

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 30; GmbHG §§ 35, 46 Nr. 8 Var. 2, 85 Abs. 3 S. 2 – Bestellung eines besonderen Vertreters für die GmbH; analoge Anwendung des § 30 BGB im GmbH-Recht

BeurkG § 39a; HGB § 12 – Anmeldung zum Handelsregister durch Notarvertreter; Nachweis der Vertreter-eigenschaft

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BauGB § 11 Abs. 2 S. 1; BGB § 307 Abs. 1 – Bindungsfristen bei Verkauf von verbilligtem Bauland

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 30; GmbHG §§ 35, 46 Nr. 8 Var. 2, 85 Abs. 3 S. 2

Bestellung eines besonderen Vertreters für die GmbH; analoge Anwendung des § 30 BGB im GmbH-Recht

I. Sachverhalt

Die Gesellschafter einer GmbH haben davon erfahren, dass für den Verein neben dem Vorstand als eigentlichem gesetzlichem Vertreter sog. besondere Vertreter bestellt werden können, die den Verein in bestimmten Geschäftsbereichen vertreten (§ 30 BGB). Wenn möglich, wollen die Gesellschafter auch für ihre GmbH solche Vertreter bestellen.

II. Frage

Gilt § 30 BGB entsprechend für die GmbH?

III. Zur Rechtslage

1. Der besondere Vertreter im Vereinsrecht (§ 30 BGB)

Gem. § 30 BGB kann die Vereinsatzung bestimmen,

dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind; die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt.

Der besondere Vertreter ist in seinem Aufgabenbereich **Organ des Vereins**, nicht bloß rechtsgeschäftlicher Vertreter (BeckOGK-BGB/Kling, Std.: 1.7.2019, § 30 Rn. 1; Baumann, in: Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl. 2017, § 9 Rn. 6; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 569; Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 2778). Daher ist er nach wohl herrschender Ansicht auch zwingend **in das Vereinsregister einzutragen** (siehe nur OLG Zweibrücken NZG 2013, 907; BeckOGK-BGB/Kling, § 30 Rn. 26 ff.; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl. 2019, § 30 Rn. 6: sofern nicht bloßer „Haftungsvertreter“; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 313; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2174a; Baumann, § 9 Rn. 41; a. A. Stöber/Otto, Rn. 578: nur fakultative Eintragung).

Allerdings können auch besondere Vertreter ohne Vertretungsmacht bestellt werden; organschaftliche Vertretungsmacht kommt dem besonderen Vertreter folglich

nur insoweit zu, als sie ihm konkret eingeräumt ist (vgl. BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.5.2019, § 30 Rn. 7; Palandt/Ellenberger, § 30 Rn. 3; krit. zum vollständigen Ausschluss der Vertretungsmacht: BeckOGK-BGB/Kling, § 30 Rn. 53; MünchKommBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 30 Rn. 5; zum sog. Haftungsvertreter s. BeckOK-BGB/Schöpflin, § 30 Rn. 5). § 30 S. 2 BGB zur Reichweite der Vertretungsmacht ist lediglich eine Auslegungsregel, wenn Satzung und Bestellungsbeschluss schweigen (Baumann, § 9 Rn. 32).

