

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19/1995 · Oktober 1995

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 497, 883, 418 - Vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht bei Schuldnerwechsel; Ausübungsfrist

SächsGemO §§ 83 Abs. 1, 90 Abs. 3 - Grundschuldbestellung durch eine Gemeinde zugunsten eines Grundstückskäufers

#### Rechtsprechung

BGB § 1025; GBO § 9 - Vermerk über die Teilung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch des dienenden Grundstücks

GrEStG §§ 1, 2; ErbbauVO §§ 1, 11, 12, 14, 26, 27 - Grunderwerbsteuerpflicht

des Erlöschens eines Erbbaurechtes

#### Hinweise für die Praxis

BGB §§ 177 Abs. 1, 180 S. 1 - Wegfall der Vertretungsmacht zwischen Abgabe und Zugang einer Genehmigungserklärung

#### Aktuelles

MaBV §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, § 10 Abs. 4 - Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung

#### Literatur

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 497, 883, 418

#### Vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht bei Schuldnerwechsel; Ausübungsfrist

##### I. Sachverhalt

A hat von einer Gemeinde ein Grundstück erworben. In der Erwerbsurkunde hat sich die Gemeinde das Wiederkaufsrecht vorbehalten für den Fall, daß der Erwerber das Grundstück innerhalb der nächsten 3 Jahre nicht bebaut bzw. unbebaut weiterveräußert. Dieses Rükckerwerbsrecht der Gemeinde wird durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch gesichert.

Der Erwerber A möchte das Grundstück nun unbebaut und innerhalb der ersten 3 Jahre an Z (Zweiterwerber) weiterveräußern. Die Gemeinde hat hiergegen keine Einwendungen, vorausgesetzt, der Erwerber übernimmt die Bauverpflichtung sowie das Wiederkaufsrecht.

##### II. Frage

1. Ist es zur Absicherung des Erwerbers und der Gemeinde erforderlich, daß der Zweiterwerber in der Zweitveräußerungsurkunde alle Verpflichtungen aus der Erstveräußerungsurkunde im Wege der Schuldübernahme gemäß §§ 415 ff. BGB unter Zustimmung der Gemeinde übernimmt, oder reicht allein die Eintragung der Eigentumsvormerkung für die Gemeinde aus?

2. Ist ein dreiseitiger Vertrag zwischen der Gemeinde, dem Ersterwerber A und dem Zweiterwerber Z erforderlich, bei

welchem die Gemeinde als Urkundsbeteiligte mitwirken muß? Können die Verpflichtungen aus dem Wiederkaufsrecht - bei Identität der Verpflichtung - durch Vertragsübernahme übernommen werden, oder bedarf es - ohne Identität der Verpflichtung - der Vereinbarung eines neuen Rükckerwerbsrechtes zugunsten der Gemeinde?

3. Muß die Auflassungsvormerkung zugunsten der Gemeinde bezüglich der Sicherung ihres Wiederkaufsrechtes vom Zweiterwerber neu bestellt werden (unter Löschung der ersten Auflassungsvormerkung), bzw. ist es erforderlich, daß bei der eingetragenen Auflassungsvormerkung eine Inhaltsänderung vermerkt wird, oder ist bezüglich der Auflassungsvormerkung nichts veranlaßt? Kommt es hierbei auf die Formulierung des Wiederkaufsrechtes an: „... wenn der Erwerber ... unbebaut weiterveräußert oder nicht bebaut ...“ bzw. „... wenn das Grundstück nicht bebaut bzw. unbebaut weiterveräußert wird ...“?

4. Erlischt das Wiederkaufsrecht, wenn es der Wiederkaufsberechtigte nach Anzeige des Verkaufs nicht innerhalb der gesetzten Frist ausübt? Ist der Wiederkaufsberechtigte verpflichtet, die Vormerkung löschen zu lassen, wenn er das Wiederkaufsrecht beim ersten Verkaufsfall nicht ausgeübt hat?

##### III. Rechtslage

1. Nach § 497 BGB kann sich der Verkäufer in einem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten. **Das Wiederkaufsrecht ist eine Vereinbarung, durch die der Käufer aufschiebend bedingt verpflichtet wird, den Kaufgegenstand aufgrund einer Erklärung des Verkäufers an diesen gegen Zahlung des Wiederkaufspreises zurückzüberreignen** (Palandt/Putzo, 54. Aufl. 1995, § 497 Rz. 3). Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur handelt es sich

um einen durch die Abgabe der Wiederkaufserklärung des Verkäufers **aufschiebend bedingten Kaufvertrag** (Palandt/Putzo, a.a.O., § 497 Rz. 3; Erman/Grunewald, 9. Aufl. 1993, § 497 Rz. 3; Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, vor § 497 Rz. 8; RGZ 121, 367 ff., 369 f.; BGHZ 29, 107 ff., 110); es bedarf nur noch der einseitigen, formlosen Erklärung des Wiederkaufsberechtigten, um den Kaufvertrag mit allen seinen Wirkungen endgültig zum Abschluß zu bringen.

**Das Wiederkaufsrecht hat danach nur schuldrechtliche Wirkung.** Der Eigentümer wird durch die Einräumung eines Wiederkaufsrechts nicht gehindert, nach wie vor über sein Grundstück zu verfügen. Der Wiederkaufsberechtigte kann also letztlich nicht verhindern, daß der Eigentümer - wenn er auch dadurch seinen Vertrag verletzt - das Grundstück an einen Dritten verkauft. Der Wiederkaufsberechtigte ist dann allenfalls auf Schadensersatzansprüche verwiesen (vgl. Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter, Notariatskunde, 10. Aufl. 1993, Rz. 689).

2. Mit Abschluß der Wiederkaufsrechtsvereinbarung entsteht jedoch bereits ein bedingtes Recht (BGHZ 38, 369 ff., 371), **es besteht schon vor der Ausübung des Wiederkaufsrechtes ein schuldrechtlicher bedingter Anspruch, der durch eine Vormerkung gesichert werden kann** (Soergel/Huber, a.a.O., vor § 497 Rz. 4, 8; Erman/Grunewald, a.a.O., § 497 Rz. 9; RGZ 125, 242 ff., 247; BayObLGZ 61, 63 ff., 69; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1606): Der Anspruch auf Eigentumsübertragung nach Ausübung des Wiederkaufsrechts kann - wie beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht - durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Berechtigten abgesichert werden. Dadurch sind vertragswidrige Verfügungen des Eigentümers über das Grundstück dem Berechtigten gegenüber unwirksam, sog. relative Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen; dem Wiederkaufsberechtigten bleibt - wie bei dem durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht - der Zugriff auf das Grundstück erhalten.

