

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang
Juli 2004
ISSN 1434-3460

14/2004

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1154, 1160, 1162, 1191, 1192; ZPO § 727; GBO §§ 41, 42 – Klauselumschreibung bei Briefgrundschuld nach Verlust des Grundschuldbriefes

GmbHG § 35; HGB § 49 Abs. 2 – Erteilung einer Einzelprokura bei unechter Gesamtvertretung; Erwerb von Grundstücken durch den Prokuristen; Ersteigerung von Grundstücken

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; BGB §§ 125, 311b Abs. 1 – Keine Freistellungsverpflichtung der Globalgläubigerin bei formunwirksamem Bauträgervertrag

WEG §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2; GBO § 53 Abs. 1 S. 2 – Kein Sondernutzungsrecht zugunsten eines WEG-Miteigentümers

WEG §§ 7 Abs. 4, 3 Abs. 2, 6, 8 – Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung für Vereinigung von Wohnungseigentum entbehrlich

HöfeO § 13; BGB § 242; BeurkG § 17; BNotO §§ 14, 19 – Hinweispflicht des Notars auf Nachabfindungsansprüche bei Veräußerung eines Hofes

Aktuelles

UStG § 14 Abs. 4; KostO § 154 – Urkundennummer genügt als Rechnungsnummer für Umsatzsteuer

BGB §§ 247, 288 – Änderung des Basiszinssatzes

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1154, 1160, 1162, 1191, 1192; ZPO § 727; GBO §§ 41, 42 **Klauselumschreibung bei Briefgrundschuld nach Verlust des Grundschuldbriefes**

I. Sachverhalt

Eine vollstreckbare Briefgrundschuld wurde einschließlich der Ansprüche aus dem abstrakten Schuldversprechen an einen Dritten in öffentlich beglaubigter Form abgetreten. Nach Angaben des Zessionars wurde der Grundschuldbrief bei der Abtretung übergeben. Der Grundschuldbrief ist jedoch jetzt nicht mehr auffindbar.

II. Frage

Kann die Vollstreckungsklausel umgeschrieben werden, ohne dass der Grundschuldbrief vorgelegt wird?

III. Zur Rechtslage

1. Abtretung einer Briefgrundschuld (§ 1154 BGB)

Nach §§ 1191, 1192 BGB i. V. m. § 1154 Abs. 1 BGB ist zur Abtretung einer Briefgrundschuld die Erteilung der **Abtretungserklärung** in schriftlicher Form und die **Übergabe des Hypothekenbriefes** erforderlich. § 1154 Abs. 2 BGB

gestattet dabei eine Ausnahme von der schriftlichen Abtretungserklärung, wenn die Abtretung des Grundpfandrechts im Grundbuch eingetragen ist.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 1154 BGB ergibt, ist die **Briefübergabe** grundsätzlich **zwingende Voraussetzung** für die Übertragung eines Briefgrundpfandrechts (Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2002), § 1154 Rn. 22 ff. und Rn. 40; MünchKomm-Eickmann, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1154 Rn. 13 ff.). Ist der Brief abhanden gekommen, kann eine Abtretung erst erfolgen, nachdem der Brief nach § 1162 BGB für kraftlos erklärt ist und ein neuer Brief erteilt oder wenigstens für den Fall der Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB unter Vorlage des **Ausschlussurteils** die Bildung eines neuen Briefes beantragt ist. Die Übergabe des Ausschlussurteils ersetzt nicht die Übergabe des Briefes (Staudinger/Wolfsteiner, § 1154 Rn. 42; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 2380 und 2387).

Zur Briefübergabe muss dem Erwerber nach § 1154 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 i. V. m. § 1117 BGB der unmittelbare Besitz am Brief verschafft werden. Die Besitzerlangung muss sich mit Wissen und Willen des Zedenten vollziehen. Sie muss durch oder auf Veranlassung des Zedenten geschehen (MünchKomm-Eickmann, § 1154 BGB Rn. 14; Staudinger/Wolfsteiner, § 1154 BGB Rn. 41). Der körperlichen Übergabe werden

nach § 1117 Abs. 1 S. 2 BGB verschiedene Übergabesurrogate gleichgestellt. Insgesamt kann auf die Übergabe des Briefes bzw. auf das Übergabesurrogat aber nicht verzichtet werden.

