

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
Dezember 2001
ISSN 1434-3460

23/2001

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauVO § 1 Abs. 2; BGB §§ 741 ff., 743 Abs. 2, 109 ff., 1018, 1066; GBO § 3 Abs. 4 – Dingliche Absicherung der Nutzung eines Zufahrtsweges durch Erbbaurecht

BGB §§ 2303, 2346 – Vereinbarung über die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; GesO § 9 Abs. 1 S. 3 – Vormerkung für Verkaufsangebot insolvenzfest

GmbH §§ 8 Abs. 2, 19 Abs. 5, 30, 31; BGB § 366 – Hin- und Herüberweisung der GmbH-Stammeinlage

BGB §§ 134, 173; RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1 – Vertrauensschutz in Bestand der Vollmacht trotz Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz

RBERG § 1, 3 Nr. 6, 5 Nr. 2; UWG § 1 – Geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung verstößt gegen RBERG

AGBG § 9; BGB §§ 320, 634 Abs. 1, 635; BeurkG § 53 – Vorlagesperre mit materiell-rechtlicher Vorleistungspflicht verstößt gegen AGBG

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauVO § 1 Abs. 2; BGB §§ 741 ff., 743 Abs. 2, 109 ff., 1018, 1066; GBO § 3 Abs. 4 Dingliche Absicherung der Nutzung eines Zufahrtsweges durch Erbbaurecht

I. Sachverhalt

Ein Erbbaurecht soll bestellt werden. Das zu belastende Grundstück ist von der öffentlichen Straße nicht unmittelbar erreichbar, sondern nur über eine Wegfläche, an der der Grundstückseigentümer mit einem Bruchteil von 1/10 beteiligt ist. Außerdem besteht zu Lasten des Wegflächengrundstücks und zu Gunsten des Grundstücks, an dem das Erbbaurecht bestellt werden soll, ein Wege- und Leitungsrecht.

II. Fragestellung

1. Kann das Erbbaurecht auf den Miteigentumsbruchteil an der Wege- und Zufahrtsfläche erweitert werden?
2. Wie kann ein Wege- und Zufahrtsrecht des Erbbauberechtigten an der Anliegerstraße dinglich gesichert werden?

III. Rechtslage

1. Eintragung einer neuen Dienstbarkeit

a) Dienstbarkeit am Gesamtgrundstück

Als erste Möglichkeit einer dinglichen Sicherung haben die Beteiligten erwogen, ein Wegerecht zu Gunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten an der Anliegerstraße eintragen zu lassen. Dies scheitert jedoch daran, dass nicht alle Miteigentümer der Anliegerstraße bereit sind, hieran mitzuwirken.

b) Dienstbarkeit an Miteigentumsbruchteilen

Eine **Dienstbarkeit an einem bloßen Miteigentumsanteil** ist nach ganz herrschender Auffassung **nicht möglich** (BGHZ 36, 187, 189 = NJW 1962, 633, 634; BayObLGZ 1974, 396, 399 = NJW 1975, 59 = Rpfleger 1975, 22; OLG Düsseldorf MittBayNot 1976, 137 = MittRhNotK 1976, 743; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 1117; Palandt/Bassenge, BGB, 60. Aufl. 2001, § 1018 BGB Rn. 2 – anders bei Dienstbarkeit zum Ausschluss einer Rechtsausübung nach Staudinger/Ring, BGB, 13. Bearb. 1994, § 1018 BGB Rn. 6).

2. Bestehende Dienstbarkeit zu Gunsten des Grundstücks

a) Derzeit besteht aber bereits ein Wege- und Leitungsrecht (§ 1018 BGB) zu Gunsten des mit dem Erbbaurecht zu belastenden Grundstücks.

b) Ein als Grunddienstbarkeit eingetragenes Wegerecht kann, sofern sich aus dem Bestellungsakt nichts anderes ergibt, auch von solchen Personen ausgeübt werden, die zu dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks in besonderer Beziehung stehen, insbesondere von Familienangehörigen und Hausgenossen, Kunden und Besuchern, Angestellten sowie von Mietern und Pächtern (BGH DNotZ 1971, 471; BGH NJW 1967, 246 = MDR 1967, 207; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1154).

Nichts anderes kann dann für den Erbbauberechtigten oder einen sonst dinglich zur Nutzung des herrschenden Grundstücks Berechtigten gelten. **Auch der Erbbauberechtigte kann daher u. E. die Dienstbarkeit ausüben.**

c) Damit ist allerdings der Erbbauberechtigte noch nicht dagegen geschützt, dass der Grundstückseigentümer das **Wegerecht im Grundbuch löschen** lässt.

