cuando las certificaciones expedidas con arreglo a los artículos anteriores estuvieren en contradicción con algún asiento no cancelado, o se refiriesen a fincas o derechos reales cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos, los Registradores suspenderán la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva si la pidiera el interesado, y remitirán copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que haya firmado aquellas certificaciones.

Dicha Autoridad si lo estimare procedente, comunicará al Juez de Primera Instancia del partido en que radique el inmueble, cuanto acerca de éste y de su titular arroje el expediente administrativo, acompañando la copia del asiento remitida por el Registrador.

El Juez de Primera Instancia dará vista de estos antecedentes a la persona que, según dicho asiento, pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y, con su audiencia, dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trate.

Art. 313

En el caso de doble inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales diferentes, la concordancia del Registro con la realidad podrá conseguirse conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando la finca o, en su caso, las cuotas o participaciones indivisas inscritas en diferentes folios, lo estuvieren a favor de la misma persona, la contradicción podrá salvarse, a solicitud de ésta, mediante el traslado en su caso por el Registrador, de las inscripciones o asientos posteriores al folio registral más antiguo, extendiendo al final del más moderno un asiento de cierre del mismo. Si hubiese titulares de asientos posteriores afectados por el traslado será preciso el consentimiento de éstos expresado en escritura pública.

2. Si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad, en su caso, de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido.

3. El titular de cualquier derecho real inscrito sobre las fincas registrales afectadas por la doble inmatriculación, directamente o a falta del acuerdo previsto en la regla anterior, podrá acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique físicamente la finca, para que, con citación de los interesados y siempre que se pruebe la identidad de la finca, dicte auto ordenando que se extienda nota expresiva de la posible existencia de doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones, pudiendo exigir la caución que estime adecuada para asegurar los perjuicios que se pudieran derivar. En el auto se reservarán a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

Dicha nota caducará al año de su fecha, salvo que antes se hubiere anotado la demanda interpuesta en el correspondiente juicio declarativo.

Art. 420

Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos:

1. Los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral.

2. Los documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios.

3. Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad, no puedan provocar operación registral alguna.

LEY DEL NOTARIADO

Art. 17-bis Abs. 2, b)

Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Art. 319

1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha



en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

Art. 326

1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.
2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 708

Condena a la emisión de una declaración de voluntad.

1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Art. 13 Nr. 1

1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

Art. 25

1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

2. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.

Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

4. El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.

5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.



6. Cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios de la vivienda por el mismo arrendador a que se refiere el artículo 3, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda.

7. No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble.

Si en el inmueble sólo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo.

8. El pacto por el cual el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto será válido en contratos de duración pactada superior a cinco años.

Art. 31

Lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley será de aplicación a los arrendamientos que regula este Título.

Art. 3

1. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.

2. En especial tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren.

CÓDIGO PENAL

Art. 251

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1. Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2. El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Art. 305

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Art. 390

Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

5. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

Art. 392

1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.



Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.

Königliche Dekret Nr. 515 vom 21.04.1989

Art. 1

1. El presente Real Decreto es de aplicación a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores conforme a los términos del artículo primero apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A los efectos de este Real Decreto se consideran arrendamientos los que se hallan sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. Este Real Decreto no será de aplicación a las ventas que se efectúen mediante subasta pública, judicial o administrativa.

Art. 5 Nr. 4

Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además: [...]

4. Forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente:

a) Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.

b) Los artículos 1280, 1.º y 1279 del Código Civil.

c) El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.

2. Italienische Gesetzestexte

Sämtliche Übersetzungen der folgenden italienischen Gesetzestexte des *Codice Civile* stammen aus: Patti (Hrsg.), Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile, München 2007.

Sonstige Übersetzungen stammen von der Verfasserin dieser Arbeit.

Unter folgenden Internetadressen sind die wichtigsten Gesetze zudem abrufbar:

Codice Civile (CCivile):

http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm

Legge Notarile:

<http://www.notarlex.it/testiunici.jsp>

LEGGE 31 MAGGIO 1995, N. 218

Art. 51 Abs. 1

Der Besitz, das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen werden durch das Gesetz desjenigen Staates geregelt, in welchem sich die Sachen befinden.