2. Analoge Anwendung des § 30 BGB im GmbH-Recht

a) Meinungsstand

Die Frage nach der entsprechenden Anwendung des § 30 BGB wird in der GmbH-rechtlichen Literatur – soweit ersichtlich – nicht erörtert. Dagegen wollen die Kommentatoren des § 30 BGB die Bestimmung fast einhellig auch auf die GmbH anwenden (BeckOK-BGB/Schöpflin, § 30 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Kling, § 30 Rn. 76; Palandt/Ellenberger, § 30 Rn. 2; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 30 Rn. 37; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, § 30 Rn. 2; wohl ebenso Erman/Westermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 30 Rn. 1). Wenn man dies überhaupt begründet, verweist man lapidar darauf, dass es sich um eine allgemeine korporationsrechtliche Norm handle. Im Hinblick auf die AG mit ihrer gesetzlich zwingenden Vertretungs- und Handlungsorganisation schränkt man diesen Grundsatz zwar regelmäßig ein (s. nur BeckOK-BGB/Schöpflin, § 30 Rn. 2); sogar in der aktienrechtlichen Literatur finden sich aber vereinzelt Befürworter der Anwendung (so Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 1 Rn. 3; ausdrücklich anders MünchKommAktG/Heider, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 18; GroßkommAktG/Bachmann, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 26; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 1 Rn. 11). Generell zurückhaltend gegenüber einer rechtsformübergreifenden Anwendung zeigt sich *Leuschner* (MünchKommBGB, § 30 Rn. 3; anders noch MünchKommBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 30 Rn. 16). Er sieht den Grund für die großzügig befürwortete Analogie im primär haftungsrechtlichen Blickwinkel der h. M.; für die Zurechnung komme es indes nicht darauf an, dass der Handelnde besonderer Vertreter sei. Lege man den Fokus richtigerweise auf die organisationsrechtliche Komponente der Norm, so erweise sie sich als nur sehr eingeschränkt analogiefähig. Eine Anwendung u. a. auf die GmbH komme nicht in Betracht, da dort Verkehrsschutzinteressen höher gewichtet würden als beim BGB-Verein.

Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtsprechung mit der entsprechenden Anwendung noch nicht argumentativ auseinandergesetzt. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 19.12.1935 (JW 1936, 915) die An-

wendung des § 30 BGB auf die GmbH bejaht – indes aus der haftungsrechtlichen Perspektive des § 31 BGB: Wenn der Zweigstellenleiter eines Großunternehmens (konkret: Warenhauskette) kein besonderer Vertreter i. S. d. §§ 30, 31 BGB wäre, aber dennoch wegen seiner Erfahrung keiner Anleitung und Aufsicht bedürfte, so könnte man ein Großunternehmen wegen Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflichten niemals in Anspruch nehmen. Dazu, dass sich § 30 BGB wesensmäßig auf die GmbH übertragen lässt, enthält die Entscheidung nichts.

b) Stellungnahme

Unseres Erachtens spricht jedenfalls *prima facie* nichts *gegen* die analoge Anwendung. Die Normen des **GmbHG** stünden ihr **nicht entgegen**. Zwar sieht das GmbHG die Bestellung besonderer Vertreter nur in den Spezialfällen des § 46 Nr. 8 Var. 2 und § 85 Abs. 3 S. 2 GmbHG vor (dazu auch Schürnbrand, ZIP 2013, 1301, 1304 ff.), letztlich also nur subsidiär und für den Fall, dass beim Handeln der Geschäftsführer ein Interessenkonflikt zu befürchten ist. Jedoch muss man diese Bestimmungen im vorliegenden Zusammenhang schon deshalb nicht als limitierend verstehen, weil die Bestellung des besonderen Vertreters i. S. d. § 30 BGB einer **Satzungsgrundlage** bedarf. Die im GmbHG geregelten Fälle hingegen betreffen eine Bestellung durch einfachen Gesellschafterbeschluss. Daher ist auch der Streit, ob und inwieweit sich die Bestellung eines besonderen Vertreters gegen einen vorhandenen fakultativen Aufsichtsrat durchsetzen kann (vgl. BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.2.2018, § 46 Rn. 105; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 46 Rn. 69; Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 46 Rn. 473; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 46 Rn. 119), eigentlich nicht aussagekräftig. Teilweise klingt in diesem Kontext aber die Vorstellung an, die Bestellmöglichkeiten seien vor dem Hintergrund der „zwingenden Regelung in §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 2“ zu beurteilen (BeckOK-GmbHG/Schindler, § 46 Rn. 107). Auch andernorts ist davon die Rede, dass die organschaftliche Vertretung der GmbH zwingend allein den Geschäftsführern obliege und selbst durch Satzung anderen Personen nicht übertragen werden könne (BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, Std.: 1.5.2019, § 35 Rn. 5; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 35 Rn. 2: organschaftliche Alleinzuständigkeit). Dagegen lässt sich wiederum einwenden, dass sich ein solch kategorischer Satz dem GmbHG nicht ohne Weiteres entnehmen lässt. Solange die Bestellung des besonderen Vertreters **nicht verdrängend** wirke (und das müsste nicht der Fall sein), würde das gesetzlich zwingende Vertretungsorgan „Geschäfts-