Zwar ist materiell-rechtlich eine Aufhebung des subjektiv-dinglichen Wegerechts (oder eine Inhaltsänderung) nur mit Zustimmung der am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten möglich (§ 876 Abs. 2 BGB). Grundbuchverfahrensrechtlich genügt jedoch die Löschungsbewilligung des Grundstückseigentümers. Die Löschungsbewilligung des am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten ist nach § 21 GBO nur dann erforderlich, wenn das Recht auf dem Blatt (des herrschenden Grundstücks) vermerkt ist (Herrschervermerk). Dieser **Herrschervermerk** kann nach § 9 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO auch auf Antrag des am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten eingetragen werden; ein Antrag des Grundstückseigentümers des herrschenden Grundstücks oder des Eigentümers des belasteten Grundstücks ist dann nicht erforderlich.

Als erste Sicherungsmöglichkeit sehen wir daher die Eintragung eines Herrschervermerks am Erbbaugrundstück nach § 9 GBO.

3. Bestellung bzw. Ausdehnung des Erbbaurechts

a) Erbbaurecht an Anliegerstraße

Auch die Bestellung eines Erbbaurechts an der Anliegerstraße scheitert daran, dass nicht alle Miteigentümer zur Mitwirkung bereit sind.

b) Erbbaurecht an Miteigentumsbruchteilen

Nach bisher ganz herrschender Auffassung ist die Bestellung eines **Erbbaurechtes an einem ideellen Miteigentumsanteil unzulässig** (vgl. statt aller MünchKomm-v. Oefele, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1 ErbbauVO Rn. 67; Palandt/Bassenge, § 1 ErbbauVO Rn. 2; RGRK-Räfle, 12. Aufl., § 1 ErbbauVO Rn. 18; Schöner/Stöber, Rn. 1117; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl. 1989, § 1 ErbbauVO Rn. 1; Staudinger/Ring, § 1 ErbbauVO Rn. 15; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Aufl. 1995, Rn. 2.90).

Davon will *Diekgräf* (DNotZ 1996, 338, 348 ff.) eine Ausnahme machen für den Fall eines Gesamterbbaurechts am ideellen Miteigentumsanteil eines **Zuwegungsgrundstücks**. Diese Ausnahme würde sich auf die Erstreckung eines Erbbaurechts nach § 1 Abs. 2 ErbbauVO beschränken, sofern das Erbbaurecht im Übrigen als Gesamterbbaurecht an einem anderen Grundstück bestellt wird – nicht hingegen die isolierte Bestellung eines Erbbaurechtes lediglich an einem

Miteigentumsbruchteil zulassen. Im Rahmen der neueren Kommentierungen zur ErbbauVO sprechen *Ingenstau/Hustedt* (Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Aufl. 2001, § 1 ErbbauVO Rn. 23) von “beachtlichen Argumenten” *Diekgräfs*. Ausdrücklich zustimmend ist die Kommentierung von *Linde/Richter* (Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 63). Die übrigen seither erschienenen Kommentierungen erwähnen den Aufsatz *Diekgräfs* und das spezielle Problem der Zuwegungsgrundstücke überhaupt nicht und sprechen lediglich allgemein davon, dass eine Bestellung eines Erbbaurechts an einem ideellen Miteigentumsanteil unzulässig sei (Erman/Hagen, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1 ErbbauVO Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 1 ErbbauVO Rn. 2; Schöner/Stöber, Rn. 1117).

Es gibt gute Gründe, warum ein Erbbaurecht nicht an einem bloßen ideellen Miteigentumsanteil bestellt werden kann: Es ist schon praktisch nicht vorstellbar, “auf oder unter der Oberfläche” eines bloßen Miteigentumsanteils “ein Bauwerk zu haben” – abgesehen von der Frage, ob dann möglicherweise das **Bauwerk** teilweise dem Grundstückseigentümer, teilweise dem Erbbauberechtigten gehören würde.

Geht es hingegen nur um die **Erstreckung der Nutzungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 ErbbauVO**, so wäre in der Tat vorstellbar, hier auch die bloße Mitbelastung eines Miteigentumsbruchteils zuzulassen, wie dies *Diekgräf* (DNotZ 1996, 338, 348) vorschlägt. Allerdings muss man sich bei einer derartigen Gestaltung bewusst sein, dass dies bisher lediglich eine Mindermeinung in der Literatur ist und noch nicht durch Rechtsprechung entschieden wurde.

4. Nießbrauch an Miteigentumsanteilen

a) Bruchteilsnießbrauch

Eine mögliche Gestaltungsvariante wäre hingegen die **Belastung eines Bruchteils** des Miteigentumsanteils **mit einem Nießbrauch**. Belastungsgegenstand eines Sachnießbrauches kann nach § 1066 Abs. 1 BGB auch der bloße Anteil eines Miteigentümers sein. Daher könnte jedenfalls an dem 1/10 Anteil des Grundstückseigentümers ein Nießbrauch bestellt werden.