CODICE CIVILE

Art. 832

Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Art. 949

(1) Il proprietario può agire per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando ha motivo di temere pregiudizio.

(2) Se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno.



Art. 1153 Abs. 1

(1) Derjenige, dem bewegliche Sachen durch jemanden veräußert werden, der nicht Eigentümer ist, erwirbt daran durch den Besitz das Eigentum, wenn er zur Zeit der Übergabe in gutem Glauben ist und ein zur Übertragung des Eigentums geeigneter Rechtstitel vorliegt.

Art. 1158

Das Eigentum und andere dingliche Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen werden durch einen zwanzig Jahre fortdauernden Besitz erworben.

Art. 1159 Abs. 1

(1) Wer in gutem Glauben eine unbewegliche Sache von jemandem, der nicht Eigentümer ist, auf Grund eines zur Eigentumsübertragung geeigneten und ordnungsgemäß eingetragenen Rechtstitels erwirbt, vollendet hieran mit dem Ablauf von zehn Jahren ab dem Zeitpunkt der Eintragung die Ersitzung zu seinen Gunsten.

Art. 1325

Die Erfordernisse des Vertrags sind:

1. Die Einigung der Parteien;
2. der Rechtsgrund;
3. der Gegenstand;
4. die Form, falls deren Einhaltung durch das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben ist.

Art. 1326

(1) Der Vertrag ist in dem Zeitpunkt geschlossen, in dem derjenige, der den Antrag gemacht hat, von der Annahme des anderen Teils Kenntnis erlangt.

(2) Die Annahme muss dem Antragenden innerhalb der Frist zugehen, die er bestimmt hat oder die nach der Natur des Geschäfts oder den Gebräuchen unter gewöhnlichen Umständen erforderlich ist.

Art. 1328

La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto.

L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

Art. 1329

Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto. Nell'ipotesi prevista dal comma precedente, la morte o la sopravvenuta incapacità (414) del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia.

Art. 1331

Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'Art. 1329.

Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice (1183).

Art. 1343

La causa illecita quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972).

Art. 1331 Abs. 1

Vereinbaren die Parteien, dass eine von ihnen an die eigene Erklärung gebunden bleibt und die andere die Wahl hat, sie anzunehmen oder nicht, gilt die Erklärung des Ersteren als unwiderruflicher Antrag mit den in Art. 1329 genannten Wirkungen.

Art. 1346

Der Gegenstand des Vertrags muss möglich, erlaubt und bestimmt sein.

Art. 1349

Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice (778,1287, 1473, 2264, 2603).



La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo (1421 e seguenti).

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento.

Art. 1350, Nr. 1

Bei sonstiger Nichtigkeit sind mittels öffentlicher oder privater Urkunde zu schließen:

1. Verträge, die das Eigentum an unbeweglichen Sachen übertragen;

(1) Ein Vertrag ist nichtig, wenn er gegen zwingende Normen verstößt, außer das Gesetz bestimmt etwas anderes.

Art. 1351

Il contratto preliminare è nullo (1421 e seguenti), se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo (2932).

Art. 1376

Bei Verträgen, welche die Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache, die Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts oder die Übertragung eines anderen Rechts zum Gegenstand haben, werden das Eigentum oder das Recht auf Grund der in rechtmäßiger Weise geäußerten Willenseinigung der Parteien übertragen und erworben.

Art. 1378

Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti (1465). Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo a un altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore (1678 e seguenti) o allo spedizioniere (1737 e seguenti).

Art. 1385

(1) Gibt eine Partei der anderen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen Geldbetrag oder eine Menge anderer vertretbarer Sachen als Draufgabe, ist die Draufgabe bei Erfüllung zurückzugeben oder auf die geschuldete Leistung anzurechnen.

Art. 1414 Abs. 1 und 2

(1) Ein Scheinvertrag erzeugt keine Wirkung zwischen den Parteien.

(2) Wollten die Parteien einen anderen als den Scheinvertrag schließen, wird der verdeckte Vertrag zwischen ihnen wirksam, wenn seine sachlichen und förmlichen Erfordernisse vorliegen.

Art. 1418

Il contratto nullo quando contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'Articolo 1325, l'illiceità della causa (1343), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'Articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'Articolo 1346.