§ 1154 Abs. 2 BGB gestattet allein eine **Ausnahme von der schriftlichen Abtretungserklärung durch Grundbucheintragung**. Die Briefübergabe kann dadurch nicht ersetzt werden. Grundbuchverfahrensrechtlich wird dies dadurch abgesichert, dass nach § 41 GBO bei einem Briefgrundpfandrecht eine Eintragung grundsätzlich nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird (Staudinger/Wolfsteiner, § 1154 BGB Rn. 48; Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, § 41 Rn. 5). Wird der Brief im Rahmen des Antrags auf Grundbucheintragung nicht vorgelegt und bleibt auch eine auf Vorlegung gerichtete Zwischenverfügung ergebnislos, so ist der Eintragungsantrag zurückzuweisen (Demharter, § 41 GBO Rn. 9).

2. Klauselumschreibung (§ 727 ZPO) für persönliches Schuldanerkenntnis

Bei der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Zessionar nach §§ 797 Abs. 2, 727 ZPO, § 52 BeurkG ist zwischen dem Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis einerseits und dem dinglichen Anspruch aus der Briefgrundschuld andererseits zu unterscheiden. § 727 ZPO verlangt dabei für die Klauselumschreibung, dass die Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Soweit die Rechtsnachfolge mehrere Voraussetzungen hat, muss der Nachweis grundsätzlich hinsichtlich aller Voraussetzungen erbracht werden (Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl. 2002, § 727 Rn. 31).

Unproblematisch ist dies für die Abtretung der Rechte aus dem **persönlichen Schuldanerkenntnis**. Hier genügt die Vorlage einer Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form.

3. Klauselumschreibung für Grundschuld

Problematisch ist indessen der Nachweis der Rechtsnachfolge für die Briefgrundschuld. Denn zur Übertragung der Rechte aus einer Briefgrundschuld ist neben der Abtretungserklärung auch die Briefübergabe Voraussetzung. Ob auch die Briefübergabe für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nachgewiesen werden muss, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) OLG Düsseldorf: Vorlage des Briefes erforderlich

Nach einer Ansicht ist für den Nachweis der Rechtsnachfolge bei Abtretung eines Briefgrundpfandrechts auch der Nachweis der Briefübergabe erforderlich (**OLG Düsseldorf** NJW-RR 2002, 711 = RNoz 2001, 406 = ZfIR 2001, 688; LG Berlin JW 1935, 70; ähnlich OLG Dresden DNotV 1932, 176, 177 ebenso Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 727 Rn. 20). In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall ging es um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bei einer Briefgrundschuld. Der neue Gläubiger machte geltend, ihm sei die Grundschuld in öffentlich beglaubigter Form abgetreten worden. In der Abtretungserklärung hieß es weiter, dass dem Zedenten ein Grundschuldbrief noch nicht überreicht worden sei, sondern dass dieser sich noch beim Urkundsnotar befände.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hätte der Antragsteller zum Nachweis der Rechtsnachfolge außer der Abtretungserklärung auch nachweisen müssen, dass ihm der Grundschuldbrief übergeben worden sei (§§ 1192, 1154 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB) oder dass er den Grundschuldbrief nach §§ 1192, 1154 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 i. V. m. § 1117 BGB erworben habe. Eine solche Briefübergabe war jedoch nicht erfolgt. Ebensowenig lagen die Voraussetzungen einer Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Grundschuldbriefs nach §§ 1117 Abs. 1 S. 2, 931 BGB vor.

b) Abweichende Literaturmeinung

Nach anderer Ansicht ergibt sich aus § 1160 BGB (wonach der Brief nur auf Verlangen des Schuldners bei Geltendmachung des Grundpfandrechts vorzulegen ist), dass es des Nachweises der Briefübergabe und damit auch der Briefvorlage beim Klauselorgan nicht bedürfe (KG DNotV 1930, 678, 679; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl. 1999, § 799 Rn. 3; Scheel, NotBZ 2001, 248, 251 f.; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 72.14).

Nach **vermittelnder Ansicht** soll dies jedenfalls dann gelten, wenn auch sonst auf die Rechte aus § 1160 BGB verzichtet wurde. In diesem Fall könne für die Klauselumschreibung nicht die Briefvorlage verlangt werden (Schöner/Stöber, Rn. 2063).

Die zur Begründung dieser Ansicht angeführte Entscheidung des **Kammergerichts** (DNotV 1930, 678, 679) betraf allerdings einen etwas anders gelagerten Fall. Dort ging es um die Erteilung der Vollstreckungsklausel an den ursprünglichen Titelgläubiger trotz aktenkundiger Abtretung des Rechts. Das Kammergericht bejahte die Verpflichtung des Notars, hier dem ursprünglichen Titelgläubiger die Vollstreckungsklausel zu erteilen. Der Notar habe allein die Identität der Personen, für und gegen welche die Vollstreckungsklausel begehrt wird, mit den im Titel aufgeführten Personen zu prüfen. Eine solche Identität ist zu bejahen, wenn der Titelgläubiger die Erteilung der Vollstreckungsklausel begehrt, obgleich der materielle Anspruch bzw. das Recht bereits auf einen Dritten übergegangen ist.