**Anders als beim (dinglichen) Vorkaufsrecht (vgl. §§ 1094 ff. BGB) ist beim Wiederkaufsrecht eine - weitergehende - Verdinglichung nicht möglich:** eine Verpflichtung des jeweiligen, also aller zukünftigen Eigentümer durch das vormerkungsgesicherte Wiederkaufsrecht ist nach einhelliger Auffassung unzulässig und unwirksam (Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1606; BayObLGZ 61, 70; Soergel/Huber, a.a.O., vor § 497 Rz. 4; vgl. auch Wörbelauer, Das unter Eigentumsvormerkung stehende Grundstück - eine res extra commercium, DNotZ 1963, 580 ff., 581/582).

Eine Verdinglichung des Wiederkaufsrechtes ist nicht möglich; auch eine Vormerkung zu Lasten des jeweiligen Rechtsinhabers ist unzulässig, da ein schuldrechtlicher Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig ist (Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1482 ff.). **Daher ist es zumindest zur Absicherung des Ersterwerbers erforderlich, daß anläßlich der Weiterveräußerung eine Regelung zum Bestand des Wiederkaufsrechtes getroffen wird** (vgl. hierzu auch Albrecht, in: Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, Rz. 415).

3. Fraglich ist, ob die Vereinbarung einer **Schuldübernahme** zwischen Ersterwerber und Zweiterwerber nach §§ 415 ff BGB unter (formfreier) Zustimmung der Gemeinde ausreicht, ob es einer **Vetragsübernahme** zwischen Ersterwerber, Zweiterwerber und Gemeinde bedarf **oder** ob es der **Vereinbarung eines neuen Rückerwerbsrechtes** zugunsten der Gemeinde bedarf.

a) Nach Auffassung von *Hoche* (Der Übergang der Vormerkung beim Schuldnerwechsel, NJW 1960, 464 f.) ist hinsichtlich der durch Vormerkung gesicherten bedingten Verpflichtung zur Rückauflassung aus dem Wiederkaufsvertrag in der Erklärung des Zweiterwerbers keine Schuldübernahme zu sehen: Veräußere der Ersterwerber mit Zustimmung des Wiederkaufsberechtigten das Grundstück, so erlösche das Vertragsverhältnis, werde gegenstandslos. Die Bedingungen, unter denen das Recht zum Wiederkauf entstehe, könnten nicht mehr in der Person des Ersterwerbers entstehen, wenn dieser mit Zustimmung des Wiederkaufsberechtigten weiterveräußert habe. Die Erklärung des Zweiterwerbers, sämtliche Verpflichtungen des Ersterwerbers aus der Wiederkaufsabrede zu übernehmen, bedeute daher in Wahrheit, daß er sich seinerseits verpflichte, sich während seiner Eigentumszeit so zu verhalten, wie sich der Ersterwerber für die Dauer seiner Eigentumszeit zu verhalten verpflichtet hatte, und daß er sich zur Auflassung an den Wiederkaufsverpflichteten unter entsprechenden Voraussetzungen verpflichte. Das sei kein Eintritt in die Verpflichtungen des Ersterwerbers, vielmehr eine Fortsetzung des vertraglichen Verhältnisses zwischen dem Wiederkaufsberechtigten und dem Zweiterwerber als dem jetzigen Grundstückseigentümer. Der Zweiterwerber übernehme nicht die Schuld des Ersterwerbers, nicht dieselbe, nicht die gleiche Verpflichtung, sondern eine entsprechende Verpflichtung. Es bestehe keine Identität der Schuld, also auch keine Schuldübernahme.

b) Die Gegenposition zu *Hoche* vertritt *Granderath* (Der Übergang der Vormerkung beim Schuldnerwechsel, NJW 1960, 462 ff.). Er stellt darauf ab, daß bei der Schuldübernahme, wie sie zwischen dem Ersterwerber und dem Zweiterwerber vereinbart und vom Gläubiger genehmigt worden sei, die Forderung dieselbe bleibe; es werde die durch die Vormerkung gesicherte Schuld vom Zweiterwerber übernommen und nicht eine neue, völlig selbständige Forderung begründet. Die gleiche Meinung scheint auch *Wörbelauer* (DNotZ 1963, 586 f.) zu vertreten, wenn er die Aufnahme einer Nachfolgeklausel empfiehlt und es für zweckmäßig erachtet, daß der jeweilige Grundstückseigentümer der einzige sei, der mit dem Wiederkaufsberechtigten - sowohl obligatorisch wie auch hinsichtlich der Vormerkungswirkung - zu tun habe.

c) Die Argumente *Hoches* treffen u. E. jedenfalls auf den hier vorliegenden Fall wohl nicht zu: Anders als beim Wiederkaufsrecht zugunsten einer Wohnungsbaugenossenschaft, bei der die Person des Wiederkaufsverpflichteten eine maßgebliche Rolle zu spielen scheint, sind die Bedingungen, die im vorliegenden Fall das Wiederkaufsrecht auslösen, mehr grundstücksbezogen. Nach unserem Dafürhalten sprechen deshalb mehr Gründe für den Fortbestand und damit die **Identität der übernommenen Verpflichtung: Die befreiende Schuldübernahme ist als Gegenstück zur Abtretung eine Sonderrechtsnachfolge unter Identitätswahrung der Schuld**