Il contratto altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (190, 226, 458, 778 e seguente, 780 e seguente, 788, 794, 1261, 1344 e seguente, 1350, 1471, 1472, 1895, 1904, 1972).

Art. 1465

Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali (1376), il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata. La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine. Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata (1378).

L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione (1360).

Art. 1470

Der Kauf ist ein Vertrag, der die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder die Übertragung eines anderen Rechts gegen Zahlung eines Kaufpreises zum Gegenstand hat.



Art. 1472

Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura (1348), l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati (820).

Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita nulla, se la cosa non viene ad esistenza.

Art. 1476, Nr. 1

Le obbligazioni principali del venditore sono: quella di consegnare la cosa al compratore; quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto (1376 e seguenti); quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Art. 1477

La cosa deve essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita. Salvo diversa volontà delle parti, la cosa deve essere consegnata insieme con gli accessori, le pertinenze (817) e i frutti (820 e seguente) dal giorno della vendita. Il venditore deve pure consegnare i titoli e i documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta (1527).

Art. 1478

Se al momento del contratto (1326) la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore.

Il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa (att. 171).

Art. 1498 Abs. 1

(1) Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu der Zeit und an dem Ort, die vertraglich festgesetzt sind, zu bezahlen.

Art. 1523

Nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna.

Art. 1537

Quando un determinato immobile (812) venduto con l'indicazione della sua misura e per un prezzo stabilito in ragione di un tanto per ogni unit di misura, il compratore ha diritto a una riduzione, se la misura effettiva dell'immobile inferiore a quella indicata nel contratto (att. 166).

Se la misura risulta superiore a quella indicata nel contratto, il compratore deve corrispondere il supplemento del prezzo, ma ha facoltà di recedere dal contratto qualora l'eccedenza oltrepassi la ventesima parte della misura dichiarata.

Art. 1538

Nei casi in cui il prezzo determinato in relazione al corpo dell'immobile e non alla sua misura, sebbene questa sia stata indicata, non si fa luogo a diminuzione o a supplemento di prezzo, salvo che la misura reale sia inferiore o superiore di un ventesimo rispetto a quella indicata nel contratto.

Nel caso in cui dovrebbe pagarsi un supplemento di prezzo, il compratore ha la scelta di recedere dal contratto o di corrispondere il supplemento.

Art. 2053

Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione (1669; Cod. Pen. 677).

Art. 2643

Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:

- 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili (812);
- 2) i contratti (1350, 2651) che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto (978 e seguenti) su beni immobili, il diritto di superficie (952 e seguenti), i diritti del concedente e dell'enfiteuta (957 e seguenti);
- 3) i contratti che costituiscono la comunione (1100 e seguenti) dei diritti menzionati nei numeri precedenti
- 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali (1027 e seguenti), il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione (1021 e seguenti);
- 5) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti;
- 6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari (Cod. Proc. Civ. 574, 586, 590), eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente (2896);



- 7) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico (971); i contratti di locazione (1571 e seguenti) dei beni immobili che hanno durata superiore a nove anni (1350, 1599, 2923);
- 9) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti (1605), per un termine maggiore di tre anni (2918);
- 10) i contratti di società (2247 e seguenti) e di associazione (14 e seguenti, 2549 e seguenti) con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata (att. 231);
- 11) gli atti di costituzione dei consorzi (862 e seguenti; 2602 e seguenti) che hanno l'effetto indicato dal numero precedente (att. 231);
- 12) i contratti di anticresi (1960 ss; att. 231);
- 13) le transazioni (1965 e seguenti) che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti;
- 14) le sentenze (1032, 2932) che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti (2932).

Art. 2644

Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto (2827, 2848) anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi (2650).

Eseguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore (att. 225).

Art. 2645 –bis Abs. 1

I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

La trascrizione del contratto definitivo, o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1 ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Art. 2650

Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.

Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644.

L'ipoteca legale a favore dell'alienante e quella a favore del dividente (2817), iscritte contemporaneamente alla trascrizione del titolo di acquisto o della divisione, prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite anteriormente contro l'acquirente o il dividente tenuto a conguaglio (att. 225, 229).