Im hier zu beurteilenden Sachverhalt liegen die Dinge jedoch anders. Die Vollstreckungsklausel wird nicht von demjenigen Gläubiger begehrt, der auch in der zugrunde liegenden vollstreckbaren Urkunde als Titelgläubiger aufgeführt ist. Begehrt wird vielmehr eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den neuen Titelgläubiger, der selbst also nicht in dem ursprünglichen Titel genannt ist und der sein Recht von dem eigentlichen Titelgläubiger ableitet. Dieser Fall wurde vom Kammergericht in dem vorgenannten Beschluss gerade nicht entschieden. Daher kann dieser Beschluss zwar als Argument für das Auseinanderfallen von materiellem Recht und Verfahrensrecht angeführt werden, aber nicht notwendig als Begründung für die Beantwortung der vorliegenden Frage.

4. Ergebnis

Dem Zessionar ist daher jedenfalls eine Klausel für das persönliche Schuldanerkenntnis zu erteilen, nach Ansicht von *Wolfsteiner* auch für die Grundschuld. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hingegen würde die Klauselumschreibung der Grundschuld die Vorlage des Grundschuldbriefes voraussetzen.

GmbHG § 35; HGB § 49 Abs. 2 Erteilung einer Einzelprokura bei unechter Gesamtvertretung; Erwerb von Grundstücken durch den Prokuristen; Ersteigerung von Grundstücken

I. Sachverhalt

Im Handelsregister ist folgende Vertretungsregelung für eine GmbH eingetragen: „Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.“

Die GmbH hat einen Geschäftsführer. Dieser hat Einzelvertretungsbefugnis und ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Darüber hinaus ist einem Prokuristen Einzelprokura erteilt und im Handelsregister eingetragen.

II. Fragen

1. Kann Einzelprokura auch erteilt werden, wenn eine unechte Gesamtvertretung besteht (d. h. die GmbH durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werden kann)?

2. Kann der Prokurist für die GmbH Grundstücke erwerben bzw. in Zwangsversteigerungsterminen Grundstücke ersteigern?

III. Zur Rechtslage

1. Einzelprokura auch bei unechter Gesamtvertretung möglich

a) Einzel- oder Gesamtprokura

Die Art der erteilten Prokura ist eine Frage der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht (vgl. Krafka, in: Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, 223). Die Prokura kann mit der Berechtigung zur Einzel- oder Gesamtvertretung erteilt werden. Dabei ist zu beachten, dass eine Person nicht zugleich Gesamt- und Einzelprokurist für ein und denselben Kaufmann sein kann (Hofmann, Der Prokurist, 7. Aufl. 1996, S. 108).

b) Unechte organschaftliche Gesamtvertretung

Für die organschaftliche Vertretung durch die GmbH-Geschäftsführer sieht die Satzung eine unechte Gesamtvertretung vor. Dies ist zulässig. Denn in entsprechender Anwendung der §§ 125 Abs. 3 HGB, 78 Abs. 3 AktG kann die Vertretungsmacht in einer GmbH dergestalt vereinbart werden, dass die Gesellschaft nicht von mehreren Geschäftsführern, sondern von einem oder mehreren Geschäftsführern zusammen mit einem Prokuristen vertreten wird (vgl. nur Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 365 ff.; Michalski/Lenz, GmbHG, 2002, § 35 Rn. 56; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 35 Rn. 60; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 35 Rn. 56). Dabei muss allerdings stets mindestens eine Variante der Vertretung allein durch Geschäftsführer übrig bleiben. Denn es widerspräche der organschaftlichen Vertretung, wenn bei allen vorgesehenen Vertretungskonstellationen ein Prokurist mitwirken müsste (Hachenburg/Mertens, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 35 Rn. 68 m. w. N.).

c) Vorliegende Satzungsregelung

Der Gesellschaftsvertrag sieht für den Fall, dass nur ein Geschäftsführer bestellt wird, dessen Einzelvertretungsbefugnis vor. Nur bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer greift die unechte Gesamtvertretungsmacht ein. Da im vor-

liegenden Fall nur ein Geschäftsführer bestellt worden ist, kommt die Regelung der unechten Gesamtvertretung nicht zur Anwendung. Im Übrigen verbleibt auch bei mehreren bestellten Geschäftsführern die Möglichkeit der Vertretung durch zwei Geschäftsführer.

d) Kollision der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsmacht

Da streng zwischen der rechtsgeschäftlichen und der organschaftlichen Vertretungsregelung zu differenzieren ist, kann selbst bei einer organschaftlichen unechten Gesamtvertretung nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass der Prokurist nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertreten könne. Eine Einzelprokura kann daher auch bei unechter Gesamtvertretung erteilt werden (KG OLGE 43, 282; KG OLGE 46, 254; Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 35 Rn. 74).

