

Tribunal Supremo* – Rom I-VO Art. 11; AEUV 56 ff.; span. ZGB Art. 10.1, 609, 1462; span. HypothO Art. 4, 22, 33, 36; HypothG Art. 4

(Urteil v. 19.6.2012 – 489/2007)

Zur Gültigkeit eines in Deutschland beurkundeten Kaufvertrags in Spanien nach den anwendbaren Vorschriften des Internationalen Privatrechts und den materiellen Wirkungen gemäß dem spanischen Recht sowie zur Befähigung zur Eintragung in das Grundbuch.

ERSTENS.- Vor dem Gericht erster Instanz wurden die Gerichtsakten der mündlichen Verhandlung gegen die Beschwerde der Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen vom 7.2.2005 auf Verlangen von Frau Matilde gesichtet.

1.- Seitens der Klagepartei wurde in Einklang mit den Rechtsvorschriften unter Angaben der Tatsachen und Rechtsgrundlagen folgende Klage erhoben: „[...] Das Urteil lautet: Erstens.- Der angefochtene Beschluss vom 7.2.2005 ist aufgrund der angegebenen Verstöße nichtig und infolgedessen rechtswidrig. – Zweitens.- Das Verfahren zur Eintragung der deutschen öffentlichen Urkunde in das spanische Eigentumsregister ist Gegenstand dieses Beschlusses. – Die verursachten Kosten werden demjenigen, der Einspruch gegen die vorliegende Klage erhebt, auferlegt.“

2.- Die Klage wurde zum Verfahren zugelassen. Das Gericht ordnete die Zustellung der Klage an die Beklagte an. Nach der mündlichen Verhandlung und Zulassung der von den Parteien vorgelegten Beweismittel, formulierten diese ihre Schlussanträge.

3.- Das Gericht erster Instanz fasste das Urteil mit Datum vom 2.3.2006, das wie folgt ausgesprochen wurde: „URTEIL: Entsprechend der von Frau Matilde, vertreten durch die Bevollmächtigte Frau *Blasco Lozano*, erhobenen Klage gegen die Staatsverwaltung, erkläre ich den Beschluss der Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen vom 7.2.2005, der am 6.4. im spanischen Amtsblatt (*Boletín Oficial del Estado; BOE*) veröffentlicht wurde, für nichtig und das Verfahren zur Eintragung der deutschen öffentlichen Urkunde in das Eigentumsregister zum Gegenstand dieses Beschlusses.“

ZWEITENS.- Gegen die vorgenannte Entscheidung legte der Staatsanwalt im Namen und im Interesse der Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen (staatliche Verwaltung) Berufung ein und richtete Beschwerde gegen das Urteil der Abteilung vier des Provinzgerichts von Santa Cruz de Tenerife vom 22.11.2006, das wie folgt lautet: „Die von dem Staatsanwalt eingereichte Beschwerde wird zurückgewiesen und das angefochtene Urteil wird bestätigt, wobei keine ausdrückliche Entscheidung hinsichtlich der Kosten ergeht.“

DRITTENS.- Der Staatsanwalt führte zwei Beschwerdegünde an: 1) wegen Verstoß gegen die Artikel 4 Hypothekergesetzes (*Ley Hipotecaria*) und Artikel 36 der Hypothekarordnung (*Reglamento Hipotecaria*); und 2) wegen Verstoß gegen die Artikel 609, 1462 und 10,1 des spanischen Zivilgesetzbuches (*Código Civil*) sowie den

* Siehe dazu *Geimer*, Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister, IPRax 2013, 479.

Artikel 33 der Hypothekarordnung (*Reglamento Hipotecario*).

VIERTENS.- Seitens der Kammer wurde mit Beschluss vom 24.2.2009 verkündet, die Annahme der Beschwerde sowie deren Zustellung an die Beschwerdegegnerin, Frau *Matilde*, die keinen Einspruch erhob, zu genehmigen.

FÜNFTENS.- Die öffentliche Verhandlung, die weder von den Parteien beantragt noch von diesem Gericht als notwendig erachtet wurde, wurde über Abstimmung und Urteil der Beschwerde für den 13.7.2011 anberaumt. Dann erfolgte die Rückverweisung über Bescheid an den Senat der Kammer, der am 21.12.2011 und 23.5.2012 zur Beschlussfassung beraten hat.

Als Berichterstatter nahm teil Excmo. Sr. D. *Antonio Salas Carceller*.

Rechtsgründe

ERSTENS.- Die tatsächlichen Hintergründe, die im Rahmen dieses Verfahrens erörtert werden, lassen sich wie folgt zusammenfassen.