Art. 2652

Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'art. 2643, le domande giudiziali (Cod. Proc. Civ. 163) indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti (att. 225 e seguenti) [...]

Art. 2653 Nr. 1

Devono parimenti essere trascritti (att. 225 e seguenti):

le domande dirette a rivendicare la proprietà (948 e seguente) o altri diritti reali di godimento (957, 981, 1021 e seguenti) sui beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi.

La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda;

Art. 2657

La trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza (Cod. Proc. Civ. 131 e seguenti), di atto pubblico (2699) o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata (2703) o accertata giudizialmente (Cod. Proc. Civ. 215 e seguenti).

Le sentenze e gli atti seguiti in paese estero (Cod. Proc. Civ. 796 e seguenti; 804) devono essere legalizzati (2674).

Art. 2663

Die Eintragung ist bei jedem Grundbuchamt durchzuführen, in dessen Bereich sich die Güter befinden.

Art. 2671

Il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato.

Rimangono ferme le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono a carico di altre persone l'obbligo di richiedere la trascrizione di determinati atti e le relative sanzioni (c. p.c. 555).

Art. 2673

Il conservatore dei registri immobiliari deve rilasciare a chiunque ne fa richiesta copia delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni, o il certificato che non ve ne è alcuna.

Deve altresì permettere l'ispezione dei suoi registri nei modi e nelle ore fissati dalla legge.

Il conservatore deve anche rilasciare copia dei documenti che sono depositati presso di lui in originale o i cui originali sono depositati negli atti di un notaio o in pubblico archivio fuori della circoscrizione del tribunale nella quale ha sede il suo ufficio.

Art. 2678

Il conservatore è obbligato a tenere un registro generale d'ordine in cui giornalmente deve annotare, secondo l'ordine di presentazione, ogni titolo che gli è rimesso perché sia trascritto, iscritto o annotato.

Questo registro deve indicare il numero d'ordine, il giorno della richiesta ed il relativo numero di presentazione, la persona dell'esibitore e le persone per cui la richiesta è fatta, i titoli presentati con la nota, l'oggetto della richiesta, e cioè se questa è fatta per trascrizione, per iscrizione o per annotazione, e le persone riguardo alle quali la trascrizione, la iscrizione o l'annotazione si deve eseguire.

Appena avvenuta l'accettazione del titolo e della nota, il conservatore ne deve dare ricevuta in carta libera all'esibitore, senza spesa; la ricevuta contiene l'indicazione del numero di presentazione.

Art. 2679

Oltre al registro generale, il conservatore deve tenere, nei modi previsti dall'art. 2664, i registri particolari:
per le trascrizioni;

per le iscrizioni;

per le annotazioni.

Deve inoltre tenere gli altri registri che sono ordinati dalla legge.

Art. 2699

L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato. Questo vale a dire che l'atto pubblico è caratterizzato da due elementi fondamentali:

1. La pubblica fede, che consiste nell'attitudine dell'atto pubblico a dare certezza ufficiale in merito a tutto quello che si è svolto innanzi al P.U.

2. La redazione da parte di un Pubblico Ufficiale competente per territorio che ha avuto cura di redigerlo con le formalità necessarie; normalmente il Pubblico Ufficiale è identificato con il notaio, ma sono pubblici ufficiali anche i cancellieri, gli ufficiali di stato civile etc. Si osservi che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2700 codice civile, l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso [c.p.c. 221], della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Art. 2702

La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso (Cod. Proc. Civ. 221 e seguenti), della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta (Cod. Proc. Civ. 214, 215; Cod. Nav. 178, 775).

Art. 2703

Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l'identità della persona che sottoscrive.

Art. 2771

Crediti per le imposte sui redditi immobiliari. I crediti dello Stato per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, per l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e per l'imposta locale sui redditi, limitatamente all'imposta o alla quota proporzionale di imposta imputabile ai redditi immobiliari, compresi quelli di natura fondiaria non determinabili catastalmente, sono privilegiati sopra gli immobili tutti del contribuente situati nel territorio del comune in cui il tributo si riscuote e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali di esecuzione autorizzati dalla legge.