Im Ergebnis hätte im hier vorliegenden Fall der Prokurist bei Einzelprokura im Rahmen seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung weitergehende Vertretungsbefugnisse als ein GmbH-Geschäftsführer: Die GmbH-Geschäftsführer könnten die GmbH nur jeweils zu zweit oder gemeinsam mit dem Prokuristen vertreten, während der Einzelprokurist die GmbH allein vertreten könnte. Sollte daher ein weiterer Geschäftsführer bestellt werden, so würde sich empfehlen, entweder den Geschäftsführern ebenfalls Einzelvertretungsbefugnis zu verleihen (wofür vorliegend die Satzung geändert werden müsste) oder den Prokuristen auf eine Gesamtprokura zu beschränken, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Für die Einzelprokura regelt sich der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht allerdings nach § 49 HGB. Die Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht nach § 49 HGB gilt jedoch nicht für den organschaftlich (mit dem Prokuristen zusammen) handelnden Geschäftsführer, d. h. der Geschäftsführer kann zusammen mit dem Prokuristen auch Grundlagengeschäfte vornehmen (BGHZ 13, 61, 64; BGHZ 62, 166, 170; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, § 35 Rn. 60; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, § 35 Rn. 56; Keidel/Krafka/Willer, Rn. 367; Lutter/Hommelhoff, § 35 Rn. 16; Michalski/Lenz, § 35 Rn. 57; Scholz/Schneider, § 35 Rn. 71; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leit-hoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 35 Rn. 58).

2. Keine Vertretungsbefugnis des Prokuristen zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken (§ 49 Abs. 2 HGB)

Nach § 49 HGB ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Ausgenommen sind nach § 49 Abs. 2 HGB nur Grundstücksgeschäfte sowie ganz allgemein sog. „**Grundlagengeschäfte**“. Dazu zählen namentlich die **Einstellung oder die Veräußerung des Handelsgeschäfts** sowie die **Aufnahme neuer Gesellschafter** (Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 49 Rn. 2; Wagner, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 49 Rn. 5; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl. 1995, § 49 Rn. 12).

Nach § 49 Abs. 2 HGB ist der Prokurist zur **Veräußerung und Belastung von Grundstücken** nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt worden ist. Andere Grundstücksgeschäfte fallen nicht unter die Beschränkung der Prokura. Mithin kann der Prokurist fremde Grundstücke erwerben (Weber, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001,

§ 49 Rn. 15; Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 49 Rn. 4; Wagner, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, § 49 Rn. 19). Hintergrund ist, dass § 49 Abs. 2 HGB lediglich dem Schutz des Kaufmanns dient (Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, § 49 Rn. 17; MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, 1996, § 49 Rn. 42).

Auch eine **Restkaufgeldhypothek**, bei der zur Finanzierung des Kaufpreises das erworbene Grundstück mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet wird, kann der Prokurist nach heute ganz h. M. trotz § 49 Abs. 2 HGB bestellen, weil dies dem Erwerb eines bereits belasteten Grundstücks gleichkomme (vgl. KG HRR 1929 Nr. 1607; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, § 49 Rn. 20; Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl. 1973, § 49 Rn. 14; Wagner, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, § 49 Rn. 19; MünchKomm-Lieb/Krebs, § 49 Rn. 47; Weber, in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 49 Rn. 18; Baumbach/Hopt, § 49 Rn. 4; vgl. auch RGZ 108, 356, 359 ff.).

Auch die Bestellung einer **Finanzierungsgrundschuld** müsste ohne besondere Bevollmächtigung möglich sein, da auch diese eine dingliche Sicherung „für den Kaufpreis“ (wenngleich in der Variante des von der finanzierenden Bank als Darlehen gewährten Kaufpreises) darstellt und damit „im Ergebnis dem Erwerb eines bereits belasteten Grundstücks gleich kommt“, wie dies in der Literatur jeweils hinsichtlich der zu einer Restkaufgeldhypothek ergangenen Entscheidung des KG formuliert wird.

U. E. gilt Entsprechendes für den Fall, dass der Prokurist im Wege der **Zwangsversteigerung** ein Grundstück für den Kaufmann erwirbt. Mithin kann er ein Angebot im Zwangsversteigerungsverfahren abgeben.

3. Ergebnis

Abschließend lässt sich also feststellen, dass im vorliegenden Fall trotz der Regelungen in der Satzung zur unechten Gesamtvertretung einer Person Einzelprokura erteilt werden kann.