Nach herrschender Auffassung ist die Bestellung eines bloßen Bruchteils des Nießbrauchs auch dann zulässig, wenn der belastete **Gegenstand im Alleineigentum** einer Person steht (KG JW 1936, 2747; Palandt/Bassenge, § 1066 BGB Rn. 2; RGRK Rothe, § 1066 BGB Rn. 5; Soergel/Stürner, § 1066 BGB Rn. 1a; Staudinger/Frank, BGB, 13. Bearb. 1994, § 1066 BGB Rn. 15). Insoweit dürfen wir auf unser Gutachten, DNotI-Report 2001, 98 verweisen.

Folglich muss es dann auch zulässig sein, wenn ein Miteigentümer einen Nießbrauch nicht an seinem gesamten Eigentumsbruchteil bestellt, sondern lediglich an einem **Teil seines Bruchteils** – also hier nicht an dem gesamten Anteil von 1/10, sondern lediglich an einem Anteil von 1/20. Damit hätte sowohl der Erbbauberechtigte als Nießbraucher an dem 1/20 Miteigentumsanteil des Wegegrundstücks ein dinglich gesichertes Nutzungsrecht (§ 1066 Abs. 1 i. V. m. § 743 Abs. 2 BGB) als auch der Grundstückseigentümer weiterhin ein Nutzungsrecht aus einem unbelasteten Miteigentumsanteil von 1/20 (§ 743 Abs. 2 BGB).

b) Gestaltung zur Verknüpfung von Nießbrauch und Erbbaurecht

Um zu verhindern, dass der Nießbrauch auch nach dem Heimfall des Erbbaurechts fortbesteht, kann der Nießbrauch z. B. auflösend bedingt werden (durch das Entstehen eines Heimfallanspruchs des Erbbaurechts – vgl. BayObLGZ 1989, 442, 446 = DNotZ 1981, 254 = NJW-RR 1990, 208 = Rpfleger 1991, 111; Schöner/Stöber, Rn. 1382). Ein subjektiv-dinglicher Nießbrauch zu Gunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten ist jedoch nicht möglich.

5. Übertragung eines Miteigentumsbruchteils am Zuwegungsgrundstück

a) Ganze oder teilweise Übertragung unter auflösender Bedingung

Denkbar wäre schließlich auch die – von den Beteiligten ebenfalls erwogene – Übertragung des ganzen Miteigentumsanteils von 1/10 am Zuwegungsgrundstück oder eines Bruchteils davon auf den Erbbauberechtigten. Nachdem der Grundstückseigentümer weiterhin selbst Eigentümer auch des Wegegrundstücks bleiben will, um ein eigenes Nutzungsrecht zu haben (wohl für ein anderes an der Zufahrtsstraße liegendes Grundstück bzw. für einen nicht vom Erbbauberechtigten genutzten Grundstücksteil), kommt wohl nur die Übertragung eines bloßen Bruchteils (z. B. 1/20) in Betracht.

Auch hier wäre wieder dafür zu sorgen, dass der Erbbauberechtigte bei einem Heimfall des Erbbaurechts bzw. bei dessen Zeitablauf auch zur Rückübertragung des Miteigentumsanteils verpflichtet ist – und diese Verpflichtung durch eine **Rückauffassungsvormerkung** dinglich gesichert wird. Voraussetzung für den Rückübertragungsanspruch könnte insbesondere das Entstehen eines Heimfallanspruchs bzw. das Erlöschen des Erbbaurechts sein.

b) Umfang des Nutzungsrechtes

Abschließend sei noch geprüft, inwieweit sich die Befugnis zur Mitnutzung bei der Übertragung eines Miteigentumsbruchteils auf den Erbbauberechtigten möglicherweise verringert oder verschiebt. Nach § 743 Abs. 2 BGB ist jeder Teilhaber zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird. Dieses Gebrauchsrecht besteht nur im Rahmen der von den Miteigentümern nach § 745 Abs. 1 BGB beschlossenen Zweckbestimmung des Gegenstandes. Wenn hier die Zufahrtsstraße nach den vorliegenden Beschlüssen der Miteigentümer auch als Zufahrtstraße für Autos genutzt werden kann, so haben sowohl der Grundstückseigentümer als auch der Erbbauberechtigte ein Gebrauchsrecht nach § 743 Abs. 2 BGB, wenn der Grundstückseigentümer einen Bruchteil auf den Erbbauberechtigten überträgt.