Il privilegio previsto nel comma precedente è limitato alle imposte iscritte nei ruoli principali, suppletivi, speciali o straordinari posti in riscossione nell'anno in cui si procede all'esecuzione e nell'anno precedente. Se si tratta di ruoli suppletivi e si procede per imposte relative a periodi d'imposta anteriori agli ultimi due, il privilegio non può esercitarsi per un importo superiore a quello degli ultimi due anni, qualunque sia il periodo cui le imposte si riferiscono.

Qualora l'accertamento del reddito iscritto a ruolo sia stato determinato sinteticamente ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, la ripartizione proporzionale dell'imposta, prevista dal primo comma, viene effettuata sulla base dei redditi iscritti o iscrivibili ai fini dell'imposta locale sui redditi.

Art. 2775 -bis

Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645 bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono, hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto o, di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento, ovvero al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi. Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da pegno relativo ai mutui erogati al promissario acquirente, per l'acquisto del bene immobile, nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825 -bis.

Art. 2817 Nr. 1

Eine gesetzliche Hypothek haben: 1. der Veräußerer an den veräußerten Grundstücken für die Erfüllung der aus dem Veräußerungsgeschäft entstehenden Verpflichtungen.

Art. 2825 -bis

L'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o, in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio, ai sensi degli articoli 38 e, seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n° 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'articolo 2645 bis, limitatamente alla quota del debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o, con altro atto, successivo, eventualmente adeguata ai sensi dell'articolo 39 comma terzo del citato decreto legislativo n° 385 del 1993. Se l'accollo risulta da un atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare.

Art. 2834

Il conservatore dei registri immobiliari, nel trascrivere un atto di alienazione o di divisione, deve iscrivere d'ufficio l'ipoteca legale che spetta all'alienante o al dividendo a norma dei numeri 1 e 2 dell'articolo 2817, a meno che gli sia presentato un atto pubblico o una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, da cui risulti che gli obblighi sono stati adempiuti o che vi è stata rinuncia all'ipoteca da parte dell'alienante o del dividendo (1).

Art. 2932

Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (2908).

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione (1208 e seguenti) o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile (att. 246).

Legge 392/1978 sull'equo canone

Art. 38

Nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, deve darne comunicazione al conduttore con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario. Nella comunicazione devono essere indicati il corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro, le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa e l'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione. Il conduttore deve esercitare il diritto di prelazione entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione, con atto notificato al proprietario a mezzo di ufficiale giudiziario, offrendo condizioni uguali a quelle comunicategli. Ove il diritto di prelazione sia esercitato, il versamento del prezzo di acquisto, salvo diversa condizione indicata nella comunicazione del locatore, deve essere effettuato entro il termine di trenta giorni decorrenti dal sessantesimo giorno successivo a quello dell'avvenuta notificazione della comunicazione da parte del proprietario, contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare. Nel caso in cui l'immobile risulti locato a più persone, la comunicazione di cui al primo comma deve essere effettuata a ciascuna di esse. Il diritto di prelazione può essere esercitato congiuntamente da tutti i conduttori, ovvero, qualora taluno vi rinunci, dai rimanenti o dal rimanente conduttore. L'avente titolo che, entro trenta giorni dalla notificazione di cui al primo comma, non abbia comunicato agli altri aventi diritto la sua intenzione di avvalersi della prelazione,



si considera avere rinunciato alla prelazione medesima. Le norme del presente articolo non si applicano nelle ipotesi previste dall'articolo 732 del codice civile, per le quali la prelazione opera a favore dei coeredi, e nella ipotesi di trasferimento effettuato a favore del coniuge o dei parenti entro il secondo grado.

Legge 9 dicembre 1998, n. 431

Art. 3 g)

quando il locatore intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. In tal caso al conduttore è riconosciuto il diritto di prelazione, da esercitare con le modalità di cui agli articoli 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392.

Legge 28 febbraio 1985, n. 47

Art. 17

Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù. Nel caso in cui sia prevista, ai sensi del presente art. 11, l'irrogazione di una sanzione soltanto pecuniaria, ma non il rilascio della concessione in sanatoria, agli atti di cui al primo comma deve essere allegata la prova dell'integrale pagamento della sanzione medesima. La sentenza che accerta la nullità degli atti di cui al primo comma non pregiudica i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare la nullità degli atti. Se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa. Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. L'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 13 della presente legge, dovrà presentare domanda di concessione in sanatoria entro 120 giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria.

Art. 21

Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli articoli 17 e 18 e non convalidabili costituisce violazione dell'articolo 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, e successive modificazioni, e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima. Tutti i pubblici ufficiali, ottemperando a quanto disposto dall'articolo 18, sono esonerati da responsabilità inerente al trasferimento o alla divisione dei terreni; l'osservanza della formalità prevista dal sesto comma dello stesso articolo 18 tiene anche luogo del rapporto di cui all'articolo 2 del codice di procedura penale.

Legge 12 agosto 1993, n. 310

Art. 7

1. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge i notai che ricevano atti o autenticino scritture private aventi ad oggetto trasferimenti di terreni ovvero di esercizi commerciali devono comunicare, entro il mese successivo a quello della stipula, al questore del luogo ove è ubicato l'immobile i dati relativi alle parti contraenti, o loro rappresentanti, al bene compravenduto e al prezzo indicato.[...]

LEGGE NOTARILE

Art. 47

L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti e, salvo che la legge stabilisca diversamente, di due testimoni. La presenza dei testimoni non è necessaria negli atti di cui ai numeri 1, 2, 3, 4 e 5 dell'art. 1, nonché di quelli di autenticazione delle firme apposte su titoli all'ordine, e in genere su tutti i titoli commerciali trasmissibili mediante girata, e su quelli del debito pubblico.

Spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto.

Spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto.

Art. 48

Per tutti gli atti tra vivi, eccettuate le donazioni e i contratti di matrimonio, la parte o le parti che sappiano leggere e scrivere, hanno facoltà di rinunciare di comune accordo alla assistenza dei testimoni all'atto. Il notaio farà espressa menzione di tale accordo in principio dell'atto.



Se una sola delle parti non consenta alla detta rinunzia, l'atto dovrà essere compiuto con l'assistenza dei testimoni. Anche nel caso di rinunzia delle parti, il notaio, ove lo creda necessario, può richiedere l'assistenza dei testimoni. L'atto ricevuto in conformità alla presente disposizione, deve considerarsi a tutti gli effetti come compiuto con l'assistenza dei testimoni.

Art. 51 Nr. 8

Il notaio non potrà commettere ad altri la lettura dell'atto che non sia stato scritto da lui salvo ciò che dispone il Codice civile in ordine ai testamenti. La lettura delle scritture e dei titoli inserti può essere omessa per espressa volontà delle parti, purché sappiano leggere e scrivere. Di tale volontà si farà menzione nell'atto;

Art. 58 Nr. 6

L'atto notarile è nullo, salvo ciò che è disposto dall'art. 1316 del Codice Civile: 6. se non fu data lettura dell'atto alle parti, in presenza dei testimoni quando questi siano intervenuti.

Art. 83

I notari residenti in ciascuna distretto formano un collegio. In ogni collegio è costituito un Consiglio notarile. La sede del Consiglio è quella medesima del tribunale, e, nel caso di più distretti riuniti, quella del tribunale indicato nel decreto di riunione.

Art. 127

Il Ministro di grazia e giustizia esercita l'alta vigilanza sopra tutti i notari, i Consigli e gli archivi notarili, e può ordinare le ispezioni che creda opportune. La stessa vigilanza spetta ai procuratori generali presso le Corti d'appello, ed ai procuratori del Re, nei limiti delle rispettive giurisdizioni.





Hella Bickmann, geboren 1981 in Göttingen; 2001 bis 2007 Studium der Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Georg-August-Universität Göttingen und *Universitat de Barcelona*; 2007 erstes juristisches Staatsexamen; 2007 bis 2009 Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Braunschweig in Göttingen und Palma de Mallorca (deutsch-spanische Kanzlei Monereo Meyer Marinello Abogados im Bereich Immobilienwirtschaftsrecht); 2009 zweites juristisches Staatsexamen; 2010 Rechtsanwältin bei Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in München (Immobilienwirtschaftsrecht); seit 2011 Syndikus bei Deutsche Pfandbriefbank AG in München/Unterschleißheim (Gewerbeimmobilienfinanzierung); 2012 Promotion Fachbereich Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum.