Der Prokurist kann im Rahmen des § 49 HGB Geschäfte tätigen. Hierzu gehört auch der Erwerb fremder Grundstücke und die Teilnahme an Zwangsvollstreckungsverfahren zum Zwecke des Erwerbs von Grundstücken für die vertretende GmbH.

Gutachten im Fax-Abruf

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.

GBO § 55; BGB §§ 705 ff., 719

Benachrichtigung der Grundpfandgläubiger durch das Grundbuchamt bei Gesellschafterwechsel der Eigentümer-GbR

Fax-Abruf-Nr.: **11354**

BGB §§ 719, 705 ff.; GBO § 22

Grundbuchrechtlicher Nachweis der Übertragung einer Mitgliedschaft bei Publikums-GbR

Fax-Abruf-Nr.: **11355**

LPartG § 1; TSG §§ 1, 8, 10

Geschlechtsumwandlung nach dem Transsexuellengesetz nach Begründung einer gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft

Fax-Abruf-Nr.: **12101**

GmbHG § 15 Abs. 3, 4 und 5

Stillschweigende Zustimmung zur Geschäftsanteilsabtretung oder Entbehrlichkeit der Zustimmung (Bezugnahme auf Gutachten DNotI-Report 2003, 185 und 2004, 45)

Fax-Abruf-Nr.: **13141**

BauGB § 124

Erschließungsvertrag mit anschließender werkvertraglicher Verpflichtung der Gemeinde zur Durchführung der Erschließung (Bezugnahme auf Gutachten DNotI-Report 2000, 133)

Fax-Abruf-Nr.: **11356**

Rechtsprechung

MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; BGB §§ 125, 311b Abs. 1

Keine Freistellungsverpflichtung der Globalgläubigerin bei formunwirksamem Bauträgervertrag

Ein Freistellungsanspruch gegen die Globalgläubigerin besteht nur, wenn und solange ein Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Bauträger besteht (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 4.2.2004 – 23 U 73/03

Kz.: L I 2 – § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV

Fax-Abruf-Nr.: **10419**

Problem

Ein Bauträgervertrag war formnichtig, da die Bezugnahme (§ 13a BeurkG) auf die Baubeschreibung unwirksam war.

Der Erwerber hatte bereits ca. 200.000 DM gezahlt. Nachdem der Bauträger zumindest in Zahlungsschwierigkeiten war, verlangte der Erwerber seine Zahlung von der Globalgläubigerin zurück, die eine Freistellungserklärung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV abgegeben hatte.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt verneinte einen Anspruch aus der Freistellungserklärung. Die Freistellungserklärung begründe als Vertrag zugunsten Dritter zwischen der Globalgläubigerin und dem Bauträger nur dann Ansprüche des Erwerbers, wenn und solange diesem ein Eigentumsverschaffungsanspruch aus dem Bauträgervertrag zustehe. Sei der Bauträgervertrag formunwirksam, so bestünden daher auch keine Ansprüche aus der Freistellungserklärung.

Das OLG Frankfurt stützte sich dabei zum einen auf ein Urteil des BGH (NJW 2001, 2249 = WM 2001, 1023 = ZfIR 2001, 546 m. Anm. Volmer = ZNotP 2001, 278), wonach der Freistellungsanspruch gegen die Bank mit dem Rücktritt vom Kaufvertrag entfalle. Dasselbe gilt nach OLG

Werbeseite

Nürnberg (IPR 2000, 172 m. Anm. Basty, MittBayNot 2000, 507) nach einer Aufhebung des Bauträgervertrages – weshalb *Basty* eine vorbehaltlose Aufhebung ohne vorherige verbindliche Sicherung der Rückzahlung durch Vereinbarung mit der Bank für problematisch hält (Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Rn. 770).

Das OLG verneinte auch einen **Bereicherungsanspruch**, da dieser nur gegen den Bauträger, nicht gegen die Bank bestehe.

WEG §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2; GBO § 53 Abs. 1 S. 2
Kein Sondernutzungsrecht zugunsten eines WEG-Miteigentümers

Ein Sondernutzungsrecht, welches den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums betrifft, kann nicht dem bloßen Bruchteil eines Wohnungs- oder Teileigentümers zugeordnet werden.

KG, Beschl. v. 30.12.2003 – 1 W 64/03 und 1 W 65/03
Kz.: L I 4 – § 15 Abs. 1 WEG (Sondernutzungsrecht)
Fax-Abruf-Nr.: **10420**

Problem

Beantragt war, im Grundbuch ein Sondernutzungsrecht zugunsten des Miteigentümers eines Teileigentumsrechts einzutragen.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des KG kann ein Sondernutzungsrecht an Gemeinschaftseigentum nur zugunsten eines Wohnungs- oder Teileigentümers begründet werden, nicht jedoch zugunsten des bloßen Miteigentümers an einem Wohnungs- oder Teileigentum.