Allerdings könnten die Miteigentümer die Vereinbarung des Gebrauchsrechts nach § 743 Abs. 2 BGB ausschließen. Hierfür gibt es keinen Anhaltspunkt im Sachverhalt. Im Übrigen könnten die Miteigentümer auch durch bloße Mehrheitsentscheidung entscheiden, ob der Gegenstand von den Miteigentümern selbst gebraucht und genutzt werden darf, oder ob er nicht vielmehr Dritten oder einzelnen Teilhabern gegen Entgelt zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen wird (BGH DNotZ 1995, 604, 606; MünchKomm-K. Schmidt, 3. Aufl. 1995,

§§ 744, 745 BGB Rn. 19; Palandt/Sprau, § 743 BGB Rn. 4; Staudinger/Langhain, 13. Bearb. 1996, § 755 BGB Rn. 14; vgl. Gutachten DNotI-Report 2001, 140). Würden also die Miteigentümer mehrheitlich die Vermietung der Zufahrtsstraße an einen Dritten beschließen, so hätten Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte auch als Miteigentümer kein **Gebrauchsrecht nach § 743 Abs. 2 BGB**. Dies ist hier aber wohl nur eine theoretische Gefahr, da auch die anderen Miteigentümer die Zufahrtsstraße selbst benötigen.

BGB §§ 2303, 2346

Vereinbarung über die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs

I. Sachverhalt

Eltern wollen mit einem ihrer (volljährigen) Kinder vereinbaren, dass das Kind auf den Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil verzichtet. Hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs nach dem letztversterbenden Elternteil soll festgelegt werden, dass der Pflichtteil nicht nur als Geldzahlung, sondern auch in einem Sachgegenstand nach freier Wahl des mit dem Pflichtteil belasteten Erben erfüllt werden kann.

II. Frage

Kann eine derartige Vereinbarung getroffen werden, oder widerspricht sie dem Charakter des Pflichtteilsrechts?

III. Rechtslage

1. Pflichtteil als schuldrechtlicher Anspruch

Die Testierfreiheit des Erblassers wird durch die Vorschriften über das Pflichtteilsrecht eingeschränkt. Die Vorschriften über das Pflichtteilsrecht sind demgemäß zwingend. Sofern dem Pflichtteilsberechtigten durch die §§ 2303 ff. BGB eine Mindestbeteiligung am Nachlass des Erblassers gewährt wird, kann diese damit auch nicht durch anderweitige letztwillige Verfügung des Erblassers verschlechtert oder verändert werden. Dies gilt z. B. hinsichtlich der Höhe des Pflichtteils wie auch hinsichtlich der Fälligkeit (vgl. § 2317 Abs. 1 BGB).

Was nunmehr den Charakter der Mindestbeteiligung am Nachlass des Erblassers angeht, so handelt es sich bei dem Pflichtteilsanspruch nach den §§ 2303 ff. BGB um eine (gewöhnliche) **Geldforderung** (BGHZ 28, 178; Palandt/Edenhofer, BGB, 60. Aufl. 2001, § 2317 Rn. 2; MünchKomm-Frank, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2317 Rn. 4). Daraus folgt, dass die Pflichtteilsforderung auch durch eine andere Leistung des Schuldners erfüllt werden kann, sofern der Pflichtteilsberechtigte als **Gläubiger diese Leistung an Erfüllung statt gem. § 364 Abs. 1 BGB annimmt**. Verpflichtet ist er hierzu allerdings nicht. Denn grundsätzlich wird gem. § 362 Abs. 1 BGB Erfüllung nur durch die geschuldete Leistung bewirkt.

2. Ersetzungsbefugnis des Pflichtteilsschuldners als eingeschränkter Pflichtteilsverzicht

Soll daher ein **Recht** des Pflichtteilsschuldners begründet werden, später den Pflichtteil durch andere Gegenstände als eine Geldzahlung zum Erlöschen zu bringen, so muss diesem eine **Ersetzungsbefugnis** eingeräumt werden (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, § 364 Rn. 1). Dies bedarf wiederum der Mitwirkung des Pflichtteilsberechtigten, da seine gesetzlich garantierte Mindestposition insoweit

beeinträchtigt wird. Diese Mitwirkung ist dogmatisch als **eingeschränkter Pflichtteilsverzicht** i. S. d. § 2346 BGB einzuordnen, so dass insbesondere die für den Pflichtteilsverzicht geltenden Formvorschriften zu beachten sind.

