

2. Ausfertigung

GUTACHTEN

zur Formwirksamkeit eines Kaufvertrages

erstattet im Auftrag der

Merlin Unternehmensverwaltung GmbH

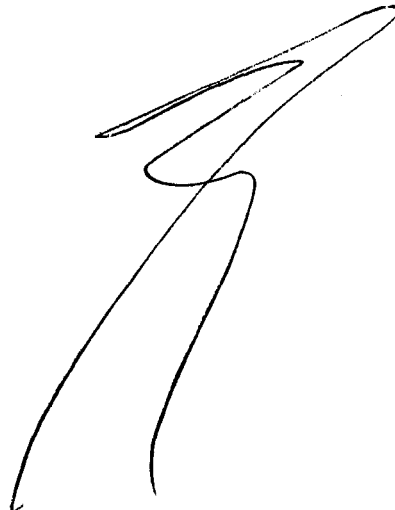
mit Sitz in Hürth

von

Prof. Dr. Günter Brambring

Notar in Köln

Köln, den 12. Dezember 2007

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, abstract shape.

Einleitung

Die Parteien streiten über die Formwirksamkeit des Kaufvertrages vom 27./28. April 1993 (URNr. S 96/1993 des Notar [REDACTED] in Berlin).

Verkäuferin ist die Maschinenbau Babelsberg GmbH in Potsdam. Klägerin ist die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben in Berlin, die aus abgetretenem Recht Zahlung des Restkaufpreises von 5,0 Mio. DM nebst Zinsen von der Käuferin verlangt.

Käuferin und Beklagte ist die Maximum Industrie- und Gewerbeholding GmbH.

Weitere Beklagte ist die Merlin Unternehmensverwaltung GmbH, die unter ihrer früheren Firma Breuer GmbH Krane und Schwertransporte in § 33 des Vertrages vom 27./28.04.1993 gegenüber der Verkäuferin und der Treuhandanstalt (als Rechtsvorgängerin der Klägerin) den Schuldbeitritt hinsichtlich sämtlicher Verpflichtungen der Käuferin aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag und seiner eventuellen Rückabwicklung erklärt hat und neben der Käuferin als Gesamtschuldner haftet.

Es werden im Folgenden die Maschinenbau Babelsberg GmbH als „Verkäufer“ und die Maximum Industrie- und Gewerbeholding GmbH als „Käufer“ bezeichnet.

Zwischen Verkäufer und Käufer ist streitig, ob der Kaufvertrag vom 27./28. April 1993 formgültig ist oder nicht, weil die in § 3 des Vertrages erwähnten Anlagen 5 und 6 nicht ordnungsgemäß beurkundet worden sind. Unstreitig ist, dass die in diesen Anlagen aufgeführten Inventarverzeichnisse nicht nach §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 BeurkG mit beurkundet worden sind, also nicht als Anlage der Niederschrift beigefügt und verlesen wurden.

Das Gutachten wird zu dem Ergebnis kommen, dass sich bereits aus der nach § 313 BGB a. F. erforderlichen aber unterbliebenen Mitbeurkundung der Inventarverzeichnisse die Formnichtigkeit des Kaufvertrages wegen Verstoß gegen die vorgenannten zwingenden Vorschriften des Beurkundungsgesetzes ergibt.

I. Kaufvertrag vom 27./28. April 1993

Mit diesem Kaufvertrag hat der Verkäufer dem Käufer den dort in § 1 näher bezeichneten Grundbesitz mit Gebäuden verkauft.

§ 3 des Vertrages hat folgenden Wortlaut:

Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen)

Der Verkäufer verkauft an den Käufer desweiteren die nachfolgenden, zum Betrieb des Verkäufers gehörenden Vermögensgegenstände - nachfolgend Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) genannt - nämlich

- 1. die im Geschäftsbetrieb des Verkäufers verwendeten Gegenstände des Sachanlagevermögens, bestehend im wesentlichen aus Maschinen, maschinellen Anlagen und Vorrichtungen (mitverkauft werden die diesen Gegenständen zugeordneten Werkzeuge, Zubehörteile und Ersatzteile), gemäß dem in Anlage 5 beigefügten Inventarverzeichnis zum 31.12.1991, fortgeschrieben zum 31.3.1993;*
- 2. die im Geschäftsbetrieb des Verkäufers verwendeten bzw. hergestellten Vorräte, bestehend im wesentlichen aus Rohmaterial, halbfertigen und fertigen Erzeugnissen, gemäß dem in Anlage 6 beigefügten Inventarverzeichnis zum 31.12.1991, fortgeschrieben zum 31.3.1993.*

Die Anlage wurde verlesen.

Nach Absatz (4) sind sich die Parteien darüber einig, dass das Eigentum an dem Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) zum Stichtag (vgl. § 5 Abs. (8) des Vertrages) auf den Käufer übergeht (aufschiebend bedingt).

Bei den **Anlagen 5 und 6** handelt es sich, wie bei der Niederschrift selbst, um eine sog. Reinschrift.

Der einleitende Satz der Anlage 5 lautet:

Das Anlagevermögen der Gesellschaft ergibt sich aus dem den Parteien bekannten Inventarverzeichnis „Entwicklung des Anlagevermögens vom 01.01.1991 bis 31.12.1991“ Blatt 33 bis 259.

- 1. Anlagen der Energie und Umwelt (Blatt 33 bis 43) mit einem Gesamtbuchwert von 1.938.744,00 DM.*

Es folgen unter Ziff. 2. bis 9. weitere Einzelpositionen, jeweils mit Angabe bestimmter Blätter des Inventarverzeichnisses. Der nachfolgende Satz lautet: *Die Beteiligten übergeben dem Notar ein vollständiges Inventarverzeichnis, aus dem sich auch die Streichungen ersehen lassen, mit der Bitte, dieses Exemplar zu Beweis Zwecken zu seinen Notarnebenakten zu nehmen.*

Es heißt dann weiter: *Die Abgänge bis 31.03.1993 ergeben sich aus den Streichungen in der Liste (es folgen Angaben der wertmäßigen Veränderungen der Buchwerte).*

Die Zugänge bis 31.03.1993 ergeben sich aus den weiteren folgenden Blättern, die verlesen wurden.