Am 24.10.1984 errichtete der deutsche Notar Herr *Friedrich Lemberger* eine Urkunde, in der Herr *Pedro Francisco*, verwitwet und wohnhaft in Bad Füssingen (Deutschland), Frau *Matilde* (geborene *Plachetsky*), wohnhaft in Berlin, die „ungeteilte Hälfte“ (*mitad inidvisa*) des Eigentums an einer Wohnung in Puerto de la Cruz (Teneriffa) unter Vorbehalt des unentgeltlichen Nießbrauchsrechts auf Lebenszeit an dem beschriebenen Grundstück mit Einwilligung der Miteigentümerin der anderen „ungeteilte Hälfte“ (*mitad inidvisa*) des Grundstücks, Frau *Clemencia*, geborene *Panek* (gleicher Aufenthaltsort und Wohnsitz wie der Verkäufer), zu dem Preis von 17.000 DM verkaufte. Gegenstand des Kaufvertrags ist die Wohnung, die von Herrn *Pedro Francisco*, verwitwet, und Frau *Clemencia*, ebenfalls verwitwet, beide wohnhaft in Deutschland, durch die in Spanien notariell errichtete Urkunde erworben und in das Eigentumsregister eingetragen wurde. Sobald die entsprechenden Steuern der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte und erbrechtlichen Dokumente, die mit dem Tod des Nießbrauchers, Herrn *Pedro Francisco*, am 29.8.2002 nach Ausstellung der Sterbeurkunde durch das Zivilregister von Ried im Innkreis (Österreich) angefallen sind, beglichen wurden, beantragte Frau *Matilde* mittels ihres Vertreters die Eintragung der vorgenannten Übertragung in das Eigentumsregister von Puerto de la Cruz durch Vorlage einer apostillierten Abschrift des von einem deutschen Notar beurkundeten Kaufvertrags zusammen mit einer beglaubigten Übersetzung sowie einer sogenannten „Tatsachenbescheinigung“ (*Certificación de Hechos*), die am 24.11.2003 in spanischer Sprache mit den entsprechenden Erläuterungen verfasst wurde von dem deutschen Notar (aus München) Herrn *Peter Gantzer*, welcher die Richtigkeit des vorgenannten deutschen beurkundeten Kaufvertrags sowie Rechtsfähigkeit der Vertragsparteien, die aus allen deutschen errichteten Urkunden hervorgehe, bezeugte. Er bezeugte auch die Richtigkeit der

spanischen Abschrift der Sterbeurkunde von Herrn *Pedro Francisco* und beantragte zudem hinsichtlich der Interpretation einiger spanischer Rechtsvorschriften die Eintragung in das spanische Eigentumsregister. Neben diesen Dokumenten richtete er einen weiteren schriftlichen Antrag an das Eigentumsregister von Puerto de la Cruz zur Löschung des Nießbrauchs wegen Todes von Herrn *Pedro Francisco*, der aus der Sterbeurkunde und den dazugehörigen Steuerbescheiden hervorgeht.

Nach Vorlage dieser Dokumente vor dem Eigentumsregister von Puerto de la Cruz verfasste der Registerbeamte nachfolgenden Text zur Beurteilung: „Eigentumsregister von Puerto de la Cruz. Beurteilung wurde von Herrn *Pelyao*, Registerbeamter des Eigentumsregister von Puerto de la Cruz in Bezug auf den Fall 2.105 des Registerblattes 24 vorgenommen. Tatbestand: Antrag zur Eintragung eines von einem deutschen Notar beurkundeten Kaufvertrags. Beurteilung: Die Eintragung der vorgenannten Urkunde kann nicht vorgenommen werden, da sie sich als ungeeignet für die Zugänglichkeit ins spanische Eigentumsregister erweist, aufgrund Ermangelung der vollen Rechtmäßigkeit in Spanien und dem spanischen System der Eigentumsübertragungen durch Vertrag sowie den materiellen Rechten, die vom deutschen Recht stark abweichen.“

Die Käuferin, Frau *Matilde*, legte Widerspruch gegen dieses Schreiben vor der Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen ein, das mit Beschluss vom 7.2.2005 die Beschwerde ablehnte und die Beurteilung des Registerbeamten bestätigte.

Gegen diesen Beschluss beantragte Frau *Matilde* ein mündliches Verfahren bei dem Landesgericht Nr. 6 von Santa Cruz auf Teneriffa (Abschnitt 4a), das mit Urteil vom 2.3.2006 dem Antrag stattgab und sich für eine Nichtigerklärung des beklagten Beschlusses sowie die Eintragung des Kaufvertrags in das Eigentumsregister aussprach.

Der Staatsanwalt legte Beschwerde ein und das Provinzgericht von Santa Cruz de Tenerife (Abschnitt 4a) lehnte mit Urteil vom 22.11.2006 die Beschwerde ab und bestätigte das angefochtene Urteil.

Gegen das vorgenannte Urteil legte der Staatsanwalt Beschwerde ein.