Eine ausdrückliche Erörterung dieser Problematik ließ sich zwar in der Kommentarliteratur nicht ausfindig machen. Jedoch weist z. B. *Schotten* (in: Staudinger, BGB, 13. Aufl. 1997, § 2346 Rn. 47 ff.; ähnlich auch J. Mayer, Der beschränkte Pflichtteilsverzicht, ZEV 2000, 263) darauf hin, dass ein teilweiser Verzicht auf das Pflichtteilsrecht in weitem Umfang zulässig ist. Als Beispielsfälle werden genannt: die Beschränkung des Pflichtteilsverzichts auf einen ideellen Bruchteil des Pflichtteils, der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht, der Verzicht auf den Pflichtteilsrestanspruch bzw. den Pflichtteilsergänzungsanspruch, der Verzicht in der Form, dass dem Erblasser zugebilligt wird, den Pflichtteilsberechtigten zusätzliche Beschränkungen und Beschwerungen (über § 2306 BGB hinaus) aufzuerlegen und schließlich eine Vereinbarung mit dem Erblasser über die Stundung des Pflichtteilsanspruchs oder die Zahlung des Pflichtteils in Raten (Staudinger/Schotten, § 2346 BGB Rn. 53).

3. Ergebnis

Dann kann u. E. aber auch eine Ersetzungsbefugnis für den Pflichtteilsschuldner im Wege eines beschränkten Pflichtteilsverzichts vereinbart werden.

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BGB §§ 1092, 1059a; HGB § 142 a. F.
Bestand einer zugunsten einer OHG eingetragenen
beschränkt persönlichen Dienstbarkeit**
Fax-Abruf-Nr.: 11232

**InsO §§ 80, 299, 313
Freihändige Veräußerung durch Treuhänder im
Verbraucherinsolvenzverfahren**
Fax-Abruf-Nr.: 11233

**EGBGB Art. 14, 15, 25; BGB §§ 1408, 1410, 2346
Brasilien; Ehevertrag; Erb- und
Pflichtteilsverzichtsvertrag**
Fax-Abruf-Nr.: 1488

**EGBGB Art. 25, 26
Jugoslawien; Serbien; Testamentserrichtung**
Fax-Abruf-Nr.: 1489

**EGBGB Art. 25; BGB §§ 2032, 2042 ff.
Türkei; Erbstatut; Erbteilung**
Fax-Abruf-Nr.: 1490

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; GesO § 9 Abs. 1 S. 3 Vormerkung für Verkaufsangebot insolvenzfest

Ein künftiger Auflassungsanspruch, der durch eine vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens eingetragene Vormerkung gesichert wird, ist insolvenzfest.

BGH, Urt. v. 14.9.2001 – VZR 231/00
Kz.: LI 1 – § 883 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10109**

Problem

Zwei Miteigentümer eines Grundstücks hatten 1993 ein bis Mitte 1997 befristetes Verkaufsangebot abgegeben und hierfür eine Vormerkung eintragen lassen. Der Angebotsempfänger zahlte den Kaufpreis bereits 1993, nahm das Angebot aber erst im März 1997 an. Damit wollen die Beteiligten vermeiden, dass ein dinglich Vorkaufsberechtigter, dessen Vorkaufsrecht bis Ende 1996 befristet war, sein Vorkaufsrecht ausübte. Außerdem wurde im November 1996 das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen eines der beiden Verkäufer eröffnet. Der Gesamtvollstreckungsverwalter hielt die eingetragene Vormerkung für unwirksam.

Entscheidung

Der BGH wies alle fünf gegen die Wirksamkeit der Vormerkung vorgebrachten Argumente zurück. Zunächst stellte er fest, dass der aus dem Verkaufsangebot entspringende **künftige Auflassungsanspruch** nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB **vormerkungsfähig** war. Nach der Formel der Rechtsprechung können künftige Ansprüche dann Vormerkungsschutz genießen, „wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot soweit vorbereitet ist, so dass die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten abhängt“ (BGHZ 12, 150, 117 f.; DNotZ 1981, 179 = NJW 1981, 446). Dies gilt insbesondere bei einem Verkaufsangebot (BGH DNotZ 1982, 238 = WM 1981, 1357).

Die Vormerkung war auch nicht mittlerweile erloschen. Die **Annahme war rechtzeitig vor Ablauf der Annahmefrist erklärt** worden. Auf das Datum des Zugangs der Annahmeerklärung kam es nach **§ 152 BGB** nicht an. Zwar ist § 152 BGB regelmäßig dann abbedungen, wenn für die Annahme des Angebots eine Frist gesetzt wird (BGH DNotZ 1989, 501 = NJW-RR 1989, 198). Trotz Fristsetzung nicht abbedungen ist § 152 BGB aber, wenn – wie hier – in der Angebotsurkunde ausdrücklich erklärt wird, es komme für die Rechtzeitigkeit nicht auf den Zugang der Annahmeerklärung an.

Auch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen einer der beiden Verkäufer hinderte die Annahme nicht, da die Vormerkung das Angebot insolvenzfest machte (§ 9 Abs. 1 S. 3 GesO – entsprechend § 24 KO bzw. § 106 InsO). Hier setzt sich der BGH ausführlich mit der

Auffassung auseinander, wonach § 24 KO bei einer Vormerkung zur Sicherung künftiger Rechte nur dann anwendbar sei, wenn der Anspruch zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits entstanden sei.