(so MünchKomm-Möschel, 3. Aufl. 1994, vor § 414 Rz. 2). **Gleiches dürfte auch für die Vertragsübernahme gelten;** geht hier die Rechtsstellung des ausscheidenden Teils vollständig auf den eintretenden Teil über (vgl. Staudinger/Kaduk, 12. Aufl. 1994, Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 37 a), so müßte dies auch für den durch Eigentumsvormerkung gesicherten Anspruch des Wiederkaufsberechtigten zutreffen. Eine "Sukzessivverpflichtung" in Anlehnung an die Sukzessivberechtigung (vgl. dazu Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 261 a ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen) ist danach zwar abzulehnen, zumal sie im Ergebnis zu einer vom Gesetz gerade nicht gewünschten Verdinglichung des Wiederkaufsrechts (vgl. Wörbelauer, DNotZ 1963, 582) führen würde; **dagegen dürfte der vertraglich vereinbarte Schuldnerwechsel die Identität des Anspruchs des Wiederkaufsberechtigten nicht berühren** (s. Albrecht, in: Reithmann/Röll/Gebele, a.a.O., Rz. 415). So wird auch für das Gegenstück zur Schuldübernahme, die Abtretung von Forderungen, empfohlen, zu ihrer Sicherung die Auflassungsvormerkung nur für den an der Begründung des Anspruchs mitwirkenden Gläubiger einzutragen, der seinen Anspruch dann vererben und/oder abtreten solle (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 261 e). Dies müßte nach unserem Dafürhalten in gleicher Weise für den Schuldnerwechsel gelten.

4. Während bei der **Schuldübernahme** die Schuldrechtsbeziehung zum Ersterwerber im übrigen bestehen bleibt, scheidet bei der **Vertragsübernahme** der Ersterwerber völlig aus dem Vertragsverhältnis aus (vgl. MünchKomm-Möschel, a.a.O., vor § 414 Rz. 7). Die Schuldübernahme bezieht sich auf die einzelne Verpflichtung, während die Vertragsübernahme alle Rechte und Pflichten als Ausfluß eines Vertrages mit Eintritt des Übernehmers in die Parteistellung des Veräußerers überträgt (Erman/Westermann, a.a.O., vor § 414 Rz. 1).

a) Nach dem (mutmaßlichen) Willen der Vertragsparteien, wonach der Zweiterwerber wohl nicht nur die Pflichten aus dem Wiederkaufsvertrag übernehmen soll, sondern auch den im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechtes gegen den Wiederkaufsberechtigten gerichteten Kaufpreisanspruch erwerben soll (vgl. auch Wörbelauer, DNotZ 1963, 586), ist u. E. von der **Notwendigkeit einer Vertragsübernahme** auszugehen. **Der Zweiterwerber soll in das sich aus dem auf-schiebend bedingten Wiederkaufsvertrag ergebende Schuldverhältnis in vollem Umfang und anstelle des Ersterwerbers eintreten und nicht nur die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks im Falle der Erklärung des Wiederkaufs erfüllen müssen.** Andererseits soll der Ersterwerber aus den Pflichten des Wiederkaufsvertrages in vollem Umfang freigestellt werden. Es bedarf daher, um diese volle Auswechslung einer Vertragspartei zu erreichen, einer Vertragsübernahme und nicht bloß einer Schuldübernahme.

b) **Die Vertragsübernahme kann durch „dreiseitige Vereinbarung“ zwischen den drei Beteiligten oder auch durch Vereinbarung zwischen ausscheidendem und eintretendem Vertragspartner mit vorweg erteilter oder vorbehaltlich nachträglicher Zustimmung der anderen Partei bewerkstelligt werden** (Erman/Westermann, a.a.O., vor § 414 Rz. 1; MünchKomm-Möschel, a.a.O., vor § 414 Rz. 8; BGHZ 96, 302). Erfolgt die Vertragsübernahme im Wege des dreiseitigen

Vertrages, ist dieser Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen insgesamt beurkundungsbedürftig (vgl. hierzu Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Rz. 2.223). Erfolgt eine Vereinbarung zwischen ausscheidendem Teil und seinem Rechtsnachfolger, so ist die Zustimmung des verbleibenden Vertragsteils formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB). Da der verbleibende Vertragsteil keine für ihn inhaltlich neue Bindung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks eingeht, gebietet auch eine teleologische Auslegung nicht die Anwendung des § 313 S. 1 BGB; der Normzweck ist mit der seinerzeitigen Beurkundung des (jetzt fortgesetzten) Vertrages erfüllt (Korte, a.a.O., Rz. 2.224).

c) Die Rechtsfolgen einer Vertragsübernahme ergeben sich, auch wenn sich die Vertragsübernahme nicht als eine bloße Bündelung von Abtretungen und Schuldübernahmen begreifen läßt, durch eine vorsichtige Kombination der Regeln über Abtretung und Schuldübernahme, wobei **unter Erhaltung der Identität des Schuldverhältnisses der Übernehmer in alle Rechte und Pflichten des Ausscheidenden eintritt; die Vertragsübernahme kann daher ohne Neuabschluß durch Rechtsnachfolge in den bisherigen Vertrag geschehen** (BGHZ 95, 88). Insbesondere die Rechtsfolgen der §§ 398 ff., 414 ff. BGB gelten danach auch bei der vertraglichen Gesamtnachfolge (MünchKomm-Roth, a.a.O., § 398 Rz. 5 m. w. N.).

5. Ob es im Hinblick auf den durch die Eigentumsumschreibung und die Vertragsübernahme stattfindenden „Schuldnerwechsel“ der Bestellung einer neuen Vormerkung zugunsten der Gemeinde bedarf, ob bei der eingetragenen Vormerkung der Schuldnerwechsel zu vermerken ist oder ob bezüglich der Auflassungsvormerkung nichts veranlaßt ist, betrifft die **Problematik der analogen Anwendbarkeit des § 418 Abs. 1 BGB auf die Vormerkung bei Schuld- bzw. Vertragsübernahmen.** In der Literatur wird die Frage des Fortbestands der Vormerkung in solchen Fällen kontrovers diskutiert:

a) Nach Auffassung von *Hoche* (NJW 1960, 465), wonach keine Schuldübernahme vorliegt, also keine Identität der Schuld gegeben ist, kommt eine Weitergeltung der alten Vormerkung nicht in Betracht; es bedarf der Eintragung einer neuen Vormerkung.