Demgegenüber haben andere Oberlandesgerichte eine Gebrauchsregelung und damit die Zuweisung von Sondernutzungsrechten an Sondereigentum auch für einen Miteigentümer des jeweiligen Wohnungs- oder Teileigentums zugelassen – jeweils für **Doppelparker** (Duplex-Parker) (BayObLGZ 1994, 195 = DNotZ 1995, 70 = Rpfleger 1995, 67; OLG Jena FGPrax 2000, 7 = MittBayNot 2000, 443 = MittRhNotK 2000, 71; OLG Frankfurt DNotI-Report 2000, 123 = MittBayNot 2000, 440 m. Anm. v. Oefele = NZM 2001, 527 = Rpfleger 2000, 212 – ebenso h. M. in der Literatur; a. A. hingegen Basty, Rpfleger 2001, 169; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 2836; Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, § 15 WEG Rn. 35). Dennoch legte das KG nicht im Wege der Divergenzvorlage (§ 28 Abs. 2 und 3 FGG) an den BGH vor, da die Entscheidung der anderen OLG einen Sonderfall und zudem Gebrauchsregelungen für Sonder- und nicht für Gemeinschaftseigentum betreffen.

WEG §§ 7 Abs. 4, 3 Abs. 2, 6, 8
Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung für Vereinigung von Wohnungseigentum entbehrlich

Die dingliche Vereinigung zweier Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten erfordert weder einen neuen Aufteilungsplan noch eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Hamburg, Beschl. v. 18.3.2004 – 2 Wx 2/03
Kz.: L I 4 – § Abs. 4 WEG
Fax-Abruf-Nr.: **10421**

Problem

Eine Eigentümerin wollte zwei ihr gehörende Wohnungseigentumseinheiten zu einem Wohnungseigentum vereinigen. Das Grundbuchamt verlangte die Vorlage eines neuen Aufteilungsplanes und einer darauf bezogenen Abgeschlossenheitsbescheinigung für die beiden betroffenen Wohnungseigentumseinheiten.

Entscheidung

Das OLG Hamburg hielt weder Aufteilungsplan noch Abgeschlossenheitsbescheinigung für erforderlich. Es gab damit seine **entgegenstehende frühere Rechtsprechung** auf (OLG Hamburg DNotZ 1966, 176 = NJW 1965, 1765 = Rpfleger 1966, 81) und schloss sich der mittlerweile wohl h. M. an (ebenso BayObLG DNotZ 1999, 674, 676; BayObLG MittBayNot 2000, 319; KG OLGZ 1989, 385 = MDR 1989, 1101 = NJW-RR 1989, 1360 = Rpfleger 1989, 500; **Gutachten DNotI-Report 2004, 85**, 86 f.; a. A. OLG Stuttgart OLGZ 1977, 431, 432).

HöfeO § 13; BGB § 242; BeurkG § 17; BNotO §§ 14, 19
Hinweispflicht des Notars auf Nachabfindungsansprüche bei Veräußerung eines Hofes

a) Wird ein Hof im Sinne der Höfeordnung vor Ablauf der 20-Jahres-Frist des § 13 HöfeO veräußert, so kann der beurkundende Notar verpflichtet sein, den Veräußerer auf (mögliche) Nachabfindungsansprüche weicher Erben hinzuweisen.

b) Der Veräußerer kann derartige Nachabfindungsansprüche nicht dadurch vereiteln, dass er im Einvernehmen mit dem Erwerber die Eigentumsumschreibung im Grundbuch wider Treu und Glauben auf einen Zeitpunkt nach Fristablauf hinausschiebt.

BGH, Urt. v. 27.5.2004 – III ZR 302/03
Kz.: L I 6 – § 13 HöfeO
Fax-Abruf-Nr.: **10422**

Problem

Die Höfeordnung begründet ein Sondererbrecht für landwirtschaftliche Betriebe in der **früheren britischen Zone** (Bundesländer Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein) (AmtsBl. der britischen Militärregierung 1947, S. 505). Ähnliche Sonderregelungen gelten in Baden-Württemberg, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz.