Ebenso lehnte es der BGH ab, aufgrund der Absicht zur **Umgehung des dinglichen Vorkaufsrechts** den Kaufvertrag als sittenwidrig zu verwerfen (§ 138 Abs. 1 BGB). Der BGH hielt es jedoch für möglich, die vorliegende Vertragsgestaltung wie einen Vorkaufsfall zu behandeln, so dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht hätte ausüben können (§§ 162, 242 BGB).

Schließlich sei der Kaufvertrag auch **nicht formnichtig**. Zwar hätte auch die Anrechnung des bereits mehrere Jahre vor der Annahme bezahlten Kaufpreises mit beurkundet werden müssen (§ 313 BGB). Dies führe aber im vorliegenden Fall nicht zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrages (§ 139 BGB).

GmbH §§ 8 Abs. 2, 19 Abs. 5, 30, 31; BGB § 366 Hin- und Herüberweisung der GmbH-Stammeinlage

a) Die Hin- und Herüberweisung des Einlagebetrages binnen weniger Tage tilgt die Einlageschuld nicht, weil in einem solchen Falle nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Leistung zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat.

b) Die Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbHG setzt einen ordnungsgemäß abgeschlossenen Kapitalaufbringungsvorgang voraus.

c) Kann der Gläubiger eine Leistung des Schuldners, etwa weil genau ein bestimmter offener Betrag gezahlt wird, einer von mehreren offenen Verbindlichkeiten zuordnen, steht es der Erfüllungswirkung der Zahlung nicht entgegen, dass der Schuldner sie nicht mit einer ausdrücklichen Tilgungsbestimmung versehen hat.

BGH, Urt. v. 17.9.2001 – II ZR 275/99

Kz.: L V 2 – § 19 GmbHG

Fax-Abruf-Nr.: 10110

Problem

Eine GmbH wurde im August 1990 gegründet und im Januar 1990 in das Handelsregister eingetragen. Im Januar 1992 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über ihr Vermögen eröffnet. Vom Stammkapital über 3 Mio. DM hatte die Beklagte 1,53 Mio. DM übernommen. Einen entsprechenden Betrag hatte sie am 28.9.1990 eingezahlt, aber schon am 9.10.1990 wieder zurückgezahlt erhalten. Am 27.7.1991 zahlte sie nochmals 1,53 Mio. DM an die GmbH – jedoch ohne ausdrückliche Leistungsbestimmung. Es ging nun um die Frage, inwieweit die ursprüngliche Einlageforderung erfüllt war bzw. ob eine Forderung wegen verbotener Rückzahlung aus dem Stammkapital (§§ 30, 31 GmbHG) entstanden war.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH war die Stammeinlage durch die Zahlung im September 1990 nicht erbracht.

Denn angesichts der in geringem zeitlichen Abstand erfolgten **Hin- und Herüberweisung** könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Einlagebetrag zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat (ebenso BGHZ 113, 335, 348 = DNotZ 1991, 843 = NJW 1991, 1754; DNotZ 1999, 227 = NJW 1998, 1951 = ZIP 1998, 780). Das Berufungsgericht hatte daher zu Unrecht §§ 30, 31 GmbHG angewandt.

Jedoch hatte die Gesellschafterin mit ihrer Zahlung vom Juni 1991 ihre Einlagepflicht erfüllt. Zwar hatte sie ihre Überweisung nicht mit einer ausdrücklichen **Tilgungsbestimmung** versehen. Es genügt aber, wenn im Fall mehrerer durch die Zahlung nicht vollständig gedeckter Verbindlichkeiten für den Empfänger ersichtlich ist, dass eine bestimmte Forderung nach dem Willen des Leistenden getilgt werden soll. Dies ist u. a. dann anzunehmen, wenn genau der Betrag der Schuldsomme gezahlt wird – wie im vorliegenden Fall.

BGB §§ 134, 173; RBerG Art. 1 § 1 Abs. 1 Vertrauensschutz in Bestand der Vollmacht trotz Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz

a) Ein Treuhandvertrag, der den Treuhänder nicht primär zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Treugebers verpflichtet, sondern ihm umfassende Befugnisse zur Vornahme und Änderung von Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit dem Beitritt des Treugebers zu einem geschlossenen Immobilienfonds einräumt, ist auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S. des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG gerichtet.

b) Der in seinem Vertrauen auf eine ihm im Jahre 1993 von einem Treuhänder vorgelegte umfassende Vollmachtserklärung geschützte Darlehensgeber hat grundsätzlich keine Veranlassung, einen Verstoß des Treuhandvertrages gegen § 134 BGB, Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG anzunehmen.