führung“ weder untergraben noch funktional eingeschränkt. Das von *Leuschner* angeführte höhere Verkehrsschutzinteresse taugt nur als vages Gegenargument: Wenn der besondere Vertreter etwa im Register der GmbH eingetragen werden könnte, wäre diese Sonderform organschaftlicher Vertretung **dem Rechtsverkehr ersichtlich**. Insoweit läge darin u. E. auch kein Widerspruch zu § 37 Abs. 2 GmbHG, denn der besondere Vertreter wäre von vornherein mit beschränkter Vertretungsmacht entsprechend der Registereintragung ausgestattet.

Am Ende bliebe freilich immer noch *positiv* zu begründen, warum § 30 BGB als „rechtsformfremde“ Norm auf die GmbH anzuwenden wäre. Insoweit ließe sich zumindest anführen, dass das **Vereinsrecht** nicht „irgendein“ Spezialrecht für einen wesensverschiedenen Rechtsträger ist, sondern in mancher Beziehung einen **Grundbestand korporativer Normen** bereithält (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, Einl. Rn. 3: GmbH sei als Körperschaft Verein i. S. d. BGB, nicht Gesellschaft im engeren Sinne). So werden auch andere vereinsrechtliche Bestimmungen anerkanntermaßen auf die GmbH angewendet (§§ 29, 31, 33 Abs. 1 S. 2, 35 BGB, vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer, 2. Aufl. 2013, Einl. Rn. A 99; Zöllner/Noack, § 53 Rn. 29).

Letztlich lässt sich die analoge Anwendung des § 30 BGB nicht eindeutig und abschließend bejahen oder verneinen. **Durchgreifende Bedenken** stehen u. E. **nicht** entgegen.

BeurkG § 39a; HGB § 12

Anmeldung zum Handelsregister durch Notarvertreter; Nachweis der Vertretereigenschaft

I. Sachverhalt

Notarvertreter V nimmt in Vertretung des Notars N eine Handelsregisteranmeldung vor. Zum Nachweis seiner Vertretereigenschaft übersendet er dem Registergericht eine von der Aufsichtsbehörde originär elektronisch erstellte und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene Vertreterbestellungsurkunde. Das Registergericht weist die Anmeldung durch Zwischenverfügung zurück: Diese Praxis sei mit den Erfordernissen des § 39a BeurkG nicht konform. Die von der Aufsichtsbehörde elektronisch erstellte Vertreterbestellungsurkunde enthalte nämlich nicht das Notarattribut, das nach § 39a Abs. 2 BeurkG (vormals § 39a Abs. 1 S. 1 BeurkG) zwingend sei. Zwar könne die Vertretereigenschaft als solche nach § 33 Abs. 4 S. 2 Var. 1 DONot mit einer von der Aufsichtsbehörde signierten Vertreter-

bestellung nachgewiesen werden. Dieser Nachweis ersetze aber nicht das von § 39a Abs. 2 BeurkG verlangte Notarattribut, das bei elektronischen Dokumenten an die Stelle des Dienstsiegels trete.

II. Frage

Genügt die Übermittlung der von der Aufsichtsbehörde originär elektronisch erstellten Vertreterbestellungsurkunde den Anforderungen des § 12 HGB i. V. m. § 39a BeurkG?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zum Nachweis der Vertretereigenschaft