Damit der Hoferbe den Hof möglichst ungeschmälert erhält, steht weichenden Miterben nach § 12 HöfeO nur ein nach dem Hofwert (1 1/2facher Einheitswert des Hofes) bemessener Abfindungsanspruch zu. Veräußert jedoch der Hoferbe den Hof innerhalb von 20 Jahren nach dem Erbfall, so können die weichenden Miterben einen ihrem Erbteil entsprechenden Anteil am Erlös verlangen (unter Anrechnung einer bereits empfangenen Abfindung nach § 12 HöfeO) (**Nachabfindungsanspruch** – § 13 HöfeO). Dies gilt auch, wenn zum Hof gehörende Grundstücke einzeln oder nacheinander veräußert werden und die dadurch erzielten Erlöse insgesamt 1/10 des Hofwertes (d. h. des 1 1/2-fachen

des Einheitswertes) übersteigen, es sei denn, dass die Veräußerung zur Erhaltung des Hofes erforderlich war (§ 13 HöfeO). Die Übergabe des Hofes wird dabei wie ein Erbfall behandelt (§ 17 Abs. 2 HöfeO).

Vorliegend hatte der jetzige Eigentümer den Hof durch Vertrag vom Juli 1978 übertragen erhalten und war Ende Februar 1979 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden. Nunmehr verkaufte er im Januar 1998 verschiedene Grundstücke; die Eigentumsumschreibung erfolgte Anfang Februar 1999. Ein Bruder des Eigentümers machte Nachabfindungsansprüche nach § 13 HöfeO geltend. Der Eigentümer wollte sich im Wege der Amtshaftung gegen den Notar schadlos halten.

Entscheidung

Hinsichtlich der Vorfrage, ob ein **Nachabfindungsanspruch** nach § 13 HöfeO bestand, stellte der BGH für die Berechnung des Fristanfangs auf den Eigentumserwerb ab. Bei Fristende hielt er ein bloßes Hinausschieben des Umschreibungszeitpunktes nicht für genügend, wenn die beiderseitigen Leistungen bereits während der Frist ausgetauscht und die Käufer in den Besitz des Kaufgegenstandes gesetzt wurden, ohne eine Nutzungsentschädigung zu zahlen und außerdem durch eine Vormerkung dinglich gesichert waren.

Hinsichtlich des **Amtshaftungsanspruches** bejahte der BGH die Verletzung einer Amtspflicht. Aufgrund seiner erweiterten („betreuenden“) **Belehrungspflicht** hätte der Notar auf mögliche Nachabfindungsansprüche hinweisen müssen. Denn die Hofeigenschaft und der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs ergaben sich aus dem Grundbuch.

Aktuelles

UStG § 14 Abs. 4; KostO § 154 Urkundennummer genügt als Rechnungsnummer für Umsatzsteuer

Seit 1.1.2004 müssen Rechnungen mit Umsatzsteuerausweis eine **Rechnungsnummer** enthalten (daneben insbesondere auch den anzuwendenden Steuersatz, d. h. 16 %, das Ausstellungsdatum und – seit 1.1.2004 wahlweise – entweder die Steuernummer oder die Umsatzsteueridentifikationsnummer) (vgl. DNotI-Report 2004, 19; Ländernotarkasse, NotBZ 2004, 102; Haeder/Wegerhoff, NotBZ 2004, 58; Pöppel, MittBayNot 2004, 102, 104, Tiedtke/Fembacher, ZNotP 2004, 256, 263 f.; Schubert, MittBayNot 2004, 237 – vgl. allgem. auch Rondorf, NWB 2004, 1899 = Fach 7 S. 6275; Wagner, DStR 2004, 477).

Bisher war strittig, ob die Angabe der **Urkundennummer** oder der laufenden Nummer im Kostenregister (im Bereich der Notarkassen) als Rechnungsnummer im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG genügt. Dies wurde nunmehr bejaht durch **Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen** an die Bundesnotarkammer vom 29.6.2004: „Bei der Erstellung der Rechnungsnummer ist es zulässig, eine oder mehrere Zahlen- oder Buchstabenreihen zu verwenden. Auch eine Kombination von Ziffern und Buchstaben ist möglich.“

Bei der Erstellung der Rechnungsnummer bleibt es dem Rechnungsaussteller überlassen, wie viele und welche separaten Nummernkreise geschaffen werden, in denen eine Rechnungsnummer jeweils einmalig vergeben wird. Dabei

sind Nummernkreise für zeitlich, geographisch oder organisatorisch abgegrenzte Bereiche zulässig, z. B. für Zeiträume (Monate, Wochen, Tage), verschiedene Filialen, Betriebsstätten einschl. Organgesellschaften oder Bestandsobjekte. Es muss jedoch gewährleistet sein (z. B. durch Vergabe einer bestimmten Klassifizierung für einen Nummernkreis), dass die jeweilige Rechnung leicht und eindeutig dem jeweiligen Nummernkreis zugeordnet werden kann und die Rechnungsnummer einmalig ist.