BGH, Urt. v. 18.9.2001 – XI ZR 321/00

Kz.: L III 8 – § 1 RBerG

Fax-Abruf-Nr.: 10111

Problem

Ein Anleger hatte zur Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds einer Treuhandsteuerberatungsgesellschaft mbH ein Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages abgegeben und der Treuhänderin eine umfassende Vollmacht erteilt, ihn „bei der Vornahme aller Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen (...) zu vertreten, die zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich und zweckmäßig“ sind. Nunmehr bestritten die Anleger die Wirksamkeit der vom Treuhänder abgeschlossenen Darlehensverträge – u. a. unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH zum Rechtsberatungsgesetz vom 28.9.2000 (BGHZ 145, 265 = DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70).

Entscheidung

Zunächst bekräftigte der BGH seine beiden kürzlich ergangenen Urteile, wonach die Vollmacht nicht die Pflichtangaben des § 4 **VerbrKrG** enthalten müsse.

Der Treuhandvertrag war jedoch nach der Entscheidung des BGH wegen Verstoßes gegen das **Rechtsberatungsgesetz** nichtig. Die Treuhänderin war nicht primär mit der Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange der Anleger betraut; die von ihr zu erbringenden Dienstleistungen waren vielmehr ganz überwiegend rechtsbesorgender Art, insbesondere durch den Abschluss von Rechtsgeschäften. Das Nebentätigkeitsprivileg des Steuerberaters (Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG) griff schon deshalb nicht ein, weil die Treuhänderin keine steuerliche Beratung schuldete.

Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages würde auch die **Vollmacht** erfassen, wenn beide nach dem Willen der Parteien zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB verbunden waren. Hierfür spricht eine Vermutung, wenn beide Rechtsgeschäfte in einer Urkunde zusammengefasst sind.

Jedenfalls wäre der **Darlehensvertrag** aber wirksam, wenn der Bank vor Abschluss des Darlehensvertrages die **notariell beglaubigte Vollmachtsurkunde vorgelegt** wurde. Denn dann konnte die Bank auf die Wirksamkeit der Vollmacht vertrauen (§ 172 BGB). Einen Verstoß gegen das RBERG musste eine Bank im Jahre 1993 noch nicht erkennen (vgl. auch Ganter, WM 2001, 195, 196).

RBERG Art. 1 § 1, 3 Nr. 6, 5 Nr. 2; UWG § 1 Geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung verstößt gegen Rechtsberatungsgesetz

Die geschäftsmäßige Übernahme von Testamentsvollstreckungen verstößt auch dann gegen das Rechtsberatungsgesetz, wenn sie von einem Steuerberater vorgenommen wird. (Leitsatz des Bearbeiters)

OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.5.2001 – 20 U 41/00
Kz.: L III 8 – § 1 RBERG
Fax-Abruf-Nr.: **10112**

Problem

Im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage (§ 1 UWG) ging es um die Frage, ob ein Steuerberater mit der geschäftsmäßigen Übernahme von Testamentsvollstreckungen gegen das RBERG verstößt.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf bejahte einen Verstoß. Die Testamentsvollstreckung sei sowohl bei einer Abwicklungsvollstreckung wie bei einer Dauervollstreckung eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne des RBERG. Die Ausnahmenvorschrift des § 3 Nr. 6 RBERG greife jedenfalls bei einem **durch private Verfügung ernannten Testamentsvollstrecker** nicht ein (ebenso bereits OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 236 = WM 1994, 688 – in der Literatur umstritten).

Auch bei einem **Steuerberater** gelte nichts anderes. Die Ausnahmenvorschrift des § 5 Nr. 2 RBERG erfordere, dass die rechtliche Tätigkeit bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit neben einem zur eigentlichen Berufsaufgabe des Steuerberaters gehörenden Hauptgeschäft sei. Dies liege bei der Testamentsvollstreckung weder im Hinblick auf die vom Steuerberater zu Lebzeiten des Erblassers ausgeübte Vermögensverwaltung noch im Hinblick auf die Verwaltung des Nachlasses vor.

**AGBG § 9; BGB §§ 320, 634 Abs. 1, 635;
BeurkG § 53**

Vorlagesperre mit materiell-rechtlicher Vorleistungspflicht verstößt gegen AGBG

1. Die folgende Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages: “Der amtierende Notar wird angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums erst dann zu stellen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis ... voll gezahlt ist.” benachteiligt den Klauselgegner hinsichtlich der Pflicht zur Vorleistung unangemessen und ist daher wegen eines Verstoßes gegen das AGBG unwirksam.

2. Der Erwerber kann mit einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufrechnen oder den Erwerbspreis mindern, wenn der Bauträger als alleiniger Eigentümer durch die endgültige Verweigerung der Nachbesserung zu erkennen gibt, daß er nicht bereit ist, an der Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche mitzuwirken.