b) Nach Auffassung von *Granderrath* (NJW 1960, 462 ff.) wird mit dem Eigentumswechsel die Vormerkung nicht hinfällig, weil die gesicherte Schuld vom Zweiterwerber übernommen und nicht eine neue, völlig selbständige Forderung begründet wird; für den Fall des Gläubigerwechsels sei allgemein anerkannt, daß die Übertragung des Anspruchs ohne weiteres den Übergang der Rechte aus der Vormerkung zur Folge habe; das gleiche müsse für den Fall des Schuldnerwechsels gelten.

c) **Überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist die analoge Anwendung von § 418 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn eine Schuld übernommen wird, zu deren Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist: die Vormerkung erlischt, auch wenn der schuldrechtliche Anspruch unverändert bestehen bleibt, insoweit also nur ein Schuldnerwechsel eintritt** (vgl. hierzu Haegele/Schöner/Stöber,

a.a.O., Rz. 1493; Palandt/Heinrichs, 54. Aufl. 1995, § 418 Rz. 1; Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1989, § 883 Rz. 44; Münch-Komm-Wacke, 2. Aufl. 1986, § 883 Rz. 19; Staudinger/Gursky, 12. Aufl. 1989, § 883 Rz. 54; Soergel/Zeiss, 12. Aufl. 1990, § 418 Rz. 1; MünchKomm-Möschel, a.a.O., § 418 Rz. 4; Staudinger/Kaduk, a.a.O., § 418 Rz. 12). Auf die Vertragsübernahme findet § 418 Abs. 1 BGB analoge Anwendung (s. o. sowie MünchKomm-Möschel, a.a.O., § 418 Rz. 1). Danach hat die Schuld- bzw. Vertragsübernahme trotz Identität des durch die Vormerkung gesicherten Wiederkaufsrechtes das **Erlöschen der Vormerkung** zur Folge, es sei denn, auch § 418 Abs. 1 S. 3 BGB fände ebenfalls analoge Anwendung.

d) Nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB findet § 418 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung, das heißt, die für die Verbindlichkeiten bestellten Sicherheiten erlöschen infolge der Schuldübernahme nicht, wenn der Sicherungsgeber in die Schuldübernahme einwilligt. Unklar ist, ob bei Übernahme einer durch eine Vormerkung gesicherten Schuld **auch § 418 Abs. 1 S. 3 BGB analog anwendbar** ist. Für die analoge Anwendbarkeit haben sich ausdrücklich *Kaduk* (in: Staudinger, a.a.O., § 418 Rz. 12), *Gursky* (in: Staudinger, a.a.O., § 883 Rz. 54) und *Albrecht* (in: Reithmann/Röll/Gebele, a.a.O., Rz. 415) ausgesprochen. Die anderen Autoren, die § 418 Abs. 1 BGB als Grund für das Erlöschen der Vormerkung anführen (so z. B. MünchKomm-Wacke, a.a.O., § 883 Rz. 19), äußern sich zur Frage der Anwendbarkeit des § 418 Abs. 1 S. 3 BGB nicht.

Wendet man § 418 Abs. 1 S. 3 BGB im Fall der Vertragsübernahme entsprechend an, so bedarf es, da die Vorschrift ausdrücklich von Einwilligung spricht, einer **vorherigen Zustimmung** zum Übernahmevertrag (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 418 Rz. 1; MünchKomm-Möschel, a.a.O., § 418 Rz. 8; Albrecht, in: Reithmann/Röll/Gebele, a.a.O., Rz. 415). **Einigkeit besteht insoweit, als jedenfalls bei nachträglicher Zustimmung eine neue Vormerkung bestellt werden muß** (MünchKomm-Möschel, a.a.O., § 418 Rz. 8; Albrecht, in: Reithmann/Röll/Gebele, a.a.O., Rz. 415).

Da die Stellungnahmen in der Literatur nicht eindeutig sind und eine obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage nicht vorliegt, empfiehlt es sich u. E. für den Notar, der dem sichersten Weg verpflichtet ist (vgl. Haug, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, K Rz. 19), den Vertragsteilen die **Neueintragung einer Vormerkung** zu empfehlen. Für die jeweilige Neueintragung der Vormerkung spricht auch, daß selbst bei analoger Anwendung des § 418 Abs. 1 S. 3 BGB die überwiegende Meinung in der Literatur davon ausgeht, daß der Schuldnerwechsel nicht eintragungsfähig ist (vgl. Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O.; Staudinger/Kaduk, a.a.O.; Staudinger/Gursky, a.a.O.). Entscheiden sich die Beteiligten gleichwohl für den Weg der Vertragsübernahme ohne Neueintragung, sollte darauf geachtet werden, daß die Vertragsübernahme mit der Eintragung des Zweiterwerbers als Eigentümer zusammentrifft, da sich der gesicherte Anspruch stets gegen den Inhaber des betroffenen Rechts richten muß (Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1493).

6. Durch die **Vereinbarung einer Ausschußfrist** kann geregelt werden, daß das Wiederkaufsrecht erlischt, wenn es vom Wiederkaufsberechtigten anlässlich der Veräußerung des Grundstücks nicht innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt

wird (vgl. hierzu Ripfel, Fragen zum Recht des Wiederkaufs, insbesondere bei Weiterveräußerung des Grundstücks, BWNotZ 1969, 26 ff., 27).

a) Vom Vorkaufsrecht unterscheidet sich das Wiederkaufsrecht durch die grundsätzliche Unabhängigkeit von einem Gegenstück zum Vorkaufsfall. Es kann jedoch vereinbart werden, daß ein Wiederkaufsrecht nur in bestimmten Fällen (z. B. Weiterveräußerung des Grundstücks durch den Käufer) besteht (Staudinger/Mayer-Maly, 12. Aufl. 1978, Vorbem. zu § 497 Rn. 13).

b) Daneben können die Beteiligten nach § 503 S. 2 BGB eine Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht vereinbaren. Die die gesetzliche Frist ersetzende vertragliche Frist ist **Ausschußfrist** (BGH DNotZ 1968, 23 ff., 24). Haben die Beteiligten vereinbart, daß der Lauf der Ausübungsfrist beginnt, nachdem der Wiederkaufsberechtigte Kenntnis vom Verkauf bzw. der Verkaufsabsicht durch den Käufer erlangt hat (vgl. hierzu Staudinger/Mayer-Maly, a.a.O., § 503 Rn. 4), erlischt mit Ablauf der vereinbarten Frist der sich aus dem durch die Ausübung des Wiederkaufsrechtes bedingten Wiederkaufsvertrag ergebende Übereignungsanspruch. Dadurch wird das Grundbuch unrichtig, so daß die zugunsten des Wiederkaufsberechtigten eingetragene Vormerkung zu löschen ist. Hierfür kommt zum einen eine Löschung nach § 22 GBO durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in Betracht, was allerdings voraussetzen würde, daß der Eintritt des Wiederkaufsfalles, die Mitteilung des Wiederkaufsfalles an den Wiederkaufsberechtigten sowie der Ablauf der Frist in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden können. Daneben steht dem neuen Eigentümer gegen den Wiederkaufsberechtigten ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB zu (Berichtigung nach §§ 19, 29 GBO).