Die folgenden sechs Blätter enthalten verschiedene Einzelpositionen. Diese Blätter weisen eine andere Schrifttype auf als die Anlage 5.

Der einleitende Satz der Anlage 6 lautet:

Das Umlaufvermögen der Gesellschaft ergibt sich aus dem den Parteien bekannten Inventarverzeichnis der Inventur per 31.03.1993, Blatt 1 bis 119. Ein Exemplar wird dem Notar von den Parteien übergeben mit der Bitte, dieses zu Beweis Zwecken zu seinen Notariatsnebenakten zu nehmen.

- 1. Ersatzteile-Eigenfertigung (Blatt 1 bis 14) mit einem Gesamtbuchwert von 28.777,74 DM.*

Es folgen unter 2. bis 4. weitere Positionen, jeweils mit Angabe bestimmter Blätter des Inventarverzeichnisses.

Bei Abschluss des Vertrages war die Treuhandanstalt alleinige Gesellschafterin der Maschinenbau Babelsberg GmbH. Nach § 32 (1) des Vertrages hat die Treuhandanstalt ihre Zustimmung zum Verkauf des Kaufgegenstandes durch Gesellschafterbeschluss erteilt und tritt vorsorglich sämtlichen Erklärungen und Anträgen des Verkäufers bei. In Absatz (2) erklärt die Treuhandanstalt gegenüber dem Käufer, der dem zustimmt, den Schuldbeitritt hinsichtlich sämtlicher Zahlungsverpflichtungen des Verkäufers im Zusammenhang mit diesem Vertrag und seiner eventuellen Rückabwicklung.

§ 38 regelt, welche Ausfertigungen bzw. beglaubigte Abschriften gefertigt werden sollen. Es heißt dann:

Die gesamten Abschriften sollen gefertigt werden, wenn der Vertrag wirksam geworden ist.

Die Genehmigung der Treuhandanstalt wurde am 01.07.1993 erteilt. Die Genehmigung der Maschinenbau Babelsberg GmbH wurde am 14. Juli 1993 erteilt (unter URNr. S 161/1993 des Notars [REDACTED]).

Es ist davon auszugehen, dass vertragsgerecht (§ 38) erst am 14. Juli 1993 (oder später) die Vertragsparteien eine Abschrift des Vertrages vom 27./28. April 1993 erhalten haben.

II. Die gerichtlichen Entscheidungen

1. Urteil des Kammergerichts vom 27. Juni 2003 (14 U 245/01)

Die Berufung des Käufers gegen das am 10. Juli 2001 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 9 O 371/00 - hat das Kammergericht - unter Abweisung der Widerklage - zurückgewiesen.

In den Entscheidungsgründen unterstellt der Senat zunächst eine Formunwirksamkeit des Kaufvertrages vom 27.04.1993 gemäß den §§ 125 S. 1, 313 S. 1 BGB a. F., 9 Abs. 1 S. 1, 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG, ohne die zwischen den Parteien streitige

Frage damit zu entscheiden. Der Käufer könne sich aber auf den daraus folgenden Nichtigkeitseinwand wegen Verwirkung gemäß § 242 BGB nicht berufen. Da sich der Käufer nicht auf die evtl. Formungültigkeit des Kaufvertrages berufen könne, bestehen auch materiell wegen der notwendigen sachenrechtlichen Bestimmtheit des Vertrages und der Frage der Einigung der Parteien über die Vertragsgegenstände keine Bedenken. Der Vertrag sei insoweit wirksam zustande gekommen. Zwar definiere § 3 des Kaufvertrages das hier fragliche Anlage- und Vorratsvermögen durch Verweis auf Inventarverzeichnisse, die dem Vertrag dann nicht beigelegt worden sind, sondern ersichtlich durch die Saldenlisten ersetzt wurden. Diese Listen, die ihrerseits wiederum aber auf die Inventarverzeichnisse Bezug nehmen, seien *jedoch insoweit hinreichend zur Abgrenzung der verkauften Sachgesamtheit*.

2. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. Juli 2004 (V ZR 222/03)

Auf die Revision des Käufers hat der BGH das Urteil des Kammergerichts vom 27.06.2003 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Auf die Ausführungen des Senats zur Formnichtigkeit des Kaufvertrages wird an späterer Stelle zurückzukommen sein. Der Senat geht zugunsten der Revision davon aus, *dass die zur Bestimmung der Gegenstände des veräußerten Anlage- und Vorratsvermögens dienenden - jeweils mehrere 100 Seiten starken - Inventarverzeichnisse weder verlesen noch der Vertragsurkunde beigelegt worden sind*.

Es ist hier bereits darauf hinzuweisen, dass sich bereits aus der Niederschrift selbst, nämlich aus den Anlagen 5 und 6, ergibt, dass das Inventarverzeichnis „Entwicklung des Anlagevermögens vom 01.01.1991 bis 31.12.1991“ Blatt 33 bis 259 und das Inventarverzeichnis der Inventur per 31.03.1993, Blatt 1 bis 119 weder verlesen noch der Vertragsurkunde beigelegt worden sind. Es ist in beiden Anlagen vermerkt, dass ein Exemplar des in Bezug genommenen Inventarverzeichnisses dem Notar von den Parteien übergeben wird mit der Bitte, dieses zu Beweis Zwecken zu seinen Notariatsnebenakten zu nehmen.

Der BGH hat das Berufungsurteil auch insoweit aufgehoben, als es die Entscheidung über die Zwischenfeststellungsklage zum Gegenstand hat (§ 561 ZPO). *Zum einen ist für die von dem Berufungsgericht angenommene Verwirkung des Nichtigkeitseinwandes kein Raum und zum anderen sind bei der erneuten Entscheidung des Rechtsstreits auch Feststellungen des Berufungsgerichts zur Formunwirksamkeit des Kaufvertrages möglich.*

3. Urteil des Kammergerichts vom 04.11.2005 (14 U 136/04)

Der Senat stellt zunächst fest, dass der Berufung des Käufers auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrages nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung gemäß § 242 BGB entgegensteht, auch keine Heilung des Formfehlers nach § 313 Satz 2 BGB a. F. durch Umschreibung des Eigentums eingetreten ist.

Zu der danach entscheidenden Frage der Formunwirksamkeit des Vertrages hat der beurkundende Notar ausgesagt, es habe Einigkeit bestanden, dass die Inventarverzeichnisse zu den Notaraktten genommen werden und nur die vom Notar selbst erstellten Saldenlisten als Anlagen 5 und 6 mit beurkundet werden.

Es heißt dann in den Entscheidungsgründen weiter: da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der Käufer die Vermutung des Verlesens der Anlagen 5 und 6 in Form der Saldenlisten nach § 13 Abs. 1 S. 3 BeurkG nicht habe widerlegen können, sei der Vertrag formwirksam.

Das Kammergericht hat die Berufung des Käufers gegen das Urteil des Landgerichts Berlin unter Abweisung der Widerklage zurückgewiesen.

Der BGH (Beschl. v. 29.07.2006 - V ZR 257/05) hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des KG ohne nähere Begründung zurückgewiesen.

Die Entscheidung des BGH ist veröffentlicht in NJW 2004, 2330; die Entscheidung des KG in NJW 2006, 3786.

Nach *Altmeppen* (NJW 2006, 3761) kommen durch das Urteil des Kammergerichts „die Grundfesten des Deutschen Notarwesens ins Wanken“.

Grüneberg (Palandt, 67. Aufl., 2008, § 311 b, Rdn. 37) nennt das Urteil des Kammergerichts „zu weitgehend“.

III. Gutachterliche Stellungnahme

1. Kritik am Urteil des Kammergerichts

Das Urteil des Kammergerichts vom 08.11.2005 hätte nach Altmeppen (aaO.) *keinen Bestand haben dürfen*.

Es ist in der Tat nicht zu verstehen, dass der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde *mit leichter Hand verworfen* hat.

Die tragenden Entscheidungsgründe des Urteils, mit denen das Kammergericht die Formgültigkeit des Kaufvertrages trotz fehlender Mitbeurkundung der Inventarverzeichnisse (die unstreitig ist) bejaht, muten dem fachkundigen Leser einen methodischen Ansatz zu, der nahezu absurd ist.

Um zu dem Ergebnis der Formgültigkeit des Kaufvertrages zu kommen, musste das Kammergericht gleich mehrere Hürden überwinden.

- In seinem ersten Urteil ist der Senat von der Formunwirksamkeit des Vertrages gemäß den §§ 125 S 1, 313 S 1 BGB, 9 Abs. 1 S. 1, 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG ausgegangen, ohne diese zwischen den Parteien streitige Frage damit zu entscheiden. Der Käufer könne sich aber auf den darauf folgenden Nichtigkeitseinwand wegen Verwirkung gemäß § 242 BGB nicht berufen. Diesen Lösungsweg hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 16.7.2004 verworfen.
- Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stand für den Senat fest, dass der Käufer die Vermutung der Verlesung und Genehmigung der Anlagen 5 und 6 nicht widerlegen konnte. Hieran bestehen aber ernsthafte Zweifel. § 3 des Vertrages nimmt hinsichtlich des Anlage- und Vorratsvermögens auf das in Anlage 5 *beigefügte Inventarverzeichnis* und auf das in Anlage 6 *beigefügte Inventarverzeichnis* Bezug. Die Anlagen 5 und 6 enthalten aber gerade keine Inventarverzeichnisse; diese selbst sind unstreitig weder verlesen noch der Niederschrift beigefügt worden. Das Kammerge-

richt spricht von „Saldenlisten“; der Begriff ist irreführend. In Wirklichkeit werden in diesen Anlagen lediglich stichwortartig eine Vielzahl von Einzelpositionen des Inventarverzeichnisses unter einem Sammelbegriff, wie z.B. „Fuhrpark und Transportanlagen“ zusammengefasst. Was hierunter zu verstehen ist, ergibt sich aber nur aus den jeweils angegebenen Blättern des Inventarverzeichnisses, z.B. „Blatt 125 – 141“. Es bestehen ernsthafte Zweifel, ob die Anlagen 5 und 6 tatsächlich bereits bei der Beurkundungsverhandlung vorlagen und verlesen wurden. Jedenfalls handelt es sich um eine sogenannte Reinschrift, die inhaltsgleich mit der Urschrift sein kann aber nicht sein muss. Es fällt auf, dass – aus welchen Gründen auch immer – der Notar in § 38 eine Weisung der Vertragsparteien aufgenommen hat, Abschriften erst zu fertigen, wenn der Vertrag wirksam geworden ist (das war am 14. Juli 1993, also mehr als 6 Wochen nach dem Tag der Beurkundung).

Geht man mit dem Kammergericht davon aus, dass die Anlagen 5 und 6 bei der Beurkundungsverhandlung am 27./28. April 1993 vorlagen, den Beteiligten vorgelesen und der Niederschrift beigefügt wurden, bleibt offen, ob die Inventarverzeichnisse selbst nach § 313 BGB a. F. beurkundungsbedürftig waren oder nicht.

- Obwohl der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 16.7.2004 ausdrücklich die *zur Bestimmung der Gegenstände des veräußerten Anlage- und Vorratsvermögens dienenden – jeweils mehrere 100 Seiten starken – Inventarverzeichnisse* für formbedürftig erklärt hat, weil das Formerfordernis für den Grundstückskaufvertrag nach § 313 BGB a. F. sich auch auf den – für sich allein nicht formbedürftigen Verkauf des beweglichen Vermögens erstreckt (es danach letztlich auf die Frage des Verlesens der Anlagen 5 und 6 selbst nicht ankommt), stellt das Kammergericht die Tatsache, dass die – auch nach seiner Rechtsauffassung – beurkundungsbedürftigen Inventarverzeichnisse nicht verlesen und der Niederschrift beigefügt wurden, als rechtlich unerheblich dar.
- Zu diesem Ergebnis kommt das Kammergericht, indem es die ausdrückliche Bezugnahme in § 3 des Vertrages auf die als Anlagen 5 und 6 *beigefügten Inventarverzeichnisse* als „versehentliche Falschbezeichnung“ des Inhalts der Anlagen erklärt.

Im Ergebnis sei es so gewesen, dass die Vertragsparteien einen *auch äußerlich erkennbaren*, von der Formulierung des § 3 inhaltlich abweichenden übereinstimmenden Vertragswillen gebildet hätten, wonach die *allein noch wesentlichen Saldenlisten der neuen Anlagen 5 und 6 ... letztlich Beurkundungsgegenstand* sein sollen. In diesem Zusammenhang beruft sich das Kammergericht auf den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* bei beurkundungsbedürftigen Geschäften. Der „*äußerlich erkennbare*“, von der Formulierung des § 3 inhaltlich abweichende übereinstimmende Vertragswille der Vertragsparteien werde dadurch belegt, dass der Notar ausdrücklich gebeten worden sei, die Inventarverzeichnisse zu den Notarnebenakten zu nehmen.

Aus der Sicht eines Notars bedeutet das Urteil des Kammergerichts nichts anderes, als dass das Formerfordernis der notariellen Beurkundung für den Grundstückskaufvertrag aus § 311 b Abs. 1 BGB (der an die Stelle des früheren § 313 BGB getreten ist) zur Disposition der Vertragsparteien steht, diese also frei entscheiden können, ob ein beurkundungsbedürftiger Teil des Grundstückskaufvertrages nach den Vorschriften der §§ 8 ff BeurkG, insbesondere der §§ 9 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG, mit beurkundet wird oder nicht. Die Vertragsparteien sollen danach den Notar auch von zwingenden Verfahrensvorschriften dispensieren können. Das ist, um Altmeppen (aaO) zu zitieren, „*barer Unsinn*“.

Zunächst verkennt das Kammergericht, dass die sog. Saldenlisten völlig inhaltslos sind. Anhand der Saldenlisten ist das mitverkaufte Anlage- und Vorratsvermögen nicht einmal bestimmbar. Die in der Anlage 5 verwendeten Sammelbegriffe wie „*Anlagen der Energie und Umwelt*“, „*Anlagen der Materialbe- und Verarbeitung*“, „*Fuhrpark und Transportanlagen*“ sind ohne Hinzuziehung des Inventarverzeichnisses ohne jede Aussage. In konsequenter Fortführung seiner Rechtsauffassung müsste das Kammergericht es genügen lassen, dass in § 3 des Vertrages allein vereinbart worden wäre: „*Mitverkauft ist das gesamte Anlage- und Vorratsvermögen*“ (also ohne Bezugnahme auf die sog. Saldenlisten). Jedenfalls machen die sog. Saldenlisten in

Anlagen 5 und 6 über die Bezeichnung des Kaufgegenstandes „Anlage- und Vorratsvermögen“ in § 3 des Vertrages hinaus nicht die geringste Aussage. Da sie selbst völlig inhaltslos sind, hätten sie zur näheren Bezeichnung der Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens ohne weiteres entfallen können, so dass die Frage des Verlesens dieser Anlagen im Ergebnis irrelevant ist. Auf Seite 2 der Anlage 5 ist überdies von „Streichungen“ die Rede. Damit kann nur gemeint sein, dass in dem Inventarverzeichnis gestrichene Positionen nicht mitverkauft sind. Diese nicht mitverkauften Gegenstände sind wiederum nur mit Hilfe des Inventarverzeichnisses selbst zu bestimmen.

Wie diese (inhaltslosen) Saldenlisten nach Ansicht des Kammergerichts „wesentlich“ sein sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Dazu folgendes Beispiel:

Kaufgegenstand des Grundstückskaufvertrages sind verschiedene Grundstücke, die der Verkäufer dem Käufer verkauft und auflässt. Zur näheren Bezeichnung der verkauften Grundstücke wird im Vertrag selbst auf eine Aufstellung des dem Verkäufer insgesamt gehörenden Grundbesitzes Bezug genommen in der Weise, dass die unter Ziff. 3, 5, 8, 9 in dieser Aufstellung bezeichneten Grundstücke Kaufgegenstand sind. Die Aufstellung selbst wird aber nicht der Niederschrift als verlesene Anlage beigelegt, sondern vom Notar zu Beweis Zwecken zu seinen Notarnebenakten genommen.

Die Formungültigkeit dieses Vertrages (und der Auflassung) ist offensichtlich.

Zwar beschreibe § 3 weiterhin den Kaufgegenstand unter Bezugnahme auf zwei genauer bezeichnete Inventarverzeichnisse und nicht unter Verweis auf die nach dem Klagevorbringen insofern allein als Vertragsinhalt angesehenen Saldenlisten. *Der objektive Erklärungssinn einer Vertragsklausel bleibt indessen dann unbeachtlich, wenn Erklärender und Empfänger übereinstimmend etwas anderes meinen; das gilt auch für beurkundungsbedürftige Erklärungen.*

Eine vom übereinstimmenden Willen der Parteien abweichende Auslegung komme unter solchen Umständen nicht in Betracht. Die Feststellung des wirklichen Parteiwillens setze allerdings die schlüssige Behauptung voraus, dass die Parteien diesen Willen einander auch zu erkennen gegeben haben (es folgt ein Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung zum Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* bei beurkundungsbe-

dürftigen Geschäften).

Ein auch äußerlich erkennbarer, von der Formulierung des § 3 inhaltlich abweichender übereinstimmender Vertragswille wegen der Anlagen 5 und 6 folgt hier aus dem Inhalt der Saldenlisten. Denn nach der dort verwendeten Formulierung wird der Notar ausdrücklich gebeten, das (in § 3 jeweils benannte) vollständige Inventarverzeichnis zu den Notarnebenakten zu nehmen. Es wird also in der Sache von den Parteien nach außen erkennbar entgegen dem Wortlaut des § 3 deutlich zwischen einem Inventarverzeichnis und den allein noch wesentlichen Saldenlisten der neuen Anlagen 5 und 6 unterschieden. Nur diese sollen letztlich Beurkundungsgegenstand sein.

Die Berufung des Kammergerichts auf den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* verkennt, dass es hierbei jedenfalls nicht um die Frage des Umfangs der Beurkundungsbedürftigkeit beim Grundstückskaufvertrag geht, der aber in Rede steht.

Gemeint sind vielmehr die Fälle, in denen die Vertragsparteien über den Inhalt einer Erklärung einig sind, die beurkundete Erklärung jedoch unbewusst hiervon abweicht. Da die Urkunde lediglich anders lautet, als die Vertragsparteien angenommen haben, handelt es sich um eine unschädliche Falschbezeichnung. Dies gilt auch für beurkundungsbedürftige Erklärungen.

Ein klassischer Fall der unschädlichen *falsa demonstratio* ist der des Urteils des BGH vom 07.12.2001 (NJW 2002, 1038). Im entschiedenen Fall ging es darum, dass nach dem übereinstimmenden Willen von Verkäufer und Käufer Kaufobjekt das Grundstück sein sollte, wie es sich bei der Besichtigung in seinen Grenzen tatsächlich dargestellt hatte (ohne die Fläche, die der Grundstücksnachbar nutzte, und die durch eine Mauer abgegrenzt war), im Grundstückskaufvertrag aber als Kaufgegenstand ein bestimmtes Flurstück angegeben war. Hierzu heißt es in den Entscheidungsgründen (S. 1039):

Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung festgestellt, und hat der andere Teil die Erklärung ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt dieser Wille den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf weiteres ankommt. Dies ist insbesondere nicht erforderlich, wenn sich der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden zu Eigen

macht. Ausreichend ist vielmehr, dass er ihn erkennt und in Kenntnis dieses Willens das Geschäft abschließt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, so geht der wirkliche Wille des Erklärenden dem Wortlaut vor.

Einzelfälle einer unschädlichen *falsa demonstratio* sind z.B. die unrichtige Angabe der Grundbuchstelle oder die Verwechslung der Bezeichnung der Wohnungseigentumseinheiten im Kaufvertrag (Nachweise bei *Staudinger/Wufka*, § 311 b Rdn. 243 ff; *Palandt/Grüneberg*, § 311 b Rdn. 37).

Aus diesem Grundsatz leitet das Kammergericht ab, die Vertragsparteien seien sich bei der Beurkundungsverhandlung einig gewesen, die in § 3 Bezug genommenen Inventarverzeichnisse durch die sog. Saldenlisten zu ersetzen, dies sei aber unbewusst in § 3 nicht richtig gestellt worden. Die Urkunde laute lediglich anderes, als die Vertragsparteien angenommen haben, so dass es sich um eine unschädliche Falschbezeichnung handele.

Nehmen wir im vorstehenden Beispiel eines Grundstückskaufvertrages an, die Aufstellung des dem Verkäufer gehörenden Grundbesitzes sei formgerecht als Anlage mit beurkundet worden, allerdings in der Urkunde selbst versehentlich das unter Nr. 3) aufgeführte Flurstück als Kaufgegenstand bezeichnet worden, während nach dem wirklichen Willen das unter der Nr. 4) der Aufstellung aufgeführte Flurstück Kaufgegenstand sein sollte. Dann liegt in der Tat eine unschädliche Falschbezeichnung vor, die die Wirksamkeit des Kaufvertrages unberührt lässt.

Darum geht es aber gar nicht. Unterstellt der Notar hätte in der Beurkundungsverhandlung § 3 dahin korrigiert, dass sich die im einzelnen mitverkauften Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens nicht nach dem Inventarverzeichnis bestimmen sondern nach den sog. Saldenlisten, würde dies an der Formungültigkeit des Vertrages nicht das Geringste ändern.

2. Formbedürftigkeit des Kaufvertrages über das Anlage- und Vorratsvermögen

Die allein entscheidende Rechtsfrage lautet zunächst, ob der Kaufvertrag über das Anlage- und Vorratsvermögen, der für sich genommen nicht formbedürftig ist, dann

der Form der notariellen Beurkundung unterliegt, wenn er mit dem Grundstückskaufvertrag rechtlich zusammenhängt. Nach allgemeiner Meinung wird auch das andere Rechtsgeschäft beurkundungsbedürftig, wenn die mehreren Rechtsgeschäfte von den Vertragsteilen als Einheit gewollt sind, oder mit den Worten des BGH im Urteil vom 16.7.2004: der Verkauf der Grundstücksflächen und der Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens ein einheitliches Geschäft bilden, weil beide derart voneinander abhängig waren, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollten. Einigkeit besteht weiterhin darüber, dass der Wille der Vertragsteile (bzw. der dem anderen erkennbare Wille des einen Vertragsteils) maßgebend ist, ob ein einheitliches Geschäft vorliegt oder nicht. Wichtiges Indiz für das Kriterium „Willen zur Einheitlichkeit“ ist der wirtschaftliche Zusammenhang. Ist der wirtschaftliche Zweck des Grundstücksgeschäfts von einem anderen Rechtsgeschäft abhängig, so ist davon auszugehen, dass die Vertragsteile beide Geschäfte als einheitliches wollen (*Münch-Komm/Kanzleiter*, § 311 b, Rdn. 53). Der Inventarkauf ist danach beurkundungsbedürftig, wenn Abschluss oder Inhalt des Grundstückskaufvertrages von ihm abhängen (BGH DNotZ 1971, 440; BGH DB 2004, 2692; OLG Hamm NJW 1976, 1212). Ein übereinstimmender Einheitlichkeitswille in dem Sinne, dass der Verkauf der Grundstücksflächen und der Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens ein einheitliches Geschäft sein sollen, weil beide derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“, steht außer Zweifel.

Der Einheitlichkeitswille in diesem Sinne ergibt sich bereits aus § 3 (5), wonach der Kaufgegenstand (Grundstücke und Gebäude) sowie der Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) als der Kaufgegenstand bezeichnet werden.

Der BGH stellt im Urteil vom 16.7.2004 fest, dass es sich bei dem Gesamtgeschäft „faktisch“ um einen „Unternehmenskauf- und Privatisierungsvertrag“ gehandelt hat. *Ging es mithin darum, dass der Käufer auf den gekauften Flächen mit dem gleichzeitig gekauften Anlage- und Vorratsvermögen einen Betrieb fortführen sollte, so folgt hieraus die wechselseitige Abhängigkeit beider Kaufgeschäfte.*

Hinzuweisen ist auch auf § 13 des Vertrages, in dem sich der Käufer verpflichtet, Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens von dem von ihm nicht erworbenen

Teil des ehemaligen Produktionsgeländes zu entfernen. In § 12 des Vertrages übernimmt der Käufer die in der Anlage 9 aufgelisteten Verträge sowie sämtliche Aufträge des Verkäufers auf Lieferung und Leistung, die bis zum Stichtag noch nicht fakturiert sind, so dass er also auf den Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) insoweit angewiesen ist.

Danach steht zunächst fest, dass der Kaufvertrag über das Anlage- und Vorratsvermögen wegen der Abhängigkeit von dem Kaufvertrag über den Grundbesitz beurkundungsbedürftig ist. Dies zieht das Kammergericht nicht in Zweifel. Es meint aber, dass dem Formerfordernis dadurch genügt wurde, dass der Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) ausreichend durch die sog. Saldenlisten bezeichnet ist. Der Leistungsgegenstand, also die verkauften Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens ist in den sog. Saldenlisten nicht bestimmt und aus ihnen auch nicht bestimmbar. Um welche Gegenstände es sich im Einzelnen handelt, ergibt sich allein aus dem jeweiligen Inventarverzeichnis. Ohne Zuhilfenahme des Inventarverzeichnisses, also allein aus dem Vertrag und den sog. Saldenlisten in Anlage 5 und 6, ist niemand in der Lage, die Frage zu beantworten, ob eine bestimmte Maschine oder Rohmaterial Leistungsgegenstand ist oder nicht. Ohne die Inventarverzeichnisse kann auch die Frage nicht beantwortet werden, ob den Käufer die Verpflichtung nach § 13 trifft, einen bestimmten Gegenstand von dem von ihm nicht erworbenen Teil des ehemaligen Produktionsgeländes zu entfernen. Auch die „gestrichenen“ Positionen, also die Einzelgegenstände, die nicht mitverkauft sind, können nur dem Inventarverzeichnis selbst entnommen werden.

Es bleibt letztlich eine Fiktion, den Vertragsparteien zu unterstellen, sie hätten die mitverkauften Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens nicht bestimmen wollen und daher die Inventarverzeichnisse durch die sog. Saldenlisten ersetzen wollen, die selbst keinerlei Aussage treffen. Da die mitverkauften Gegenstände und Vorräte nicht spezifiziert sind, ist ein Streit der Vertragsbeteiligten, ob ein bestimmter Gegenstand verkauft ist oder nicht, nicht ausgeschlossen.

Das materiell-rechtliche Beurkundungserfordernis für die Inventarverzeichnisse ergibt sich letztlich auch aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Danach muss die übereignete Sache im Übereignungsvertrag (zumindest) durch einfache äußere Merkmale so bestimmt bezeichnet sein, dass jeder Kenner des Vertrages sie zu dem Zeitpunkt, zu dem das Eigentum übergehen soll, unschwer von anderen unterscheiden kann. Bloße Bestimmbarkeit mit Hilfe außervertraglicher Umstände (hier der nicht zum Vertragsinhalt gewordenen Inventarverzeichnisse) genügt nicht (*Palandt/Bassenge*, § 930 Rdn. 2). Bei Sachgesamtheiten genügt für die notwendige Einzelübertragung eine Sammelbezeichnung, die den Übereignungswillen auf alle Sachen erstreckt, aber die gemeinten Einzelsachen klar erkennen lässt (BGH NJW 1992, 1161).

In Anlage 5 sind die zu übereignenden Gegenstände des Anlagevermögens nicht bestimmt bezeichnet, sondern lediglich bestimmbar, dies aber nur mit Hilfe des Inventarverzeichnisses „Entwicklung des Anlagevermögens vom 01.01.1991 – 31.12.1991“, das jedoch nicht mit beurkundet wurde. Auch die „Abgänge bis 31.03.1993“ (Anlage 5 S.2), also die nicht verkauften und übereigneten Gegenstände, die im Inventarverzeichnis erfasst sind, können nur aus den Streichungen in der Liste (gemeint ist Inventarverzeichnis) festgestellt werden. Nichts anderes gilt im Ergebnis für Anlage 6.

Bei dem Gesamtgeschäft handelt es sich, wie der BGH in seinem Urteil vom 16.7.2004 zutreffend feststellt, „faktisch“ um einen „Unternehmenskauf- und Privatisierungsvertrag“, mithin darum, dass der Käufer auf den gekauften Flächen mit dem gleichzeitig gekauften Anlage- und Vorratsvermögen einen Betrieb fortführen sollte. Alle Vertragsmuster für einen Unternehmenskaufvertrag in Form des Verkaufs von Wirtschaftsgütern (Asset-Deal) gehen selbstverständlich davon aus, dass das bewegliche Sachanlagenvermögen im Vertrag aufzuführen ist (in aller Regel in der Weise, dass sie in einer dem Vertrag beigelegten Anlage im einzelnen bezeichnet sind). Ergibt sich die Beurkundungspflicht aus § 311 b Abs. 1 BGB, weil Gegenstand des Vertrages Grundbesitz ist, erfasst diese den gesamten Vertrag, also auch den Verkauf beweglicher Gegenstände, weil es sich um ein einheitliches Gesamtgeschäft handelt

und der Kauf der beweglichen Gegenstände mit dem Grundstückskauf „stehen und fallen“ soll. Dies ist unstrittig (vgl. nur *Meyer/Sparenberg* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl., III A 7; *Günther*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2 Wirtschaftsrecht I, 5. Aufl., III. 1 und S. 322: Die zu übertragenden Assets sind im Kaufvertrag so weitgehend wie möglich bereits einzelgegenständlich zu konkretisieren).

Die Bezeichnung der verkauften Gegenstände, die das Unternehmen oder den Unternehmensteil bilden, muss beim Unternehmenskaufvertrag in Form des Asset Deal dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen (*Palandt/Heinrichs*, § 311 b Rdn 27 a; *Stiller* DB 2002, 1622).

3. Formnichtigkeit des Kaufvertrages wegen fehlender Mitbeurkundung der Inventarverzeichnisse

Damit stellt sich die weitere Frage, ob die Inventarverzeichnisse formgültig nach den Vorschriften der §§ 8 ff BeurkG beurkundet worden sind. Hierbei geht es konkret um die Frage, ob die Beteiligten auf das Vorlesen der Inventarverzeichnisse und deren Beifügung zur Niederschrift wirksam verzichten konnten, es mithin ausreichte, dass die Inventarverzeichnisse zu Beweis Zwecken zu den Notar Nebenakten genommen wurden.

Das Beurkundungsgesetz entscheidet die Frage, *wie* zu verfahren ist, wenn nach materiellem Recht feststeht, welche Erklärungen der Beurkundung bedürfen. Es regelt in §§ 8 ff BeurkG, *wie* beurkundet werden kann und wie beurkundet werden muss, damit eine vom materiellen Recht geforderte öffentliche Beurkundung von Willenserklärungen im Sinne des Verfahrensrechts gegeben ist (*Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 9 Rdn. 26; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 4. Aufl., § 9 Rdn. 17; *Brambring*, DNotZ 1980, 281).

Steht nach dem materiellen Recht fest, welche Erklärungen der Beurkundung bedürfen, führt ein Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften des Beurkundungsgesetzes zur Formnichtigkeit der Urkunde und des beurkundeten Geschäfts (§ 125 BGB).

Unter 2. wurde festgestellt, dass die Inventarverzeichnisse gemäß § 311 b Abs. 1

BGB nach dem materiellen Recht beurkundungsbedürftig waren.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG muss die Niederschrift die *Erklärungen der Beteiligten* enthalten. Dies kann auch in der Weise geschehen, dass einzelne konstitutive Erklärungen nicht in der Niederschrift selbst enthalten sind, sondern teilweise in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigelegt wird (§ 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG). Die Verweisung führt dazu, dass die in dem Schriftstück enthaltenen Erklärungen ebenso beurkundet sind wie die in der Niederschrift selbst abgegebenen Erklärungen.

Zwingende Erfordernisse der Beurkundung einer sog. Anlage im Sinne dieser Vorschrift sind:

- Das Schriftstück (Anlage) muss zum Zeitpunkt der Beurkundung dem Notar und den Vertragsparteien vorliegen; es darf nicht erst nachgereicht worden sein (BGH NJW 1994, 1288).
- In der Niederschrift selbst muss auf das Schriftstück (Anlage) verwiesen werden. Dazu ist erforderlich, dass die Beteiligten erklären, dass der Inhalt des Schriftstücks Gegenstand der Beurkundung sein soll.
- Wird in der Anlage selbst auf eine weitere Anlage verwiesen (Kettenverweisung), gilt auch die weitere Anlage als in der Niederschrift selbst enthalten. Es genügt also, wenn z. B. in der Anlage „Anlagevermögen“ zur näheren Bezeichnung auf ein Inventarverzeichnis verwiesen wird, ohne dass auf dieses in der Niederschrift selbst verwiesen wird (*Winker*, aaO, § 9 Rdn. 54).
- Das Schriftstück (Anlage) muss in der notariellen Verhandlung vorgelesen und von den Beteiligten genehmigt werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG).

Das gilt auch für die Schriftstücke, auf die in der Anlage verwiesen wird.

- Die Anlage (und die Schriftstücke, auf die in der Anlage ihrerseits verwiesen wird) muss der Niederschrift beigelegt werden und machen sie zum Bestandteil der Urkunde.

Im vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass die Inventarverzeichnisse bei der Beurkundungsverhandlung vorlagen (was der Käufer bestreitet). Die Urkunde selbst enthält in § 3 auch die erforderliche Verweisung auf das Inventarverzeichnis.

Das Inventarverzeichnis ist jedoch unstrittig nicht vorgelesen und auch nicht der Niederschrift beigefügt worden. Dies steht mit der „Beweiskraft der öffentlichen Urkunde“ fest, da in den Anlagen 5 und 6 urkundlich dokumentiert ist, dass die Inventarverzeichnisse nicht verlesen wurden und ausdrücklich der Niederschrift nicht beigefügt werden sollen.

Werden für ein Schriftstück i. S. des § 9 BeurkG die zwingenden verfahrensrechtlichen Voraussetzungen (hier: Verlesen und Beifügen zur Niederschrift) nicht erfüllt, so ist die Anlage (und die Schriftstücke, auf die in der Anlage ihrerseits verwiesen werden) nicht wirksam beurkundet und die Beurkundung dieses Teils formell nichtig (BGH NJW 1994, 2095). Bei vorgeschriebener notarieller Beurkundung, bei dem sämtliche Teile des Rechtsgeschäfts der Form unterliegen, ist der gesamte Vertrag formungültig.

Da § 14 BeurkG, der u. a. für Inventare einen Verzicht der Beteiligten auf das Vorlesen vorsieht, erst mit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung v. 31.08.1998 in das Beurkundungsgesetz eingefügt wurde, findet diese Vorschrift auf den am 27./28. April 1993 beurkundeten Vertrag keine Anwendung. Dies gilt auch für den mit dem gleichen Gesetz eingefügten § 13 a BeurkG, der eine Verweisung auf eine andere notarielle Niederschrift ermöglicht, die in diesem Fall nicht vorgelesen und der Niederschrift beigefügt werden muss.

Nach § 13 Abs. 1 S. 3 BeurkG bewirkt die Unterschrift der Beteiligten die gesetzliche Vermutung, dass die Niederschrift in Gegenwart des Notars vorgelesen und genehmigt wurde. Dies gilt auch für die als Anlage (und die Schriftstücke, auf die in der Anlage selbst verwiesen wird) bezeichneten Schriftstücke. Es handelt sich dabei nicht um eine unwiderlegliche Fiktion, sondern eine *widerlegbare Tatsachenvermutung* (BGH NJW 1994, 1288). Diese Tatsachenvermutung gilt auch dafür, dass die Anlage schon bei der Beurkundung vorgelesen hat.

Bei einem Streit über die Wirksamkeit der Urkunde muss der Beteiligte den Verstoß gegen § 13 beweisen. Den Beweis, dass die Inventarverzeichnisse nicht verlesen und auch der Niederschrift nicht beigelegt wurden, also die zwingenden Verfahrensvorschriften der §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG verletzt wurden, erbringt die Niederschrift mit den entsprechenden Vermerken in den Einleitungssätzen der Anlagen 5 und 6, und zwar den vollen Beweis.

IV. Ergebnis

1. Die Gegenstände des verkauften (und übereigneten) Anlage- und Vorratsvermögens gemäß den Inventarverzeichnissen bestimmen allein den Kaufgegenstand nach § 3 des Vertrages. Die der Niederschrift als Anlagen 5 und 6 beigelegten sog. Saldenlisten sind ohne Heranziehung der Inventarverzeichnisse inhaltslos. Mangels ausreichender Konkretisierung des Leistungsgegenstandes wäre auch ein privatschriftlicher Vertrag allein über das Anlage- und Vorratsvermögen (als Sachgesamtheit) ohne die Inventarverzeichnisse unbrauchbar und zumindest für die dingliche Übereignung ungenügend.

2. Da nach dem (unstreitigen) Willen der Parteien der Kaufvertrag über den Grundbesitz und der Kaufvertrag über das Anlage- und Vorratsvermögen rechtlich zusammenhängen, d. h. ein einheitliches Geschäft bilden, weil beide derart voneinander abhängig waren, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollten, war der (an sich nicht formbedürftige) Vertrag über den Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens formbedürftig.

Da sich die verkauften Vermögensgegenstände allein aus den Inventarverzeichnissen ergeben, waren diese zur näheren Bestimmung des Kaufgegenstandes selbst formbedürftig.

3. Auch das Kammergericht geht im Urteil vom 4.11.2005 (insoweit dem Urteil des BGH vom 16.7.2004 folgend) davon aus, dass der Kaufvertrag über das Anlage- und

Vorratsvermögen beurkundungsbedürftig war. Es hält jedoch die Verweisung in § 3 des Vertrages auf die (nicht mit beurkundeten) Inventarverzeichnisse für unschädlich, weil der übereinstimmende Willen der Vertragsparteien während der Beurkundungsverhandlung erkennbar dahin gegangen sei, dass allein die sog. Saldenlisten in Anlagen 5 und 6 Beurkundungsgegenstand sein sollen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anlagen 5 und 6 vorgelesen wurden oder nicht. Die Saldenlisten selbst geben keine Auskunft, welche Vermögensgegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens Kaufgegenstand sein sollen, da sie diese lediglich durch Bezugnahme auf das jeweilige Inventarverzeichnis bestimmen. Ohne Hinzuziehung des Inventarverzeichnisses sind die sog. Saldenlisten inhaltslos.

Aus diesem Grund konnten die nach materiellem Recht beurkundungsbedürftigen Inventarverzeichnisse nicht durch die sog. Saldenlisten ersetzt werden.

4. Es ist unstrittig, dass die Inventarverzeichnisse nicht vorgelesen und auch nicht der Niederschrift beigelegt wurden, so dass der Kaufvertrag über das Anlage- und Vorratsvermögen wegen Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG nach § 125 BGB formnichtig ist. Ein etwaiger Verzicht der Vertragsbeteiligten auf das Verlesen der Inventarverzeichnisse ist wirkungslos (*Winkler*, aaO. § 9 Rdn. 56).

5. Wie der BGH im Urteil vom 16.7.2004 bereits festgestellt hat, erstreckt sich der Formmangel nur auf den Kauf des beweglichen Vermögens, führt aber nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Geschäfts.

6. Wie auch das Kammergericht in seinem Urteil vom 4.11.2005 entschieden hat, steht dem Nichtigkeitseinwand des Käufers der Gesichtspunkt der Verwirkung gemäß § 242 BGB nicht entgegen. Der Formmangel ist auch nicht nach § 313 S. 2 BGB a. F. durch Auflassung des Grundbesitzes und Eigentumsumschreibung im Grundbuch geheilt.