In den von Ihnen geschilderten Fällen ist es nicht zu beanstanden, wenn die Nummernkreise durch die Angabe der Urkundenrollennummer bzw. der Kostenregisternummer definiert werden. Allerdings muss erkennbar sein, dass diese Nummer gleichzeitig als Rechnungsnummer dienen soll. Sollten zu einer Urkundenrollennummer bzw. einer Kostenregisternummer mehrere Rechnungen erteilt werden, wäre dies mit einem Unterscheidungsmerkmal in Ergänzung zur Urkundenrollennummer bzw. zur Kostenregisternummer zu ergänzen.“ (BMF-Schreiben vom 29.6.2004 – IV B 7 – S 7280a – 41/04 – als Anlage zu BNotK-Rundschreiben Nr. 30/2004 vom 30.6.2004 – **Fax-Abruf-Nr.: 5041** oder im Internet unter **www.bnotk.de**, unter BNotK-Service/Merkblätter und Empfehlungen).

BGB §§ 247, 288 Änderung des Basiszinssatzes

Seit dem 1.7.2004 gilt (für das gesamte zweite Halbjahr 2004) ein **Basiszinssatz** von **1,13 %**.

Bisher galten folgende Basiszinssätze nach § 247 BGB:

- 2,57 % vom 1.1.2002 – 30.6.2002
- 2,47 % vom 1.7.2002 – 31.12.2002
- 1,97 % vom 1.1.2003 – 30.6.2003
- 1,22 % vom 1.7.2003 – 31.12.2003
- 1,14 % vom 1.1.2004 – 30.6.2004

Der jeweils aktuelle Basiszinssatz findet sich auf der Homepage der Deutschen Bundesbank (**www.bundesbank.de**). Auf der Homepage des DNotI (**www.dnoti.de**) findet sich ein Link unter „Arbeitshilfen/Beurkundungsverfahren“.

Veranstaltungen

Termine für **September 2004** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (**www.anwaltsinstitut.de**).

Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung (Herzig/Priester/Spiegelberger), 10./11.9.2004 Hamburg

Aktienrecht in der Praxis (Krieger/Priester), 17./18.9.2004 München

2. Jahresarbeitstagung des Notariats (Albrecht/Brambring/Ganther/Hahne/Heidinger/Hügel/Jaeger/Kornexl/Krauß/Krüger/Kuzwelly/Münch/Priester/Riering/Sandkühler/Schuck/Spiegelberger/Viskorf/Wachter/Wagenitz/Wandel/Wenzel), 23. – 25.9.2004 Würzburg

Vermögensnachfolge im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger), 30.9. – 2.10.2004 Fischbachau

Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Kolloquium „Insolvenzrecht und Notariatspraxis“

Dienstag, 24. August 2004,

16.00 - 20.00 Uhr

Humboldt-Universität zu Berlin

Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Spandauer Str. 1, Raum 201 (2. Etage)

Referenten: Insolvenzverwalter, RA und Notar Rolf **Rattunde**, Berlin
Notar a. D. Dr. Adolf **Reul**, stellv. Geschäftsführer des DNotI, Würzburg

Themen

- I. Allgemeiner Überblick über das deutsche Insolvenzrecht
- II. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten mit Rücksicht auf eine potentielle Insolvenz
- III. Einfluss eines Insolvenzantrags- bzw. eröffneten Insolvenzverfahrens auf die Abwicklung eines bestehenden Grundstückskaufvertrages
- IV. Typische Probleme beim Abschluss eines Kaufvertrages sowie eines Bauträgervertrages im eröffneten Insolvenzverfahren
- V. Probleme bei der Wahl der Nichterfüllung durch den Verwalter nach §§ 103, 105, 106 InsO
- VI. Probleme im Gesellschaftsrecht, Erb- sowie Familienrecht

Die Teilnahmegebühr beträgt **50,- Euro** (inklusive Getränke und kleiner Verköstigung). Für Mitglieder des Förderkreises des Instituts für Notarrecht ist die Teilnahme kostenlos. Die Teilnahmegebühr ist am Tage der Veranstaltung in bar zu entrichten oder vor der Veranstaltung nach Anmeldung auf folgendes Konto zu überweisen: Prof. Dr. Rainer Schröder bei der Sparda Bank Berlin, BLZ 120 96597, Konto: 1497650, Verwendungszweck: Institut für Notarrecht, Name, Vorname.

Anmeldung: Institut für Notarrecht, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, 10099 Berlin
oder per Fax: 030/2093-3560
oder per e-mail: notarinstitut@rewi.hu-berlin.de.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
<http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
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 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, 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