## **SächsGemO §§ 83 Abs. 1, 90 Abs. 3 Grundschuldbestellung durch eine Gemeinde zugunsten eines Grundstückskäufers**

### **I. Sachverhalt**

Eine Gemeinde verkauft ein Grundstück und erteilt im Rahmen des Kaufvertrages dem Käufer Vollmacht, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten. Der den Kaufvertrag beurkundende Notar legt den Kaufvertrag zum Zwecke der Erteilung der nach § 90 Abs. 3 SächsGemO erforderlichen Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde vor. Nach Erteilung der kommunalaufsichtlichen Genehmigung wird in Ausnutzung der Belastungsvollmacht durch den Käufer eine Grundschuld bestellt und dem Grundbuchamt zur Eintragung vorgelegt. Das Grundbuchamt erläßt eine Zwischenverfügung und verlangt die Vorlage der rechtsaufsichtlichen Genehmigung nach § 83 Abs. 1 SächsGemO.

### **II. Frage**

Ist für die Bestellung einer Grundschuld erneut eine kommunalaufsichtliche Genehmigung nach § 83 Abs. 1 SächsGemO erforderlich, wenn der zugrundeliegende Kaufvertrag, in dem die Gemeinde das zu belastende Grundstück verkauft hat und in dem die übliche Belastungsvollmacht enthalten ist, bereits nach

§ 90 Abs. 3 SächsGemO von der Kommunalaufsichtsbehörde genehmigt wurde?

### III. Rechtslage

1. Nach § 83 Abs. 1 S. 1 SächsGemO darf eine Gemeinde keine Sicherheiten zugunsten Dritter bestellen. Nach § 83 Abs. 1 S. 2 SächsGemO kann die Rechtsaufsichtsbehörde jedoch Ausnahmen zulassen. Danach bedarf die Gemeinde zur Belastung gemeindeeigener Grundstücke mit einer Grundschuld zugunsten Dritter grundsätzlich der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde.

a) Daß auch die Bestellung von Grundschulden zugunsten der Käufer im Rahmen der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke vor Eigentumsumschreibung der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen, § 83 Abs. 1 SächsGemO hier also zur Anwendung kommt, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Für vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern ist dies jedenfalls einhellige Auffassung und wird so u. a. auch von *Quecke/Schmid* (Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Stand Mai 1995, § 83 Rz. 2) vertreten.

Dafür sprechen insbesondere **Sinn und Zweck der Bestimmung: Das Verbot des § 83 Abs. 1 SächsGemO will bewirken, daß die Gemeinde nicht zu Lasten ihrer Steuerzahler Risiken durch die Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter für fremde Interessen übernimmt.** Solange die Gemeinde noch Eigentümerin des veräußerten Grundbesitzes ist, diesen aber schon vor Eigentumsumschreibung dem Käufer als Sicherheit zur Verfügung stellt, läuft sie Gefahr, daß im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Käufers die Bank noch vor Eigentumsumschreibung die Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz betreibt. Hier kann es u. U. geboten sein, die Schulden des Käufers bei der die Zwangsvollstreckung betreibenden Bank zu begleichen, um eine Veräußerung im Rahmen der Zwangsversteigerung unter Wert zu verhindern. Ohne Risiko ist die Grundschuldbestellung vor Eigentumsumschreibung für die Gemeinde jedenfalls nicht, so daß § 83 Abs. 1 SächsGemO hier grundsätzlich zur Anwendung kommt. Davon geht auch das Sächsische Staatsministerium des Innern in den Hinweisen zur Bestellung von Grundschulden durch Gemeinden und Landkreise im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen vom 03.04.1992, veröffentlicht im Sächsischen Amtsblatt vom 04.05.1992, S. 438, aus; nach Auffassung des Regierungspräsidiums Chemnitz ist dieser Erlaß analog für die Genehmigung auf der Grundlage des § 83 SächsGemO anzuwenden.

b) Nach § 83 Abs. 4 SächsGemO kann das Staatsministerium des Innern Ausnahmen von § 83 Abs. 1 allgemein zulassen. Soweit ersichtlich, ist eine entsprechende Verordnung über die Genehmigungsfreiheit im Freistaat Sachsen noch nicht erlassen worden. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, daß die Belastung eines gemeindeeigenen Grundstücks auch dann noch genehmigungsbedürftig ist, wenn das Grundstück verkauft und aufgelassen wurde (vgl. insoweit *Faßbender/Grauel/Kemp/Omen/Peter*, Notariatskunde, 10. Aufl. 1993, Rz. 588).

c) Nach § 120 Abs. 2 SächsGemO ist ein Rechtsgeschäft, das gegen das Verbot des § 83 Abs. 1 SächsGemO verstößt,

nichtig. Das würde bedeuten, daß auch durch eine nachträgliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Mangel der Grundschuldbestellung durch die Gemeinde nicht geheilt werden könnte. Nach Auffassung von *Schürner* (Die Vertretung der kommunalen Körperschaften und Anstalten, in: *MittRhNotK* 1970, 443 ff., 468 Fn. 5) ist das ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorgenommene Rechtsgeschäft jedoch nur schwebend unwirksam; nach herrschender Auffassung könne das "nichtige" Geschäft geheilt werden, weil "Genehmigung" nicht nur vorherige Zustimmung bedeute (so auch *Brüggen/Heckendorf*, Sächsische Gemeindeordnung, 1993, § 120 Rz. 430). Der Auffassung von *Schürner* haben sich auch *Haegle/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 4079) angeschlossen.