Gem. **§ 41 Abs. 1 BNotO** versieht der Vertreter das Amt auf Kosten des Notars; er hat dabei seiner Unterschrift einen ihn **als Vertreter kennzeichnenden Zusatz** beizufügen und Siegel und Stempel des Notars zu gebrauchen. Der Notarvertreter leitet seine Beurkundungsbefugnis als Teil seiner Amtsbefugnis vom vertretenen Notar her, sodass die von ihm errichteten Urkunden dem vertretenen Notar zugerechnet werden (Eylmann/Vaasen/Wilke, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 41 BNotO Rn. 9; Peterßen, RNotZ 2008, 181, 195). Eine beglaubigte Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde ist in der „Papierwelt“ nicht anzufügen (Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2443). Dagegen ist einer durch den Notarvertreter erstellten **elektronisch beglaubigten Abschrift** im Ausgangspunkt eine **elektronisch beglaubigte Abschrift der** (früher ausschließlich in Papierform erstellten) **Vertreterbestellungsurkunde** des Präsidenten des Landgerichts **beizugeben** (Sikora/Schwab, MittBayNot 2007, 1, 7; Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2443; zur elektronischen Handelsregisteranmeldung durch einen Notarvertreter vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 76164). Dadurch lässt sich jedenfalls den Anforderungen des **§ 33 Abs. 4 DONot** genügen, wonach der Notarvertreter bei der Erstellung elektronischer Urkunden seine Vertreterstellung durch Beifügung der Vertreterbestellungsurkunde nachweisen muss, und zwar entweder (1) durch eine **elektronisch beglaubigte Abschrift der** in Papierform vorliegenden **Vertreterbestellungsurkunde** (regelmäßig zu erstellen vom vertretenen Notar) oder (2) durch eine **Abschrift der Vertreterbestellung mit qualifizierter Signatur der Aufsichtsbehörde**.

Der letztgenannte Nachweisweg geht immer noch von der Existenz einer Vertreterbestellungsurkunde in Papierform aus. Im Gegensatz zum erstgenannten Nachweisweg vollzieht die Aufsichtsbehörde (anstelle des vertretenen Notars) die Transformation ins elektronische Medium jedoch durch eine qualifiziert signierte elektronische Abschriftenerstellung. Noch über diesen unmittelbar in § 33 Abs. 4 DONot vorgezeichneten

Nachweisweg hinausgehend „überspringen“ einige Aufsichtsbehörden in jüngerer Zeit die originäre Erstellung einer Papierurkunde mit anschließender Transformation ins elektronische Medium und erzeugen zur Effizienzsteigerung ohne vorherige Papierurkunde **unmittelbar eine qualifiziert signierte elektronische Vertreterbestellungsurkunde**. Auch wenn dieser Weg nicht direkt in der vorgenannten Vorschrift verankert ist, bestehen doch gegen eine solche Erweiterung der Nachweismittel des § 33 Abs. 4 DONot keinerlei Bedenken (so auch Kruse, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 39a BeurkG Rn. 17). Der **Umweg über eine vorher erstellte Papierurkunde** erscheint in dieser Beziehung **überflüssig**. Ungeachtet dessen bringt sowohl der letztgenannte dritte als auch der unmittelbar in § 33 Abs. 4 DONot angelegte zweite Nachweisweg das zu gelegentlichen registergerichtlichen Zwischenverfügungen führende Problem mit sich, dass – mangels zwischengeschalteter Erstellung einer vom vertretenen Notar erstellten elektronisch beglaubigten Abschrift der in Papierform originär erstellten Vertreterbestellungsurkunde – die dem Handelsregister übermittelte elektronische Urkunde **kein Notarattribut i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 3 BNotO** enthält. Das Beifügen des Notarattributs dürfte grundsätzlich freilich die technisch zweckmäßigste Umsetzung eines Nachweises i. S. d. § 39a Abs. 2 BeurkG sein.