ZWEITENS.- Die Audienz stellt in Bezug auf das heute angefochtene Urteil fest, dass die Stellungnahme des Staatsanwalts mit dem Beschluss der Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen vom 7.2.2005 übereinstimmt und sich auf zwei direkt miteinander verbundene Gründe, die vom Registerbeamten zur Ablehnung der Eintragung vorgebracht wurden beschränkt: In erster Linie ist festzustellen, dass die Voraussetzung des Artikel 4 des Hypothekengesetzes, die zur Eintragung von im Ausland errichteten Titeln in das Eigentumsregister in dem Sinne erfüllt sein muss, dass diese Titel in Übereinstimmung mit

den Gesetzen Rechtskraft in Spanien entfalten. Es ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass solche Dokumente als tatsächliche öffentliche Urkunden anzusehen sind, die in der erforderlichen Form von einem spanischen Notar errichtet werden, welche ihrerseits die Gleichwertigkeit der notariellen Funktion in jedem Land zur Empfängnis voraussetzt. Formvorschriften und Gleichwertigkeit waren beide nicht im Falle des deutschen Notars gegeben, so behauptete der Staatsanwalt in Vertretung für Generaldirektion für das Register- und Notariatswesen, da die vorgenannte Urkundsperson die Vertragsparteien weder über das spanische Recht aufklärte, obwohl das spanische Recht auf das Rechtsgeschäft anzuwenden wäre, noch in Bezug auf die Konformität des von ihr beurkundeten Rechtsgeschäfts mit der spanischen Rechtsordnung belehrte. Dies geschah erst durch den Notar in Spanien. Der zweite Grund ist die Tatsache, dass die von dem spanischen Notar errichtete öffentliche Urkunde das Instrument eines Vertrags ist, aber gleichzeitig auch der Titel zur Eigentumsübertragung darstellt, der die Registereintragung gemäß Artikel 33 der Hypothekarordnung ermöglicht, wohingegen das deutsche Dokument nur ein Vertrag ist und damit keine Auswirkungen auf die Eigentumsübertragung hat entstehen weder nach deutschem Recht noch nach spanischem Recht. Dies konkretisiert der Registerbeamte in der Anmerkung in der Differenzierung des spanischen Systems der Eigentumsübertragungen durch Vertrag und weiterer materieller Rechte zum deutschen.

DRITTENS.- Die vorgenannten Gründe stützen die zwei Beschwerdebegründungen im Hinblick auf die Verletzung der Artikel 4 des Hypothekengesetzes und Artikel 36 der Hypothekarordnung und der Artikel 609, 1462 und 10,1 des spanischen Zivilgesetzbuches sowie des Artikels 33 der Hypothekarordnung.

Bevor im Detail auf die Verstöße eingegangen wird, die der Staatsanwalt rügt, ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des Beamten des Eigentumsregisters und der Beschluss der Generaldirektion des Register- und Notariatswesens, deren Argumente der Staatsanwalt in diesem Verfahren verteidigt, von einer Auslegung der geltenden Vorschrift ausgehen, die die freie Dienstleistungserbringung in der Europäischen Union in Frage stellt (Artikel 56 bis 60 des Vertrages). Die unbedingte Mitwirkung eines spanischen Notars würde eine Begrenzung der freien Güterübertragung in Bezug auf die Anzahl ihrer Wirkungen bedeuten, die beim aktuellen Stand der europäischen und spanischen Rechtsordnung als nicht gerechtfertigt erscheint.

Es darf in erster Linie nicht außer Acht gelassen werden, dass die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17.6.2012 (auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendendes Recht, Rom I) in Artikel 11 regelt: „Ein Vertrag, der

zwischen Personen geschlossen wird, die oder deren Vertreter sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Staat befinden, ist formgültig, wenn er die Formerfordernisse des auf ihn nach dieser Verordnung anzuwendenden materiellen Rechts *oder die Formerfordernisse des Rechts des Staates, in dem er geschlossen wird, erfüllt.*“ Diese Vorschrift ist auch in Artikel 11,1 des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten und würde ihres Sinns völlig entraubt, wenn die so vorgesehene Formgültigkeit für die Entfaltung der vertraglichen Rechtswirkungen unzureichend wäre.

Darüber hinaus heißt es in Artikel 10,1 des spanischen Zivilgesetzbuchs, dass „der Besitz, das Eigentum und sonstige Rechte an Immobilien sowie deren Publizität sich nach dem Recht ihrer Belegenheit richten“, was im vorliegenden Fall die Anwendung des spanischen Rechts auf den Eigentumsübergang an der betreffenden Sache bedeutet.

Nach der vorherrschenden Meinung bringt die Wahl des Rechts des Belegenheitsorts als Anknüpfungspunkt eine Reihe von Vorteilen mit sich, da so der rechtliche Ort mit dem materiellen, physischen Ort der Güter übereinstimmt. Dies zeigt das Interesse des Staates, die Begründung, Übertragung und Änderung von dinglichen Rechten an in seinem Hoheitsgebiet belegenen Immobilien zu kontrollieren und ist im Internationalen Privatrecht Ausdruck des Schutzes eines sicheren Rechtsverkehrs.

Folglich ist auf den vorliegenden Fall der Artikel 1462 des spanischen Zivilgesetzbuches anwendbar, der zumindest in seiner aktuellen Fassung seine Wirkungen der „*traditio ficta*“ nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die öffentliche Verkaufsurkunde von einem spanischen Notar errichtet wurde. Daraus lässt sich schließen, dass eine außerhalb Spaniens errichtete Urkunde, sofern sie formell gültig ist, dieselben Wirkungen entfaltet und somit die „Übergabe“ beinhaltet, die unser Recht für das Entstehen des dinglichen Rechts verlangt, das Gegenstand der Registereintragung ist, es sei denn, aus der Urkunde ergibt sich oder lässt sich Gegenteiliges ableiten.

Darüber hinaus gibt es in der Europäischen Union das Bestreben, eine Doppelung von Formerfordernissen zu vermeiden, wenn bereits die geltenden Formvorschriften und Voraussetzungen in einem Mitgliedstaat erfüllt wurden, die einer identischen oder ähnlichen Zielsetzung wie der in dem Mitgliedstaat beantragten dienen, in dem die Urkunde oder das Rechtsgeschäft Rechtswirkungen entfalten soll; eine solchen Doppelung würde weiterhin bestehen, wenn der von einem Notar eines Mitgliedstaats errichtete Kaufvertrag nicht als gleichwertig mit einer in dem Land errichteten notariellen Urkunde betrachtet würde, in dem er seine Wirkung entfalten soll, was in der Praxis eine erneute Errichtung durch einen Notar dieses Landes erfordern würde. In diesem Zusammenhang ist auf das von der Kommission am

14.12.2010 veröffentlichte Grünbuch „Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern“ hinzuweisen.

Gesteht man die formelle Gleichwertigkeit einer deutschen öffentlichen Urkunde und einer rechtsgültigen spanischen öffentlichen Urkunde zu, erscheint die Forderung einer erneuten Beurkundung desselben Rechtsgeschäfts vor einem innerstaatlichen Notar als sinnlos; diese Forderung wäre damit als unnötige Doppelung zu bewerten. Hier ist das Königliche Dekret 664/1999 vom 23.4. (Ministerium für Wirtschaft und Finanzen) zu nennen, das in Bezug auf ausländische Investitionen in Spanien regelt, dass diese von natürlichen Personen, die nicht in Spanien wohnhaft sind, sowie von im Ausland ansässigen juristischen Personen sowie ausländischen öffentlichen Stellen (Artikel 2) getätigt werden dürfen, wobei der Erwerb von Immobilien in Spanien zu solchen Investitionen zu zählen ist (Artikel 3e) und in keiner Weise geregelt ist, dass dieser von einem spanischen Notar zu beurkunden ist.

Eine solche Forderung, wie sie von der Generaldirektion des Registers und des Notariatswesens für einen notariellen Kaufvertrag über eine in Spanien belegene Immobilie gestellt wurde, lässt sich, wie gesagt, nicht aufgrund der spanischen IPR-Vorschriften über die Form von Verträgen, vertragliche Schuldverhältnisse und die Übertragung dinglicher Rechte rechtfertigen. Es ist daher festzustellen, dass die Tatsache, dass ein von einem deutschen Notar beurkundeter Vertrag keine Rechtswirkungen gegenüber dem spanischen Eigentumsregister entfaltet, jeglichen Sinns entbehrt, wenn zugleich derselbe Vertrag laut Artikel 323 des Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) volle Beweiskraft in Spanien entfaltet und offensichtlich ist, dass die deutsche und die spanische Urkunde gleichwertig sind und sich die Gutgläubenswirkung beider ähnelt; dabei kann sich eine übereinstimmende Form als entbehrlich erweisen, da, wie schon gesagt, aufgrund des Grundsatzes *auctor regit actum* jeder Notar das Recht seines Landes anwendet und daher die Struktur, Vermerke und das Wesen der Urkunden sich nie genau entsprechen, weswegen diese Anforderung in Spanien keinerlei Wirkung und Wert für im Ausland errichtete öffentliche Urkunden haben würde. Die Kontrolle der formalen Zulässigkeit während der Urkundenserrichtung – die in der Europäischen Union und in diesem besonderen Fall in Bezug auf Deutschland nicht diskutiert zu werden können scheint – würde unzulässiger Weise auch die praktische Anforderung beinhalten, dass der ausländische Notar die in Spanien geltenden administrativen Anforderungen erfüllen muss, dies scheint zumindest die Generaldirektion in Bezug auf Anforderungen zu verlangen, die zum Zeitpunkt der vorliegenden Urkunde nicht einmal in Spanien galten (24.10.1984).

VIERTENS.- Vor diesem Hintergrund sind die beiden Beschwerdegründe zurückzuweisen.

Der erste beschränkt sich auf den Hinweis, dass Artikel 4 des Hypothekengesetzes und Artikel 36 der Hypothekarordnung verletzt wurden.

In Artikel 4 HG heißt es unter dem Abschnitt „Im Ausland errichtete Titel“ (*Títolus otorgados en el extranjero*):

„Es werden ebenfalls die in Artikel 2 aufgeführten Titel, die im Ausland errichtet wurden und per Gesetz Rechtswirkung in Spanien entfalten, sowie laut dem spanischen Zivilprozessgesetz von ausländischen Gerichten ausgesprochene Vollstreckungsanordnungen, die in Spanien ausgeführt werden, in das Register eingetragen.“

Artikel 36 Hypothekarordnung regelt seinerseits: „Im Ausland errichtete Urkunden können ins Register eingetragen werden, wenn sie die in den IPR-Vorschriften genannten Anforderungen erfüllen, sofern sie beglaubigt wurden und weitere in Spanien für öffentliche Urkunden geltende Anforderungen erfüllen.

Dass die ausländischen Formvorschriften und Förmlichkeiten eingehalten wurden sowie die für die Urkunde erforderliche Rechtsgültigkeit vorliegt, kann unter anderem durch die Versicherung oder den Bericht eines spanischen Notars oder Konsuls oder eines zuständigen Konsuls oder Beamten des Landes, dessen Legalisation gilt, nachgewiesen werden. Auf gleiche Weise kann die Befugnis ausländischer Personen, die in Spanien Urkunden errichten, die ins Register eingetragen werden sollen, nachgewiesen werden.

Der Registerbeamte (*Registrador*) kann auf eigene Verantwortung von einem solchen Nachweis absehen, wenn er über ausreichende Kenntnis des betreffenden ausländischen Rechts verfügt und somit den betreffenden Tatbestand aufnimmt.“

Der Staatsanwalt kommt zu dem Schluss, dass wenn diese Vorschriften zur Anwendung kommen, das besagte Schriftstück – von einem deutschen Notar errichtete öffentliche Urkunde – keine Rechtskraft in Spanien entfaltet, wobei in der Begründung nicht die IPR-Vorschrift genannt wird, die ebenfalls zwingend hätte verletzt werden müssen.

Er argumentiert, dass „allein die spanischen Notare Aspekte wie Berechtigungen für die Immobilie, Grundstückslasten, Zulassung des Architekten überprüfen können und insbesondere nur spanische Notare mit dem spanischen Fiskus zusammenarbeiten können, um Geldwäsche und Betrugsfälle zu verhindern, und den Zusammenhang zwischen dem Preis und den an das Finanzamt zu zahlenden Steuern und dem Teil des Preises, der einzubehalten ist, herstellen können.“ Im gegenteiligen Fall werden die Interessen des Forums aufgrund der Mitwirkung eines ausländischen Beamten bei der Urkunderrichtung, der die Rechtmäßigkeit in einem anderen Zuständigkeitsbereich nicht überprüfen kann und nicht verpflichtet ist, mit

einer öffentlichen Verwaltung, der er nicht angehört, zusammenzuarbeiten, da er sein Amt nicht auf eine mit einem spanischen Notar vergleichbare Weise ausübt, nicht gewährt.

Jedoch passt dieses Argument, wie schon erwähnt, nicht zu der erforderlichen Anwendung der spanischen IPR-Vorschriften; der Verweis auf letztere (Artikel 36 Hypothekarordnung) führt unmittelbar zur Anwendung von Artikel 11 des spanischen Zivilgesetzbuchs, laut welchem sich die Formvorschriften und Förmlichkeiten von Verträgen nach dem Recht des Landes ihrer Errichtung richten, wobei diese Regel praktisch sinnentleert wird, wenn trotz des Wortlauts betreffender Vertrag seine natürliche Wirksamkeit nicht entfalten kann.

Dem zweiten Klagegrund kann ebenfalls nicht zugestimmt werden, sofern auf eine Verletzung der Artikel 609, 1462 und 10,1 des spanischen Zivilgesetzbuchs sowie Artikel 22 der Hypothekarordnung verwiesen wird. Dem angefochtenen Urteil kann nicht unterstellt werden, gegen Artikel 10,1 des spanischen Zivilgesetzbuchs verstoßen zu haben, da es in der Tat, entsprechend der Vorschrift, davon ausgeht, dass „der Besitz, das Eigentum und sonstige Rechte an Immobilien sowie deren Publizität sich nach dem Recht des Belegenheitsorts richten“ - in diesem Fall also die Anwendung spanischen Rechts und somit die Tatsache, dass das Eigentum an der Immobilie, die Verkaufsgegenstand ist, durch ihre Übergabe oder „*traditio*“ (Artikel 609 Zivilgesetzbuch) übertragen wird und eine solche Übergabe vorbehaltlich gesetzlich vorgeschriebener Ausnahmen durch Errichtung einer öffentlichen Urkunde als vollzogen betrachtet wird. Weiterhin richtet sich die materielle Wirksamkeit des so errichteten Rechtsgeschäfts nach dem spanischen und nicht nach deutschem Recht, so dass der Titel laut Artikel 33 der Hypothekarordnung wirksam eingetragen wurde.

Wird der von einem deutschen Notar errichtete Kaufvertrag als „öffentliche Urkunde“ betrachtet, auf welche Artikel 1462 des spanischen Zivilgesetzbuchs Bezug nimmt, müssen auch die Wirkungen, die die Vorschrift in Bezug auf die Übergabe des Urkundsgegenstands anerkennt, zur Anwendung kommen. Es ist nicht erforderlich, sich für diese Wirkungen an das deutsche Recht zu wenden, da dieses zugestehen würde, dass die Eigentumsübertragung sich nach jenem und nicht nach spanischem Recht richtet, wie Artikel 10,1 des Zivilgesetzbuchs vorschreibt, was ein vorheriges Verfügungsgeschäft voraussetzen würde, da in Deutschland dieses nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts eine Voraussetzung für den Eigentumsübergang ist, wobei sich beide nach dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip richten.

FÜNFTENS.- Die durch die vorliegende Frage verursachten Rechtszweifel und das Fehlen vorheriger Urteile zu dem Thema machen eine gesonderte Erklärung über die durch die

Anfechtung verursachten Kosten trotz der Zurückweisung der Anfechtung nach Artikel 398,1 und 394,1 des Zivilprozessgesetzes hinfällig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof im Namen des Königs und der vom spanischen Volk übertragenen Gewalt für Recht erkannt und entschieden: Dem vom Staatsanwalt gegen das vom Provinzgericht von Santa Cruz de Tenerife (Abteilung 4) am 22.11.2006 unter der Nummer 394/2006 ergangenen Urteil eingereichten Rechtsbehelf ist nicht stattzugeben.

Dieser beruhte auf den „mündlichen Gerichtsakten“ Nr. 500/2005 f. vor dem Gericht erster Instanz Nr. 6 derselben Stadt kraft des von Frau *Matilde* gegen die staatliche Verwaltung bezüglich der Nichtigkeitserklärung des Beschlusses der Generaldirektion des Registers- und Notariatswesens vom 7.2.2005 eingebrachten Behelfs, den wir ohne gesonderte Erklärung über die für die Klage verursachten Kosten bestätigen.

Abweichendes Votum

Datum: 19.06.2012

Gemäß den Absätzen 1 der Artikel 260 des Gerichtsverfassungsgesetzes 6/1985 vom 1.7. und Artikel 205 des Zivilprozessgesetzes 1/2000 vom 7.1. hat jede Person, die an der Abstimmung über ein Urteil oder einen endgültigen Einstellungsbeschluss teilnimmt, die Entscheidung zu unterzeichnen, selbst wenn ihre Stimme von der Mehrheit abweicht. Jedoch kann in diesem Fall auch, wenn es zum Zeitpunkt der Abstimmung oder Unterzeichnung angekündigt wird, ein abweichendes Votum in Form eines Gerichtsbeschlusses formuliert werden, in dessen Anhang sachliche Fragen sowie die Entscheidungsgründe des Urteilsspruchs aufgeführt werden.

In Übereinstimmung mit den Prozessregeln angekündigt, formulieren die Richter der ersten Kammer des Obersten Gerichtshofs *Rafael Gimeno Bayón Cobos* und *José Ramón Ferrándiz Gabriel* folgendes abweichendes Votum zum Urteil 998/2011 vom 19.6.2012:

I. Das Tatbestandsmerkmal der Auseinandersetzung, zu dessen Entscheidung wir unser Votum zum Ausdruck bringen möchten, beruht auf dem ersten Entscheidungsgrund der ursprünglich in Einrede gestellten Entscheidung der Generaldirektion des Registers und des Notariatswesens vom 7.2.2005.

Um Redundanzen zu vermeiden, möchten wir hier den sehr eindeutigen Wortlaut der Entscheidung wiedergeben: „es stellt sich die Frage, ob ein Kaufvertrag über eine in Spanien belegene Immobilie, der vor einem deutschen Notar von einem Verkäufer und einem Käufer deutscher Staatsangehörigkeit unterzeichnet wurde und nach dem Haager Übereinkommen mit einer Apostille versehen wurde, ins spanische

Eigentumsregister eingetragen werden können soll oder nicht. Es handelt sich hierbei um ein externes innergemeinschaftliches Rechtsgeschäft über eine in Spanien belegene Immobilie, das die Frage der auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts anzuwendenden Form aufwirft sowie ob dieses geeignet ist, bestimmte Rechtswirkungen zu entfalten, oder genauer, ob dem im Ausland notariell errichteten Kaufvertrag an sich genügend Wert beigemessen werden kann, dass er als Übertragungstitel in das spanische Eigentumsregister eingetragen werden kann.“

II. Die Nichtübereinstimmung, die dieses abweichende Votum zur Folge hat, bezieht sich auf den zweiten Klagegrund der Beschwerde, die vom Staatsanwalt gegen das Urteil des Provinzgerichts von Santa Cruz de Tenerife vom 22.11.2006 eingebracht wurde. Es wird zu zeigen sein, dass sich unser Votum insbesondere darauf bezieht, wie die Frage des dritten Entscheidungsgrunds der Entscheidung der Generaldirektion des Register- und Notariatswesens vom 7.2.2005 im Urteil 998/2011 behandelt wurde. In dem betreffenden Beschwerdegrund klagt der Staatsanwalt die Verletzung der Artikel 10, Abs.1, 609 und 1462 des spanischen Zivilgesetzbuches und Artikel 33 des Hypothekengesetzes an.

III. Um unsere Argumentation, die unserer Ansicht nach anstelle der Mehrheitsentscheidung des Gerichts zur Lösung der Beschwerde hätte herangezogen werden sollen, in geordneter Weise vorzubringen, erscheint es uns sinnvoll, folgende Erklärungen zum Gegenstand des abweichenden Votums vorzubringen:

1. Die Nennung von Artikel 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union als Antwort auf den ersten Beschwerdegrund hätte unserer Ansicht nach aufgrund des Status als öffentlicher Amtsträger des spanischen Notars einer detaillierteren Erklärung bedurft.

2. Wir stimmen mit den übrigen Mitgliedern des Gerichts darin überein, dass eine ungerechtfertigte Vervielfachung von Formalitäten für die Immobilienübertragung Nachteile für den Binnenmarkt mit sich bringt und eine Vereinfachung, die selbstverständlich nicht zu Lasten der Rechtssicherheit gehen darf, Vorteile brächte.

Diese allgemeine Bewertung des Problems macht übrige sachfremde Argumente bedeutungslos, insbesondere solche, die sich vom Grundsatz der Gegenseitigkeit ableiten lassen. Aus diesem Grund nehmen wir keinerlei Bezug auf die Frage, ob die von spanischen Notaren über Immobilienverkäufe in Deutschland errichteten Urkunden in das deutsche Register eingetragen werden können.

3. *De lege ferenda* ist hinzuzufügen, dass es einen wirklichen Fortschritt in Richtung Vereinfachung von unnötigen Formalitäten bedeuten würde, durch geeignete Gemeinschaftsmaßnahmen eine höhere Übereinstimmung zwischen den so unterschiedlichen Systemen zur Eigentumsübertragung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu schaffen.

Gerade die Unterschiede zwischen den spanischen und deutschen Rechtsvorschriften gaben Anlass zum abweichenden Votum zur Mehrheitsentscheidung dahingehend, dass der vom Staatsanwalt eingebrachten Beschwerde hätte stattgegeben werden müssen.

4. Hinsichtlich der Artikel, deren Verletzung im 2. Beschwerdegrund angeklagt wurde, weicht unsere Ansicht nur von der Mehrheitsauslegung der Artikel 1462 und 609 des Zivilgesetzbuchs ab und bezieht sich nicht auf dessen Artikel 10, Absatz 1, d.h. wir kritisieren keinesfalls, dass dieser und damit die „*lex rei sitae*“ zur Anwendung kam.

5. Wir teilen ebenfalls die Auffassung, dass die Lösung des Konfliktes in Einklang mit dem spanischen Recht und insbesondere Artikel 1462 des Zivilgesetzbuchs erfolgen muss. Weiterhin hätte unsere Entscheidung keinerlei Rück-/Weiterverweisung auf das deutsche Recht beinhaltet.

IV. Artikel 1462 ergänzt Artikel 609 und 1095 des spanischen Zivilgesetzbuchs in Bezug auf den Eigentumserwerb im Einklang mit dem Titelsystem und Verfahren. Er regelt insbesondere, wann die verkaufte Sache als an den Käufer übergeben gilt.

Wir möchten noch einmal wiederholen, dass Artikel 1462 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den durch die Beschwerde aufgeworfenen Interessenskonflikt anwendbar ist. Jedoch wurde er unserer Ansicht nach im Urteil 998/2011 falsch ausgelegt und angewandt, da die Mehrheit von einer Gleichstellung von öffentlicher Urkunde und Übergabe ausging, obwohl selbige sich nicht automatisch aus dem Urkundstext ergibt.