Danach ist davon auszugehen, daß grundsätzlich **jede Grundschuldbestellung der Gemeinde zugunsten eines Grundstückskäufers der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf, das Fehlen dieser Genehmigung im Zeitpunkt der Eintragung der Belastung im Grundbuch deren schwebende Unwirksamkeit zur Folge hat, die Genehmigung jedoch auch noch nachträglich beigebracht und die Belastung damit wirksam gemacht werden kann** (vgl. hierzu *Haegle/Schöner/Stöber*, a.a.O.).

2. Ob es einer Genehmigung nach § 83 Abs. 1 SächsGemO auch dann noch bedarf, wenn bereits der eine entsprechende Belastungsvollmacht enthaltende Kaufvertrag nach § 90 Abs. 3 SächsGemO durch die Rechtsaufsichtsbehörde genehmigt worden ist, ist, soweit ersichtlich, noch nicht obergerichtlich entschieden und wird auch in der Literatur nicht erörtert.

Bislang liegt lediglich ein (unveröffentlichtes) **Urteil des Landgerichts Zwickau** vom 20.07.1994 vor. Nach Auffassung des Landgerichts Zwickau erfordern Sinn und Zweck des § 83 SächsGemO, daß der Rechtsaufsichtsbehörde die konkrete Grundschuldbestellung zur Genehmigung vorgelegt wird, auch wenn bereits der die Belastungsvollmacht enthaltende Kaufvertrag von der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigt worden ist:

*„Gemäß § 83 SächsGemO darf die Gemeinde nur mit Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde Sicherheiten zugunsten Dritter bestellen. Diese Vorschrift dient dem Sicherheitsbedürfnis der Gemeinden. Sie soll vor Verpflichtungen, aus denen sich auch in künftigen Haushaltsjahren eine rechtliche Pflicht auf Leistung von Ausgaben ergeben könnte, geschützt werden. Dadurch soll die Gemeinde vor Überschuldung bewahrt bleiben. Gerade dieser Sinn und Zweck der Regelung erfordert es, daß der Rechtsaufsichtsbehörde die konkrete Grundschuldbestellungsurkunde zur Genehmigung vorgelegt wird. Denn auch wenn die Sicherung des Verkäufers bei Belastungen des Kaufobjekts ausschließlich von der schuldrechtlichen Sicherheitsabrede abhängt, kommt es entscheidend auf die Bonität des Grundpfandrechtsgläubigers an. So ist z. B. insbesondere bei nicht der deutschen Kredit- oder Versicherungsaufsicht unterliegenden Kreditinstituten Vorsicht geboten (...).*

*Die im Kaufvertrag bereits enthaltene und genehmigte Sicherheitsabrede erfaßt zwar nur die Grundpfandrechtsbestellung zugunsten von deutschen Kreditinstituten, jedoch benennt erst*

die konkrete Grundschuldbestellungsurkunde den konkreten Grundpfandrechtsgläubiger. Folglich kann erst dann die Frage der Bonität hinreichend geklärt sein. Es entsprach daher nicht dem Willen der Rechtsaufsichtsbehörde, mit der Genehmigung der Kaufverträge auch jede Grundschuldbestellung zu genehmigen.

*Dies gilt auch insoweit, als dem Verkäufer - hier der Gemeinde - unter Umständen das Risiko der Kostentragung bei Notar und Grundbuchamt verbleibt. Zusätzlich besteht für den Verkäufer das Risiko der Rufschädigung (wenn die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld in einem Zeitpunkt betrieben wird, in dem der Veräußerer noch als Eigentümer eingetragen ist) und das Risiko, daß er beim Ausbleiben des Eigenkapitals des Käufers zur Freistellung des Objekts den erhaltenen Teilbetrag an den Grundschuldgläubiger zurückgeben muß und nicht mit Schadensersatzansprüchen verrechnen kann. Diese Risiken machen eine noch nachzureichende Genehmigung der Grundschuldbestellungsurkunden seitens der Rechtsaufsichtsbehörde unerlässlich.“*

U. E. ist dem Landgericht Zwickau zu folgen. Allein anhand der Belastungsvollmacht ist es der Rechtsaufsichtsbehörde nicht möglich, die Vereinbarkeit der aufgrund der Vollmacht zu bestellenden Grundschuld mit den Anforderungen des Erlasses des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Bestellung von Grundschulden durch Gemeinden und Landkreise im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen vom 03.04.1992 (a.a.O.) zu überprüfen. Ein berechtigtes Interesse der Genehmigungsbehörde, auch die Grundschuld gesondert zu prüfen, kann insbesondere in den Fällen vorliegen, in denen die Belastungsvollmacht keine Angaben zur Höhe der Grundschuld enthält. Von der gesonderten Genehmigungsbedürftigkeit der Grundschuld ist auch das Innenministerium in seinem, nach Auffassung des Regierungspräsidiums Chemnitz weitergeltenden Erlaß ausgegangen. Der darin enthaltene Formulierungsvorschlag des Ministeriums für die Belastungsvollmacht im Kaufvertrag lautet wie folgt:

*„ a) Der Verkäufer verpflichtet sich unter dem Vorbehalt, daß eine Genehmigung nach § 45 Abs. 1 Satz 2 Kommunalverfassung erteilt wird, bei der Bestellung von Grundpfandrechten ...“*

Für die Einholung einer Genehmigung nach § 83 Abs. 1 SächsGemO, auch wenn bereits der eine Belastungsvollmacht enthaltende Kaufvertrag nach § 90 SächsGemO genehmigt worden ist, spricht u. E. auch die Verpflichtung des Notars, stets den sichersten Weg zu wählen. Sollte ein Obergericht die hier aufgeworfene Rechtsfrage im Sinne des Landgerichts Zwickau entscheiden, wären alle ohne die erforderliche Genehmigung zur Eintragung gelangten Grundschulden wohl nichtig, zumindest schwebend unwirksam. U. U. besteht auch die Möglichkeit, den Kaufvertrag bzw. die Belastungsvollmacht bereits möglichst konkret zu formulieren und mit der Vorlage der Kaufvertragsurkunde bei der Rechtsaufsichtsbehörde sowohl die Genehmigung nach § 90 als auch die Genehmigung nach § 83 SächsGemO zu beantragen, um bereits frühzeitig eine verbindliche Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde darüber herbeizuführen, ob die Grundschuld noch einer gesonderten Genehmigung bedarf oder nicht.

## Rechtsprechung

### BGB § 1025; GBO § 9

#### Vermerk über die Teilung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch des dienenden Grundstücks

**Wird das Grundstück geteilt, für dessen jeweiligen Eigentümer eine Dienstbarkeit besteht, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, die Teilung des herrschenden Grundstücks auf dem Blatte des belasteten Grundstücks zu vermerken. Ein entsprechender Vermerk ist zwar zulässig; es gibt aber keine Rechtsgrundlage dafür, das Grundbuchamt zu dessen Eintragung anzuweisen.**

BayObLG, Beschl. v. 06.04.1995 - 2 Z BR 132/94 = BayObLGZ 1995 Nr. 28  
Kz.: L I 1 - § 1025 BGB

#### Problem

Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages über eine Teilfläche eines durch eine Grunddienstbarkeit begünstigten Grundstücks haben die Beteiligten „unter Hinweis auf § 1025 BGB“ beantragt, im Grundbuch des dienenden Grundstücks zu vermerken, „daß infolge Teilung des herrschenden Grundstücks nunmehr auch der heutige Vertragsgegenstand herrschend ist“. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag als unnötig zurückgewiesen, da die begehrte Eintragung sich darauf beschränken würde, den klaren Inhalt der gesetzlichen Regelung des § 1025 S. 1 Hs. 1 BGB zu wiederholen. Für zulässig gehalten hat einen entsprechenden Vermerk über die Teilung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch des belasteten Grundstücks das Kammergericht Berlin in seinem Urteil vom 24.05.1974 (NJW 1975, 697/698; vgl. hierzu Dietrich, Wachsende Behinderung des Grundstücksverkehrs durch § 1025 BGB, ZRP 1988, 199 Fn. 4; dem KG Berlin folgend MünchKomm-Falckenberg, 2. Aufl. 1986, § 1025 Rz. 2).

#### Lösung

**Das Grundbuchamt darf grundsätzlich nur solche Eintragungen vornehmen, die durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben oder zugelassen sind; von überflüssigen Eintragungen ist das Grundbuch im Interesse der Übersichtlichkeit freizuhalten** (vgl. BGHZ 116, 392/399 f.; Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl. 1995, Anh. zu § 13 Rn. 14). **Überflüssig ist eine Eintragung insbesondere dann, wenn sie Rechtswirkungen wiederholt, die sich ohnehin aus dem Gesetz ergeben.** Dies trifft nach Auffassung des BayObLG auch auf den beantragten Vermerk zu: Die Teilung des herrschenden Grundstücks nach Begründung der Grunddienstbarkeit ergebe sich aus der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes dieses Grundstücks, die sich daran in der Regel anschließende Rechtsfolge ohne weitere Eintragung in das Grundbuch aus § 1025 Satz 1 BGB. **Die Eintragung des Vermerks wie beantragt auf dem Blatt des belasteten Grundstückes wäre rechtlich bedeutungslos und sei damit überflüssig.** Im weiteren führt das BayObLG aus, daß die beantragte Eintragung zwar überflüssig, aber dem Inhalt nach nicht unzulässig ist. Schließlich zeigt das BayObLG aber noch einen Weg auf, wie die Teilung des herrschenden Grundstücks auch im Grundbuch des dienenden Grundstücks verlaubar

werden kann: Die Beteiligten hatten in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt für den Fall, daß der Vermerk über die Teilung des herrschenden Grundstücks beim belasteten Grundstück nicht zulässig sein sollte, die **Eintragung eines Herrschvermerkes** gem. § 9 Abs. 1 S. 1 GBO beantragt. **Da der Herrschvermerk auch auf dem Blatt des belasteten Grundstücks (§ 9 Abs. 3 GBO) ersichtlich zu machen sei, müsse, um Unklarheiten und Zweifel auszuschließen, dieser Vermerk auch zu verlautbaren haben, daß das neue Grundstück durch die Teilung des in der Hauptspalte allein genannten herrschenden Grundstücks entstanden sei.** Die Eintragung des Herrschvermerkes habe allerdings zu unterbleiben, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen (Lageplan über die Ausübungsstelle des Geh- und Fahrrechtes sowie Lage des neu gebildeten Grundstücks, wie es sich aus Veränderungsnachweis und Liegenschaftskataster ergibt) mit Sicherheit ergeben sollte, daß das Geh- und Fahrrecht einem der durch Teilung entstandenen neuen Grundstücke keinerlei Vorteile bringe; denn dann wäre es insoweit gem. § 1025 S. 2 BGB erloschen.

**GrEStG §§ 1, 2; ErbbauVO §§ 1, 11, 12, 14, 26, 27**  
**Grunderwerbsteuerpflicht des Erlöschens eines Erbbaurechtes**

**Weder das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf noch der damit verbundene Übergang des Eigentums an dem auf dem Erbbaurecht von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerk auf den Grundstückseigentümer unterliegen der Grunderwerbsteuer.**

BFH, Urt. v. 8. Februar 1995 - II R 51/92  
Kz.: L IX 4 - § 2 GrEStG

#### **Problem**

Dem Erbbauberechtigten steht für die Dauer seines Rechts eine eigentümerähnliche Form der Herrschaft an der Grundstücksfläche zu. Daher wird Grunderwerbsteuerlich das Erbbaurecht durch § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG einem Grundstück gleichgestellt. Demzufolge unterliegen die Begründung eines neuen und die Übertragung eines bestehenden Erbbaurechtes ebenso der Grunderwerbsteuer wie die diesen beiden Gestaltungen vergleichbare Verlängerung eines bestehenden Erbbaurechts. Das Finanzamt beurteilte im vorliegenden Fall auch das Erlöschen des Erbbaurechtes durch Zeitablauf als Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 des GrEStG, da auch die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechtes Grunderwerbsteuerpflichtig ist, wenn die Entstehung des Erbbaurechts der Grunderwerbsteuer unterliegt.

#### **Lösung**

Demgegenüber sieht der BFH einen rechtlich erheblichen Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Erbbaurechtes gem. § 26 ErbbauVO, die grundsätzlich Grunderwerbsteuerpflichtig ist. Denn in dem damals entschiedenen Fall (BFH, BStBl II 1976, 420) war das Erbbaurecht noch nicht beendet; der Erbbauberechtigte verzichtete aber auf seine noch bestehende Berechtigung an dem Grundstück im Sinne des § 1 Abs. 1 ErbbauVO zugunsten des Grundstückseigentümers, der seinerzeit das Vollrecht über sein Grundstück (erst) aufgrund

des Verzichts des Erbbauberechtigten erlangte. Demgegenüber räumt im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer insbesondere keine ihm (noch) zustehende Berechtigung an dem Erbbaurecht ein. Es erlischt vielmehr mit dem Eintritt des Endtermins (vgl. § 27 f. ErbbauVO), weil es dem Erbbauberechtigten von vornherein nur mit diesem Inhalt eingeräumt worden war. Das Erbbaurecht ist mit dem zu seinem Inhalt gehörenden Zeitablauf beendet; es ist damit verbraucht. Nach Meinung des BFH findet ein Übergang einer Erbbauberechtigung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG auf den Grundstückseigentümer also nicht statt. Diese Beurteilung sei unabhängig davon, ob der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für ein auf dem Grundstück errichtetes Bauwerk zu leisten habe oder nicht.

## **Hinweise für die Praxis**

**BGB §§ 177 Abs. 1, 180 S. 1**

**Wegfall der Vertretungsmacht zwischen Abgabe und Zugang einer Genehmigungserklärung**

In der Praxis stellt sich mitunter die Frage, ob es ausreicht, wenn der eine vollmachtlose Vertretung Genehmigende, der seinerseits als Vertreter eines Dritten handelt, Vertretungsmacht zur Zeit der Abgabe der Genehmigungserklärung gehabt hat, oder ob es darüber hinaus erforderlich ist, daß die Vertretungsmacht auch noch im Zeitpunkt des Zugangs der Genehmigungserklärung vorliegt. Besonders deutlich wird diese Problematik bei befristeten Vollmachten, wenn das Fristende zwischen Abgabe und Zugang der Genehmigungserklärung fällt.

§ 177 BGB kommt zur Anwendung, wenn die Vertretungsmacht im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts erloschen war. Ob unter „Vornahme des Rechtsgeschäftes“ die Abgabe oder auch noch der Zugang einer Willenserklärung gemeint ist, ist in der Literatur umstritten. Eine Stellungnahme durch die Rechtsprechung fehlt zu dieser Frage. Den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung durch den Vertreter sehen vor allem *Schramm* (in: MünchKomm, 3. Aufl. 1993, § 177 Rz. 11), *Brox* (in: Erman, 9. Aufl. 1993, § 177 Rz. 5) sowie *Flume* (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 4. Aufl. 1992, § 47, 1 Fn. 1) als maßgeblich an. Demgegenüber wollen *Dilcher* (in: Staudinger, 12. Aufl. 1980, § 177 Rz. 5) und *Lep-tien* (in: Soergel, 12. Aufl. 1987, § 177 Rz. 5) auf den Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung beim Erklärungsempfänger abstellen. Diejenigen Autoren, die auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung abstellen, begründen dies mit dem Rechtsgedanken aus § 130 Abs. 2 und § 153 BGB. Im Ergebnis besteht jedoch Einigkeit, daß der Vertretene an die Erklärung des Vertreters entsprechend § 130 Abs. 1 S. 2 BGB jedenfalls dann nicht gebunden ist, wenn das Erlöschen der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner vor dem Zugang eingetreten ist oder dieser vor dem Zugang der Erklärung des Vertreters das Erlöschen der Vertretungsmacht nach § 173 BGB gegen sich

gelten lassen muß. Danach dürfte es im jeweiligen Einzelfall, insbesondere bei befristeten Vollmachten, darauf ankommen, ob bei Zugang der Genehmigungserklärung aufgrund der vorgelegten Unterlagen erkennbar ist, daß die Vollmacht befristet ist und die Frist zum Zeitpunkt des Zugangs der Genehmigungserklärung bereits abgelaufen ist.

## Aktuelles

### **MaBV §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, § 10 Abs. 4 Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung**

Mit Verkündung am 06.09.1995 ist die Zweite Verordnung zur Änderung der MaBV in Kraft getreten (vgl. hierzu ausführlich DNotI-Report 13/1995, 119 f.). Danach lautet § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 nun wie folgt:

*„4. die Baugenehmigung erteilt worden ist oder, wenn eine Baugenehmigung nicht oder nicht zwingend vorgesehen ist, a) von der zuständigen Behörde bestätigt worden ist, daß aa) die Baugenehmigung als erteilt gilt oder bb) nach den baurechtlichen Vorschriften mit dem Vorhaben begonnen werden darf, oder,*

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

#### **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. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### **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.

*b) wenn eine derartige Bestätigung nicht vorgesehen ist, von dem Gewerbetreibenden bestätigt worden ist, daß aa) die Baugenehmigung als erteilt gilt oder bb) nach den baurechtlichen Vorschriften mit dem Bauvorhaben begonnen werden darf, und nach Eingang dieser Bestätigung beim Auftraggeber mindestens ein Monat vergangen ist.“*

## Literaturhinweise

### **Holzapfel/Pöllath, Recht und Praxis des Unternehmenskaufs, rechtliche und steuerliche Aspekte, Verlag Kommunikationsforum GmbH Köln, 7. Aufl. 1995, 479 Seiten, 128,- DM**

Das vorliegende Werk behandelt mit großer Sachkunde alle Fragen des Unternehmenskaufs. Es versteht sich insbesondere als Handlungsanweisung für den Unternehmenserwerb. Behandelt werden auch Sonderformen des Unternehmenserwerbs wie Leverage buy out und Management buy out und die Besonderheit der Rechtslage in den neuen Bundesländern. Erfreulich ist, daß das Werk sich auch mit den Beurkundungsfragen im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf beschäftigt und eine ausführliche Checkliste des Vertragsaufbaues eines Unternehmenskaufvertrages enthält.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

#### **Bezugspreis:**

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### **Druck:**

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333