2. Fehlendes Notarattribut

Im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung des § 39a BeurkG ist die Benutzung elektronischer Medien mit Signaturkarte im Falle einer Notarvertretung anscheinend nicht Gegenstand der Beratung gewesen. Ausgehend von der Gesetzesbegründung (vgl. BR-Drucks. 609/04 v. 13.8.2004, S. 132 f.) hat man wohl lediglich die Person des Notars selbst im Blick gehabt. Da die Signaturkarte des Notarvertreters ein Notarattribut *per definitionem* nicht enthalten kann und ein Nachweis seiner Vertretereigenschaft zumindest praktisch ausgeschlossen ist (denn das Vertretungsverhältnis ist nach Zeit und Ort genau definiert und dauert häufig nur wenige Tage), ist ein **Nachweis, wie ihn § 33 Abs. 4 DONot ausdrücklich vorzeichnet, auf alternativem Wege – d. h. nicht über die Signaturkarte** – zu erbringen. Auch nach zutreffender Ansicht der BNotK muss der **Vertreternachweis** nicht zwingend auf der Signaturkarte gespeichert sein; vielmehr soll es nach Sinn und Zweck des § 39a Abs. 2 BeurkG ebenso ausreichen, wenn dieser **durch eine Signierung des zusammenfassenden ZIP-Containers „untrennbar“ mit dem zu signierenden Dokument verbunden** ist. Auf Anfrage des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz hat die BNotK am 23.4.2007 eine ausführliche Stellungnahme zu diesem Problem abgegeben (abrufbar auf der Seite der Landesnotarkammer Berlin unter „Aktuelles“

– „Elektronischer Rechtsverkehr“ – „Bestätigung der Notareigenschaft bei Handeln des Notarvertreters“). Die grundsätzliche **Gleichwertigkeit** dieses in der Praxis nunmehr bewährten und gefestigten Verfahrens mit einem auf der Signaturkarte unmittelbar verankerten Vertreternachweis wird durch die Zwischenverfügung und die dahinterstehenden rechtlichen Argumente u. E. nicht angezweifelt. Vielmehr rühren die Bedenken daher, dass **bei originär elektronisch erstellten Vertreterbestellungsurkunden** (und wohl ebenso bei den von der Aufsichtsbehörde qualifiziert signierten elektronischen Abschriften einer Vertreterbestellungsurkunde in Papierform) mangels notariell beglaubigter Übertragung von der Papier- in die elektronische Form das dem Handelsregister übermittelte elektronische Zeugnis **keinerlei Signatur mit Notarattribut** enthält.

Unseres Erachtens sind diese Bedenken aber nicht stichhaltig. Die Formvorschrift des **§ 12 HGB** verlangt in Abs. 1 S. 1, dass **Anmeldungen elektronisch in öffentlich beglaubigter Form** eingereicht werden. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass die Unterschrift des Anmeldenden „in Papierform“ durch einfachen Vermerk (§ 39 BeurkG) beglaubigt und dass sodann eine elektronisch beglaubigte Abschrift zum Handelsregister eingereicht wird. Alternativ ist es nach wohl überwiegender (wenngleich nicht unumstrittener) Ansicht aber auch zulässig, den Beglaubigungsvermerk originär elektronisch zu erstellen, d. h. die Unterschrift des Anmeldenden, die weiterhin auf Papier zu erbringen ist, durch elektronischen Vermerk zu beglaubigen (elektronische Unterschriftsbeglaubigung; für Zulässigkeit etwa BeckOGK-BGB/Cziupka, Std.: 1.5.2019, § 129 Rn. 27; dagegen Kruse, § 39a BeurkG Rn. 25; näher BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.7.2019, § 39a Rn. 11). *Sedes materiae* für die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen eine formgerechte elektronische Anmeldung zu erfüllen hat, ist damit **§ 39a BeurkG**, der sich mit der **Erstellung einfacher elektronischer Zeugnisse** befasst (s. zur elektronischen Signatur Malzer, DNotZ 2006, 9; Gassen, Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis, 2. Aufl. 2009; Roßnagel/Wilke, NJW 2006, 2145; Sikora/Schwab, MittBayNot 2007, 1; Bettendorf/Apfelbaum, DNotZ 2008, 19). Eine der **Muss-Anforderungen** ist gem. Abs. 2 S. 1, dass das Zeugnis mit einer **Bestätigung der Notareigenschaft** durch die zuständige Stelle verbunden ist. Zweck dieser Vorschrift dürfte sein, dass ohne Rückfragen bei zuständigen Stellen überprüft werden kann, ob ein einfaches Zeugnis in elektronischer Form insofern wirksam errichtet wurde, als es von einer Person mit Urkundsgewalt signiert ist. Wird das Notarattribut, das als Substitut des in der „Papierwelt“ verwandten Notarsiegels dient, auf der Signaturkarte gespeichert und Bestandteil des qualifizierten Zertifikats des Notars, so

darf die Zertifizierungsstelle dieses Attribut nur dann in das Zertifikat aufnehmen, wenn die berufsbezogenen Angaben durch die dafür zuständige Stelle bestätigt wurden (§ 12 Abs. 1 S. 3 VDG); gem. § 67 Abs. 3 Nr. 5 BNotO sind für diese Bestätigung die Notarkammern zuständig (BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 22).

Wie ausgeführt und wohl nicht (mehr) bestritten kann der Notarvertreter, der zwingend eine eigene (höchstpersönliche) Signaturkarte verwenden muss, die als Substitut seiner Unterschrift in der „Papierwelt“ dient, den **Nachweis seiner Vertreterbestellung** aber (auch) **anders als durch ein berufs- oder stellungsbezogenes Attribut auf der Signaturkarte** erbringen. Konkrete inhaltliche Vorgaben dazu ergeben sich weder aus § 39a BeurkG noch aus § 12 HGB. Wenn die Vertreterbestellungsurkunde, wofür vieles spricht, ihrerseits den Anforderungen an eine elektronische öffentliche Urkunde entsprechen muss, gilt es zu beachten, dass **auf Erklärungen einer öffentlichen Behörde** oder einer siegelberechtigten Körperschaft des öffentlichen Rechts – selbstredend – **§ 39a Abs. 2 BeurkG nicht anzuwenden** ist (Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 39a Rn. 41). Gleichwohl handelt es sich, sofern das Dokument wie bei den Vertreterbestellungen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird, um ein **öffentliches elektronisches Dokument mit entsprechender Beweiskraft, § 371a Abs. 3 ZPO**. Das **fehlende Notarattribut ist daher u. E. unschädlich, ja konsequent**, stammt doch der Vertreternachweis in qualifizierter signierter Form von einer öffentlichen Behörde (und nicht vom vertretenen Notar selbst). Es finden sich weder in der Vorschrift des § 39a BeurkG noch in den Gesetzesmaterialien irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass der Vertreternachweis zwingend nochmals vom *vertretenen* Notar durch eine qualifiziert signierte und mit Notarattribut versehene elektronische Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde „legitimiert“ werden müsste. Einzig *Sikora/Schwab* (MittBayNot 2007, 1, 7 m. Fn. 68) halten es in einem frühen Beitrag zum EHUG für „erwünscht“ (nicht aber zwingend erforderlich), dass der vertretene Notar (selbst) eine elektronisch beglaubigte Abschrift der (in Papierform vorliegenden) Vertreterbestellungsurkunde erstellt, um auf diese Weise die „Legitimationskette“ zu belegen und nach außen zu dokumentieren, dass der Notar seine Amtsgeschäfte dem Notarvertreter übergeben hat (entsprechend der Gestattung, dass der Notarvertreter sein Notarsiegel in der „Papierwelt“ nutzt). Abgesehen davon, dass auch diese Literaturansicht nur von „wünschenswert“ spricht, erscheint uns eine solche **gesonderte Dokumentation der Übergabe der Amtsgeschäfte** über die Anfertigung einer elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde **nicht erforderlich**. Denn es ist gerade der entscheidende Sinn der Beifügung der

Vertreterbestellungsurkunde, den Akt dieser Übergabe und damit die Legitimationskette zu dokumentieren. Im Gegensatz dazu bringt der Notarvertreter in der „Papierwelt“ diese Legitimationskette zwar durch die Nutzung des Amtssiegels des vertretenen Notars nach außen zum Vorschein (= ein „Mehr“ im Vergleich zur nicht notwendigen Beifügung des Notarattributs in der elektronischen Welt), er muss aber seine Vertreterstellung nicht weiter nachweisen (= ein „Weniger“ im Vergleich zur Pflicht, die Vertreterbestellung bei der Erstellung einfacher elektronischer Zeugnisse beizufügen).

3. Fazit

Unseres Erachtens ist daher **für den Vertreternachweis im Rahmen der Handelsregisteranmeldung die Beifügung einer originär erstellten Vertreterbestellungsurkunde** rechtlich in jeder Hinsicht der Beifügung einer elektronischen Abschrift der papierförmigen Vertreterbestellungsurkunde **gleichzustellen**, die vom vertretenen Notar qualifiziert signiert und mit Notarattribut versehen wurde. Die Ansicht, § 39a BeurkG verlange stets die Beifügung gerade eines Notarattributs, da sonst kein wirksames einfaches elektronisches Zeugnis vorliege, verkennt u. E., dass **§ 39a Abs. 2 BeurkG keine spezifische Form des** mit dem einfachen Zeugnis zu verbindenden **Nachweises der Notareigenschaft** vorsieht. Insoweit dürfte eine Verwechslung des praktisch Üblichen und technisch Naheliegenden mit dem normativ Gebotenen vorliegen. Wäre eine Beschränkung auf ein Notarattribut im Signaturzertifikat beabsichtigt gewesen, so wäre dies auch im Wortlaut zum Ausdruck gekommen. Denn der Gesetzgeber hat gleichzeitig mit der Neufassung des § 39a BeurkG in § 33 BNotO erstmals auch die Anforderungen an das von Notaren vorzuhaltende qualifizierte Zertifikat geregelt, nachdem zuvor allein eine Regelung in § 2a DNot existiert hatte (Gesetz v. 1.7.2017, BGBl. I, S. 1396). Bei von Notarvertretern und Notariatsverwaltern errichteten einfachen Zeugnissen in elektronischer Form ist daher die Bestätigung der Notar- bzw. Notarvertretereigenschaft **durch nicht signaturkartenvermittelte Nachweise** ohne Weiteres **zulässig**. Die abweichende Ansicht übersieht ferner, dass eine von der Aufsichtsbehörde originär erstellte Vertreterbestellungsurkunde als elektronisches öffentliches Dokument i. S. d. § 371a Abs. 3 ZPO zu werten ist und ihr daher die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zukommt. Auf ein Notarattribut kommt es dafür (selbstverständlich) nicht an. Dieses Ergebnis deckt sich mit der spärlichen Literatur, die ohne nähere Begründung ebenfalls zu dem Schluss kommt, dass bei einer von der Ausstellungsbehörde qualifiziert signierten Vertreterbestellungsurkunde ein Beglaubigungserfordernis des vertretenen Notars entfällt (Püls, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, M Rn. 64; ebenso Kruse, § 39a BeurkG Rn. 17).

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 463, 883, 888, 1094, 1098; WEG §§ 3, 8, 10 Inhaltsänderung einer Sondereigentumseinheit durch Veräußerung eines Sondernutzungsrechts an einer Gartenfläche; vormerkungsgesichertes schuldrechtliches Vorkaufsrecht an der Sondereigentumseinheit; Beginn des Vormerkungsschutzes
Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 35, 37; HGB § 161; SGB IV § 7 Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH & Co. KG, die zugleich Kommanditisten der Kommanditgesellschaft sind
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BauGB § 11 Abs. 2 S. 1; BGB § 307 Abs. 1 Bindungsfristen bei Verkauf von verbilligtem Bauland

a) **Bei einem Verkauf verbilligten Baulandes an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. Die Gewährung eines Preisnachlasses von 29 % gegenüber dem Verkehrswert genügt hierfür nicht.**

b) **Bei einer Kaufpreisverbilligung von 20 % ist eine Bindungsfrist von 20 Jahren grundsätzlich noch angemessen.**

BGH, Urt. v. 15.2.2019 – V ZR 77/18

Problem

Die Entscheidung befasst sich mit der zulässigen Länge

von Bindungsfristen bei gemeindlichen Wiederkaufsrechten in städtebaulichen Verträgen.

Im Jahr 1996 verkaufte die beklagte Gemeinde dem klagenden Erwerber ein Grundstück zu einem Kaufpreis unterhalb des Verkehrswerts. Streitig ist, ob der dem Kläger gewährte Preisnachlass 20 % oder 29 % betrug. Die Beklagte behielt sich im Kaufvertrag ein Wiederkaufsrecht mit einer Ausübungsfrist von 30 Jahren ab der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer vor, insbesondere für den Fall, dass der Erwerber das Grundstück Dritten ganz oder teilweise verkauft oder zu eigentumsähnlicher Nutzung überlässt. Im Jahr 1999 wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Im Jahr 2013 informierte der Kläger die beklagte Gemeinde über seine Absicht, das Grundstück zu verkaufen. Diese erklärte, auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts verzichten zu wollen, wenn der Kläger einen Ablösebetrag von 47.078,78 € zahle. Zudem wies sie ihn darauf hin, dass das Wiederkaufsrecht ihrer Meinung nach im März 2017 ende. Der Kläger bezahlte den Ablösebetrag vorbehaltlich einer Klärung der Wirksamkeit des Wiederkaufsrechts. Er verkaufte das bebauete Grundstück im Jahr 2016 zu einem Kaufpreis von 335.000 €.

Das Landgericht verurteilte die beklagte Gemeinde zur Rückzahlung des Ablösebetrags, das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück.

Entscheidung

Der V. Senat hebt das Urteil des Oberlandesgerichts auf und weist die Klage auf Rückzahlung des Ablösebetrags ab.

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB scheidet im Ergebnis aus. Allerdings sei die Bindungsfrist für das Wiederkaufsrecht von 30 Jahren unangemessen lang i. S. d. § 6 Abs. 3 S. 4 BauGB-MaßnahmenG (jetzt: § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB) bzw. des § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB).

Ein städtebaulicher Vertrag nach § 6 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG (jetzt: § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB) liege vor, weil die Gemeinde dem Erwerber das Grundstück zu Wohnzwecken entsprechend der den tatsächlichen Entwicklungen angepassten Bauleitplanung veräußert habe. Die im Vertrag vereinbarten Leistungen seien aber nur dann angemessen, wenn **bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs** die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Bedeutung und zum Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden

Leistung stehe und die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führe.

Die Vereinbarung des Wiederkaufsrechts an sich sei bei einem subventionierten Kaufvertrag stets zulässig, weil die Gemeinde eine Unter-Wert-Veräußerung nur mit derartigen Bindungen rechtfertigen könne. **Unangemessen sei aber die 30-jährige Bindungsfrist**, weil selbst bei einem unterstellten Preisnachlass von 29 % kein besonders hoher Nachlass gegeben sei und Bindungen über einen Zeitraum von 30 Jahren nur unter besonders außergewöhnlichen Umständen möglich seien. Folge dieser Unangemessenheit sei die Unwirksamkeit der Ausübungsfrist des Wiederkaufsrechts.

Allerdings sei damit nicht das Wiederkaufsrecht *in toto* unwirksam. Vielmehr sei die entstehende Lücke im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** (§§ 133, 157 BGB) dadurch zu schließen, dass die Ausübungsfrist **20 Jahre** betrage. Zwar sei das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zu beachten, allerdings gelte dies nicht ausnahmslos. So sei eine ergänzende Vertragsauslegung nötig, wenn gesetzliche Vorschriften fehlten und ein Festhalten angesichts des verschobenen Vertragsgefüges nicht zumutbar sei (so explizit: § 306 Abs. 3 BGB).

Diese Voraussetzungen lägen hier vor, da das zeitlich befristete Wiederkaufsrecht die Unter-Wert-Veräußerung erst möglich gemacht habe; streiche man das Wiederkaufsrecht ersatzlos, würde der gesamte Vertrag angesichts der kommunalrechtlichen Pflicht zur verkehrswertgemäßen Veräußerung in Frage gestellt. Dies wiederum würde den klagenden Verbraucher schlechter stellen als im Falle einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung erweise sich eine Frist von 20 Jahren bei einem Preisnachlass von 20 % als angemessen, weil dadurch sowohl dem Interesse der beklagten Gemeinde an einer **Rechtfertigung der Grundstücksveräußerung unter dem Verkehrswert** als auch dem **Interesse des Käufers, keinen unzumutbaren Bindungen unterworfen zu sein**, in angemessener Weise Rechnung getragen werde.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0

Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de

Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner

Mainleite 5, 97340 Marktbreit