Artikel 1462, Abs.2 regelt nicht nur, dass „die Errichtung dieser“ [öffentlichen Urkunde] „der Übergabe des Vertragsgegenstands gleichzusetzen ist“, sondern auch, dass diese Gleichsetzung nicht besteht und es folglich zu keiner Übergabe kam, „wenn aus dieser Urkunde [...] eindeutig das Gegenteil hervorgeht oder abzuleiten ist.“

V. Unser Votum geht von der Vorstellung aus, dass die von einem deutschen Notar errichtete Urkunde, da von ihr „eindeutig das Gegenteil“ abzuleiten ist, nicht nach spanischem Recht einer „*traditio ficta*“ eines Untertyps von Übertragungen dienen kann.

Wenn „ableiten“ bedeutet, logische Schlüsse aus einer Sache zu ziehen, und der spanische Registerbeamte zu bewerten hatte, ob eine Übergabe vorlag, um das Recht des Erwerbers in das Eigentumsregister einzutragen, ist unserer Ansicht nach die Entscheidung desselbigen, eine Eintragung des Titels aufgrund eines Verfahrensfehlers abzulehnen, juristisch nicht als falsch zu beurteilen.

Es ist in der Tat zu bedenken, dass nach deutschem Recht das Eigentum an einer verkauften Immobilie nicht mit dem Kaufvertrag übergeht, sondern dieser ebenso wie nach spanischem Recht lediglich ein Verpflichtungsgeschäft darstellt, in dem Sinne, dass es die Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum an der verkauften Sache zu übertragen, und die Verpflichtung des Käufers, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, begründet.

Konkret hat das in diesem Gesetzbuch vorgesehene besondere Formerfordernis – notarielle Beurkundung: Paragraphen 311 und 313 BGB – im Gegensatz zum spanischen Recht nicht zum Ziel, die Verpflichtungs- und Übertragungswirkung des Titels zu vervollständigen.

Es würde über die Zielsetzung dieses abweichenden Votums hinausgehen, detaillierter auf die Notwendigkeit, den Abschluss und die Wirkung der Auflassung – auf die sich Paragraph 925 in Verbindung mit Paragraph 873 BGB bezieht – einzugehen, jedoch weisen wir darauf hin, dass diese nicht mit dem Kaufvertrag gleichzusetzen ist und sogar nicht einmal die Voraussetzung seiner Wirksamkeit begründet.

Wenn man außerdem berücksichtigt, dass nach deutschem Recht die Übertragung des Besitzes für den Eigentumsübergang nicht erforderlich ist, erscheinen folgende Schlussfolgerungen aus den genannten Prämissen unumgänglich:

1. Es ist davon auszugehen, dass der Käufer und der Verkäufer, wurde nichts Gegenteiliges in der Urkunde angegeben, den Besitz der verkauften Immobilie nicht durch die Urkunde übertragen wollten. Oder sie haben vielmehr aller Logik und dem Grundsatz der größten Wahrscheinlichkeit „*id quod plerumque accidit*“ nach nicht einmal daran gedacht.
2. Aus einer in Deutschland errichteten Urkunde lässt sich nach deutschem Recht ableiten, „es sei denn, es ergibt sich aus ihr anderes“, dass die Parteien den Besitz nicht übertragen wollten.
3. Gemäß Artikel 1462 des spanischen Zivilgesetzbuchs ist die nach deutschem Recht errichtete Verkaufsurkunde allein genommen wirkungslos.

4. Im vorliegenden Fall liegt kein Hinweis vor, dass die Parteien der Verkaufsurkunde, die nach deutschem Recht Schuldverhältnisse und „*inter partes*“ Wirkungen begründet, einen Hinweis auf die vorherige oder zeitgleiche Vornahme der Modalitäten der „*traditio*“ angefügt hätten, die nach spanischem Recht erfüllt sein müssen, damit davon ausgegangen werden kann, dass der Käufer nach Artikel 1462 des spanischen Zivilgesetzbuches das Eigentum an der verkauften Sache erwarb.

5. Dies zeigt, dass der deutsche Notar das spanische Recht nicht ausreichend kannte und hebt zugleich einen weiteren Aspekt der Frage hervor: die Beliebigkeit der Mitwirkung unserer Notare am Schutz der für das System der rechtlichen Eigentumsübertragung wesentlichen Vorschriften, an dessen Gültigkeit die spanischen Gesetzgeber festhalten.

VI. Das vorher Gesagte ist jedenfalls als Schlussfolgerung der Prämisse zu sehen, dass die Registereintragung eine vorherige Übergabe voraussetzt und der Registerbeamte zu bewerten hat, ob eine solche Übergabe stattgefunden hat oder nicht. Wir weisen Lehrmeinungen zurück, nach denen die Eintragung die Übergabe ersetzt oder überflüssig macht.