BGH, Urt. v. 7. Juni 2001 – VII ZR 420/00
Kz.: LI 1 – § 320 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10113**

Problem

In einem Bauträgervertrag über ein Wohnungseigentum war die Auflassung bereits beurkundet worden. Der Notar wurde jedoch angewiesen, “den Antrag auf Umschreibung des Eigentums erst zu stellen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis ... voll gezahlt ist.” Von dem vereinbarten Kaufpreis von 318.000 DM waren knapp 300.000 DM bereits gezahlt. Hinsichtlich des Restbetrags machten die Erwerber Minderung wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum geltend. Sie verlangten deshalb Vollzug der Eigentums Umschreibung. Hilfsweise beantragten sie Vollzug der Eigentums Umschreibung Zug um Zug gegen Hinterlegung des Restkaufpreises.

Entscheidung

Die Befugnis, **Gewährleistungsrechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum** geltend zu machen, steht dem Erwerber eines Wohnungseigentums bekanntlich ohne Mitwirkung der Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich nur für die Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Kostenvorschuss bzw. Erstattung bei Ersatzvornahme sowie Wandelung und großen Schadensersatz zu. **Minderung und kleinen Schadensersatz kann grundsätzlich nur die Wohnungseigentümergeinschaft** als Ganze beschließen (BGHZ 74, 258, 264 = DNotZ 1980, 603 = NJW 1979, 222). Ausnahmsweise kann der einzelne Erwerber Minderung und kleinen Schadensersatz ohne Mitwirkung der Wohnungseigentümergeinschaft geltend machen, wenn die Interessen der Gemeinschaft an einer Durchsetzung der gemeinschaftsbezogenen Ansprüche, die Interessen des Schuldners an einer Durchsetzung der gemeinschaftsbezogenen Ansprüche und die Interessen des Schuldners an einer übersichtlichen Haftungslage nicht berührt sind (BGHZ 114, 383, 887 = NJW 1991, 2480).

Einen solchen **Ausnahmefall** nahm der BGH auch vorliegend an, da einziger sonst betroffener Wohnungseigentümer der Bauträger selbst war, also gerade der zur Mängelbeseitigung Verpflichtete – und da er sich endgültig geweigert hatte, die gerügten Mängel zu beseitigen und damit auch zu erkennen gegeben hatte, dass er kein Interesse habe, an der Beseitigung der gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum oder an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen als Wohnungseigentümer mitzuwirken. Damit war die Rechtssache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das noch keine Beweisaufnahme über das Vorliegen der geltend gemachten Mängel durchgeführt hatte.

Den Hilfsantrag – Vollzug der Auflassung Zug um Zug gegen Hinterlegung des streitigen Rechtskaufpreises – hatte das Berufungsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Klausel über die Vorlagesperre eine **materiell-rechtliche Vorleistungspflicht des Erwerbers** begründe. Der BGH wies daher in seinem Urteil lediglich kurz darauf hin, dass eine derartige materiell-rechtliche Vorleistungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen § 9 AGBG verstoße.

Anmerkung

Der BGH hat damit nicht über die Frage entschieden, ob eine rein **verfahrensrechtliche Vorlagesperre** nach § 53 BeurkG wirksam wäre, die die materiell-rechtliche Verpflichtung der Parteien zur Zug-um-Zug-Leistung (§§ 433, 320 BGB) unberührt lässt.

Literaturhinweise

Reithmann, Christoph/Albrecht, Andreas, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2001, 849 Seiten, 219,- DM

Sechs Jahre nach der Voraufgabe ist die Neuauflage dieser **grundlegenden Darstellung zur notariellen Vertragsgestaltung** anzukündigen. Rein äußerlich ist das Werk gegenüber der Voraufgabe um gut 1/4 angewachsen. Inhaltlich bleibt das bewährte Konzept unverändert: Das Buch behandelt nach einem allgemeinen Teil über das Beurkundungsverfahren (Reithmann) in einem besonderen Teil die **verschiedenen Vertragstypen**, angefangen vom Grundstückskauf und -überlassung (Albrecht), über Grundschuld (Reithmann), Wohnungseigentum (Röll), ehe- und erbrechtliche Urkundstypen (Riegel) bis zu gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen (Kurz). Inhaltlich neu hinzugekommen ist ein eigenes Kapitel über Vollzugs- und Treuhandtätigkeiten (Reithmann) sowie ein Kapitel zur kleinen Aktiengesellschaft (Kurz). Zu den einzelnen Vertragstypen werden jeweils die erforderlichen Regelungspunkte besprochen – unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung, aber leider meist ohne Formulierungsvorschläge. Alles in allem: Als **Standardwerk** zur Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar a. D. Christian Hertel

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: http://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. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 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.

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, 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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg