

Rheinische Notar-Zeitschrift

Vollmacht und Genehmigung beim Grundstückskaufvertrag

(von *Notarassessor Martin Kuhn, Köln*)

- A. Vollmacht**
- I. Erteilung der Vollmacht
 - II. Person des Vertreters
 - III. Inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht
 - IV. Verfahrensrechtliche Formvorschrift: § 29 GBO
 - V. Kenntnis und Kennen müssen, § 166 BGB
 1. Kenntnis nur des Vertreters
 2. Kenntnis nur des Geschäftsherrn
 3. Inschlaggeschäft
 - VI. Widerruflichkeit der Vollmacht
 - VII. Form der Vollmacht
 1. Grundstückskaufvertrag als formgebundenes Vertretergeschäft
 - a. Warnfunktion des § 313 S. 1 BGB
 - b. Bindungswirkung
 - c. Unwiderrufliche Vollmacht
 - aa. Erklärung der Unwiderruflichkeit
 - bb. Interessenlage der Beteiligten
 - d. Bindung bei widerruflicher Vollmacht
 2. Formbedürftigkeit der Vollmacht aufgrund Formbedürftigkeit des Grundverhältnisses
 3. Sonstige Fälle
 4. Form der Auflassungsvollmacht
 5. Rechtsfolge formunwirksamer Vollmacht
 - a. Heilung nach § 313 S. 2 BGB?
 - b. Genehmigung des Kaufvertrages
 - c. Rechtsscheinhaftung bei nicht formgerecht erteilter Vollmacht
 6. Form im Ausland erteilter Vollmachten zum Verkauf inländischer Grundstücke
 - a. Form der Vollmacht: Alternative Geltung von Ortsrecht und Geschäftsrecht
 - aa. Ortsrecht
 - bb. Geschäftsrecht (Wirkungsstatut)
 - cc. Auflassungsvollmacht
 - b. Inhalt der Vollmacht
 - c. Substitution
 - d. § 29 GBO
 - e. Ergebnis
 - VIII. Finanzierungsvollmacht
 1. Eingeschränkte Sicherungsabrede
 2. Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs
 3. Eingeschränkter Rückgewähranspruch
 4. Ausübungsbeschränkung
 5. Finanzierungsvollmacht im schwebend unwirksamen Kaufvertrag
 - a. Genehmigungsfähigkeit der Finanzierungsvollmacht
- b. Grundschuldbestellung vor Genehmigung**
- c. Isolierte Genehmigung des Kaufvertrages
 - d. Exkurs: weitere Genehmigungstatbestände
- B. Genehmigung**
- I. Rechtsfolge vollmachtloser Vertretung
 - II. Belehrung
 - III. Vormerkungsfähigkeit des schwebend unwirksamen Anspruchs
 - IV. Weitere Abwicklung des Vertrages
 1. Vorkaufsrechte
 2. Kaufpreiszahlung
 - V. Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB
 - VI. Verweigerung der Genehmigung
 1. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit
 2. Bestätigung des unwirksamen Vertrages
 - IX. Erteilung der Genehmigung
 - X. Formfreiheit der Genehmigung
 - XI. § 29 GBO
 - XII. Zugang der Genehmigungserklärung
 - XIII. Genehmigung unter einer Bedingung
 1. Inhaltsändernde Bedingung
 2. Genehmigung grundsätzlich bedingungsfeindlich
 - a. Ausnahmefall: Potestativbedingung
 - b. Nachweis des Bedingungseintritts
 - c. Genehmigung der Auflassung
 - XIV. Genehmigung und Kostenforderung
 1. Fall
 2. Abgabe der Genehmigungserklärung
 - a. Bloße Anzeige der Erklärung
 - b. Doppelstellung des Vertragsnotars?
 3. Zugang der Genehmigungserklärung
 4. Aufschiebende Bedingung
 5. Reine Abwicklungsbedingung
 6. Zwischenergebnis
 7. Zurückbehaltungsrecht nach § 10 KostO und berufsrechtliche Aspekte
 8. Ergebnis
 - XV. Vertretung ohne Vertretungsmacht – § 181 BGB?
 1. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf
 2. Kritik an der Entscheidung
 3. Schutzzweck des § 181 BGB
 4. Zum Fall
 5. Erneut: Normzweck des § 181 BGB

6. Wortlaut des § 181 BGB
7. Systematische Stellung des § 181 BGB
8. Genese des § 181 BGB
9. Beidseitige Vertretung ohne Vertretungsmacht
10. Gestattungskompetenz
11. Ergebnis

Vollmacht und Genehmigung beim Grundstückskaufvertrag

Fast täglich ist der Notar mit Grundstückskaufverträgen befasst, zu denen ein Beteiligter nicht persönlich erscheint, sondern entweder einen Bevollmächtigten entsendet oder sich vollmachtlos vertreten lässt. Der vorliegende Beitrag will einen Überblick über die mit diesen Fallgestaltungen verbundenen Probleme bieten.

A. Vollmacht

I. Erteilung der Vollmacht

Erteilt ein Beteiligter eines Grundstückskaufvertrages (Geschäftsherr) einem Dritten (Vertreter) Vollmacht, in seinem Namen die zum Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, gibt er diesem die Befugnis, im Rechtsverkehr mit für ihn unmittelbar bindender Wirkung zu handeln (Vertretungsmacht), § 164 Abs. 1 BGB. Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann nach § 167 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vertreter oder den anderen Vertragsbeteiligten erfolgen.

Handelt der Vertreter innerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht bei Vertragsschluss im Namen des Geschäftsherrn, kommt der Kaufvertrag unmittelbar zwischen dem Geschäftsherrn und den übrigen Vertragsbeteiligten mit Abgabe der synallagmatischen Erklärungen vollwirksam zustande (sofern nicht weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erfüllen sind).

II. Person des Vertreters

Vertreter kann dabei jede natürliche oder juristische Person sein. Wirksame Stellvertretung findet gemäß § 165 BGB auch statt, wenn der Vertreter in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Das Handeln eines geschäftsunfähigen Vertreters ist jedoch nichtig, § 105 BGB.

III. Inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht

Durch die vom Vertreter innerhalb der Vertretungsmacht abgegebenen Erklärungen wird der Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet. Den Vorteilen, die eine solche „Verdopplung“ der Handlungsfähigkeit mit sich bringt, stehen entsprechende Risiken gegenüber. Der Geschäftsherr muss sichergehen können, dass der Vertreter nur in seinem (des Geschäftsherrn) Sinne handeln wird. Um dieses Ziel zu verwirklichen, kann der Geschäftsherr die Vertretungsmacht des Vertreters genau eingrenzen. Zum einen kann der Kreis der dem Vertreter erlaubten Rechtsgeschäfte klar umrissen werden, zum anderen kann die Vertretungsmacht auch an das Mitwirken einer weiteren Person gekoppelt werden (Gesamtvertretungsberechtigung). Ferner sind zeitliche Befristungen der Geltungs-

dauer der Vollmacht und auch auflösende und aufschiebende Bedingungen denkbar.

IV. Verfahrensrechtliche Formvorschrift: § 29 GBO

Für die zum Abschluss von Grundstücksgeschäften erteilte Vollmacht sind dabei die Voraussetzungen des § 29 GBO zu beachten: Zwar reicht zum Nachweis der Abgabe der Vollmachtserteilungserklärung des Geschäftsherrn gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 GBO die öffentlich beglaubigte Form, da die Vollmachtserteilung als eine die grundbuchrechtliche Erklärung ergänzende Erklärung angesehen wird¹. Setzt der Geschäftsherr zur Wirksamkeit der Vollmacht jedoch weitere Bedingungen, ist deren Eintritt durch öffentliche Urkunde i. S. v. § 415 Abs. 1 2. Alt. ZPO dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen, sofern ihr Eintritt für das Grundbuchamt nicht offenkundig ist². Diese Nachweispflicht schränkt den Kreis der setzbaren Bedingungen erheblich ein.

Ist die Vollmacht materiellrechtlich wirksam mündlich³ erteilt worden, reicht eine Bestätigung der Vollmacht durch den Geschäftsherrn in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO⁴.

Das Grundbuchamt prüft in freier Beweiswürdigung aller ihm bekannten Umstände auch das Fortbestehen der Vollmacht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der durch den Vertreter abgegebenen grundbuchrechtlichen Erklärungen. Umstritten ist hierbei allerdings, ob es auf das Fortbestehen der Vollmacht im Zeitpunkt der Abgabe⁵ der Erklärungen oder deren Zugang⁶ beim Grundbuchamt ankommt.

Unstreitig ist jedenfalls, dass die Vollmacht bis zum Zugang der grundbuchrechtlichen Erklärungen beim Grundbuchamt nicht widerrufen⁷ worden und der Widerruf dem Grundbuchamt bekannt geworden sein darf⁸. Dies wird aus der Vorschrift des § 173 BGB geschlossen. Der Widerruf der Vollmacht braucht nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen zu werden⁹.

Sind dem Grundbuchamt keine Anhaltspunkte für ein Erlöschen der nachgewiesenermaßen erteilten Vollmacht bekannt, spricht ein allgemeiner Erfahrungssatz für deren Fortbestehen¹⁰. Hierfür spricht im Umkehrschluss zu der Regelung des § 172 Abs. 2 BGB auch die Tatsache, dass der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde weiterhin in Besitz hat.

Ist der Geschäftsherr zwischenzeitlich verstorben, hängt das Fortbestehen der Vollmacht von dem der Vollmacht-

1 Bauer/v.Oefele/Knothe, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 19.

2 Zur den durch öffentliche Urkunden nachweisbaren Tatsachen und den hierzu gegebenen behördlichen Kompetenzen vgl. Meikel/Knothe, Grundbuchrecht, § 29, Rn. 95–193.

3 Zur ausnahmsweise erforderlichen Form des § 313 BGB siehe A.VII.

4 Bauer/v.Oefele/Knothe, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 25.

5 OLG Köln Rpfleger 1986, 298; OLG Naumburg FGPrax 1991, 1, 2; Demharter, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 10; Bauer/v.Oefele/Knothe, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 23 m. w. N.

6 KG DNotZ 1972, 615, 617; OLG Düsseldorf Rpfleger 1961, 46, 47.

7 Zum Widerruf der Vollmacht siehe A. VI. und A. VII. 1. c. aa.

8 Bauer/v.Oefele/Knothe, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 23 m. w. N.

9 Bauer/v.Oefele/Knothe, a. a. O.

10 Bauer/v.Oefele/Knothe, a. a. O.

erteilung zugrundeliegenden Auftrag ab, auf den der Inhalt der erteilten Vollmacht gegebenenfalls Rückschlüsse zulässt. Im Zweifel gilt die Vermutung des Fortbestehens der Vollmacht gemäß § 672 S. 1 BGB.

V. Kenntnis und Kennenmüssen, § 166 BGB

Ist beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ein Vertreter beteiligt, stellt sich die Frage, auf wessen Kenntnis es hinsichtlich der Bildung der Willenserklärungen zugrundeliegenden Umstände ankommt. Von besonderem Interesse dürfte diese Frage im Bereich der Mängelgewährleistungsansprüche sein.

Grundsätzlich gilt: Ist im Grundstückskaufvertrag eine Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel vereinbart, entbindet gemäß § 460 BGB die Kenntnis des Käufers von einem Sachmangel den Verkäufer von der Haftung bezüglich dieses Mangels.

1. Kenntnis nur des Vertreters

Lässt sich der Käufer, der den Sachmangel selbst nicht kennt, bei Kaufvertragsabschluss durch einen Bevollmächtigten vertreten, wird ihm eine Kenntnis seines Vertreters vom Sachmangel zugerechnet. Denn es kommt für die Kenntnis die Willenserklärungen beeinflussender Umstände gemäß § 166 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf die Person des Vertreters, nicht auf den Geschäftsherrn an.

2. Kenntnis nur des Geschäftsherrn

Kennt umgekehrt nur der Käufer (Geschäftsherr) den Mangel, nicht aber sein im Beurkundungstermin anwesender Vertreter, gilt folgendes: Zwar stellt § 166 Abs. 1 BGB für die Kenntnis rechtserheblicher Umstände grundsätzlich auf die Person des Vertreters ab. Auf dessen *Unkenntnis* darf sich der Geschäftsherr aber nach § 166 Abs. 2 S. 1 BGB dann nicht berufen, wenn der Vertreter nach „bestimmten Weisungen“ des Geschäftsherrn gehandelt hat. An diese Tatbestandsvoraussetzungen werden keine hohen Anforderungen gestellt. Eine Weisung des Geschäftsherrn liegt bereits dann vor, wenn der Bevollmächtigte zu einem Rechtsakt schreitet, zu dessen Vornahme ihn der Geschäftsherr gezielt veranlasst hat¹¹. Davon kann jedenfalls in dem Fall ausgegangen werden, in dem der Geschäftsherr seinem Vertreter Vollmacht zum Abschluss nur eines bestimmten Vertrages erteilt hatte. Mithin wird der Geschäftsherr sich bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages regelmäßig nicht hinter seinem Bevollmächtigten „verstecken“ können; maßgeblich ist die Kenntnis des Mangels seitens des Geschäftsherrn.

Etwas anderes könnte in den Fällen gelten, in denen der Bevollmächtigte nicht aufgrund gezielter Veranlassung des Geschäftsherrn handelt. Beispielsweise tritt der Bevollmächtigte aufgrund Generalvollmacht auf. Sollte sich der Geschäftsherr in diesem Fall wegen eines ihm bekannten Mangels auf die Unkenntnis seines Vertreters berufen, greift § 166 Abs. 2 S. 1 BGB nicht ein, da eine Weisung im Sinne dieser Vorschrift nicht vorliegt. Somit verbleiben dem Käufer die Gewährleistungsansprüche, obwohl er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses persönliche Kenntnis des Mangels hatte¹². Dieses Ergebnis wird

teilweise als unbillig empfunden und dem Verkäufer die Arglisteinrede zugebilligt¹³.

§ 166 Abs. 2 S. 1 wird analog auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht angewendet¹⁴, so dass es auch bei Auftreten eines vollmachtlosen Vertreters im Grundstückskaufvertrag auf die Kenntnis des Geschäftsherrn ankommt, sich der Geschäftsherr also nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann. Dabei wird die Genehmigung des Vertrages durch den Geschäftsherrn der fehlenden Weisung i. S. v. § 166 Abs. 2 S. 1 BGB gleichgestellt¹⁵.

3. Insichgeschäft

Von § 166 BGB nur unzulänglich erfasst ist der Fall des Insichgeschäfts: Kennt der Verkäufer des Grundstücks im Gegensatz zum Käufer einen Sachmangel und tritt der Verkäufer in der Beurkundung zugleich als Bevollmächtigter des Käufers auf (befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB), würde es gemäß § 166 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis des Verkäufers als Vertreter des Käufers ankommen. Damit wären nach § 460 BGB Gewährleistungsansprüche des Käufers ausgeschlossen, obwohl er den Mangel gar nicht kennt. Der Verkäufer hingegen würde in seinem arglistigen Verhalten geschützt. Gleiches könnte in entsprechender Anwendung gelten, wenn der Verkäufer den Käufer im Beurkundungstermin vollmachtlos vertreten hat und der Käufer nachfolgend den Vertragsschluss genehmigt (und damit das Insichgeschäft gestattet). Dass dieses Ergebnis Treu und Glauben widerspricht, liegt auf der Hand. Hier wird man nur durch teleologische Reduktion von § 166 BGB bzw. § 460 BGB oder unter Anwendung von § 242 BGB zu einem interessengerechten Ergebnis kommen. Denkbar ist selbstverständlich auch, die Vorschrift des § 166 BGB bei Vorliegen der betreffenden Fallkonstellation vertraglich abzuändern¹⁶. Gleiches dürfte für den Fall gelten, dass der Verkäufer als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Käufer aufgetreten ist. Hier findet nach Genehmigung des Vertrags durch den Käufer § 166 BGB rückwirkend Anwendung¹⁷.

VI. Widerruflichkeit der Vollmacht

Die Vollmacht zum Abschluss eines Grundstücksgeschäftes ist frei widerruflich, sofern sie nicht unwiderruflich gestellt worden ist, § 168 Abs. 1 S. 2 BGB¹⁸. Möchte einer von mehreren Geschäftsherrn, beispielsweise ein Miteigentümer, die Vollmacht widerrufen, kann er allerdings nicht die Rückgabe der Vollmachtsurkunde bzw. deren Ausfertigungen nach §§ 168 S. 3, 167 S. 1, 172 Abs. 2, 175 BGB verlangen. Er hat lediglich Anspruch auf Vorlage der Urkunde bzw. der Ausfertigungen zum Zweck der Anbringung eines Widerrufsvermerks¹⁹. Der

11 RGZ 161, 153, 161; BGHZ 38, 65, 68; BGHZ 50, 364, 368.

12 So Soergel/Huber, § 460, Rn. 10.

13 MünchKomm/Westermann, § 460, Rn. 5.

14 BGH BB 1965, 435; RGZ 68, 374, 377; Soergel/Leptien, § 166, Rn. 30.

15 Soergel/Leptien, § 166, Rn. 30.

16 Staudinger/Honsell, § 460, Rn. 14.

17 BGHNJW-RR 1991, 104; MünchKomm/Schramm, § 166, Rn. 12 und § 177, Rn. 38.

18 Über den Nachweis des Widerrufs gegenüber dem Grundbuchamt siehe A. IV.; zu den Voraussetzungen einer unwiderruflichen Vollmacht siehe A. VII. 1. c. aa.

19 BGH MittBayNot 1990, 20.

Widerruf der Vollmacht bewirkt ex nunc²⁰ das Erlöschen der Vollmacht. Vorher durch den Bevollmächtigten vorgenommene Rechtshandlungen sind voll wirksam. Nach Widerruf der Vollmacht gelten zugunsten des Erklärungsgegners die Rechtsscheinsgrundsätze der §§ 170–173 BGB.

VII. Form der Vollmacht

Gemäß § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Vollmacht nicht der Form des Rechtsgeschäfts, auf das sie sich bezieht (Vertretergeschäft). Diese Regelung ist Ausdruck der Tatsache, dass die Vollmacht grundsätzlich als abstraktes, also von Vertretergeschäft und Grundverhältnis – dem der Erteilung der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnis – losgelöstes Rechtsgeschäft angesehen wird²¹. Damit kann auch Vollmacht zum Abschluss eines Grundstücksgeschäfts materiellrechtlich grundsätzlich formfrei erteilt werden²².

1. Grundstückskaufvertrag als formgebundenes Vertretergeschäft

Der Grundsatz der Formfreiheit der Vollmacht erfährt jedoch nach ständiger Rechtsprechung dort Durchbrechungen, wo entweder das Vertretergeschäft oder das Grundverhältnis formgebunden ist und der Vollmachtgeber sich dadurch, dass er seine Willenserklärung von einem Vertreter abgeben lässt, des Schutzes der gesetzlichen Formvorschrift begibt²³.

a. Warnfunktion des § 313 S. 1 BGB

Der Grundstückskaufvertrag bedarf gemäß § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Normzweck ist unter anderem, dass den Beteiligten durch die für sie besondere Situation der Beurkundung vor einem Notar ersichtlich werden soll, dass sie einen Vertrag von erheblicher Bedeutung abschließen. Hierauf werden sie zudem durch die vom Notar erfolgenden Belehrungen aufmerksam gemacht. Sie sollen so vor übereilten Entscheidungen gewarnt werden²⁴. Diese Warnfunktion der notariellen Beurkundung ist Hintergrund für die in ständiger Rechtsprechung praktizierte teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB im Falle der Grundstücksveräußerungsvollmacht²⁵. Zwar bleibt die Grundstücksveräußerungsvollmacht grundsätzlich formfrei. In bestimmten, nachfolgend geschilderten Fällen schlägt die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB aber auf die Vollmacht durch.

Der Anwendung des § 313 S. 1 BGB auf die Veräußerungsvollmacht liegt der Gedanke zugrunde, dass die Warnfunktion des § 313 S. 1 BGB den Veräußerer bei Bevollmächtigung eines Dritten zum Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr erreicht. Der Veräußerer durchlebt die Beurkundungssituation nicht mehr selbst und hat somit keine Möglichkeit mehr, eine „letzte Entscheidung“ vor Abgabe seiner Willenserklärung zu treffen.

b. Bindungswirkung

Aus diesem Blickwinkel betrachtet bedürfte allerdings nahezu jede Grundstücksveräußerungsvollmacht der notariellen Beurkundung, da der Notar insbesondere immer nur die bei der Niederschrift Anwesenden belehrt, §§ 6 Abs. 2, 17 BeurkG. Nicht zuletzt aus Rücksicht vor der gesetzgeberischen Wertung reduziert die Rechtspre-

chung den Anwendungsbereich des § 167 Abs. 2 BGB daher nur unter Hinzuziehung eines weiteren Kriteriums: Der Veräußerer muss sich durch die Erteilung der Veräußerungsvollmacht faktisch unabänderlich *gebunden* fühlen²⁶. Erst dann greift die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB auf die Vollmacht über. Hintergrund dieses Kriteriums ist, dass der Veräußerer sich erst durch diese Bindung der Warnfunktion des § 313 S. 1 BGB subjektiv vollständig entzogen hat. Wer sich gebunden fühlt, kann nach eigener Einschätzung „nicht mehr zurück“. Er wird die Vollmacht nicht mehr widerrufen und hat somit die „letzte Entscheidung“ über den Grundstücksverkauf getroffen. Er ist nicht mehr „Herr des Geschehens“²⁷. Damit fühlt er sich bereits genauso verpflichtet, als wenn er den Kaufvertrag geschlossen hätte – allerdings ohne Warnung durch die notarielle Beurkundung. Auf eine objektive tatsächliche oder rechtliche Bindung kommt es dagegen nicht an²⁸.

c. Unwiderrufliche Vollmacht

Für die Rechtsprechung lag der Hauptanwendungsfall dieser Bindungswirkung in der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht²⁹. Wird die Vollmacht für unwiderruflich erklärt, liegt der Bindungswille des Vollmachtgebers auf der Hand³⁰.

aa. Erklärung der Unwiderruflichkeit

Da § 168 §. 2 BGB die widerrufliche Vollmacht als den gesetzlichen Regelfall beschreibt, muss die Unwiderruflichkeit der Vollmacht positiv erklärt werden. Dabei kann nach herrschender Meinung gemäß § 168 S. 2 BGB die Vollmacht nur im Grundverhältnis, mithin durch Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem unwiderruflich gestellt werden³¹. Nach anderer Ansicht ist dies auch durch einseitige Erklärung des Vollmachtgebers möglich³². Unbestritten ist jedenfalls, dass die Un-

20 BayObLG DNotZ 1983, 752.

21 BGH WM 1985, 268 f.

22 Zu § 29 GBO siehe A. IV.

23 Zu verschiedenen Fallgruppen der Formbedürftigkeit der Vollmacht vgl. Rösler, NJW 1999, 1150; Kanzleiter, NJW 1999, 1612.

24 Palandt/Heinrichs, § 313, Rn. 2.

25 Siehe hierzu die nachfolgende Darstellung.

26 BGH DNotZ 1966, 92; NJW 1975, 39; DNotZ 1979, 684; OLG Schleswig DNotZ 2000, 775.

27 Korte, DNotZ 1984, 82.

28 A. A. MünchKomm/Kanzleiter, § 313, Rn. 44; ders. in DNotZ 1979, 687 f.

29 BGH DNotZ 1979, 684 f.; BGH DNotZ 1952, 477; RGZ 110, 319 f.; Staudinger/Schilken, § 167, Rn. 22 m. w. N.; Medicus, BGB AT, Rn. 929; RGRK/Ballhaus, § 313, Rn. 56; MünchKomm/Kanzleiter, § 313, Rn. 42 a; Hagen, DNotZ 1984, 271 ff.; Korte, DNotZ 1984, 84 f.

30 Trotz Unwiderruflichkeit der Vollmacht ist ausnahmsweise gleichwohl keine Beurkundung erforderlich, wenn sich die Bindung des Vollmachtgebers bereits aus anderen Umständen, beispielsweise aus einem bereits formgerecht abgeschlossenen Vorvertrag bzw. bei einer Auflassungsvollmacht aus dem bereits beurkundeten Kaufvertrag ergibt (BGH WM 1965, 253; BGH LM § 173 Nr. 1; OLG Zweibrücken, DNotZ 1983, 104). Da hier die Bindung nicht durch Erteilung der Vollmacht eintritt, bedarf der Vollmachtgeber insofern auch bei ihrer Erteilung nicht mehr des Schutzes des § 313 S. 1 BGB, Görgens MittRhNotK 1982, 53, 57 m. w. N.; Wufka BBW 1980, 275.

31 RG 109, 331, 333; BayObLG DNotZ 1997, 312 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

32 Soergel/Leptien, § 168, Rn. 23; MünchKomm/Schramm, § 168, Rn. 31; Staudinger/Schilken, § 168, Rn. 11; Fuchs, AcP Bd. 196 (1996), 363.

widerruflichkeit ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann³³.

bb. Interessenlage der Beteiligten

Während die ausdrücklich erklärte Unwiderruflichkeit in der Praxis wenig Probleme bereiten wird, sind die Fälle, in denen sich die Unwiderruflichkeit der Vollmacht – und damit ihre Beurkundungsbedürftigkeit – lediglich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, schwieriger zu erkennen. Indizien für die Bestimmung der Unwiderruflichkeit finden sich vor allem in dem der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (Grundverhältnis), das die Interessenlage der Beteiligten widerspiegelt³⁴.

Dabei wird die Unwiderruflichkeit der Vollmacht von vorne herein ausgeschlossen, wenn aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis erkennbar ist, dass die Vollmachterteilung allein den Interessen des Geschäftsherrn dient – dies dürfte den Regelfall einer Vollmachterteilung darstellen³⁵. Gleiches gilt, wenn der Vollmachterteilung überhaupt kein Rechtsverhältnis zugrunde liegt³⁶ oder dieses Rechtsverhältnis nichtig ist³⁷.

Unwiderruflichkeit ist demgegenüber vor allem dann angenommen worden, wenn die Erteilung der Vollmacht nahezu ausschließlich im Interesse des Bevollmächtigten erfolgte oder das Interesse des Bevollmächtigten zumindest dem des Geschäftsherrn gleichzusetzen war³⁸. Beispielsweise war der Bevollmächtigte selbst Erwerber des zu veräußernden Grundstücks³⁹.

Letztlich wird der Notar also, um eine etwaige Beurkundungsbedürftigkeit der Vollmacht zu erkennen, bei den Beteiligten um Erläuterung des Grundverhältnisses nachsuchen, mithin erforschen müssen, warum die Vollmacht erteilt werden soll.

Zudem wird neuerdings in den Fällen, in denen sich aus dem Grundverhältnis die Unwiderruflichkeit der Vollmacht ergibt, verlangt, dass auch das Grundverhältnis mit beurkundet werden müsse⁴⁰. Sollte sich diese Ansicht durchsetzen, sind in der Niederschrift der unwiderruflichen Vollmacht künftig also auch Feststellungen zum Grundverhältnis zu treffen. Dabei dürften sich diese gegebenenfalls in der ausdrücklichen Feststellung der Unwiderruflichkeit der Vollmacht und im Übrigen dem Geltenlassen der gesetzlichen Auftragsregeln erschöpfen⁴¹.

d. Bindung bei widerruflicher Vollmacht

Aber auch außerhalb der Unwiderruflichkeit einer Vollmacht kann sich eine seitens des Geschäftsherrn empfundene Bindung ergeben. Beispielsweise hat der Geschäftsherr dem Vertreter Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt, ein Grundstück auf sich selbst zu übertragen, und es besteht Grund zu der Annahme, dass der Vertreter so unverzüglich zur Unterzeichnung des Kaufvertrages schreiten wird, dass ein Widerruf seitens des Vollmachtgebers faktisch ausgeschlossen ist⁴².

Denkbar ist auch, dass der Vollmachtgeber selbst nicht mehr in der Lage sein wird, die Vollmacht zu widerrufen. Beispielsweise gibt der schwerkranke Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten, einem nahen Angehörigen, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die

Möglichkeit, Grundstücke unentgeltlich auf sich zu übertragen⁴³. Ist der bettlägerige Vollmachtgeber rein tatsächlich nicht mehr in der Lage, die Vollmacht zu widerrufen, wollte er mit Erteilung der Vollmacht das Geschehen erkennbar „aus der Hand geben“.

Allein die Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB führt allerdings nach ständiger Rechtsprechung noch nicht zur Bindungswirkung und damit zur Anwendung des § 313 S. 1 BGB⁴⁴. Denn die Befreiung gibt für sich genommen dem Vertreter nur die Möglichkeit, selbst als Vertragspartner des Vollmachtgebers aufzutreten. Ein Bindungswille des Veräußerers ist hiermit erst dann verbunden, wenn der Veräußerer aufgrund weiterer Umstände der Ansicht ist, durch die Erteilung der Vollmacht nun zum Vertragsabschluss verpflichtet zu sein⁴⁵. Die Befreiung von § 181 BGB wird also teilweise, neben anderen Umständen, als Indiz für eine Bindungswirkung gesehen.

Deutlich wird, dass gerade die Fälle, in denen die Rechtsprechung eine faktische Bindung des Geschäftsherrn angenommen hat, für den Notar in der Praxis oft nur schwer zu erkennen sind. Wenn begründete Anhaltspunkte für eine subjektive Bindungswirkung der Vollmacht vorliegen, sollte demgemäß mit der Beurkundung der Vollmacht und des zwischen den Beteiligten bestehenden Grundverhältnisses der sicherste Weg gegangen werden.

2. Formbedürftigkeit der Vollmacht aufgrund Formbedürftigkeit des Grundverhältnisses

Die Formbedürftigkeit der Grundstücksveräußerungsvollmacht kann nach bisheriger Rechtsprechung auch daraus folgen, dass das der Vollmachterteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (Grundverhältnis) selbst der Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB unterliegt bzw. das Grundverhältnis mit einem schuldrechtlichen Vertrag verbunden ist, der seinerseits der Regelung des § 313 BGB unterfällt⁴⁶. Hierzu trifft § 167 Abs. 2 BGB keine Regelung, so dass auch das Gesetz nicht von vorneherein davon ausgeht, dass Vollmacht und Grundverhältnis in gleichem Maße voneinander abstrahiert sind wie Voll-

33 Soergel/Leptien, § 168, Rn. 23; Palandt/Heinrichs, § 168, Rn. 6.

34 BGH WM 1985, 647; BGH DNotZ 1966, 92; BGH DNotZ 1972, 229; BGH DNotZ 1979, 684; OLG Schleswig DNotZ 2000, 775.

35 BayObLG DNotZ 1997, 312, 313; BGH NJW-RR 91, 441; BGH DNotZ 1966, 95; BGH DNotZ 1972, 229.

36 BGHZ 110, 363, 367; BGH NJW-RR 1991, 439, 441.

37 LG Zweibrücken, OLGZ 1985, 45 f.

38 BGH DNotZ 1972, 229, 230; BGH NJW-RR 1991, 439, 441.

39 BGH DNotZ 1966, 92; vgl. auch RG JW 1927, 1139; RGZ 108, 26; 104, 236; BGH DNotZ 1979, 684; RGRK/Ballhaus, § 313, Rn. 56.

40 BayObLG DNotZ 1997, 312, mit zustimmender Anmerkung Wufka; ders. in Staudinger, § 313, Rn. 124, 128; MünchKomm/Kanzleiter, § 168, Rn. 43 und § 313, Rn. 42; Meikel/Lichtenberger, § 20, Rn. 148; Basty, Bauträgervertrag, Einl., Rn. 53.

41 MünchKomm/Kanzleiter, § 168, Rn. 43 und § 313, Rn. 42.

42 MünchKomm/Kanzleiter, § 313, Rn. 42.

43 So in OLG Schleswig DNotZ 2000, 775; vgl. auch BGH DNotZ 1979, 684, 685.

44 BGH DNotZ 1979, 684; BGH DNotZ 1965, 549; BGH DNotZ 1966, 92; OLG Schleswig DNotZ 2000, 775; anders noch RGZ 104, 237; OLG München DNotZ 1938, 165.

45 OLG Schleswig DNotZ 2000, 775.

46 Zu der Frage der Formbedürftigkeit einer Vollmacht, die aus Anlass des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds erteilt wird, vgl. das Rundschreiben der Rheinischen Notarkammer 1/1994.

macht und Vertretergeschäft. Vielmehr bestimmt bereits § 168 Abs. 2 BGB, dass sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem Grundverhältnis richtet.

Die Formgebundenheit des Grundverhältnisses schlägt nach herrschender Meinung dort auf die Vollmacht durch, wo die Vollmacht nach dem Willen der Beteiligten mit dem Grundverhältnis zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft verbunden ist, wenn Vollmacht und Grundverhältnis also „miteinander stehen und fallen“⁴⁷. Ist hier das Grundgeschäft nicht formgerecht abgeschlossen worden, erstreckt sich dessen Formnichtigkeit gemäß § 139 BGB auch auf die erteilte Vollmacht. Dies gilt selbst dann, wenn die Vollmacht ihrerseits eigenständig notariell beurkundet worden war.

Die Rechtsprechung hatte sich mit dieser Fallkonstellation vornehmlich im Rahmen der zu den sogenannten „Bauherrenmodellen“ ergangenen Entscheidungen zu befassen⁴⁸. Hier verpflichtete sich typischerweise der private Anleger in einem „Betreuungsvertrag“ gegenüber einem Baubetreuer, diesem Vollmacht zum Erwerb eines Grundstücks zu erteilen. In der im Betreuungsvertrag enthaltenen Verpflichtung zur Erteilung einer – meist unwiderruflichen – Vollmacht hat die Rechtsprechung ein formbedürftiges Rechtsgeschäft i. S. d. § 313 S. 1 BGB erblickt, da bereits hierin eine Verpflichtung des Anlegers zum Erwerb des Grundstücks liege. Da die zu erteilende Vollmacht lediglich zur Durchführung des Betreuungsvertrages erforderlich war, erkannte die Rechtsprechung einen Parteiwillen, der auf untrennbare Einheitlichkeit von Vollmacht und Betreuungsvertrag gerichtet war. Mithin sollten Vollmacht und Betreuungsvertrag miteinander „stehen und fallen“, so dass sich die regelmäßig wegen fehlender Beurkundung gegebene Formnichtigkeit des Betreuungsvertrages auf die erteilte Vollmacht erstreckte. Hatte der Notar Anhaltspunkte für den Einheitlichkeitswillen der Beteiligten, traf ihn eine Belehrungspflicht über die Formbedürftigkeit von Vollmacht und Betreuungsvertrag⁴⁹. Andernfalls machte er sich wegen Amtspflichtverletzung schadensersatzpflichtig⁵⁰.

3. Sonstige Fälle

Auf weitere Fallkonstellationen einer entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 167 Abs. 2 BGB bestehenden Formbedürftigkeit der Vollmacht soll nur kurz hingewiesen werden.

Diskutiert wird neuerdings, ob sich bei wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksamen Bauträgerverträgen die Unwirksamkeit auch auf einem Baubetreuer erteilte Vollmachten und die aufgrund dieser Vollmachten vorgenommenen Rechtsgeschäfte erstreckt⁵¹. Ferner soll sich die Unwirksamkeit einer Vollmacht – und der mit ihr einheitlich verbundenen Rechtsgeschäfte – daraus ergeben können, dass sie unter anderem die Befugnis zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages gibt, jedoch nicht alle nach VerbrKrG erforderlichen Angaben enthält, § 6 Abs. 1 VerbrKrG i. V. m. § 139 BGB⁵². Der Bundesgerichtshof hat sich dafür ausgesprochen, dass eine solche Vollmacht grundsätzlich nicht die Mindestangaben über die Kreditbedingungen (§ 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG) enthalten müsse⁵³.

4. Form der Auflassungsvollmacht

Typischerweise wird mit der Vollmacht zum Abschluss des Kaufvertrages gleichzeitig Vollmacht zur Abgabe der dinglichen Willenserklärungen erteilt; sie kann aber auch isoliert gegeben werden. Es stellt sich somit die Frage, ob auch die Auflassungsvollmacht der entsprechenden Anwendung des § 313 BGB unterliegt.

Die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB findet zunächst keine Anwendung auf die Auflassung. Diese kann also grundsätzlich formfrei erklärt werden. Erforderlich ist lediglich die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten vor zuständiger Stelle, in der Regel also dem Notar⁵⁴. Gleichwohl gelten nach Ansicht des BGH die zur Veräußerungsvollmacht dargestellten Grundsätze auch für die Auflassungsvollmacht⁵⁵. Hat der Vollmachtgeber bei Erteilung der Auflassungsvollmacht also den erforderlichen Bindungswillen, ist die Auflassungsvollmacht zu beurkunden.

Ob diese Rechtsprechung mit dem Gesetz in Einklang zu bringen ist, darf bezweifelt werden⁵⁶. Die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB gilt nicht für die Auflassung, so dass sich, anders als beim schuldrechtlichen Vertrag, die Form des Vertretergeschäftes nicht auf die Vollmacht erstrecken kann. § 313 S. 1 BGB wird von der Rechtsprechung entgegen dem gesetzlichen Abstraktionsprinzip auf die dingliche Einigung angewendet. Zudem folgt zumindest dann, wenn der Kaufvertrag bereits beurkundet ist (vgl. § 925 a BGB), die Bindung bereits aus diesem, so dass nach den von der h. M. vertretenen Grundsätzen die Formbedürftigkeit schon aus diesem Grund entfällt⁵⁷.

Nach geltender Rechtsprechung finden also die zur Formbedürftigkeit der Grundstücksveräußerungsvollmacht dargestellten Grundsätze auch auf die Auflassungsvollmacht Anwendung.

5. Rechtsfolge formunwirksamer Vollmacht

Ist die Veräußerungsvollmacht in den vorgenannten Fällen materiellrechtlich nicht formwirksam erteilt worden,

47 BGH NJW 1992, 3237; BGH NJW 1997, 312; BGH DNotZ 1988, 547; WM 1964, 182; BGH WM 1985, 596; Korte DNotZ 1984, 82.

48 Siehe vorgehende Fußnote. Zu der Frage der Beurkundungsbedürftigkeit eines Beitritts zu geschlossenen Immobilienfonds siehe Heckschen in: Beck'sches Notarhandbuch, A X, Rn. 54 ff., ferner das ausführliche Rundschreiben der Rheinischen Notarkammer, Rundschreiben 1/1994.

49 BGH NJW 1992, 3237.

50 Bestehen die Beteiligten gleichwohl auf der formunwirksamen Erteilung der Vollmacht, muss der Notar einen Vorbehalt nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG in die Urkunde aufnehmen, vgl. BGH DNotZ 1989, 43.

51 Hermanns, DNotZ 2001, 6.

52 Beispielsweise OLG-München DNotI-Report 1999, 112; vgl. auch Rösler/Wilms ZNotP 2000, 90.

53 BGH ZIP 2001, 911.

54 Die regelmäßig vorgenommene notarielle Beurkundung der Auflassungserklärungen folgt aus der Tatsache, dass die Abgabe der Erklärungen sowie die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen.

55 Vgl. BGH DNotZ 1963, 672; BGH WM 1974, 1229, 1231; KG DNotZ 1986, 290 Nr. 10.

56 MünchKomm/Kanzleiter, § 313, Rn. 44; ähnlich Brambring, DNotZ 1978, 149.

57 BGH WM 1965, 253; BGH LM § 173 Nr. 1; OLG Zweibrücken, DNotZ 1983, 104; Görgens MittRhNotK 1982, 53, 57 m. w. N.; Wufka BBW 1980, 275.

ist sie nichtig gemäß § 125 BGB. Der Bevollmächtigte, der gleichwohl die zum Kaufvertrag notwendigen Willenserklärungen abgibt, handelt als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der Kaufvertrag ist demgemäß zunächst schwebend unwirksam.

a. Heilung nach § 313 S. 2 BGB?

Fraglich ist, ob die Formnichtigkeit der Vollmacht durch Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels gemäß § 313 S. 2 BGB geheilt wird und so der gesamte Kaufvertrag vollwirksam zustande kommt. Die Rechtsprechung beurteilt diese Frage nicht einheitlich⁵⁸. In der herrschenden Lehre wird Heilung richtigerweise mit der Begründung befürwortet, dass, wenn sich die Formbedürftigkeit der Vollmacht als Nebengeschäft zum Kaufvertrag gerade aus § 313 S. 1 BGB ableite, im Umkehrschluss auch dessen Heilungsmöglichkeit auf die Vollmacht durchgreifen müsse⁵⁹.

b. Genehmigung des Kaufvertrages

Der schwebend unwirksame Kaufvertrag kann jedoch durch Genehmigung seitens des Geschäftsherrn gem. § 184 Abs. 1 BGB volle Wirksamkeit erhalten. Dieser Weg sollte als der sichere gegangen werden⁶⁰.

c. Rechtsscheinhaftung bei nicht formgerecht erteilter Vollmacht

Der BGH hat im Falle der formunwirksamen Vollmachterteilung vereinzelt auf die Rechtsscheinhaftung der §§ 171–173 BGB zurückgegriffen⁶¹. In einem Bauherrenmodell, bei dem sich die Anleger wegen der nicht mehr durchzuführenden Endfinanzierung auf die aus der Formnichtigkeit des Betreuungsvertrages fließende Formnichtigkeit der dem Baubetreuer erteilten Vollmacht beriefen, hat der BGH der finanzierenden Bank einen Zinszahlungsanspruch gegenüber den Anlegern zugestimmt. Zur Begründung wendet der BGH § 173 BGB entsprechend an. Der Bank war als Grundlage für die Finanzierungsbestätigung eine Ausfertigung⁶² der Vollmachtsurkunde vorgelegt worden. Hieraus konnte die Bank die Formnichtigkeit der Vollmacht nicht erkennen. Damit durfte sie auf den durch die Vorlage der Vollmachtsurkunde erzeugten Rechtsschein vertrauen. Der Darlehensvertrag war daher mit den Anlegern wirksam zustande gekommen, so dass ein Zinsanspruch geltend gemacht werden durfte.

Diese Rechtsprechung lässt sich unproblematisch auf alle oben behandelten Fälle der ausnahmsweise formbedürftigen Grundstücksveräußerungsvollmacht übertragen. Das auch für den Notar bestehende Haftungspotential bei fehlender Erforschung des Sachverhalts und unterlassener Belehrung – sofern begründete Zweifel an der Formfreiheit der Vollmacht vorliegen – wird deutlich.

6. Form im Ausland erteilter Vollmachten zum Verkauf inländischer Grundstücke

Ist die Grundstücksveräußerungsvollmacht für den Verkauf eines in Deutschland gelegenen Grundstücks im Ausland erteilt worden, stellt sich die Frage, welcher materiellrechtlichen Form sie zu genügen hat, also insbesondere, ob auch hier die oben dargestellten Grundsätze der ausnahmsweise geltenden Formbedürftigkeit der

Vollmacht nach deutschem Recht Anwendung finden⁶³. Zu unterscheiden ist hier zwischen der Form der Vollmacht einerseits und ihrem Umfang bzw. der inhaltlichen Auslegung andererseits:

a. Form der Vollmacht: Alternative Geltung von Ortsrecht und Geschäftsrecht

Art. 11 Abs. 1 EGBGB enthält die dispositive Regelung, dass sich die Form eines Rechtsgeschäfts entweder nach dem Recht des Staates, in dem es vorgenommen wird (Ortsform)⁶⁴ oder nach dem für den Inhalt dieses Rechtsgeschäfts maßgeblichen Recht (Geschäftsrecht bzw. Wirkungsstatut) bestimmt. Beide Anknüpfungsmöglichkeiten gelten dabei alternativ, können also im konkreten Fall nach Bedarf herangezogen werden.

aa. Ortsrecht

Das Ortsrecht definiert sich gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB nach dem Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Als Vornahme eines Rechtsgeschäfts ist vorliegend die Erteilung der Grundstücksveräußerungsvollmacht anzusehen. Damit kann für die Einhaltung der erforderlichen Form der Vollmacht auf das Recht des Staates abgestellt werden, in dem die Vollmacht erteilt wurde⁶⁵. Für die Form einer im Ausland erteilten Vollmacht sind also die ausländischen Formvorschriften maßgeblich, nicht die – gegebenenfalls strengeren – deutschen Regelungen. Da es sich bei Art. 11 Abs. 1 EGBGB um eine Sachnormverweisung handelt, braucht eine Rückverweisung ausländischen Internationalen Privatrechts auf deutsches Recht nicht gefürchtet zu werden⁶⁶. Es bleibt bei der Anwendung ausländischer Formvorschriften.

Wird dem deutschen Notar eine im Ausland ausgestellte Vollmacht vorgelegt und handelt es sich bei dieser um eine vor einem Notar, einer Behörde oder einer gleichwertigen Urkundsperson ausgestellte Vollmacht, darf zudem davon ausgegangen werden, dass ausländische Behörden und Notare die zur ordnungsgemäßen Errichtung einer Urkunde notwendigen Formvorschriften des Ortsrechts beachten⁶⁷. Insofern braucht sich der deutsche Notar, sofern keine begründeten Zweifel auftauchen, um die Nachprüfung ausländischer Formvorschriften bei

58 Dagegen: RGZ 110, 321; im Ergebnis ebenso BGH DNotZ 1966, 96; offengelassen in BGH WM 1980, 1032; BGH NJW 1985, 730 Ziff. 4; BGH NJW-RR 1988, 348.

59 Staudinger/Wufka, § 313, Rn. 136 m. w. N.

60 Zur Frage, ob die Genehmigung formfrei erfolgen kann, siehe unten B.X.

61 BGH WM 1985, 10; ähnlich auch BGH DNotZ 1997, 701 Nr. 3 = MittBayNot 1997, 33.

62 Nach BGH MittBayNot 1988, 29 genügt die Vorlage einer lediglich beglaubigten Abschrift zur Erweckung des Rechtsscheins nach §§ 171–173 BGB nicht. In entsprechender Anwendung dieser Vorschriften greift jedoch die allgemeine Rechtsscheinhaftung Platz.

63 Ausführlich hierzu Dorsel, MittRhNotK 1997, 6.

64 Gemeint ist der Staat, in dem die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlichen Willenserklärungen abgegeben werden, vgl. Staudinger/Winkler von Mohrenfels, Art. 11 EGBGB, Rn. 156.

65 Schotten, IPR, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, § 5 II, Rn. 101.

66 Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 22, 101; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1755.

67 Meikel/Brambring, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 241.

durch eine ausländische Urkundsperson ausgestellten Vollmachten nicht zu kümmern. Er darf davon ausgehen, dass die Vollmacht den ausländischen Formvorschriften genügt, was gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB auch für ihre Verwendung in Deutschland ausreicht. Diese Sicherheit hat der deutsche Notar jedoch nicht, wenn eine privatschriftlich verfasste Vollmacht vorgelegt wird. Steht dem Notar die erforderliche Literatur nicht zur Verfügung, kann er nur schwer prüfen, ob die Vollmacht nach ausländischem Recht formgemäß erteilt wurde.

bb. Geschäftsrecht (Wirkungsstatut)

In dieser Situation bietet es sich an, das Geschäftsrecht als zweite Anknüpfungsmöglichkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB heranzuziehen. Nach herrschender Ansicht ist als Geschäftsrecht der Vollmacht weder das Recht des Grundgeschäfts (beispielsweise der im Ausland erteilte Auftrag zur Veräußerung des Grundstücks) noch das Recht des Vertretergeschäfts (der in Deutschland beurkundete Grundstückskaufvertrag) maßgebend⁶⁸. Vielmehr folgt die Vollmacht als selbständiges Rechtsgeschäft gewohnheitsrechtlich einer eigenen Anknüpfung. Entscheidend ist, in welchem Staat die Vollmacht Wirkung entfalten soll⁶⁹. Dies ist regelmäßig der Staat, in dem von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden soll, um das Vertretergeschäft abzuschließen, also der Staat, in dem der Vertreter seine Willenserklärung abgibt⁷⁰. Wurde die Vollmacht mithin erteilt, um in Deutschland einen Grundstückskaufvertrag zu schließen, soll die Vollmacht in Deutschland Wirkung entfalten. Demnach ist deutsches Recht anwendbar. Somit greifen auch die deutschen Formvorschriften.

Umstritten ist allerdings, ob es für den Gebrauchsort auf den Willen des Geschäftsherrn ankommt⁷¹ oder ob der Ort maßgeblich ist, an dem der Vertreter von der Vollmacht tatsächlich Gebrauch macht (realer Gebrauchsort)⁷². Beispielsweise sollte nach dem Willen des Geschäftsherrn der Kaufvertrag in Frankreich geschlossen werden, er wird jedoch in Deutschland beurkundet. Hier erscheint der Geschäftsherr schutzwürdig, da die Anwendung einer von ihm nicht gewünschten Rechtsordnung den Umfang der Vertretungsmacht verändern kann. Andererseits hat der Geschäftsherr die Möglichkeit, den gewünschten Gebrauchsort in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich festzuschreiben. Unterlässt er dies, ist sein Wunsch für den Geschäftsgegner nicht eindeutig erkennbar. Dessen Schutz dürfte es daher gebieten, auf den realen Gebrauchsort abzustellen⁷³. In der Rechtsprechung ist diese Frage bislang noch nicht geklärt. Es bleibt dem Geschäftsherrn aber unbenommen, das Geschäftsstatut ausdrücklich festzusetzen, also nicht nur den gewünschten Gebrauchsort zu bestimmen, sondern das anzuwendende Recht zu wählen, Art. 27 Abs. 1 EGBGB⁷⁴. Selbstredend muss dem Geschäftsgegner diese Rechtswahl erkennbar, also regelmäßig in der Vollmachtsurkunde enthalten sein. Gegebenenfalls kann die Rechtswahl auch vertraglich, also außerhalb der Vollmachtsurkunde vereinbart werden⁷⁵.

Sofern keine anderen Anhaltspunkte erkennbar sind, dürfte man als deutscher Notar mithin für die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages mangels Kenntnis des ausländischen Ortsrechts unter Heranziehung des Ge-

schaftsrechts der Vollmacht zur Anwendung deutschen Rechts kommen. Denn es steht zu vermuten, dass der Geschäftsherr beabsichtigt hat, dass der Kaufvertrag in Deutschland abgeschlossen wird. Damit sind auch die deutschen Formvorschriften erfasst⁷⁶. Eine Ausnahme soll jedoch für Bevollmächtigte in Wirtschaftsunternehmen, insbesondere Prokuristen, gelten. Hier findet als Vollmachtsstatut nach überwiegender Ansicht das am Sitz des Unternehmens geltende Recht Anwendung. Für Handelsvertreter gilt das Recht des Staates, in dem sich ihre Niederlassung befindet⁷⁷. Hierdurch soll berücksichtigt werden, dass der Generalvertreter mit „seiner“ Rechtsordnung stark verbunden ist und seine nicht nur für den Einzelfall erteilte Vertretungsmacht hauptsächlich dazu dient, am Sitz der Gesellschaft ihre Wirkung zu entfalten. Damit soll es auch für das ausnahmsweise Tätigwerden im Ausland bei der Geltung der heimischen Rechtsordnung verbleiben.

cc. Auflassungsvollmacht

Die für die Form im Ausland erteilter Grundstücksveräußerungsvollmachten geltenden Regeln sind nach einer Ansicht jedoch nicht auf im Ausland erteilte Auflassungsvollmachten anwendbar. Hier greife Art. 11 Abs. 5 EGBGB, nach dem für Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht an einem Grundstück begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, allein die Form des Staates maßgeblich ist, in dem das Grundstück belegen ist (*lex rei sitae*)⁷⁸. Die herrschende Meinung sieht aber auch die Auflassungsvollmacht von der Regelung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB erfasst, da mit der Erteilung der Auflassungsvollmacht kein Recht an einem Grundstück begründet oder über das Grundstück verfügt werde⁷⁹.

b. Inhalt der Vollmacht

Vorgenannte Grundsätze betreffen jedoch lediglich die Form der Erteilung der Vollmacht, nicht deren inhaltli-

- 68 BGH DB 1958, 1010; BGH NJW 1982, 2733; BGH NJW 1990, 3088; Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1716, 1718; Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 90, 100.
- 69 BGHZ 64, 183, 192 f.; BGH DNotZ 1994, 485; Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 89; Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1719 m. w. N. Die seitens der Rechtsprechung vorgenommene Einordnung ist jedoch nicht immer einheitlich erfolgt und zudem in der Literatur umstritten, vgl. hierzu eingehend Dorsel, MittRhNotK 1997, 6.
- 70 Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 90.
- 71 BGHZ 64, 183, 192 f.; Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 90; der gutgläubige Dritte soll analog Art. 12 EGBGB geschützt sein.
- 72 Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1721; MünchKomm/Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rn. 257 m. w. N.
- 73 Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1721.
- 74 Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 92; Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1722.
- 75 Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1722.
- 76 Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1756, listet allerdings mehrere obergerichtliche Entscheidungen auf, in denen die deutschen Formvorschriften gleichwohl nicht angewendet wurden.
- 77 OLG Frankfurt IPRspr. 1968/69 Nr. 21; OLG Frankfurt IPRax 1986, 373/375; Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 91; Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1728, 1781 m. w. N.
- 78 Staudinger/Winkler von Mohrenfels, Art. 11 EGBGB, Rn. 71; MünchKomm/Spellenberg, vor Art. 11, Rn. 249; Schotten, IPR, § 5 II, Rn. 91 m. w. N.; Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1737 m. w. N.
- 79 OLG Stuttgart OLGZ 1981, 164; 1982, 257; Soergel/Kegel, Art. 11 EGBGB, Rn. 16, Palandt/Heldrich, Art. 11 EGBGB, Rn. 21.

chen Umfang. Wegen des Umfangs der Vollmacht und ihrer Auslegung, hält die Rechtsprechung allein das Geschäftsrecht (Wirkungsstatut) für maßgeblich⁸⁰. Dies ergebe sich aus dem Schutzbedürfnis des deutschen Geschäftsverkehrs, das den Schutz des ausländischen Vollmachtgebers, der das Wirksamkeitsrisiko seiner Vollmacht zu tragen habe, überwiege⁸¹. Bestehen dagegen Fragen über die generelle Zulässigkeit der Vertretung zum vorliegenden Grundstückskaufvertrag, richtet sich deren Beantwortung nach dem Geschäftsrecht des Kaufvertrages⁸². Das Vollmachtsstatut betrifft lediglich die konkret erteilte Vollmacht.

c. Substitution

Wird die Grundstücksveräußerungsvollmacht im Ausland erteilt und soll dabei aber nicht das Ortsrecht, sondern das deutsche Geschäftsrecht – und damit die deutschen Formvorschriften – eingehalten werden (Substitution), stellt sich die Frage, ob die im Ausland ansässige Urkundsperson dem deutschen Notar gleichwertig ist⁸³. Im Bereich des Grundstücksrechts werden – im Gegensatz zu der umstrittenen Rechtslage im Gesellschaftsrecht – jedenfalls Urkundstätigkeiten im Bereich des lateinischen Notariats als gleichwertig angesehen⁸⁴. Ist die Gleichwertigkeit der ausländischen Urkundsperson zweifelhaft, kann jedoch immer, wie oben gezeigt, das jeweilige Ortsrecht Anwendung finden, so dass es dem deutschen Notar wegen materiellrechtlicher Formfragen nicht auf die Einhaltung deutschen Rechts ankommen muss.

d. § 29 GBO

Rein verfahrensrechtlich ist allerdings immer die Vorschrift des § 29 GBO zu beachten. Die im Ausland erteilte Vollmacht muss somit zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt zumindest der Form des § 29 GBO genügen, also alle hierzu erforderlichen Merkmale einer öffentlichen Urkunde i. S. v. § 415 ZPO aufweisen. Dabei steht die Nachprüfung im Ermessen des Grundbuchamtes. Somit muss für den Fall der nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO notwendigen öffentlichen Beglaubigung der unter der erteilten Vollmacht gezeichneten Unterschrift des Geschäftsherrn eine entsprechende Urkunde durch die ausländische Urkundsperson erstellt werden. Dabei darf, wie oben angesprochen, davon ausgegangen werden, dass ausländische Urkundspersonen die zur ordnungsgemäßen Errichtung einer Urkunde notwendigen Formvorschriften des Ortsrechts beachten, somit also eine wirksame öffentliche Urkunde erstellen⁸⁵. Bei begründeten Zweifeln darf das Grundbuchamt aber eine Nachprüfung vornehmen. Die Unterschrift des Vollmachtgebers muss dann mindestens in einer der öffentlichen Beglaubigung nach deutschem Recht entsprechenden Art und Weise vor einer entsprechenden Urkundsperson verifiziert sein⁸⁶. Zudem ist die Echtheit der Urkunde – d. h. die Authentizität der Urkundsperson – in geeigneter Form (Legalisation, Apostille) nachzuweisen⁸⁷.

e. Ergebnis

Festzuhalten bleibt somit, dass es dem deutschen Notar hinsichtlich Formfragen nicht auf die deutschen Rechtsvorschriften ankommen muss. Die im Ausland zur Abgabe einer Vollmacht zulässige Form reicht aus. Notwendig ist jedoch die Einhaltung der Form des § 29 GBO.

Hierbei hilft die Vermutung, dass ausländische Urkundspersonen die ausländischen Formvorschriften beachten und dass eine Urkunde, die alle Merkmale einer öffentlichen Urkunde nach deutschem Recht enthält auch öffentliche Urkunde ist. Bei begründeten Zweifeln sind Nachprüfungen durch das Grundbuchamt jedoch zulässig.

VIII. Finanzierungsvollmacht

Einen praktisch bedeutsamen Fall der Vollmachterteilung im Grundstückskaufvertrag stellt die Finanzierungsvollmacht dar. Aufgrund dieser Vollmacht darf der Käufer regelmäßig bereits vor Umschreibung des Eigentums das Kaufgrundstück mit Grundpfandrechten belasten, ohne dass es hierbei einer erneuten Mitwirkung des Verkäufers bedarf. Die einzutragenden Belastungen dienen zur dinglichen Sicherung der Darlehensgeber des Käufers. Mit den vom Käufer aufgenommenen Darlehen werden neben der Kaufpreissumme zumeist auch die Kosten der Vertragsabwicklung, aber auch für das Kaufobjekt anfallende weitere Investitionen, beispielsweise Renovierungs- und Sanierungskosten, finanziert.

Durch diese „Vorwegbeileihung“, mit der eine regelmäßige vorherige Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto vermieden wird, entstehen für den Verkäufer allerdings erhebliche Risiken. Der Käufer erhält einen Darlehensauszahlungsanspruch gegen seinen Gläubiger. Der Gläubiger ist jedoch am Grundstück des Verkäufers dinglich gesichert. Der Verkäufer unterwirft sich als Eigentümer des Grundbesitzes dem Gläubiger des Käufers gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung⁸⁸. Damit haftet der Verkäufer dem Gläubiger des Käufers gegenüber für das Wohlverhalten des Käufers, was dessen Erfüllung seiner Pflichten aus dem Darlehensverhältnis betrifft.

Die notarielle Praxis kann die für den Käufer bestehenden Risiken jedoch durch geeignete Kautelen erheblich reduzieren. Entsprechend sollte die Finanzierungsvollmacht dahingehend gefasst sein, dass der Käufer nur zur Grundpfandrechtsbestellung unter Einhaltung nachstehender Verfahrensweisen bevollmächtigt ist. Üblicherweise wird folgendes vereinbart:

1. Eingeschränkte Sicherungsabrede

Zwischen dem Käufer und seinem Finanzierungsgläubiger wird eine Sicherungsabrede getroffen, nach der der

80 BGH DNotZ 1994, 485; 487 = NJW 1993, 2744; BGH NJW 90, 3088; BGH NJW 82, 2733; Palandt/Heldrich, Anh. zu Art. 32 EGBGB, Rn. 1,3.

81 BGHZ 64, 183, 193.

82 Reithmann/Martiny/Hausmann, a. a. O., Rn. 1765 ff.

83 Vgl. BGHZ 80, 76; Wolfsteiner DNotZ 1978, 532.

84 Vgl. Palandt/Heldrich, Art. 11 EGBGB, Rn. 7 m. w. N. zu anderen Nationen.

85 Arnold, DNotZ 1975, 581, 586; Weber, DNotZ 1967, 469; Meikel/Brambring, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 239.

86 Meikel/Brambring, Grundbuchordnung, § 29, Rn. 239: Gegebenenfalls kann ein deutscher Konsularbeamter nach §§ 13 Abs. 4 i. V. m. 2, 19, 24 KonsularG bestätigen, dass der Aussteller zur Aufnahme der Urkunde zuständig war und dass die Urkunde in der nach den Gesetzen des Ausstellungsortes erforderlichen Form aufgenommen worden ist.

87 Vgl. DNotl-Report 1993, 3.

88 Gleichfalls zulässig ist die Vollstreckungsunterwerfung des Käufers als künftiger Eigentümer, wodurch die Notwendigkeit der späteren Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Käufer vermieden wird, vgl. KG DNotZ 1988, 238.

Gläubiger das Grundpfandrecht nur wegen auf die Kaufpreisforderung geleisteter Zahlungen verwerten darf. Zudem verpflichtet sich der Gläubiger, im Falle der Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen nicht vollständiger Kaufpreiszahlung gegen Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises die Löschung des Grundpfandrechts ohne Auflagen, Zinsen und Kosten für den Veräußerer zu bewilligen. Die eingeschränkte Sicherungsabrede ist zentrales Instrument des Verkäuferschutzes, da der Verkäufer nur durch sie sichergehen kann, sich des Gläubigerzugriffs bei nicht vollständiger Zahlung des Kaufpreises entledigen zu können⁸⁹. Dabei kommt die Sicherungsabrede als Vertrag zwischen dem Käufer und seinem Finanzierungsgläubiger durch Zusendung und stillschweigende Annahme seitens des Gläubigers zustande. Die Sicherungsabrede sollte möglichst in der Grundschuldbestellungsurkunde enthalten sein, um dem Gläubiger die Annahme des Grundpfandrechts nur unter gleichzeitiger Annahme des Sicherungsvertrags zu ermöglichen. Andernfalls ist dafür Sorge zu tragen, dass der Gläubiger die getroffene Sicherungsabrede bestätigt⁹⁰. Gegebenenfalls sollte erst nach Eingang dieser Bestätigung vollstreckbare Ausfertigung erteilt und Eintragungsantrag gestellt werden⁹¹. Andererseits ist die Praxis der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld auf dem Grundstück des Verkäufers inzwischen so selbstverständlich geworden, dass zumindest jedes finanzierende inländische Kreditinstitut von der Vereinbarung einer eingeschränkten Sicherungsabrede wird ausgehen müssen⁹². Die Sicherungsabrede ist allerdings nicht als vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung zu qualifizieren, so dass der Finanzierungsgläubiger durchaus in den Grundbesitz vollstrecken kann. Käufer und Verkäufer müssen gegebenenfalls Vollstreckungsgegenklage nach §§ 795, 767 ZPO erheben⁹³.

2. Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs

Ergänzend⁹⁴ kann vereinbart werden, dass der Käufer seine ihm gegen den Finanzierungsgläubiger zustehenden Ansprüche auf Auszahlung der durch das Grundpfandrecht gesicherten Darlehen in Höhe des Kaufpreises unwiderruflich an den Veräußerer abtritt. Alternativ wird der Gläubiger angewiesen, diese Gelder bis zur vollständigen Kaufpreisbelegung nur entsprechend den Zahlungsvereinbarungen im Kaufvertrag auszuzahlen⁹⁵. Die Abtretung bzw. Auszahlungsanweisung wird dem Gläubiger zur Kenntnis gebracht. Als problematisch kann sich die Abtretung des jeweiligen Darlehensauszahlungsanspruchs erweisen, wenn der Käufer bei verschiedenen Gläubigern dinglich zu sichernde Darlehen erhält und die Darlehensvaluten in ihrer Summe die Kaufpreisforderung übersteigen. Eine pauschale Abtretungserklärung im Kaufvertrag oder in jeder Grundschuldbestellungsurkunde würde auch die die Kaufpreisforderung übersteigenden Darlehensauszahlungsansprüche erfassen. Um dies zu vermeiden, wird der Notar nicht umhinkommen, in jeder Grundschuldbestellungsurkunde die Höhe des abgetretenen Betrages genau zu beziffern. Denn der jeweilige Gläubiger muss die Höhe des aus seiner Auszahlungspflicht abgetretenen Betrages erkennen können. Denkbar wäre auch, hinsichtlich der abgetretenen Beträge auf die Rangfolge der dinglichen Sicherungen im Grundbuch Bezug zu nehmen. Insoweit könnten die vorrangig gesicherten Darlehen abgetreten werden. Auch

damit dürfte die Höhe der jeweils abgetretenen Summe eindeutig bestimmbar sein. Allerdings wäre so der Käufer in der Verwendung seiner Mittel eingeschränkt; auf Vereinbarungen zwischen dem Käufer und seinen Gläubigern über die Verwendung der auszahlenden Mittel würde keine Rücksicht genommen. Letztlich bleibt auch die Möglichkeit, auf die Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche ganz zu verzichten und es bei der Einschränkung der Sicherungsabrede als ausreichenden Schutz des Verkäufers zu belassen⁹⁶.

3. Eingeschränkter Rückgewähranspruch

Um dem Gläubiger die Abtretung des Grundpfandrechts bis zur Eigentumsumschreibung auf den Käufer unmöglich zu machen, können die Rückgewähransprüche bis zu diesem Zeitpunkt auf Löschung bzw. Verzicht beschränkt werden⁹⁷.

4. Ausübungsbeschränkung

Die Finanzierungsvollmacht kann dahingehend beschränkt werden, dass sie nur vor dem den Kaufvertrag beurkundenden Notar, seinem Amtsnachfolger oder deren amtlich bestellten Vertretern verwendet werden darf. Diese Beschränkung beinhaltet eine Einschränkung der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten, sofern sie nicht ausdrücklich nur im Innenverhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten gelten soll⁹⁸. Damit ist ein vor einem anderen Notar beurkundetes Grundpfandrecht zunächst schwebend unwirksam und muss vom Verkäufer in der Form des § 29 GBO genehmigt werden. Durch Aufnahme einer Ausübungsbeschränkung in die Finanzierungsvollmacht soll, insbesondere bei Großprojekten, die reibungslose Abwicklung des Kaufvertrags vor dem Notar sichergestellt werden. Ferner ist für den Verkäufer gewährleistet, dass der den Kaufvertrag beurkundende Notar die Abwicklung der Grundpfandrechtsbestellung unter Beachtung der in der Finanzierungsvollmacht erklärten Einschränkungen (Sicherungsabrede, Abtretung der Auszahlungsansprüche und Anzeige der Abtretung) durchführen wird⁹⁹.

89 Vgl. Haegel/Schöner/Stöber, Rn. 3159 m. w. N. (Fn 28).

90 Vgl. LG Karlsruhe, DNotZ 1995, 892 m. Anm. Reithmann zur konkludenten Annahme einer nur im Kaufvertrag enthaltenen Sicherungsabrede durch den Gläubiger.

91 Reithmann, DNotZ 1995, 896, 897, weist darauf hin, dass bei Nichtannahme der Sicherungsabrede durch die Bank die Grundschuld vom Grundstückseigentümer kondiziert werden könne. Er ist zudem der Ansicht, dass gegebenenfalls wegen des engen Zusammenhangs von Grundschuld und Sicherungsabrede auch die Grundschuld nicht wirksam zustande gekommen sei. Auf diese Überlegungen darf sich die Praxis aus dem Gesichtspunkt des „sicheren Weges“ aber nicht verlassen.

92 Reithmann DNotZ 1995, 896, 897.

93 OLG Hamm DNotI-Report 1999, 50.

94 Zwingend ist die Abtretung nicht. Der Grundstückseigentümer ist durch die Vereinbarung der Sicherungsabrede ausreichend geschützt.

95 Brambring in: Beck'sches Vertragshandbuch, Rn. 247 (Formulierungsvorschlag).

96 Nicht akzeptiert wird diese Vorgehensweise allerdings von der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen. Hier wird teilweise sogar die Einschränkung der Sicherungsabrede abgelehnt.

97 Vgl. hierzu Haegel/Schöner/Stöber, Rn. 3160.

98 Letzteres bliebe jedoch ohne Schutzwirkung im Außenverhältnis und damit zwecklos, vgl. Wilke MittBayNot 1996, 260, 262.

99 Vgl. ausführlich Wilke MittBayNot 1996, 260, 262.

Aus standesrechtlicher Sicht begegnet die Aufnahme einer Ausübungsbeschränkung in die Finanzierungsvollmacht, wie aber auch deren Missachtung durch einen anderen Notar, keinen Bedenken¹⁰⁰.

5. Finanzierungsvollmacht im schwebend unwirksamen Kaufvertrag

Wird der Verkäufer in der Beurkundung des Kaufvertrags vollmachtlos vertreten, stellt sich die Frage, ob der Käufer aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Finanzierungsvollmacht bereits vor Erteilung der Genehmigung durch den Käufer eine Finanzierungsgrundschuld bestellen kann.

a. Genehmigungsfähigkeit der Finanzierungsvollmacht

Der Kaufvertrag ist zunächst schwebend unwirksam. Fraglich ist, ob diese schwebende Unwirksamkeit auch die Finanzierungsvollmacht erfasst.

Die Vollmacht könnte gemäß § 180 S. 1 BGB unheilbar nichtig sein. § 180 S. 1 BGB bestimmt, dass einseitige Rechtsgeschäfte nicht in Vertretung ohne Vertretungsmacht vorgenommen werden dürfen. Nach ganz herrschender Lehre handelt es sich bei der Erteilung einer Vollmacht um ein einseitiges Rechtsgeschäft¹⁰¹, so dass die Vorschrift des § 180 S. 1 BGB grundsätzlich Anwendung findet. Vereinzelt wird hier vertreten, der Nichtigkeit der Finanzierungsvollmacht könne durch eine teleologische Reduktion des § 180 S. 1 BGB begegnet werden¹⁰². Zweck der Vorschrift ist, dem Empfänger einer einseitigen Willenserklärung die Ungewissheit über eine mögliche schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu ersparen¹⁰³. Nach diesem Normzweck bestehe aber für den Käufer vorliegend keine Ungewissheit. Er sei sich im Klaren darüber, dass die Vollmacht zunächst durch einen vollmachtlosen Vertreter erteilt worden ist und bedürfe insofern nicht des Schutzes des § 180 S. 1 BGB.

Richtigerweise gelangt man jedoch über § 180 S. 2 BGB zur Genehmigungsfähigkeit der Finanzierungsvollmacht. In § 180 S. 2 BGB ist für den Bereich empfangsbedürftiger einseitiger Rechtsgeschäfte die zu § 180 S. 1 BGB vorgeschlagene teleologische Reduktion bereits kodifiziert. Hiernach bleibt das vollmachtlose Handeln des Vertreters ohne Nichtigkeitsfolge, wenn der Erklärungsempfänger die fehlende Vertretungsmacht kannte und mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts auf diese Weise einverstanden war bzw. dies nicht beanstandet hat. An der Erfüllung dieses Tatbestandes dürften für den Fall der Erteilung der Finanzierungsvollmacht unter Einschaltung eines vollmachtlosen Vertreters auf Verkäuferseite keine Zweifel bestehen. Der Käufer wusste von der fehlenden Vertretungsmacht und war mit der Beurkundung in dieser Weise einverstanden. Somit finden nach § 180 S. 2 BGB die Vorschriften über Verträge Anwendung. Dies bedeutet, dass die Vollmacht gemäß § 177 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam erteilt worden ist und durch Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend volle Wirksamkeit erhalten kann¹⁰⁴.

b. Grundschuldbestellung vor Genehmigung

Macht der Käufer von der Finanzierungsvollmacht jedoch bereits vor Genehmigung des Kaufvertrages durch

den Verkäufer Gebrauch, bestellt er ein Grundpfandrecht aufgrund schwebend unwirksamer Vollmacht. Damit handelt der Käufer für den Verkäufer als Vertreter ohne Vertretungsmacht, so dass auch die bestellte Grundschuld schwebend unwirksam ist. Ferner fehlt zur Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch die wirksame Bewilligung des Verkäufers als dinglich Berechtigtem gemäß § 19 GBO. Allerdings ist es zulässig, dass der Käufer die Eintragungsbewilligung zunächst als vollmachtloser Vertreter des Verkäufers erklärt¹⁰⁵. Auch scheitert die durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erteilte Bewilligung nicht an § 180 S. 1 BGB, da diese Vorschrift auf Verfahrenserklärungen keine Anwendung findet¹⁰⁶; ihre Zulässigkeit orientiert sich vielmehr am Rechtsgedanken des § 89 ZPO¹⁰⁷. Jedoch bedarf die ohne Vollmacht abgegebene Bewilligung gleichfalls vor dem Grundbuchvollzug der Genehmigung des Verkäufers. Entsprechendes gilt für die Unterwerfung des Verkäufers als Eigentümer unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. Auch diese Erklärung kann durch den Käufer als vollmachtlosen Vertreter abgegeben und seitens des Verkäufers nachträglich genehmigt werden¹⁰⁸. Selbstredend darf vollstreckbare Ausfertigung erst mit Wirksamkeit des Grundpfandrechts erteilt werden¹⁰⁹. Eine Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Grundschuld ist damit unerlässlich. Es stellt sich die Frage, ob die Genehmigung des Kaufvertrages auch das Finanzierungsgrundpfandrecht und die hierzu vollmachtlos erklärte Eintragungsbewilligung umfasst.

c. Isolierte Genehmigung des Kaufvertrages

Üblicherweise wird dem Verkäufer zur Genehmigung lediglich der beurkundete Kaufvertrag vorgelegt, nicht das seitens des Käufers bestellte Finanzierungsgrundpfandrecht.

Da der Genehmigung des Kaufvertrages und der in ihm enthaltenen Finanzierungsvollmacht rückwirkende Kraft nach § 184 Abs. 1 BGB zukommt, gilt die Vollmacht nach ihrer Genehmigung als von Anfang an wirksam. Aufgrund somit wirksamer Vollmacht konnte der Käufer – rückwirkend betrachtet – das Grundpfandrecht wirksam bestellen und die Eintragungsbewilligung in Vertretung für den Verkäufer wirksam erklären. Aus der Rückwirkung der Genehmigung folgt mithin, dass eine gesonderte Genehmigung von Grundpfandrecht nebst Vollstreckungsunterwerfung und Eintragungsbewilligung durch den Verkäufer nicht erforderlich ist¹¹⁰.

100 Wilke MittBayNot 1996, 260, 263 f.

101 Staudinger/Gursky, § 167, Rn. 10; RGRK/Steffen, § 167, Rn. 1, 3; MünchKomm/Schramm, § 167, Rn. 4; Flume, § 52 3; Palandt/Heinrichs, § 167, Rn. 1; Soergel/Leptien, § 167, Rn. 4.

102 Schippers DNotZ 1997, 683.

103 Staudinger/Schilken, § 180, Rn. 1; MünchKomm/Schramm, § 180, Rn. 1.

104 So auch unter ausführlicher Begründung Schippers DNotZ 1997, 683.

105 Bauer/v. Oefele/Kössinger, § 19, Rn. 292; OLG Frankfurt Rpfleger 1997, 60.

106 BayObLG DNotZ 1986, 238, 239.

107 Bauer/v. Oefele/Kössinger, § 19, Rn. 292.

108 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 12; 8; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, § 794, Rn. 92; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, § 794, Rn. 94.

109 Wolfsteiner, a. a. O., Rn. 35.6.

110 Hierzu eingehend Schippers, DNotZ 1997, 683.

d. Exkurs: weitere Genehmigungstatbestände

Anders ist es jedoch, wenn Kaufvertrag und Grundschuldbestellung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wegen Minderjährigkeit des *Verkäufers* bedürfen. Nach herrschender Ansicht bedarf das Grundpfandrecht der ausdrücklichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Seine Genehmigung ist also nicht bereits von der Genehmigung des Kaufvertrages umfasst¹¹¹. Das Grundbuchamt darf den Nachweis der Genehmigung und deren Zugang beim gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen in der Form des § 29 GBO verlangen¹¹².

Wiederum anders ist bei Minderjährigkeit des *Käufers* zu entscheiden. Hier bedarf die Bestellung der Finanzierungsgrundschuld nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da der Genehmigungstatbestand der §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1643 Abs. 1 BGB nur im Vermögen des Minderjährigen vorhandenen Grundbesitz schützt¹¹³. Im Zeitpunkt der Bestellung des Grundpfandrechtes befindet sich das Grundstück aber noch nicht im Vermögen des Minderjährigen. Die Situation ist somit dem Fall gleichzustellen, in dem der Minderjährige bereits belasteten Grundbesitz (Altschulden) erwirbt. Auch hier werden die bereits bestehenden Grundpfandrechte nicht mehr isoliert von Vormundschaftsgericht genehmigt.

Fraglich – und weithin ungeklärt – ist zudem, ob die Wirksamkeit von Finanzierungsvollmacht und Grundschuld gemäß § 139 BGB durch die zur Wirksamkeit des Kaufvertrages noch ausstehende weitere, insbesondere behördliche Genehmigungen (beispielsweise Umlage- oder Sanierungsgenehmigung) beeinflusst wird¹¹⁴. Hierzu wird vorgeschlagen, vorsorglich im Kaufvertrag die Erklärung aufzunehmen, dass Kaufvertrag, Finanzierungsvollmacht und Grundschuld voneinander rechtlich unabhängig sind¹¹⁵ bzw. die Ausübbarkeit der Vollmacht nicht von der Erteilung (behördlicher) Genehmigungen abhängig zu machen¹¹⁶.

B. Genehmigung

Fast täglich behilft sich die Kautelarpraxis für den Fall, dass nicht alle Vertragsbeteiligten gleichzeitig zur Niederschrift erscheinen können, damit, dass ein oder mehrere Beteiligte durch andere Vertragsbeteiligte oder Dritte vollmachtlos vertreten werden. Der im Beurkundungstermin nicht anwesende Beteiligte genehmigt dann nachträglich die in seinem Namen abgegebenen Erklärungen. Klarzustellen ist, dass es sich bei dieser Vorgehensweise eindeutig um einen Behelf handeln muss. Ist ein Beteiligter im Beurkundungstermin nicht persönlich anwesend, kann der Notar ihm gegenüber seinen Verlesungs- und Belehrungspflichten nach §§ 13, 17 BeurkG nicht nachkommen¹¹⁷. Bei systematischer Beurkundung auf diese Art und Weise kann zudem der Anschein der Parteilichkeit des Notars entstehen, vgl. §§ 1, 14 BeurkG und Abschnitt II, Ziff. 1 a der am 11. 3. 2000 in Kraft getretenen Richtlinien der Rheinischen Notarkammer, letzterer entspricht den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer vom 29. 1. 1999¹¹⁸. Wird jedoch lediglich im begründeten Ausnahmefall von diesem Verfahren Gebrauch gemacht, begegnet es keinen Bedenken¹¹⁹.

I. Rechtsfolge vollmachtloser Vertretung

Wurde in der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages ein Vertragsbeteiligter vollmachtlos vertreten, kommt der Vertrag erst mit Zugang seiner Genehmi-

gungserklärung bei den anderen Vertragsbeteiligten vollwirksam zustande. Bis dahin ist der Kaufvertrag schwebend unwirksam. Dies gilt auch für die in der Kaufvertragsurkunde üblicherweise enthaltene Auflassung. Dem steht nicht entgegen, dass § 925 Abs. 2 BGB die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung regelt. Die Vorschrift erfasst nur rechtsgeschäftlich festgesetzte Bedingungen, nicht jedoch Rechtsbedingungen, d. h. gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts¹²⁰.

II. Belehrung

Beurkundet der Notar den Verkauf eines Grundstücks mit Auflassung durch einen Nichtberechtigten, muss er die Beteiligten nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG in der Beurkundung über das Erfordernis der Genehmigung des Berechtigten und die Folgen bei Versagung der Genehmigung belehren¹²¹. Die Aufnahme eines Belehrungsvermerks in die Niederschrift ist, anders als in den in §§ 17 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 18, 19, 20, 21 BeurkG genannten Fällen aber nicht zwingend. Ist kein Belehrungsvermerk aufgenommen worden, kann die erfolgte Belehrung allerdings auch nicht durch öffentliche Urkunde bewiesen werden. Da die Rechtsprechung aber richtigerweise davon ausgeht, dass der Notar seinen Amtspflichten im Regelfall nachkommt, trifft im Streitfall denjenigen die Beweislast, der behauptet, der Notar habe die Belehrung über das Erfordernis der Genehmigung pflichtwidrig unterlassen¹²². Anders ist es, wenn eine Belehrungspflicht entfällt, weil die Beteiligten über die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen ausnahmsweise vollständig im Klaren sind. Gesteht der Notar das Unterlassen der Belehrung über das Genehmigungserfordernis, ist er dafür beweispflichtig, dass eine Belehrungspflicht aus oben genannten Gründen nicht bestanden hat. Er hat die hierzu erforderlichen Tatsachen zu beweisen. Behauptet der Notar mithin, es sei zwar in der Beurkundungsverhandlung eine Belehrung über das Erfordernis einer Genehmigung des Vertrages unterblieben, jedoch habe er die Beteiligten einige Wochen vor der Beurkundung telefonisch belehrt, so dass diese sich über die Tragweite ihrer Erklärungen insoweit im Klaren waren, hat er die Behauptung der telefonischen Belehrung zu beweisen¹²³.

111 LG Berlin Rpfleger 1994, 355; LG Saarbrücken Rpfleger 1982, 25 f. m. Anm. Maurer; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3688; Brambring in: Beck'sches Notarhandbuch, A I, Rn. 126.

112 Müller, DNotf-Report 1997, 171.

113 BGH DNotZ 1998, 490; BayObLG DNotZ 1993, 399.

114 Vgl. Schippers, DNotZ 1997, 683. Der BGH WM 1979, 74, hat jedenfalls entschieden, dass zwar endgültige Erfüllung von Vertragspflichten bis zur vollen Wirksamkeit des Vertrages nicht verlangt und nicht vereinbart werden kann, dass jedoch Verpflichtungen zur Vorbereitung der Erfüllung, insbesondere auch einstweilige Zahlungsverpflichtungen, vereinbart werden können. Nicht ausdrücklich geklärt wird aber, ob auch die Bestellung der Finanzierungsgrundschuld hierunter zu subsumieren ist.

115 Formulierungsvorschlag bei Hügel, NotBZ 1997, 9, 13.

116 Formulierungsvorschlag bei Brambring in: Beck'sches Notarhandbuch, A I, Rn. 247.

117 OLG Hamm DNotZ 1997, 658.

118 Die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer sind abgedruckt in DNotZ 1999, 259 ff.

119 Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl., § 17, Rn. 34–38.

120 Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 97.

121 BGH DNotZ 1997, 62.

122 BGH WM 1990, 115; BGH WM 1996, 84, 86; vgl. auch BGH WM 1987, 590, BGH WM 1987, 725; Keidel/Winkler, BeurkG, § 17, Rn. 124 m. w. N.

123 BGH DNotZ 1997, 62.

III. Vormerkungsfähigkeit des schwebend unwirksamen Anspruchs

Fraglich ist, ob der aus noch nicht genehmigtem Kaufvertrag herrührende schwebend unwirksame Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers bereits durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden kann¹²⁴. Zwar ist einhellig anerkannt, dass Ansprüche aus schwebend unwirksamen Verträgen grundsätzlich künftigen Ansprüchen gleichstehen und damit der Regelung des § 883 Abs.1 S. 2 BGB unterfallen, also durch Vormerkung gesichert werden können. Jedoch gilt für künftige Ansprüche die Einschränkung, dass der „Rechtsboden“ für ihre vollwirksame Entstehung soweit vorbereitet sein muss, dass die Entstehung nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten abhängt¹²⁵. Diese Anforderung wurde früher auch auf die Vormerkungsfähigkeit schwebend unwirksamer Ansprüche angewendet¹²⁶. Inzwischen wird jedoch hinsichtlich der Vormerkungsfähigkeit zukünftiger und bedingter Ansprüche unterschieden. Danach sind bedingte Ansprüche grundsätzlich vormerkungsfähig, da sie – im Gegensatz zu zukünftigen Ansprüchen – bereits im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung entstehen und damit eine gesicherte Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung existieren¹²⁷. Eine Ausnahme wird allerdings für den Fall gemacht, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts allein vom Willen (der Genehmigung) des Anspruchsverpflichteten abhängt¹²⁸. Denn hier bestehe mangels übereinstimmender Willenserklärungen noch keine rechtliche Bindung, so dass für die Entstehung eines vormerkungsfähigen Anspruchs der „Rechtsboden“ noch nicht genügend vorbereitet sei.

Daraus folgt: Ist der Käufer in der Beurkundung vollmachtlos vertreten worden und hängt daher die voll wirksame Entstehung des Eigentumsverschaffungsanspruchs lediglich von seiner Genehmigung (als Anspruchsberechtigtem) ab, kann eine Vormerkung eingetragen werden. Nur wenn bereits mit Sicherheit feststeht, dass der Käufer den Vertrag nicht genehmigen wird, hat die Eintragung der Vormerkung zu unterbleiben¹²⁹. Schließlich kann der Verkäufer auch den Vertrag nicht gemäß § 178 BGB widerrufen, da er den Mangel der Vertretungsmacht kennt. Die vollwirksame Entstehung des Eigentumsverschaffungsanspruchs hängt somit nur noch vom Willen des Käufers ab und kann durch Vormerkung gesichert werden. Der Verkäufer – als dinglich Betroffener – wird in der Niederschrift die Eintragung der Vormerkung nach §§ 13 Abs.1 S. 2, 19 GBO bewilligen und beantragen.

Allerdings geht der Verkäufer das Risiko ein, dass der Käufer den Vertrag nicht genehmigt. Dann ist er auf Löschungsbewilligung des Käufers angewiesen. Diesem Risiko kann auch nicht durch die Aufnahme einer Löschungsbewilligung in den Kaufvertrag begegnet werden, da diese gleichfalls noch der Genehmigung durch den Käufer bedürfte.

Ist dagegen der Verkäufer vollmachtlos vertreten worden, hängt das Entstehen des durch Vormerkung zu sichernden Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers noch von der Genehmigung des Verkäufers als Anspruchsverpflichtetem ab. Insofern kann der Käufer seinen schwebend unwirksamen Eigentumsverschaffungsanspruch nicht durch Eintragung einer Vormerkung absichern – der

„Rechtsboden“ für diesen Anspruch ist noch nicht genügend vorbereitet. Darüber hinaus liegt auch keine ordnungsgemäße Bewilligung nach § 19 GBO zur Eintragung der Vormerkung vor. Eine Bewilligungserklärung hat der Verkäufer als Betroffener i. S. v. § 19 GBO bislang nicht abgegeben. Der Käufer hat lediglich als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass auch insoweit eine Bewilligung bislang nicht wirksam erklärt werden konnte. Infolgedessen würde das Grundbuchamt einen Eintragungsantrag bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen abweisen. Das bestehende Eintragungshindernis könnte nur durch die Genehmigung des Verkäufers beseitigt werden¹³⁰. Letztlich kann damit im Fall der vollmachtlosen Vertretung des Verkäufers die Eintragung der Vormerkung erst nach Genehmigung des Verkäufers erfolgen.

IV. Weitere Abwicklung des Vertrages

1. Vorkaufsrechte

Vorkaufsrechte Dritter – seien sie zivilrechtlicher¹³¹ oder öffentlich-rechtlicher¹³² Natur – entstehen erst mit voller Wirksamkeit des geschlossenen Kaufvertrages, also erst mit Vorliegen sämtlicher zivilrechtlicher und behördlicher Wirksamkeitsgenehmigungen. Somit beginnt der Lauf der Ausübungsfrist auch erst mit Wirksamwerden des Kaufvertrages¹³³. Der Vorkaufsberechtigte kann jedoch aufschiebend bedingt auf das Vorliegen einer Genehmigung, also noch vor Wirksamkeit des Kaufvertrages, sein Vorkaufsrecht ausüben¹³⁴. Es dürfte mithin auch nichts dagegen sprechen, dass der Vorkaufsberechtigte bereits vor Wirksamkeit des Kaufvertrages eine Verzichtserklärung abgibt¹³⁵. Diese wirkt dann aufschiebend bedingt auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages. Insofern kann der Notar auch bereits vor Wirksamwerden des Kaufvertrages bei dem Vorkaufsberechtigten um Verzichtserklärung nachsuchen. Verzichtet dieser aber nicht, ist mit Wirksamwerden des Vertrages dem Vorkaufsberechtigten der Vertragsschluss erneut anzuzeigen, um die Ausübungsfrist in Lauf zu setzen.

2. Kaufpreiszahlung

Ferner darf die Mitteilung des Notars über die Kaufpreisfälligkeit erst ergehen, nachdem alle erforderlichen Genehmigungen erteilt sind und der Vertrag vollwirksam zustande gekommen ist. Denn erst jetzt erhält auch der

124 BayObLG MittRhNotK 1990, 51 = DNotZ 1990, 297; Staudinger/Gursky, § 883 Rn 129.

125 vgl. BGHZ 12, 115, 118; weitere Nachweise bei Schöner/Stöber, Rn 1489.

126 BayObLG MittRhNotK 1977, 167; vgl. Schöner/Stöber, a. a. O.

127 BayObLG MittRhNotK 1077, 167; Schöner/Stöber, a. a. O.

128 Schöner/Stöber, a. a. O.

129 BayObLG a. a. O.

130 BayObLG DNotZ 1986, 238; Bauer/v.Oefele/Kössinger, § 19 Rn 292.

131 Palandt/Putzo, § 504, Rn. 4.

132 Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 24, Rn. 17.

133 BGHZ 23, 342 = NJW 1957, 830.

134 BGH NJW 1998, 2352; MünchKomm/Westermann, § 504, Rn. 16.

135 Nach Palandt/Putzo, § 504, Rn. 7, kann vor Eintritt des Vorkaufsfalles zwischen Vorkaufsberechtigtem und -verpflichtetem ein Erlasvertrag geschlossen werden, so dass die Ausübungsbefugnis für den Vorkaufsfall erloschen ist.

Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises volle Wirksamkeit. Damit dürfte auch das von Hagen geschilderte Verlangen der Bundesvermögensverwaltung, den Kaufpreis bereits vor Abgabe der Genehmigungserklärung zu erhalten, unzulässig sein¹³⁶. Möglich ist aber die Vorbereitung von Erfüllungshandlungen¹³⁷. Hierunter hat der BGH vor allem die Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto verstanden¹³⁸, aber auch die einstweilige Zahlungspflicht für einen Kaufpreisteil¹³⁹. Zulässig ist auch die Vereinbarung von Zinsen für den Zeitraum zwischen Unterzeichnung und Wirksamwerden des Vertrages¹⁴⁰.

V. Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB

Der andere Vertragsteil hat ein Interesse, den Zustand der schwebenden Unwirksamkeit schnellstmöglich zu beenden, um Klarheit über seine vertraglichen Verpflichtungen zu erhalten. Zu diesem Zweck kann er den vollmachtlos Vertretenen ausdrücklich zur Abgabe der Genehmigung auffordern. Damit wird die Frist des § 177 Abs. 2 S. 2 BGB in Lauf gesetzt, nach deren Ablauf die Genehmigung als endgültig verweigert gilt. Wird, wie üblich, der Notar beauftragt, die erforderliche Genehmigung des anderen Vertragsbeteiligten einzuholen, stellt sich die Frage, ob hierin auch eine Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB zu erblicken ist¹⁴¹. Dies hat das OLG Köln seinerzeit mit der Begründung bejaht, dass die dem Notar erteilte Vollmacht zur Einholung der Genehmigungserklärung nicht nur eine unverbindliche Information des vollmachtlos Vertretenen umfassen, sondern dessen verbindliche Genehmigungserklärung einzuholen geeignet sein solle. Mit der Aufforderung des vollmachtlos Vertretenen durch den Notar, die Genehmigung zu erklären, sei dann auch die Frist des § 177 Abs. 2 S. 2 BGB in Lauf gesetzt worden.

Der Ansicht des OLG Köln ist nicht zuzustimmen¹⁴². Das OLG Köln verkennt, dass es sich bei der Vorschrift des § 177 Abs. 2 BGB lediglich um ein Instrument für den Vertragspartner handelt, die Ungewissheit über die schwebende Unwirksamkeit ohne weitere Mitwirkung des vollmachtlos Vertretenen zu beseitigen. Die Vorschrift lässt aber gleichwohl die Möglichkeit zu, dem Vertretenen zunächst lediglich mitzuteilen, dass der Vertrag beurkundet ist und ihn um die – im Regelfall bereits in Aussicht gestellte – Genehmigung zu bitten¹⁴³. Erst wenn der Vertretene dieser Aufforderung nicht nachkommt, entsteht im Regelfall ein Interesse des Vertragspartners, die Unklarheit, ob noch Genehmigung erfolgen werde oder nicht, zu beseitigen. Es entspricht somit regelmäßig nicht dem Interesse der Beteiligten, bei Überschreiten einer 14-tägigen Frist durch den Vertretenen den Vertrag unmittelbar scheitern zu lassen. Insofern darf auch die Bevollmächtigung des Notars zur Einholung der Genehmigung nur so verstanden werden, dass der Notar dem Vertretenen (zunächst) von der erfolgten Beurkundung Mitteilung geben und ihn um Genehmigung bitten soll¹⁴⁴. Ob die Vollmacht letztendlich auch die Möglichkeit umfasst, den Vertretenen gegebenenfalls i. S. v. § 177 Abs. 2 BGB zur Erteilung der Genehmigung aufzufordern, mag dahingestellt bleiben. Der Notar sollte sich jedenfalls schon aus dem Blickwinkel des Gebotes der Unparteilichkeit einer diesbezüglichen Mitwirkung enthalten.

VI. Verweigerung der Genehmigung

Wird die erforderliche Genehmigung nicht erteilt, ist der Kaufvertrag endgültig unwirksam und wie ein nichtiger Vertrag zu behandeln¹⁴⁵.

1. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

Sollten im Zeitraum der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages von den Beteiligten bereits Leistungen erbracht worden sein (typischerweise Teilzahlungen aufgrund nicht beurkundeten und damit nichtigen Vorvertrags), richtet sich deren Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht¹⁴⁶. Eine Haftung des Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB dürfte im Regelfall nicht bestehen, da der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht kannte, § 179 Abs. 3 BGB.

Gegebenenfalls kommt eine Haftung des vollmachtlos Vertretenen aus c. i. c. in Betracht, wenn er die Genehmigung des Vertrags ohne triftigen Grund verweigert, obwohl er in zurechenbarer Weise beim Vertragspartner Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt hatte. Diese Haftung betrifft insbesondere Aufwendungen, die der Vertragspartner im Vorfeld des Vertragsschlusses bereits getätigt hatte. Ob ein triftiger Grund bereits dann angenommen werden kann, wenn für den Verkäufer die Möglichkeit besteht, durch einen Verkauf an einen Dritten einen höheren Verkaufserlös zu erzielen¹⁴⁷, ist fraglich¹⁴⁸. Im übrigen lässt die neuere Rechtsprechung eine Haftung aus c. i. c. nur zu, wenn ein besonders schwerwiegender, i. d. R. also vorsätzlicher Verstoß gegen die Pflicht zu redlichem Verhalten vorliegt. Dabei waren allerdings Fälle betroffen, in denen eine vollmachtlose Beurkundung des Vertrags durch einen Vertragsteil noch gar nicht erfolgt war¹⁴⁹.

Eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag hat das OLG Hamm verneint, da der Vertreter keinen Fremdgeschäftsführungswillen besitze, gegebenenfalls sogar als Mitarbeiter oder Sozius des beurkundenden Notars zu diesem in einem Auftragsverhältnis stehe.¹⁵⁰

136 Hagen, RNotZ 2001, 40, 42, stützt die Unzulässigkeit dieses Verlangens zudem auf einen Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Es bestehe kein schützenswertes Interesse der Bundesrepublik, den Kaufpreis bereits vor Wirksamkeit des Kaufvertrages zu erhalten. Durch eine entsprechende Vorgehensweise werde der Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben in unangemessener Weise belastet.

137 Siehe hierzu ausführlich Hagen, a. a. O.

138 BGH WM 1979, 74.

139 BGH WM 1999, 2232 = NJW 1999, 3040.

140 BGH WM 1999, 556 = ZIP 1999, 110.

141 So OLG Köln NJW 1995, 1499.

142 Vgl. OLG Naumburg, Leitsatz abgedruckt in DNotI-Report 1995, 26, m. Anm. Brambring.

143 Soergel/Leptien, § 177, Rn. 32; Staudinger/Schilken, § 177, Rn. 13.

144 Brambring in: Beck'sches Notarhandbuch, A I, Rn. 330.

145 BayObLG NJW 1962, 2253, 2256.

146 Staudinger/Schilken, § 177, Rn. 27; MünchKomm/Schramm, § 177, Rn. 16; Flume, § 47 3 a.

147 So Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 72.

148 Enger Staudinger/Löwisch, Vorbem. zu §§ 275 ff., der nur Umstände gelten lassen will, die den Vertretenen auch nach Wirksamkeit des Vertrags von einer Leistung befreit hätten.

149 BGH NJW 1996, 1884; Abbruch der Vorverhandlungen; BGH NJW-RR 97, 974; Absage des bereits anberaumten Termins zur notariellen Beurkundung.

150 OLG Hamm, DNotZ 2000, 307 m. teilweise abl. Anm. Vollhardt.

2. Bestätigung des unwirksamen Vertrages

Ist der Vertrag mit Verweigerung der Genehmigung durch den vollmachtlos Vertretenen endgültig unwirksam, kann er gleichwohl seitens aller Beteiligten anschließend in entsprechender Anwendung des § 141 Abs. 1 BGB bestätigt werden¹⁵¹, so dass ein voll wirksamer Vertrag vorliegt. Zur wirksamen Bestätigung ist nach BGH lediglich neben dem Verweis auf die ursprüngliche Vertragsurkunde eine formgerechte Erklärung erforderlich, aus der sich zumindest konkludent erkennen lässt, dass die Beteiligten am unwirksamen Vertrag weiter festhalten wollen.

IX. Erteilung der Genehmigung

Wird die Genehmigung erteilt, kommt der Kaufvertrag gemäß § 177 Abs. 1 BGB vollwirksam zustande. Dabei ist die Genehmigung als nachträgliche Zustimmung gemäß §§ 182 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung. Die einmal erteilte Genehmigung kann nicht widerrufen werden, arg e contr § 178 S. 1 BGB¹⁵².

X. Formfreiheit der Genehmigung

Nach der Regelung des § 182 Abs. 2 BGB bedarf die Zustimmung, also auch die Genehmigung als nachträgliche Zustimmung, nicht der Form des Hauptgeschäftes. Demgemäß bedarf die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Grundstückskaufvertrages insbesondere nicht der notariellen Beurkundung. In der Literatur¹⁵³ und auch in der älteren Rechtsprechung¹⁵⁴ ist teilweise vertreten worden, dass die Regelung des § 182 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Genehmigung schwebend unwirksamer Grundstückskaufverträge – gleich § 167 Abs. 2 BGB – teleologisch zu reduzieren sei. Zur Begründung wurde insbesondere vorgebracht, dass mit Genehmigung des Vertrages die Bindung des Genehmigenden eintrete. Dies komme der Bindungswirkung einer bindend erklärten Vollmacht gleich. Insofern könne die Warnfunktion des § 313 BGB nur durch notarielle Beurkundung der Genehmigung gewahrt werden¹⁵⁵. Die herrschende Meinung lässt jedoch eine Reduktion der Regelung des § 182 Abs. 2 BGB nicht zu¹⁵⁶. Der BGH begründet dies vor allem mit dem historischen Willen des Gesetzgebers sowie der Tatsache, dass sich die Rechtspraxis nun aufgrund jahrzehntelanger höchstrichterlicher Rechtsprechung auf die Genehmigungsfreiheit eingestellt habe. Insofern sei den Rechtswerten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes der Vorrang zu gewähren. Insbesondere sei auch die Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit bindend erteilter Veräußerungsvollmachten kein zwingendes Argument für die Annahme einer Beurkundungsbedürftigkeit der Genehmigung, da jede Genehmigung eine Bindungswirkung herbeiführe und somit nicht mehr zwischen bindenden und nicht bindenden Rechtsgeschäften unterschieden werden könne. Damit sei der Anwendungsbereich des § 182 Abs. 2 BGB im Bereich der Grundstücksveräußerungsgeschäfte – anders als § 167 Abs. 2 BGB – nicht eingeschränkt. Zwar gerate insofern der Schutzgedanke des § 313 BGB für den Genehmigenden in den Hintergrund. Dies sei jedoch Wille des Gesetzgebers. Der Genehmigende kenne in der Regel den zu genehmigenden Vertrag. Diese Kenntnis fehle auf Seiten desjenigen, der – vor Vertragsschluss – eine bindende Vollmacht erteile.

Somit bleibt die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Grundstücksveräußerungsvertrages materiell-rechtlich formfrei.

XI. § 29 GBO

Verfahrensrechtlich ist die Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO zu beachten. Dem Grundbuchamt ist die Genehmigung des anderen Vertragsteils in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen¹⁵⁷.

XII. Zugang der Genehmigungserklärung

Fraglich ist ferner, ob die Genehmigungserklärung zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs bei den anderen Vertragsbeteiligten bedarf. Abweichend von der gesetzlichen Regelung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wird teilweise vertreten, dass es in entsprechender Anwendung des § 152 S. 1 BGB des Zugangs zumindest in dem Fall nicht bedürfe, in dem die Genehmigungserklärung notariell beurkundet wird¹⁵⁸. Der Vertrag komme dann bereits mit Unterzeichnung der Niederschrift zustande. § 152 S. 1 BGB bestimmt für die Annahme eines notariell beurkundeten Angebotes, dass der Vertrag bereits mit der Beurkundung der Annahmeerklärung zustande kommt, ein Zugang der Annahmeerklärung beim Vertragspartner mithin nicht erforderlich ist.

Diese Auffassung dürfte jedoch nicht im Einklang mit der fehlenden Notwendigkeit der Beurkundung der Genehmigung stehen. § 152 BGB greift nur ein, wenn Angebots- und Annahmeerklärung zwingend notariell zu beurkunden sind. Da die Genehmigung jedoch, wie gezeigt, nach herrschender Meinung der Beurkundung nicht bedarf, erscheint eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 152 BGB auf die Genehmigung schwebend unwirksamer Verträge mehr als fraglich¹⁵⁹. Dies gilt auch für den Fall, dass die Genehmigung – nach Wahl des Erklärenden – notariell beurkundet wird. Für den Vertragspartner ist nicht erkennbar, ob die Genehmigung zu notarieller Niederschrift oder lediglich öffentlich beglaubigt erklärt wird und ob der Vertrag zwischenzeitlich volle Rechtswirksamkeit erlangt hat. Diese Rechtsunsicherheit, die aufgrund alleiniger Entscheidung des Genehmigenden erzeugt werden könnte, ist für die anderen Vertragsbeteiligten nicht hinnehmbar. Insofern bleibt die typische Klausel, dass „sämtliche Genehmigungen mit ihrem Eingang beim Notar wirksam werden sollen“, auch weiterhin unverzichtbar. Der Notar fungiert hier, wie bereits gezeigt, als Empfangsvertreter der Beteiligten i. S. v. § 164 Abs. 3 BGB, so dass ein Zugang der Genehmigungserklärung stattfindet. Insbesondere ist in der Verwendung dieser Klausel kein vollständiger Verzicht auf Zugang der Genehmigungserklärung zu erblicken.

151 BGH DNotZ 2000, 288.

152 Soergel/Leptien, § 184, Rn. 2.

153 Tiedtke, JZ 1990, 75; ders. in BB 1989, 924; Göhler BWNNotZ 85, 61 ff.; Hänlein, JuS 1990, 737.

154 OLG München DNotZ 1951, 31; OLG Saarbrücken OLGZ 68, 3.

155 OLG München a. a. O.; OLG Saarbrücken, a. a. O.

156 BGHZ 125, 218 mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes; OLG Köln NJW-RR 1993, 1364; Wufka, DNotZ 1990, 339.

157 Bauer/v. Oefele/Knothe, § 29, Rn. 29.

158 OLG Karlsruhe, DNotZ 1990, 368; MünchKomm/Kramer, § 152, Rn. 5; Palandt/Heinrichs, § 152, Rn. 1.

159 Soergel/Leptien, § 182, Rn. 1; Tiedtke, BB 1989, 924; Staudinger/Gursky, § 182, Rn. 4.

Dieser Verzicht wäre zwar als Abrede der Beteiligten grundsätzlich zulässig¹⁶⁰. Problematisch erschiene seine Wirksamkeit jedoch im Bereich der Beurkundung von für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsmustern (Bauträger). Hier bestimmt § 10 Nr. 6 ABGB, dass eine Bestimmung unwirksam ist, nach der eine Erklärung des AGB-Verwenders von besonderer Bedeutung dem Vertragspartner als zugegangen gilt¹⁶¹. Dieser Zugangsfiktion steht nach herrschender Auffassung der Verzicht auf Zugang gleich. Damit stieße ein im Bauträgervertrag enthaltener Verzicht des Käufers auf Zugang der seitens des Bauträgers abgegebenen Genehmigungserklärung auf Bedenken. Wie bereits dargestellt, beinhaltet die oben bezeichnete Klausel jedoch keinen Zugangsverzicht.

XIII. Genehmigung unter einer Bedingung

Fraglich ist, ob die Erteilung einer Genehmigung vom Genehmigenden unter eine Bedingung gestellt werden kann. Dabei dürfte zu unterscheiden sein, ob sich durch die Bedingung der Inhalt des Kaufvertrages ändern soll oder ob die Bedingung einen außerhalb des Vertragsinhalts liegenden Umstand betrifft.

1. Inhaltsändernde Bedingung

Wird die Genehmigung unter der Bedingung erteilt, dass der Vertrag inhaltlich geändert werden müsse, dürfte eine Situation vorliegen, die der modifizierenden Annahme eines Vertragsangebotes entspricht¹⁶². So wie die modifizierende Annahme als Ablehnung des ursprünglichen Vertragsangebots verbunden mit der Unterbreitung eines neuen Angebots einzuordnen ist, dürfte die Genehmigung unter einer Bedingung als Verweigerung der Genehmigung des Vertrages verbunden mit dem – gegebenenfalls formunwirksamen – Angebot zum Abschluss eines Vertrags mit dem vorgeschlagenen modifizierten Inhalt darstellen¹⁶³. Soll ein Vertrag mit geändertem Inhalt geschlossen werden, kommen die Beteiligten also nicht umhin, den Vertrag neu zu beurkunden. Dabei dürfte wegen des nicht modifizierten sonstigen Vertragsinhalts auf die ursprüngliche Vertragsurkunde verwiesen werden können. Denkbar ist somit, dass der Genehmigende seine Änderungswünsche mit der Genehmigungserklärung beurkunden lässt und diese Änderungen vom anderen Vertragspartner wiederum genehmigt werden.

2. Genehmigung grundsätzlich bedingungsfeindlich

Betrifft die Genehmigung außerhalb des Vertragsinhalts liegende Umstände, gilt folgendes: Nach ständiger Rechtsprechung sind einseitig gestaltende Rechtsgeschäfte bedingungsfeindlich¹⁶⁴, da hier für den Erklärungsempfänger keine Unklarheit über die von der Erklärung hervorgerufene Rechtslage entstehen dürfe. Bei der Genehmigung einer von einem Nichtberechtigten oder ohne Vertretungsmacht Handelnden abgegebene Willenserklärung handelt es sich jedoch nicht um ein gestaltendes Rechtsgeschäft. Die Genehmigung ist zwar einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie hat jedoch keine rechtsgestaltende Wirkung. Vielmehr stellt die Genehmigung ein sog. Hilfsgeschäft zum Hauptgeschäft dar, sie lässt lediglich das Hauptgeschäft wirksam werden¹⁶⁵. Gleichwohl sieht die herrschende Lehre die Genehmigungserklärung grundsätzlich als bedingungs-

feindlich an¹⁶⁶. Dies folge aus dem Gesichtspunkt, dass die Genehmigung zur Wirksamkeit des schwebend unwirksamen Geschäfts führen und nicht ihrerseits wieder einen Schwebezustand hervorrufen solle¹⁶⁷. Für den Erklärungsgegner dürfe auch hier keine untragbare Ungewissheit über die durch die Erklärung hervorgerufene Rechtslage entstehen. Insofern sei die Interessenlage der von einseitig gestaltenden Rechtsgeschäften vergleichbar¹⁶⁸.

a. Ausnahmefall: Potestativbedingung

Die zur Bedingungsfeindlichkeit von gestaltenden Erklärungen ergangene Rechtsprechung sieht eine Ausnahme jedoch dort, wo die Tatsache, dass die Erklärung unter einer Bedingung abgegeben wurde, gar nicht zu einer Ungewissheit auf Seiten des Erklärungsempfängers führt bzw. diese Ungewissheit für ihn durchaus tragbar erscheint. Dies sei insbesondere der Fall bei Bedingungen, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt (sog. Potestativbedingung)¹⁶⁹.

In der Literatur wird zu der Frage, ob diese Ausnahme auch auf die bedingte Genehmigung angewendet werden könnte, nicht näher Stellung genommen. Wenn jedoch die Interessenlage der Beteiligten nach Ansicht der herrschenden Lehre der bei einer gestaltenden Erklärung gleichkommt, dürfte nichts dagegen sprechen, die von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahme auch bei der bedingten Genehmigung gelten zu lassen. Denn sieht sich der Genehmigungsempfänger einer Bedingung gegenübergestellt, deren Eintritt er alleine ohne Zutun Dritter bewirken kann, ist die Rechtslage für ihn nicht mehr unwägbar. Vielmehr wird sie es für den Genehmigenden. Dieser kann gegebenenfalls nicht kontrollieren, ob der Genehmigungsempfänger die Bedingung erfüllt hat. Dadurch, dass er seine Genehmigung unter diese Bedingung gestellt hat, hat er sich jedoch selbst des Schutzes vor unklarer Tatsachen- bzw. Rechtslage begeben.

b. Nachweis des Bedingungseintritts

Welche Bedingungen sind in der notariellen Praxis also denkbar? Zulässigerweise könnte seitens des genehmigenden Vertragsbeteiligten jeder Tatbestand, dessen Erfüllung allein auf Seiten des anderen Vertragsbeteiligten liegt, zur Bedingung für die Wirksamkeit der Genehmigung gemacht werden. Entscheidend ist jedoch, ob der

160 Soergel/Leptien, § 182, Rn. 1.

161 Vgl. hierzu LG Koblenz DNotZ 1988, 496 m. abl. Anm. Kanzleiter.

162 Vgl. hierzu Soergel/Wolf, § 150, Rn. 8; Palandt/Heinrichs, § 150, Rn. 2.

163 Vgl. BGH DNotZ 2000, 288.

164 BGH NJW 1986, 2245, 2246 für die Rücktrittserklärung; BGH WM 1961, 157 für die Anfechtung; BAG NJW 1995, 1982 für die Kündigung.

165 Staudinger/Gursky, Vorbem. zu §§ 182 ff., Rn. 46; Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 182, Rn. 1, 2.

166 MünchKomm/Westermann, § 158, Rn. 28, Staudinger/Gursky, Vorbem. zu §§ 182 ff., Rn. 46, Palandt/Heinrichs, § 185, Rn. 10; a. A. ohne weitere Begründung: Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, II. Bd., § 20, Rn. 158.

167 Staudinger/Gursky, vor § 182, Rn. 46.

168 Mit gleicher Argumentation bejaht das BayObLG, MDR 1995, 569, die Bedingungsfeindlichkeit einer Zustimmungserklärung in der Beschlussfassung nach § 23 Abs. 3 WEG.

169 BGH NJW 1986, 2245, 2246 m. w. N.; vgl. MünchKomm/Westermann, § 158, Rn. 19.

Eintritt der Bedingung des Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt bedarf. Dies bestimmt derjenige, der die Bedingung gesetzt hat. Ist hierüber nichts bestimmt, ist dem Grundbuchamt gegenüber der Nachweis des Bedingungseintritts jedenfalls dann zu erbringen, wenn hiervon die Wirksamkeit der Genehmigungserklärung abhängt. Denn dem Grundbuchamt ist die wirksame Genehmigungserteilung und der Zugang der Genehmigungserklärung an die anderen Vertragsbeteiligten in der Form des § 29 GBO zu nachzuweisen¹⁷⁰. Daraus folgt, dass auch der Eintritt der Bedingung in gleicher Form nachzuweisen ist¹⁷¹.

Dies dürfte aber regelmäßig Probleme bereiten. Denn der Nachweis einer Tatsache (Bedingungseintritt) kann gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nur durch öffentliche Urkunde erfolgen¹⁷². Zwar ist im Falle öffentlich-rechtlicher Genehmigungserfordernisse die Möglichkeit des Nachweises des Bedingungseintritts durch behördliche Bescheinigung anerkannt¹⁷³. Die Tatsachenbescheinigung einer Privatperson kann dem Erfordernis des § 29 GBO aber selbst dann nicht genügen, wenn sie öffentlich beglaubigt ist. Denn die Beglaubigung bezieht sich nach §§ 36, 39 BeurkG nur auf die geleistete Unterschrift, nicht jedoch auf den Inhalt der Erklärung. Nicht ausreichend ist auch die sog. Notarbestätigung im Sinne einer gutachterlichen Äußerung (entsprechend einer Rangbescheinigung)¹⁷⁴.

c. Genehmigung der Auflassung

Ist, wie in vielen im Bereich der Rheinischen Notarkammer beurkundeten Fällen, die Auflassung bereits in der Niederschrift über den Grundstückskaufvertrag enthalten, soll die in § 925 Abs. 2 BGB geregelte Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung nach einer Ansicht auch auf die Genehmigungserklärung durchgreifen¹⁷⁵. Die unter eine rechtsgeschäftliche Bedingung gestellte Genehmigung der Auflassungserklärung ließe die Auflassung somit unheilbar nichtig werden. Folglich müsste sie erneut erklärt werden, nachdem die Genehmigung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts wirksam vorliegt.¹⁷⁶ Nach anderer Ansicht betrifft die Regelung des § 925 Abs. 2 BGB nur die Auflassung an sich. Die Genehmigungserklärung des vollmachtlos Vertretenen könne unproblematisch unter eine Bedingung gestellt sein¹⁷⁷.

Letzter Auffassung ist zu folgen. Genehmigung und Auflassung stellen in ihren Rechtsfolgen voneinander klar unterscheidbare Erklärungen dar. Ist die Genehmigung unter eine Bedingung gestellt, entfaltet sie so lange keine Rechtswirkung, bis der Bedingungseintritt erfolgt ist. Bis dahin ist neben dem Kaufvertrag auch die Auflassung schwebend unwirksam und kann nicht vollzogen werden. Nach Bedingungseintritt ist die Genehmigung wirksam. Dann erst werden Kaufvertrag und Auflassungserklärung wirksam. Der Bedingungseintritt erfolgt also sozusagen im Vorfeld zur Auflassung. Insofern ist auch der Normzweck des § 925 Abs. 2 BGB durch die bedingte Genehmigungserklärung nicht berührt. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Regelung des § 925 Abs. 2 BGB die Entstehung bedingten Eigentums, mithin „Eigentums auf Zeit“ verhindern¹⁷⁸. Das Interesse des Rechtsverkehrs an der Möglichkeit, Eigentumsverhältnisse von Zeitbestimmungen oder sonstigen Bedingungen abhängig zu machen, kann zum einen durch das Institut der Auflassungsvormerkung, im Übrigen durch schuldrechtliche Abreden (Eigentumsvorbehalt) verwirklicht werden¹⁷⁹.

Durch die Abgabe einer bedingten Genehmigungserklärung wird der Normzweck des § 925 Abs. 2 BGB jedoch nicht berührt. Denn die Bedingtheit der Genehmigung führt in keinem Fall zu einer Eintragung bedingten oder befristeten Eigentums, da die Auflassung erst dann grundbuchlich (bedingungslos) vollzogen werden wird, wenn die gesetzte Bedingung eingetreten ist.

Will man der vorgenannten Auffassung nicht folgen bzw. erscheint sie nicht als der „sichere Weg“, bleibt für den Genehmigenden die Möglichkeit, seine Genehmigungserklärung den anderen Vertragsbeteiligten erst dann zuleiten, wenn die gestellte Bedingung erfüllt ist. Letztlich könnte auch der Notar angewiesen werden, die Genehmigungserklärung erst nach Bedingungseintritt grundbuchlich zu verwenden¹⁸⁰. Unzulässig ist es nach § 16 GBO jedenfalls, grundbuchliche Anträge selbst zu bedingen oder zu befristen. Eine solche Einschränkung eines Grundbuchantrags kommt bei Abgabe einer Genehmigungserklärung jedoch typischerweise nicht in Betracht.

XIV. Genehmigung und Kostenforderung

Nachfolgend sollen kurz die Probleme erörtert werden, die daraus entstehen, dass wegen einer zur Wirksamkeit eines beurkundeten Kaufvertrages notwendigen Genehmigungserklärung weitere Kosten entstehen, die nach Abrede der Beteiligten nicht vom gesetzlichen Kostenschuldner zu tragen sind.

1. Fall

Ist beispielsweise der Vertragsbeteiligte G in der Beurkundung vollmachtlos vertreten worden, fallen für seine zu beglaubigende Genehmigungserklärung zusätzliche notarielle Kosten an. Ist dabei allein G an den Notar mit dem Ersuchen um Beglaubigung seiner Genehmigungserklärung herangetreten, ist G alleiniger Kostenschuldner nach § 2 Nr.1 KostO. Dies wird vor allem für den Fall deutlich, in dem G die Unterzeichnung der Genehmigungserklärung nicht vom Vertragsnotar sondern von einem anderen Notar (Ortsnotar) beglaubigen lässt. Ist nun vertraglich vereinbart, dass die Beglaubigungsgebühren von den übrigen Vertragsbeteiligten zu tragen sind, hat G ein Interesse, gegen Übersendung seiner

170 KGJ 34, 236; Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, II. Band, § 20, Rn. 155.

171 Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, II. Band, § 20, Rn. 158.

172 KG OLGE 6, 477 f.; OLG Frankfurt Rpfleger 1990, 291, 292; NJW-RR 1996, 529, 530.

173 Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, § 20, Rn. 269 sowie Meikel/Brambring, § 29, Rn. 92.

174 OLG Frankfurt, Rpfleger 1996, 151; Meikel/Brambring, Grundbuchrecht, § 29, Rn. 95.

175 Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 96; offengelassen in BayObLG ZMR 1985, 208; vgl. zur entsprechenden Lage in § 4 Abs. 2 S. 2 WEG Bärmann/Pick/Merle, WEG, § 4, Rn. 44.

176 Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 93, 96.

177 MünchKomm/Kanzleiter, § 925, Rn. 24; KGJ 53 (1922), 141 ff.; so auch wohl Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, § 20, Rn. 158.

178 Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 93.

179 Staudinger/Pfeifer, § 925, Rn. 92.

180 Vgl. OLG Hamm Rpfleger 1975, 250; zu den Einschränkungen dieser Möglichkeit vgl. B.XIV.6.

Genehmigungserklärung die ihm entstandenen Kosten ersetzt zu bekommen. Dabei möchte G gegebenenfalls sicherstellen, dass seine Genehmigungserklärung nur „Zug-um-Zug“ gegen Begleichung der ihm entstandenen Notarkosten Verwendung findet, um gegenüber den anderen Vertragsbeteiligten die ausstehende Genehmigung als Druckmittel zur vereinbarten Kostenübernahme zu nutzen. Denkbar ist jetzt, dass G die Kostenforderung des Ortsnotars begleicht, um dann dem Vertragsnotar die Genehmigungserklärung treuhänderisch unter der Auflage zuzuleiten, die Genehmigungserklärung nicht zu verwenden, bevor ihm seine Kosten ersetzt worden sind.

Üblicherweise wird der Ortsnotar jedoch aus Rücksichtnahme gegenüber G seine Kostenforderung zunächst den anderen Vertragsbeteiligten gegenüber stellen. Hierzu kann der Ortsnotar die Genehmigungserklärung unter Beifügung der Kostennote an den Vertragsnotar mit einer entsprechenden Treuhandaufgabe übersenden. Bei dieser Gestaltung ist neben der Frage, wie die treuhänderische Übersendung der Genehmigungserklärung zivilrechtlich einzuordnen ist, die Rolle des Ortsnotars hinsichtlich des Gebühreneinzugs zu klären.

2. Abgabe der Genehmigungserklärung

Das Interesse des G an Kostenerstattung bzw. Kostentragung durch die anderen Vertragsbeteiligten wäre gesichert, wenn seine Genehmigungserklärung bis zur Erstattung der Kosten nicht als abgegeben, der Vertrag mithin nicht als voll wirksam zustande gekommen anzusehen wäre. Die Genehmigungserklärung ist empfangsbedürftige Willenserklärung¹⁸¹. Sie muss daher vom Erklärenden abgegeben, d.h. willentlich und zielgerichtet¹⁸² auf den Erklärungsempfänger¹⁸³ in den Rechtsverkehr gegeben werden. In der Übersendung der Genehmigungserklärung an den Vertragsnotar könnte eine solche willentliche Abgabe in den Rechtsverkehr liegen.

a. Bloße Anzeige der Erklärung

Der BGH hat in einem Fall, in dem die Genehmigungs-urkunde durch den Ortsnotar mit der Auflage an den Vertragsnotar übersendet worden war, die andere Vertragspartei möge noch ein Wegerecht zugunsten der genehmigenden Vertragspartei bestellen, in der Übersendung der Genehmigungsurkunde die bloße Anzeige der Errichtung einer Genehmigungserklärung gesehen. Die Abgabe der Erklärung sei hingegen noch nicht erfolgt¹⁸⁴. Dabei bleibt im Tatbestand des Urteils offen, ob der Ortsnotar die Urschrift der Genehmigungserklärung oder lediglich eine Kopie übersandte. Zumindest für den Fall der Übersendung der Urschrift der Genehmigungserklärung erscheint die Auslegung des BGH jedoch arg spitzfindig, da die Erklärung dem Vertragsnotar ja faktisch zugegangen war und damit ohne weiteres auch abgegeben sein musste. Die Übersendung einer bloßen Abschrift der Genehmigungserklärung als Ankündigung der nachfolgenden Übersendung der Urschrift ist dagegen – zumindest was die Frage des Einzugs der Gebührenforderung des Ortsnotars betrifft – eher praxisfern. Im folgenden kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Abgabe der Genehmigungserklärung bis zur Begleichung der Gebührenforderung des Ortsnotars ohne weiteres noch nicht erfolgt ist.

b. Doppelstellung des Vertragsnotars?

An der wirksamen Abgabe der Willenserklärung könnte es aber fehlen, wenn sich eine Doppelstellung¹⁸⁵ des Vertragsnotars wie folgt konstruieren ließe:

Zum einen ist der Vertragsnotar üblicherweise Empfangsvertreter der übrigen Vertragsbeteiligten¹⁸⁶. Denn im Grundstückskaufvertrag ist typischerweise die Klausel enthalten, dass alle Genehmigungen und Erklärungen wirksam werden sollen mit ihrem Eingang beim (Vertrags)Notar. Zugleich könnte der Vertragsnotar Erklärungsbote des G sein, mithin die Genehmigungserklärung des G den übrigen Vertragsbeteiligten übermitteln. Diese Übermittlung würde, so die Weisung des G, erst dann geschehen, wenn die Kostenforderung des Ortsnotars beglichen wäre. Dies könnte der Vertragsnotar auch eigenverantwortlich prüfen, ohne dass sich seine Stellung hierdurch zu der eines Erklärungsverstreters wandeln würde. Denn die Erklärung selbst wird vom Vertragsnotar nicht verändert. Er prüft nur eigenverantwortlich den Zeitpunkt ihrer Abgabe. Die Weisung des G gibt ihm insoweit keinen Ermessensspielraum.

Somit könnte die Genehmigungserklärung des G erst abgegeben sein, nachdem der Vertragsnotar diese für G in den Rechtsverkehr gebracht hat. Allerdings müsste der Notar die Erklärung dann gegenüber sich selbst als Empfangsvertreter der übrigen Vertragsbeteiligten abgeben. Dies könnte in entsprechender Anwendung des § 181 BGB durch einen nach außen erkennbaren Akt, etwa die Beifügung der Genehmigungserklärung zur Urschrift des Vertrages, spätestens die anschließende Versendung der Vertragsausfertigungen, geschehen. Dabei zeigt die Existenz der Vorschrift des § 181 BGB sowie ein Vergleich mit der echten Treuhand auch, dass eine solche Doppelstellung dem Recht nicht grundsätzlich fremd ist¹⁸⁷. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht. Wird eine Doppelstellung für vertretbar gehalten, hätte der Vertragsnotar es in der Hand, nach Erstattung der Kosten die Genehmigung des Vertrages an sich selbst zu übermitteln und so den Vertrag wirksam werden zu lassen. Wer eine Doppelstellung des Vertragsnotars nicht zulassen will, kommt zur sofortigen Abgabe der Genehmigungserklärung durch G und im Zeitpunkt ihres Zugangs zur Wirksamkeit des Kaufvertrages.

3. Zugang der Genehmigungserklärung

Wer von einer sofortigen Abgabe der Genehmigungserklärung ausgeht, eine Doppelstellung des Vertragsnotars also nicht zulassen will, könnte jedoch versuchen, den Zugang der Erklärung erst mit Begleichung der Ge-

181 Soergel/Leptien, vor § 182, Rn. 3; Staudinger/Gursky, vor § 182, Rn. 33.

182 BGH DNotZ 1983, 624.

183 BGH NJW 1989, 1671; BGH DNotZ 1983, 624, 625.

184 BGH DNotZ 1983, 624.

185 Vgl. Brunner MittBayNot 1997, 197, 199.

186 Brunner MittBayNot 1997, 197, 198; vgl. auch BGH NJW 1980, 990; Der Notar ist Passivvertreter, nicht bloßer Empfangsbote, da vereinbart ist, dass die Genehmigungserklärung mit Eingang beim Notar wirksam werden soll. Die Wirksamkeit einer Erklärung, die einem Empfangsboten zugeht, tritt dagegen erst ein, wenn mit einer Weiterleitung der Erklärung an den eigentlichen Erklärungsempfänger gerechnet werden kann.

187 Brunner MittBayNot 1997, 197, 199.

bührenforderung des Ortsnotars als erfolgt anzusehen. Damit die Genehmigungserklärung wirksam ist, muss sie dem Erklärungsempfänger zugegangen sein, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Kosteninteresse des G wäre also gewahrt, wenn die abgegebene Erklärung bis zur Erstattung der Kosten nicht als den anderen Vertragsbeteiligten zugegangen gelten würde. Rein faktisch ist die Erklärung dem Vertragsnotar als Empfangsvertreter der Vertragsbeteiligten übersendet worden. Möglicherweise ist die dem Vertragsnotar erteilte „Treuhandaufgabe“ jedoch dahingehend zu verstehen, dass G seine Erklärung nicht vor Erstattung seiner Kosten zugegangen wissen, den Zugang also unter eine Bedingung gestellt wissen möchte¹⁸⁸. Dann bliebe der Kaufvertrag mangels Zugangs der Genehmigung bis zur Erstattung der Kosten schwebend unwirksam und dürfte nicht weiter vollzogen werden.

Der Begriff des Zugangs ist jedoch ein rein tatsächlicher. Eine Erklärung ist zugegangen, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen¹⁸⁹. Geht die Genehmigungsurkunde also beim Vertragsnotar ein, ist der tatsächliche Zugang erfolgt. Dieser tatsächliche Vorgang kann nicht unter eine rechtliche Bedingung gestellt werden¹⁹⁰. Lediglich Rechtsgeschäfte können gemäß § 158 BGB unter eine Bedingung gestellt werden¹⁹¹. Damit liegt wirksamer Zugang auf Seiten der anderen Vertragsbeteiligten vor.

4. Aufschiebende Bedingung

Denkbar ist weiterhin, dass G die Wirksamkeit seiner Erklärung – und damit des Vertrags – unter die Bedingung der Erstattung seiner Kosten stellen möchte, § 158 Abs. 1 BGB.

Wie bereits gezeigt, ist jedoch die Genehmigungserklärung grundsätzlich als bedingungsfeindlich anzusehen. Eine Ausnahme stellt die Bedingung dar, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt¹⁹². Geht man davon aus, dass es allein in der Hand der übrigen Vertragsbeteiligten – als Erklärungsempfänger – liegt, G die Kosten zu erstatten, könnte vom Vorliegen einer zulässigen Potestativbedingung ausgegangen werden. Problematisch dürfte aber der Fall sein, in dem sich nur einer der übrigen Vertragsbeteiligten zur Übernahme der Kosten verpflichtet hat, die Erfüllung der Bedingung also allein in dessen Bereich fällt. Typischerweise enthält aber auch die schriftlich verkörperte Genehmigungserklärung keine derartige Bedingung – schon um den reibungslosen Grundbuchvollzug nicht zu gefährden –, so dass im Regelfall nicht davon auszugehen ist, dass G seine Genehmigungserklärung unter eine Bedingung stellen möchte¹⁹³. Damit ist, sofern man nicht von einer Doppelstellung des Vertragsnotars ausgeht, mit Zugang der Genehmigungserklärung beim Vertragsnotar der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen.

5. Reine Abwicklungsbedingung

Auch wenn man den Kaufvertrag als sofort wirksam ansieht, könnte man in einer Auflage, von der Genehmigungserklärung nicht vor Begleichung der Kosten des Ortsnotars Gebrauch zu machen, eine Weisung an den Vertragsnotar erblicken, die Genehmigungsurkunde jedenfalls nicht vor diesem Zeitpunkt zum Grundbuchvollzug zu nutzen. Der Kaufvertrag wäre mithin wirksam, der

Vertragsnotar dürfte ihn aber nicht grundbuchlich vollziehen.

Der BGH hat diese Gestaltung als nicht den Interessen der Beteiligten entsprechend bezeichnet¹⁹⁴. In der Literatur wird sie jedoch begrüßt¹⁹⁵. Gegen diese Gestaltung dürfte auch das Interesse des Vertragsnotars sprechen, den Kaufvertrag grundbuchlich zu vollziehen, zumal die Weisung des G den Interessen der übrigen Vertragsbeteiligten widerspricht. Hat G den Vertrag genehmigt, kann der Vertragsnotar sich gegenüber den übrigen Beteiligten kaum auf die einseitige Weisung des G berufen, den Vertrag nicht zu vollziehen. Insbesondere enthält der Kaufvertrag üblicherweise keine Bestimmung, wonach dem Notar der Grundbuchvollzug erst Zug-um-Zug gegen Kostenerstattung erlaubt ist.

6. Zwischenergebnis

Zivilrechtlich lässt sich der oben vorgestellte Fall mit dem gewünschten Ergebnis letztlich also nur über die Konstruktion einer Doppelstellung des Vertragsnotars als Erklärungsbote des G und zugleich Empfangsvertreter der übrigen Vertragsbeteiligten darstellen.

7. Zurückbehaltungsrecht nach § 10 KostO und berufsrechtliche Aspekte

Fraglich ist allerdings, ob nur G oder auch der Ortsnotar die Genehmigungserklärung an den Vertragsnotar mit der treuhänderischen Auflage der Gebührenbegleichung übersenden darf. Denn eine Kostenerstattungsforderung gegenüber den anderen Vertragsbeteiligten steht allenfalls G zu, nicht aber dem Ortsnotar. Hier könnte in der Bitte des Ortsnotars gegenüber dem Vertragsnotar, die Genehmigungserklärung nicht vor Begleichung der Kostenforderung zu verwenden, eine Übermittlung der entsprechenden treuhänderischen Weisung des G bzw. die Ausübung eines diesem zustehenden Zurückbehaltungsrechts liegen. Damit wäre auch der Ortsnotar bloßer Erklärungsbote des G. Allerdings formuliert der Ortsnotar das Anschreiben an den Vertragsnotar typischerweise so, dass er, der Ortsnotar, selbst den Vertragsnotar anweist, die Genehmigungserklärung nicht vor Begleichung der Kosten zu verwenden. Insofern ist fraglich, ob sich der Ortsnotar hierdurch nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht beruft, das ihm nach § 10 KostO wegen seiner ausstehenden Gebührenforderung an in seinem Besitz befindlichen Urkunden zusteht.

Dieses öffentlich-rechtlich Zurückbehaltungsrecht betrifft auch die Genehmigungsurkunde, für deren Errichtung die Gebühren noch nicht beglichen sind¹⁹⁶. In der Übermittlung der Genehmigungsurkunde an den Vertragsnotar könnte nun der Ortsnotar dieses Zurückbehaltungsrecht gegenüber den übrigen Vertragsbeteiligten dergestalt ausüben, dass der Vertragsnotar den übrigen

188 Brunner MittBayNot 1997, 197, 198.

189 Palandt/Heinrichs, § 130, Rn. 5.

190 Brunner MittBayNot 1997, 197, 198.

191 DNotI-Report 1997, 209.

192 Siehe oben B.XIII.

193 Vgl. Brunner MittBayNot 1997, 197, 198.

194 BGH DNotZ 1983, 624, 625.

195 So DNotI-Report 1997, 197, 212; Brunner MittBayNot 1997, 197, 201.

196 Vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 19, Rn. 21.

Beteiligten gegenüber dieses Zurückbehaltungsrecht erklärt und die Genehmigungsurkunde erst dann freigibt, wenn die Kostenforderung des Ortsnotars beglichen ist. Allerdings ist fraglich, ob dem Ortsnotar das Zurückbehaltungsrecht originär nur gegenüber seinem Kostenschuldner G zusteht oder ob der Ortsnotar das Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber Dritten geltend machen darf, die ihm gegenüber einen vom Kostenschuldner abgeleiteten Herausgabeanspruch geltend machen¹⁹⁷. Fraglich ist insoweit auch, ob der Ortsnotar ein dem G zustehendes Zurückbehaltungsrecht nach Abtretung an ihn geltend machen kann¹⁹⁸.

Nach Ansicht der Bundesnotarkammer¹⁹⁹ ist es sowohl berufs- als auch kostenrechtlich unzulässig, das Zurückbehaltungsrecht zu dem Zweck einzusetzen, die Gebührenforderung Dritten gegenüber, die nicht Kostenschuldner sind, einzutreiben. Dem Ortsnotar stehe insoweit nur gegenüber seinem Kostenschuldner G die Gebührenforderung zu. Die übrigen Vertragsbeteiligten seien nur zur Kostenerstattung gegenüber G verpflichtet. Mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den anderen Beteiligten würde der Ortsnotar diese in unzulässiger Weise dazu veranlassen, ihre Kostenerstattungspflicht gegenüber G zu erfüllen. Der Notar würde damit die Position des G im Inkasso von dessen Forderung verstärken. Dabei blieben jedoch weitere Aspekte des Innenverhältnisses zwischen G und den übrigen Vertragsbeteiligten – etwa eine Aufrechnung der übrigen Beteiligten gegenüber G mit einer weiteren Forderung – außer Betracht. Aus gleichen Gründen unzulässig sei es, dass der Ortsnotar dem Vertragsnotar die Genehmigungserklärung per Nachnahme zusendet, da hier der Vertragsnotar in Vorkasse für eine Gebührenforderung treten muss, die dem Ortsnotar nur gegenüber seinem Kostenschuldner G zusteht²⁰⁰.

Die Rechtsansicht der Bundesnotarkammer teilt die Rheinische Notarkammer allerdings nicht. Nach ihrer Auffassung bestehen gegen die übliche Vorgehensweise, dem Vertragsnotar die Genehmigungserklärung unter der „Treuhandaufgabe“ der Kostenbegleichung zuzusenden, keine kosten- und standesrechtlichen Bedenken²⁰¹. Gerade das Zurückbehaltungsrecht aus § 10 KostO erlaube es dem Ortsnotar, die Verwendung der Genehmigungsurkunde von der Begleichung der Kosten abhängig zu machen. Denn da der Ortsnotar gegenüber seinem Kostenschuldner die Herausgabe der Urkunde bis zur Begleichung seiner Gebührenforderung zurückhalten könne, sei ihm dies als milderes Mittel auch gegenüber den anderen Vertragsbeteiligten erlaubt. Dafür spreche auch das Interesse der übrigen Vertragsbeteiligten an einer zügigen Abwicklung des Vertrages, dem diese durch unverzügliche Kostenbegleichung nachkommen können. Verweigere der G die Begleichung der Kosten, bleibe den übrigen Beteiligten ohnehin nichts übrig, als die Gebührenforderung des Ortsnotars zu begleichen, um so die Abwicklung des Vertrages in Gang zu halten.

8. Ergebnis

Zivilrechtlich lässt sich der in vielen Fällen praktizierte Gebühreneinzug gegenüber den vertraglichen Kostenschuldnern wie gezeigt mit einer Doppelstellung des Vertragsnotars konstruieren. Ob die Art und Weise der prak-

tischen Abwicklung, nämlich die Tatsache, dass der Ortsnotar und nicht G dem Vertragsnotar die Kostenforderung übermittelt, eine andere Beurteilung rechtfertigt, ist zweifelhaft. Zwar beruft sich der Ortsnotar in der Praxis üblicherweise nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht aus § 10 KostO, so dass den insoweit seitens der Bundesnotarkammer bestehenden Bedenken kaum gefolgt werden kann. Die in der Praxis übliche Vorgehensweise könnte jedoch als konkludente Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verstanden werden. Als sicherster Weg lässt sich diese Art und Weise der Kosteneintreibung daher nicht bezeichnen.

XV. Vertretung ohne Vertretungsmacht – § 181 BGB?

In der Praxis sind jüngst Bedenken aufgetaucht, ob es vor dem Hintergrund der Vorschrift des § 181 BGB noch als unproblematisch angesehen werden könne, dass der Vertreter einer Kaufvertragspartei zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gegenpartei auftritt. Die Problematik wird für den Notar regelmäßig in den Fällen relevant, in denen juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts in den Beurkundungstermin ihren gesetzlichen Vertreter bzw. einen Bevollmächtigten entsenden oder sich vollmachtlos vertreten lassen.

1. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Anlass zu den neuerdings in der Praxis entstandenen Irritationen gab ein Beschluss des OLG Düsseldorf²⁰². Der von dem OLG Düsseldorf zu entscheidende Fall betraf einen Kaufvertrag zwischen der X-AG und der Stadt Y. Dabei war B als Bevollmächtigter der X-AG erschienen und in der Beurkundung zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Stadt Y aufgetreten. Die Stadt Y genehmigte nachfolgend den Vertragsabschluss. Von den Beschränkungen des § 181 BGB war B seitens der X-AG jedoch nicht befreit. Das Grundbuchamt monierte daraufhin die fehlende Befreiung. Das OLG Düsseldorf sah das Grundbuchamt im Recht. B sei zum Vertragsschluss auf beiden Seiten aufgetreten, so dass der Anwendungsbereich des § 181 BGB berührt sei. Die X-AG müsse das Insichgeschäft noch gestatten. Bis dahin bleibe der Vertrag schwebend unwirksam. Da diese Art der vollmachtlosen Vertretung einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft für die notarielle Praxis typisch ist, ist eine entsprechende Resonanz verständlich. Es wird nun insbesondere die Sorge geäußert, dass sämtliche auf diese Art bislang beurkundeten Verträge wegen noch fehlender Gestattung des Selbstkontrahierens schwebend unwirksam geblieben seien. Denn wenn das OLG Düsseldorf in

197 Gegen die Möglichkeit, das Zurückbehaltungsrecht auch Dritten gegenüber geltend machen zu können: Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 10, Rn. 27.

198 Gleichfalls hiergegen: Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 10, Rn. 27.

199 Vgl. zu den in der 74. Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer aufgestellten Grundsätzen DNotI-Report 1997, 209, 213; so im Ergebnis auch Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 19, Rn. 27.

200 Vgl. Rundschreiben der Rheinischen Notarkammer 13/1999.

201 Hierzu existiert ein Musterschreiben der Rheinischen Notarkammer bezüglich Kostenerstattung bei Verwaltergenehmigungen.

202 OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470, m. abl. Anm. Lichtenberger.

seiner Entscheidung auch nur die fehlende Gestattung seitens der X-AG bemängelt hat, drängt sich die weiterführende Frage auf, ob sich auch für die Stadt die Situation als Doppelvertretung darstellt. Dann müsste auch die Stadt das Handeln des B, der ja gleichzeitig für die X-AG aufgetreten ist, gestatten. Daran schließt sich die Frage an, welche Organe bei der Stadt und der X-AG die Kompetenz besitzen, die jeweilige Gestattungserklärung abzugeben.

2. Kritik an der Entscheidung

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist in der Literatur bereits auf deutliche Kritik gestoßen²⁰³. Lichtenberger meint, das OLG Düsseldorf verkenne, dass B überhaupt nicht für beide Seiten aufgetreten sei. Wer als vollmachtloser Vertreter für eine Vertragspartei handle, sei nicht deren Vertreter. Er gebe gerade keine wirksame Willenserklärung für diese ab, so dass eine Mehrfachvertretung i. S. v. § 181 BGB in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall gar nicht vorgelegen habe. § 181 BGB sei nur auf die Fälle anzuwenden, in denen der Vertreter für beide Seiten mit Vertretungsmacht aufgetreten sei. Insbesondere sei es im entschiedenen Fall durch die vollmachtlose Vertretung auch zu keinerlei Interessenkonflikt gekommen, so dass der Normzweck des § 181 BGB nicht berührt sei. Durch die Entscheidung sei mithin der „schlafende Riese“²⁰⁴ § 181 BGB unnötig aufgeweckt worden. Nachfolgend soll deshalb untersucht werden, welche Argumente für bzw. gegen eine Anwendung des § 181 BGB auf die Fälle vollmachtloser Vertretung sprechen.

3. Schutzzweck des § 181 BGB

Der Geschäftsherr, der einen Vertreter entsendet, hat diesen mit Vertretungsmacht ausgestattet. Damit ist der Vertreter in der Lage, für den Geschäftsherrn rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und ihn so unmittelbar vertraglich an einen Dritten zu binden. Die Kontrolle über den Vertreter behält der Geschäftsherr dabei durch die Möglichkeit, den Umfang der Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis genau festzulegen und das rechtliche Können des Vertreters nach seinen Wünschen einzuzugrenzen. Überschreitet der Vertreter diese Grenzen, handelt er ohne Vertretungsmacht, so dass die Regelungen der §§ 177 ff. BGB Anwendung finden. Ein geschlossener Vertrag ist schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung des Geschäftsherrn. Da dem Vertreter – im Gegensatz zum Boten – jedoch typischerweise auch ein gewisser (Verhandlungs-)Spielraum bei der Abgabe von Willenserklärungen eingeräumt wird, gibt der Geschäftsherr einen Teil der Kontrolle über sein rechtliches Schicksal aus der Hand. Innerhalb seines rechtlichen Könnens ist der Vertreter vorbehaltlos in der Lage, den Geschäftsherrn rechtlich zu binden. Dies wird der Geschäftsherr nur unter der Voraussetzung zulassen, dass sein Vertreter im Rechtsverkehr ausschließlich seine (des Geschäftsherrn) Interessen wahrnehmen wird. Denn Interessen von Vertragsparteien sind typischerweise in vielen Aspekten gegenläufig. Wäre es denkbar, dass der Vertreter auch die Interessen der anderen Vertragspartei wahrnehmen wird, müsste der Geschäftsherr befürchten, entgegen seinem Willen in für ihn nachteiliger Weise verpflichtet zu werden (Interessenkollision)²⁰⁵. Aus diesen Gründen verbietet § 181 BGB dem Vertreter grundsätzlich, in einem

Rechtsgeschäft als Vertreter des Geschäftsherrn und zugleich für sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten zu handeln. Handelt er gleichwohl, bleibt das Rechtsgeschäft solange schwebend unwirksam, bis der Geschäftsherr die Doppelvertretung gestattet. Der Schutz des Geschäftsherrn durch § 181 BGB hat somit Außenwirkung.

Fraglich ist nun, ob der Geschäftsherr wegen Gefahr einer Interessenkollision nur dann schutzwürdig erscheint, wenn der Vertreter zugleich in der Lage ist, die Gegenseite wirksam zu verpflichten – also für sich selbst oder mit Vertretungsmacht für einen Dritten zu handeln – oder ob auch das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Schutzzweck des § 181 BGB unterfällt. Für die Fälle wirksamen Selbst- oder Drittkontrahierens liegt die Schutzwürdigkeit des Geschäftsherrn auf der Hand²⁰⁶: Mit der gleichzeitigen wirksamen Verpflichtung der Gegenseite nimmt der Vertreter auch deren Interessen wahr. Über §§ 177 ff. BGB ist der Geschäftsherr hier jedoch nicht geschützt, da der Vertreter mit Vertretungsmacht i. S. v. § 164 Abs. 1 BGB handelt. Diese vom Geschäftsherrn nicht bereits mittels der Vertretungsregeln kontrollierbare Gefahrensituation erfordert die zusätzliche Regelung des § 181 BGB.

4. Zum Fall

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf birgt jedoch auch das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gegenseite die Möglichkeit einer Interessenkollision²⁰⁷. B war als Bevollmächtigter der X-AG zum Vertragsschluss entsandt worden. Damit hatte er richtigerweise ausschließlich den Interessen der X-AG zu dienen und folgerichtig auch nur in deren Namen aufzutreten und Willenserklärungen abzugeben. B ist aber zugleich als vollmachtloser Vertreter im Namen der Stadt Y aufgetreten. Damit ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf die Möglichkeit der Interessenkollision in seiner Person denkbar. Zwar ist eine konkrete Interessenkollision nicht nachweisbar. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass B auch die Interessen der Stadt Y wahrnehmen wollte. Auch wenn eine Interessenkollision vorliegend nicht konkret nachweisbar ist, sondern aus Sicht der X-AG nur die abstrakte Möglichkeit hierzu bestand, ist dem OLG Düsseldorf jedoch zuzugeben, dass die rein abstrakt-generelle Möglichkeit einer Interessenkollision mit der herrschenden Meinung auch ausreichend ist, um die Anwendbarkeit des § 181 BGB zu begründen²⁰⁸. Eine im konkreten Einzelfall positiv feststellbare Interessenkollision ist nicht erforderlich. Damit kann richtigerweise die aus Sicht des Geschäftsherrn abstrakte Gefahr einer Interessenkollision auch entgegen der an der Entscheidung des OLG Düsseldorf geäußerten Kritik nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenn der Vertreter, wie

203 Lichtenberger, a. a. O.

204 RGRK/Steffen, § 181, Rn. 1.

205 RGRK/Steffen, § 181, Rn. 6; Staudinger/Schilken, § 181, Rn. 42.

206 A. A. Lichtenberger, a. a. O.

207 BGH NJW 1980, 932; NJW 1971, 1355; DB 1976, 2238; NJW 1972, 2262; NJW 1975, 1185, MünchKomm/Schramm, § 181, Rn. 8 m. w. N.; RGRK/Steffen, § 181, Rn. 2.

208 So auch BayObLG Rpfleger 1988, 61, m. Anm. Fertl; LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433, m. abl. Anm. Lichtenberg.

hier B, ohne Vertretungsmacht für die andere Vertragspartei – die Stadt Y – aufgetreten ist²⁰⁹. Denn hierdurch hat B für die Stadt gehandelt, auch wenn er sie durch die abgegebene Willenserklärung noch nicht rechtlich zu binden vermochte. Er hat jedoch durch sein Handeln zum Ausdruck gebracht, dass er bei Vertragsunterzeichnung auch für die vollmachtlos vertretene Stadt auftreten und in ihrem Namen Willenserklärungen abgeben wollte. Dass er dies zunächst ohne Vertretungsmacht und damit ohne Bindungswirkung tat, ist für die Frage, wessen Interessen er beim Vertragsabschluss möglicherweise vertreten hat, ohne Belang.

Der Gefahr einer für die X-AG nachteiligen Interessenkollision wird auch in keiner Weise dadurch begegnet, dass die Stadt Y den Vertrag noch nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigen musste. Denn mit der Genehmigung erklärte die Stadt lediglich, dass der Vertrag ihren Interessen entspreche und sie sich deshalb an ihn gebunden fühle. Eine Überprüfung der Interessen der X-AG ist mit der Genehmigung durch die Stadt nicht verbunden.

5. Erneut: Normzweck des § 181 BGB

Dass somit in der oben dargestellten Fallgestaltung die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision angenommen werden kann, muss allerdings noch nicht bedeuten, dass § 181 BGB diesen Fall auch regeln will. Hiervon könnte ohne weitere Begründung nur dann ausgegangen werden, wenn feststände, dass § 181 BGB sämtliche Fälle von Interessenkollision, die in der Person eines Vertreters auftreten können, erfassen soll. Dass dies jedoch nicht zutreffend sein kann, zeigt der Blick auf die Fälle, in denen Interessenkollisionen auftreten, obwohl der Vertreter in keiner Weise für die Gegenseite auftritt. So kann der Vertreter beispielsweise nach außen nicht erkennbar die Interessen der Gegenseite wahrnehmen und den Geschäftsherrn in einer für diesen nachteiligen Weise verpflichten. Das Risiko dieses sog. Missbrauchs der Vertretungsmacht trägt jedoch der Geschäftsherr²¹⁰. Wird der Missbrauch der Vertretungsmacht dagegen nach außen hin erkennbar (Evidenz), kann der Geschäftsherr seiner Verpflichtung den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegenhalten²¹¹. Steht der Vertreter zur Gegenseite gar in einem Auftragsverhältnis oder liegt sonst ein kollusives Zusammenwirken zwischen Vertreter und Gegenseite vor, wird der Geschäftsherr nicht einmal vertraglich gebunden²¹². Deutlich wird mithin, dass es diverse Fälle der Interessenkollision auch außerhalb einer Doppelvertretung geben kann, § 181 BGB also nicht zwingend darauf abzielt, den Geschäftsherrn allumfassend gegen jegliche Art von Interessenkollision in Person seines Vertreters zu schützen. Dementsprechend hat der BGH es bislang auch nur in Ausnahmefällen zugelassen, § 181 BGB analog auf weitere Interessenkonflikte anzuwenden²¹³. Folglich kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass § 181 BGB den Geschäftsherrn vor Interessenkollisionen schützen will, die durch ein Handeln seines Vertreters zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gegenpartei entstehen.

6. Wortlaut des § 181 BGB

Fraglich ist, ob der Wortlaut des § 181 BGB eine Einbeziehung des vollmachtlosen Vertreters nahelegt. § 181

BGB verbietet es dem Vertreter, „mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten“ ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. § 181 BGB spricht also nicht davon, dass es verboten sei, mit sich im eigenen Namen oder *im Namen* eines Dritten zu handeln. Die Vorschrift zieht also ausdrücklich den Begriff des Vertreters heran. § 164 Abs. 1 BGB definiert wirksame Vertretung jedoch als ein Handeln in fremdem Namen *mit Vertretungsmacht*. Insofern könnte argumentiert werden, dass § 181 BGB seinem Wortlaut nach lediglich die wirksame Stellvertretung für einen Dritten erfassen und das bloße Handeln in fremdem Namen (aber ohne Vertretungsmacht) ausgrenzen möchte. Ein Vergleich mit anderen Vorschriften des Vertretungsrechts zeigt jedoch, dass das Gesetz den Begriff des Vertreters nicht ausschließlich auf Personen mit Vertretungsmacht anwendet. So benennen §§ 177 Abs. 2, 179 Abs. 2, 3 BGA, insbesondere aber § 179 Abs. 3 BGB Personen als Vertreter, denen keine Vertretungsmacht zukommt. Gerade der Vertreter ohne Vertretungsmacht wird hier also als Vertreter bezeichnet. Dies entspricht im übrigen auch dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch. Damit ist auch nach dem Wortlaut des § 181 BGB die Einbeziehung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht ausgeschlossen.

7. Systematische Stellung des § 181 BGB

Die systematische Stellung des § 181 BGB spricht gleichfalls nicht gegen eine Einbeziehung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. § 181 BGB wird von den Vorschriften, die die wirksame Stellvertretung regeln, durch die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht abgegrenzt. Dies lässt eher den Schluss zu, dass auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht von § 181 BGB erfasst werden soll. Dagegen könnte wiederum sprechen, dass § 181 BGB einen Sonderfall beschreibt, der systematisch weder mit den Vorschriften über die Vollmacht noch mit denen über die Vertretung ohne Vertretungsmacht in Zusammenhang steht.

8. Genese des § 181 BGB

Soweit die Motive, die zur Abfassung des Wortlauts des § 181 BGB geführt haben, zugänglich sind, ist in keiner Weise erkennbar, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Anwendungsbereich der Vorschrift unterfallen sollte. Aus den Erläuterungen bei *Mugdan* ist zu erkennen, dass bei den seinerzeitigen Beratungen die Problematik der Interessenkollision ausschließlich beim gesetzlichen Vertreter und beim Bevollmächtigten gesehen wurde²¹⁴. Nach Ansicht der Kommission musste ausgeschlossen werden, dass der Vertreter selbstkontrahieren könne, sofern es ihm nicht „durch das Gesetz oder die

209 Vgl. Palandt-Heinrichs, § 164 Rn. 13.

210 BGHZ 113, 320; BGH NJW 1990, 385; NJW 1995, 251.

211 RGZ 130, 142.

212 Insbesondere für den Fall der Bestellung eines Untervertreters zur Umgehung der in Person des Vertreters vorliegenden Beschränkung des § 181 BGB, vgl. BGHZ 91, 337; Palandt-Heinrichs, § 181 RN. 12, 14.

213 Vgl. *Mugdan*, die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Band 1, S. 759; vgl. zur weiteren Entstehungsgeschichte der Vorschrift auch RGZ 68, 173, 175 ff.

214 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Band 1, S. 175.

Vollmacht“ gestattet sei²¹⁵. Insofern sei „kein Unterschied zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Stellvertretung“ zu erkennen. Der Geschäftsherr bedürfe auch „einem Generalbevollmächtigten gegenüber nicht minder des Schutzes, als einem gesetzlichen Vertreter gegenüber“²¹⁶. Der ohne Vertretungsmacht Handelnde wird in diesem Zusammenhang somit nicht erwähnt.

Im Ergebnis spricht also lediglich die genetische Auslegung der Vorschrift des § 181 BGB gegen die Einbeziehung des Vertreters ohne Vertretungsmacht in ihren Schutzbereich. Im übrigen führt die Auslegung der Norm zu keinem zwingenden Ergebnis.

9. Beidseitige Vertretung ohne Vertretungsmacht

Wer mithin § 181 BGB auf die Fälle anwenden will, in denen ein mit Vertretungsmacht ausgestatteter Vertreter zugleich als vollmachtloser Vertreter für die Gegenseite auftritt, müsste sie konsequenterweise auch anwenden, wenn der Vertreter für beide Seiten ohne Vertretungsmacht handelt. Hier stellt sich bei unbefangener Betrachtung allerdings die Frage, warum die beiden Geschäftsherrn des Schutzes des § 181 BGB bedürfen. Denn sie werden durch das Handeln des vollmachtlosen Vertreters noch nicht unmittelbar verpflichtet. Vielmehr bedarf es hier zu noch ihrer Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB. Damit haben sie aber die Möglichkeit, das abgeschlossene Geschäft zunächst zu überprüfen und erst dann wirksam werden zu lassen. Einer für sie nachteiligen Verpflichtung, der eine Interessenkollision in Person des Vertreters zugrunde liegt, können sie durch Verweigerung der Genehmigung begegnen. Wenn man allerdings für den Schutzzweck des § 181 BGB auf die rein abstrakte Gefahr einer Interessenkollision abstellt, wird man deren Vorliegen auch im Fall vollmachtloser Doppelvertretung bejahen müssen. Dann ist es nur konsequent, auch in diesem Fall die Gestattung des Selbstkontrahierens durch den Geschäftsherrn zu verlangen. Entsprechend hat das Landgericht Saarbrücken die Vorschrift des § 181 BGB angewendet, gleichzeitig aber in der Abgabe der nach § 177 Abs. 1 BGB erforderlichen Genehmigungserklärungen durch die Geschäftsherrn die konkludente Gestattung des Selbstkontrahierens erblickt²¹⁷.

10. Gestattungskompetenz

In Folge einer so weitgehenden Anwendung des § 181 BGB entsteht die Frage, wer für den Geschäftsherrn bei der Abgabe der erforderlichen Gestattungserklärung handelt. Ist Geschäftsherr eine natürliche Person, entstehen insoweit keine weiteren Probleme.

Anders liegt aber der Fall, wenn eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts Geschäftsherr ist. Diese handelt durch ihr vertretungsberechtigtes Organ – beispielsweise die Gemeinde gemäß § 63 GO NW durch ihren Bürgermeister. Auch das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person muss aber ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein. Andernfalls ist ihm selbst nicht erlaubt Insichgeschäfte vorzunehmen. Damit ist es dem Organ auch verwehrt, im Notartermin zugleich für seinen Geschäftsherrn und – nach weiter Auslegung des § 181 BGB – auch als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gegenseite zu handeln.

Fraglich ist nun, ob das selbst nicht von § 181 BGB befreite Organ die Willenserklärung, die von einem Bevollmächtigten bzw. einem Vertreter ohne Vertretungsmacht unter Missachtung des § 181 BGB abgegeben wurde, nachträglich gestatten kann.

Hiergegen könnte zunächst der Gedanke sprechen, dass kein Vertreter – auch kein Organ – ein „Mehr“ an Rechtsmacht erteilen kann, als er selbst besitzt²¹⁸. Dieser Gedanke könnte zu der Annahme führen, dass das selbst nicht von § 181 BGB befreite Organ das Selbstkontrahieren eines mit oder ohne Vertretungsmacht handelnden Untervertreeters nicht gestatten kann.

Richtigerweise müsste hier jedoch unterschieden werden: Schutzobjekt des § 181 BGB ist nach wie vor der Geschäftsherr, hier also die juristische Person. Unzulässige Rechtsmacht wird dem Untervertreter insofern nur eingeräumt, wenn dieser mit Vertretungsmacht handelt und ihm die Erlaubnis zur Vornahme des Insichgeschäfts in Form einer Einwilligung, d. h. vor Abschluss des Geschäfts erteilt wird²¹⁹. Denn hierdurch wird wieder die abstrakte Gefahr der Interessenkollision in Verbindung mit der Befugnis, den Geschäftsherrn unmittelbar zu verpflichten, eröffnet. Hiervor ist der Geschäftsherr durch § 181 BGB geschützt. Anders muss es jedoch sein, wenn ein bereits durch den Untervertreter unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommenes Insichgeschäft durch den Hauptvertreter bzw. das Organ nachträglich gestattet wird. Hier ist dem Untervertreter, gleichgültig, ob mit oder ohne Vertretungsmacht handelnd, keine Rechtsmacht gegeben worden, mit der dem Geschäftsherrn durch Interessenkollision unmittelbar Schaden zugefügt werden könnte. Denn die Wirksamkeit des zunächst wegen Verstoßes gegen § 181 BGB schwebend unwirksamen Insichgeschäfts wird nicht durch den Untervertreter herbeigeführt, sondern durch die nachträgliche Gestattung des Geschäftsherrn bzw. seines vertretungsberechtigten Organs. Damit hat das Organ dem Untervertreter aber keine über seine eigene Rechtsmacht hinausgehende Vertretungsbefugnis erteilt, so dass ein Verstoß gegen § 181 BGB nicht vorliegt. Das Organ nimmt selbst mithin kein Insichgeschäft vor. Es hat folglich nicht selbst gegen die Vorschrift des § 181 BGB verstoßen, so dass es einer weiteren Genehmigungserklärung des Geschäftsherrn nicht bedarf.

Auch die in ähnlich gelagerten Fällen verbotene Erteilung einer Untervollmacht spricht nicht gegen die Befugnis des nicht von § 181 BGB befreiten Geschäftsherrn, das Insichgeschäft des Untervertreeters zu gestatten. Nach der Rechtsprechung des BGH²²⁰ ist es einem Vertreter in analoger Anwendung des § 181 BGB untersagt, das Verbot der Vornahme eines Insichgeschäfts dadurch zu umgehen, dass er für den Geschäftsherrn oder für die Gegenpartei einen Untervertreter bestellt und somit nicht mehr auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts als vertretungsberechtigte Person auftritt. In diesen Fällen liegt letztlich jedoch immer ein Insichgeschäft des Vertreters vor; denn er

215 Vgl. Mugdan, a. a. O.

216 LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433, m. abl. Anm. Lichtenberger.

217 Soergel/Leptien, § 167, Rn. 61; Palandt/Heinrichs, § 167, Rn. 12.

218 Vgl. LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433.

220 Vgl. BGH NJW 1991, 692.

selbst oder ein von ihm vertretener Dritter soll aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet werden. Das LG Saarbrücken hatte demgemäß im oben genannten Fall²²¹ ohne weitere Begründung die Befugnis des selbst nicht von § 181 BGB befreiten Bürgermeisters zur Abgabe der Gestattungserklärung bejaht. Denn der Bürgermeister hatte gerade nicht einen Untervertreter auftreten lassen, um eine eigene beidseitige Vertretungsmacht zu verdecken. In Person des Bürgermeisters lag somit gerade kein Insichgeschäft vor. Vielmehr war der Erwerber als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten, so dass auch keine unzulässige Bevollmächtigung unter Befreiung von § 181 BGB vorgelegen hatte.

11. Ergebnis

Auf der Basis der Rechtsprechung kann daher wie folgt zusammengefasst werden:

Auch das Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht unterfällt dem Anwendungsbereich des § 181 BGB. In der nachfolgenden Genehmigung von dessen Erklärungen durch den Geschäftsherrn gemäß § 177 Abs. 1 BGB ist die Gestattung eines durch den Vertreter vorgenommenen Insichgeschäfts konkludent enthalten. Handelt es sich bei dem Geschäftsherrn um eine juristische Person, kann auch deren nicht von den Beschränkungen des § 181 befreites Organ das seitens eines Unterververtreters vorgenommene Insichgeschäft nachträglich gestatten. Es ist dem Organ jedoch versagt, Untervollmacht unter Befrei-

ung von § 181 BGB zu erteilen und so die für den Geschäftsherrn nicht mehr kontrollierbare Gefahr einer Schädigung durch Interessenkollision auf Seiten des Unterververtreters zu eröffnen.

In Unklarheit über die rechtliche Situation ist in entsprechenden Vertretungskonstellationen die Praxis gleichwohl dazu übergegangen, bei der Beurkundung von Grundstückkaufverträgen einen Mitarbeiter des Notariats für den nicht erschienenen Beteiligten auftreten zu lassen, um ein Insichgeschäft des anderen Vertragsteils zu vermeiden und eine Gestattungserklärung mithin nicht erforderlich werden zu lassen. Dieser Praxis bedarf es in konsequenter Anwendung der oben genannten Grundsätze nicht mehr. Es ist allerdings auch deutlich zu sagen, dass die Frage der Anwendung des § 181 BGB auf die Fälle vollmachtloser Vertretung noch nicht höchststrichterlich und vor allen Dingen noch nicht unter Abgabe einer umfassenden, strukturierten Begründung entschieden worden ist. Insofern mag es zunächst als sicherster Weg gelten, in notariellen Kaufverträgen Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung von Insichgeschäften bei Beteiligung von juristischen Personen, deren Vertreter nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind, zu ergreifen.

²²¹ LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433, m. abl. Anm. Lichtenberger.

Der Immobilienerwerb in Österreich

(von Notarassessor Michael Trautner, Regensburg)

Der folgende Kurzbeitrag, der die Reihe „Auslandsimmobilien“ fortsetzt, behandelt Österreich. Es werden dabei nur einige wesentliche Grundzüge des österreichischen Immobilienrechts mit kurzem Bezug zum Erbrecht dargestellt. Der Beitrag gibt die Erfahrungen wieder, die der Verfasser anlässlich eines Praktikums im Rahmen des von der Landesnotarkammer Bayern geförderten Auslandsprogramms im Notariat Werfen (Bundesland Salzburg) sammeln konnte. An dieser Stelle möchte der Verfasser Herrn Notar Dr. Günther Gabriel für die überaus freundliche Aufnahme, die er in seinem Notariat fand, sowie auch für die wertvollen Anregungen zu diesem Beitrag recht herzlich danken.

Teil 1: Allgemeines¹

1. Gesetzliche Grundlagen

Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen des Immobilienrechts und des Immobilienerwerbs finden sich im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), hier insbesondere in den Regelungen zum Erwerb des Eigentums durch Übergabe, §§ 423–446, in den Bestimmungen des Erbrechts, §§ 531–824, sowie den Vorschriften über den Kaufvertrag, §§ 1053–1089. Nicht unwesentliche Sonderbestimmungen für den Immobilienerwerb sind in Nebengesetzen, dem Wohnungseigen-

tumsgesetz (WEG), dem Bauträgervertragsgesetz (BTVG), dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) und den grundverkehrsrechtlichen Landesgesetzen geregelt.

Die Regelungen zum formellen Recht finden sich vor allem im Allgemeinen Grundbuchgesetz (GBG) und im Grundbuchsumstellungsgesetz (GUG).

Schließlich sei auch noch auf die im Bereich des Erbrechts bedeutsamen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes (AußStrG) und des Gerichtskommissärsgesetzes (GKoärG) hingewiesen.

Die angegebenen österreichischen Gesetze sind im Internet beispielsweise unter <http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/abrufbar>².

2. Grundzüge

Nach den Bestimmungen des ABGB (§§ 353, 285) kann grundsätzlich an körperlichen und unkörperlichen Sachen (bestimmte Einschränkungen/Sonderbestimmungen

¹ Zum Thema Immobilienerwerb in Österreich siehe auch die Darstellung von Grötsch, MittBayNot 2001, 175 ff.

² Weitere Informationen können auch über die Homepage der Österreichischen Notariatskammer unter <http://www.notar.at> abgerufen werden.

hinsichtlich Forderungsrechten und Immaterialgüterrechten) Eigentum bestehen und übertragen werden.

Gemäß § 355 ABGB kann jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen (z. B. Ordenspersonen die das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben) Eigentum erwerben.

Demnach können sowohl physische Personen als auch juristische Personen und Personengesellschaften (unabhängig von Staatsbürgerschaft oder Sitz) originär oder derivativ Eigentum an Sachen, insbesondere an Liegenschaften erwerben.

Der originäre, ursprüngliche Eigentumserwerb, welcher vom Recht des Vormanns unabhängig ist und beim Erwerb völlig neu entsteht (insbesondere Zueignung, Zuwachsung und Ersitzung) werden hier nicht näher dargestellt.

Für den derivativen Eigentumserwerb, somit den vom Vormann abhängigen Erwerb, bestimmt § 380 ABGB die „Zweiaktigkeit“ des Eigentumserwerbs: Ohne „Titel“ und rechtliche Erwerbungsart („Modus“) kann kein Eigentum erlangt werden.

Unter dem Begriff „Titel“ versteht man jede rechtliche Möglichkeit, Eigentum zu erwerben. Es handelt sich hierbei um alle schuldrechtlichen Geschäfte oder letztwilligen Verfügungen, die den mittelbaren (abgeleiteten) Eigentumserwerb rechtfertigen, also insbesondere Kauf, Tausch, Schenkung oder Übergabe.

Im Rahmen letztwilliger Verfügungen kommen Testament, Vermächtnis aber auch das gesetzliche Erbrecht (§§ 531-824 ABGB) in Betracht.

Die Erwerbungsart (Modus) ist der Akt, der die rechtliche Erwerbungsöglichkeit realisiert (§§ 423 - 446 ABGB). Er besteht zunächst in einem äußeren Vorgang: beim Erwerb beweglicher Sachen grundsätzlich in der Übergabe, bei unbeweglichen Sachen in der Eintragung in das Grundbuch (§ 431 ABGB).

Daneben ist nach h. A. für den zweiseitigen Erwerb die Einigung der Parteien darüber nötig, daß das Eigentum an der Sache übergehen soll. Diese Einigung wird in der Titellurkunde bereits erfaßt.

3. Arten des Eigentums

Das österreichische Recht kennt das Alleineigentum, das Miteigentum und das Gesamthandseigentum. Diese Eigentumsarten können, wie schon oben dargestellt, sowohl von einer natürlichen als auch von einer juristischen Person erworben werden (§ 355 ABGB).

Eine Besonderheit findet sich in diesem Zusammenhang in § 2 WEG, der vorschreibt, daß Wohnungseigentum nur von einer einzelnen (natürlichen oder juristischen) Person oder von Ehegatten erworben werden kann. Andere Miteigentümergeinschaften als die von Ehegatten sind damit nicht möglich.

Gesamthandseigentum wird angenommen bei der OHG, der KG, der Offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) und der Kommanditerwerbsgesellschaft (KEG) hinsichtlich des dem gemeinsamen Zweck gewidmeten Vermögens. Strittig ist, ob auch das Ehegattenwohnungseigentum darun-

ter fällt. Wie auch im deutschen Recht, kann kein Gesamthandseigentümer über seinen Anteil an einzelnen Gegenständen allein verfügen, alle Beteiligten müssen gemeinschaftlich handeln.

Der Grundstückserwerb durch deutsche Gesellschaften, die im Handelsregister eingetragen sind, ist möglich. Diese Gesellschaften werden auch in Österreich anerkannt.

4. Das Grundbuch

a) Aufbau und Besonderheiten

Das Grundbuch wird von jenem Bezirksgericht, in dessen Sprengel sich die Liegenschaft befindet, in EDV-Form geführt³.

Es besteht aus dem Hauptbuch und aus der Urkundensammlung⁴. Im Hauptbuch besteht grundsätzlich für jede flächenmäßige Einheit (zu unterscheiden vom Grundstück im Rechtssinn) eine eigene Einlagezahl (Grundbuchseinlage). Möglich ist jedoch auch die Zusammenfassung „zerstreuter“ Grundstücke. Die Grundbuchseinlagen sind „historisch“ gewachsen und entstanden.

Die einzelnen Grundbuchseinlagen bestehen aus drei Blättern, dem A-Blatt (Gutsbestandsblatt), dem B-Blatt (Eigentumsblatt) und dem C-Blatt (Lastenblatt).

Im Gutsbestandsblatt sind alle Grundstücke der Einlage und alle mit dem Eigentum an der Liegenschaft verbundenen Rechte (Grunddienstbarkeiten etc.) eingetragen. Ferner sind Zu- und Abschreibungen sowie öffentliche Beschränkungen aufgeführt.

Aus dem Eigentumsblatt sind die jeweiligen Eigentumsverhältnisse und eventuelle Verfügungsbeschränkungen zu ersehen.

Im Lastenblatt wird, anders als im deutschen Grundbuchrecht, nicht zwischen den verschiedenen Belastungsarten (deutsche Abteilung II und III) unterschieden.

Als kleine Besonderheit sei hier noch angemerkt, daß Pfandrechte nur als am ganzen Grundbuchkörper, also der gesamten Einlagezahl lastend eingetragen werden können. Die Belastung einzelner Grundstücke im Rechtssinn, die unter einer Einlagezahl vorgetragen sind, ist nicht möglich⁵. Soll ein einzelnes Grundstück belastet werden, so ist dafür zunächst ein eigenes Einlageblatt anzulegen und das Grundstück auf dieses abzuschreiben.

Zu beachten ist, daß seit der Umstellung des Grundbuchs auf das elektronische Datenverarbeitungsverfahren im Hauptbuch getrennte Verzeichnisse für die geltenden und die gelöschten Eintragungen bestehen⁶. Soll eine lückenlose und aussagekräftige Grundbucheinsicht erfolgen, ist immer auf beide Verzeichnisse zuzugreifen.

In der Urkundensammlung werden alle Urkunden, die Grundlage einer Eintragung waren, fortlaufend nach der Tagebuchszahl (also entsprechend ihrem Eingang beim Gericht) aufgenommen und zu einzelnen Bänden gebun-

3 § 118 Ziff. 4 Jurisdiktionsnorm (JN).

4 § 1 GBG.

5 § 13 Abs. 1 GBG.

6 § 3 Abs. 1 GUG.

den. Diese Sammlung korrespondiert nicht mit der fortlaufenden Zahl der Einlageblätter, sondern wird quer durch die betroffenen Grundbuchstellen rein nach dem Zeitpunkt des Eingangs gereiht.

Aus deutscher Sicht bemerkenswert ist, daß das Grundbuch öffentlich ist, also jedermann ohne Nachweis eines berechtigten Interesses Einsicht sowohl in das Hauptbuch als auch in die Urkundensammlung zu gewähren ist⁷. Die Einsicht kann sowohl beim Gericht, als auch beim Notar⁸ erfolgen; letzteres jedoch nur in das Hauptbuch, da nur insoweit der EDV-mäßige Zugriff möglich ist.

b) Rechtswirkungen

Nach § 4 GBG wird die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der in § 9 GBG genannten bürgerlichen Rechte nur durch ihre Eintragung in das Hauptbuch bewirkt.

Die Eintragungen im Grundbuch genießen ähnlichen öffentlichen Glauben wie im deutschen Recht, jedoch mit einigen Spezifikationen. Der Vertrauensgrundsatz (materielles Publizitätsprinzip)⁹ des österreichischen Grundbuchsrechts setzt sich dabei aus einer positiven¹⁰ und einer negativen Seite¹¹ zusammen¹². Die §§ 62 ff GBG bestimmen dabei Ausschlussfristen für Klagen des wahren Berechtigten gegen Dritte, die eine Rechtsposition vom eingetragenen Berechtigten erworben haben. Nach Ablauf der Fristen ist ein gutgläubiger Erwerb wirksam. § 1500 ABGB hingegen bestimmt, daß dem auf die öffentlichen Bücher Vertrauenden die durch Ersitzung oder Verjährung erworbenen Rechte nicht entgegengehalten werden können.

c) Verfahren

Entsprechend der Reihenfolge des Eingangs beim Grundbuchamt erhält jeder Antrag eine fortlaufende Tagebuchzahl.

Bei der betroffenen Grundbucheinlage wird das Vorhandensein eines zu bearbeitenden Antrags durch Anbringung einer „Plombe“ kenntlich gemacht, die erst nach erfolgter Eintragung wieder entfernt wird.

Die Antragsberechtigung entspricht der des deutschen Grundbuchsrechts.

Anders als im deutschen Recht, muß dem Grundbuchamt zur Vornahme einer Rechtsänderung auch der Vertrag zur Prüfung vorgelegt werden, der den Rechtsgrund enthält¹³.

Eintragungen erfolgen nur aufgrund gerichtlich oder notariell beglaubigter Urkunden, wobei im Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen zwingend das Geburtsdatum angegeben sein muß¹⁴.

Der deutsch-österreichische Beglaubigungsvertrag vom 21. Juni 1923 (RGBl. 1924 II, S. 61)¹⁵ bestimmt in Art. 3 und 4, daß Urkunden und Beglaubigungsvermerke deutscher Notare in Österreich ohne jede weitere Legalisation anzuerkennen sind.

In diesem Zusammenhang sei jedoch darauf hingewiesen, daß das österreichische Grundbuchverfahren stark formalisiert ist und der Grundbuchsbeamte oftmals strikt auf die Einhaltung bestimmter Formulierungen besteht. Bei Beurkundungen, die Grundbesitz in Österreich be-

treffen, kann daher nur dringend die Zusammenarbeit mit einem österreichischen Kollegen empfohlen werden.

Teil 2: Vertraglicher Erwerb von Grundeigentum

1. Grundsätzliches

Für den Erwerb einer Immobilie ist im österreichischen Recht, wie schon oben grundsätzlich dargestellt, das Vorliegen eines rechtsgültigen Rechtsgeschäfts (Titel) und der Eintragung (Einverleibung) des Eigentumsrechtes in das Grundbuch (Modus) Voraussetzung.

Der Titel muß objektiv gültig sein. Ist der Kaufvertrag von vornherein (z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit) nichtig, so geht das Eigentum nicht über. Wird der Vertrag nachträglich mit Erfolg angefochten (z. B. wegen Irrtum oder Arglist), wird von der herrschenden Meinung angenommen, daß das Eigentum niemals übergegangen ist (sachenrechtliche ex-tunc-Wirkung der Anfechtung). Dies ist im Wege der rei vindicatio (Eigentumsfreiheitsklage) bzw. sofern die Sache bereits vernichtet oder weiterveräußert wurde, im Wege der Kondiktion nach § 1431 ABGB geltend zu machen.

Bei der Verwendung von Vollmachten ist zu beachten, daß die Berechtigung des Bevollmächtigten (sog. „Gewalthaber“), Sachen des Vollmachtgebers (sog. „Gewaltgeber“) zu veräußern oder Sachen für den Gewaltgeber entgeltlich zu übernehmen, Darlehen aufzunehmen oder Geld entgegen zu nehmen, ausdrücklich in der Vollmachtsurkunde erwähnt sein muß. Das Grundbuchamt nimmt Eintragungen nur vor, wenn der bei dem entsprechenden Geschäft auftretende Bevollmächtigte eine Vollmacht vorweisen kann, die entweder auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet oder nicht älter als drei Jahre ist¹⁶.

2. Der Kaufvertrag

a) Form

Für den Kaufvertrag über Immobilien sieht das österreichische Recht grundsätzlich keine besondere Form vor. Der Immobilienkaufvertrag kann daher wie jeder Vertrag¹⁷ formfrei, also selbst mündlich wirksam abgeschlossen werden.

An der Formfreiheit des Grundstückskaufvertrages ändert auch die Bestimmung des § 432 ABGB nichts, die für den vertraglichen Erwerb von unbeweglichen Sachen die Ausfertigung einer beglaubigten oder öffentlichen Urkunde fordert. Die Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum kann auch mündlich begründet werden. § 432 ABGB ist Teil der Erfüllung des Vertrages¹⁸, da die

7 § 7 GBG, § 5 GUG.

8 § 7 GUG.

9 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 10. Auflage 1996, S. 109.

10 §§ 62 ff. GBG.

11 § 1500 ABGB.

12 Siehe dazu zusammenfassend Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, S. 109 ff.

13 § 26 Abs. 2 GBG.

14 §§ 31 I, 27 II GBG.

15 abgedruckt im Handbuch für das Notariat (Hrsg. Notarkasse A. d. ö. R. München) 5. Aufl. 2001 unter der Nr. 221.

16 § 31 Abs. 6 GBG.

17 § 883 ABGB.

18 Dittrich/Tades, ABGB, 34. Auflage, 1994, § 432

Errichtung der genannten Urkunde Voraussetzung für die grundbücherliche Einverleibung ist. Der mündlich wirksam abgeschlossene Kaufvertrag gibt somit einen Anspruch auf Errichtung einer formgültigen Vertragsurkunde.

Diese Formfreiheit des Grundstückskaufvertrages führt dazu, daß in die Vorbereitung der Verträge oftmals der Notar nicht eingeschaltet wird. Diese Verträge werden dann von Rechtsanwälten, der beteiligten Gemeinde oder auch von Privatpersonen erstellt. Der Notar selbst nimmt nur die Unterschriftsbeglaubigungen vor und übernimmt die Abwicklung des Vertrages auf der Grundlage eines gesonderten Auftrags.

Die Sonderbestimmung des § 1 Notariatszwangsgesetz (NotZwG) hingegen sieht für den Abschluß des Kaufvertrages eine besondere Form vor, so § 1 Abs. 1 lit. b NotZwG für den Kaufvertrag zwischen Ehegatten sowie § 1 Abs. 1 lit. e NotZwG bei der Beteiligung von Blinden, Tauben, die nicht lesen können und von Stummen, die nicht schreiben können. In diesen Fällen ist der Kaufvertrag in der Form des Notariatsaktes abzuschließen.

b) Inhalt

Die Kaufverträge sind in der Regel relativ knapp gefaßt. Die aufgenommenen Punkte entsprechen jedoch weitestgehend denen, die auch der deutsche Notar in seinen Vertrag einfügt. Zwingende Inhalte ergeben sich aus dem allgemeinen Vertragsrecht und aus speziellen Regeln über den Kaufvertrag. So müssen die Erklärungen inhaltlich bestimmt sein und den endgültigen Bindungswillen der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen. Die Einwilligung in den Vertrag muß frei, ernstlich bestimmt und verständlich sein¹⁹. Die Gegenleistung muß in einer bestimmten Menge Geldes bestehen²⁰.

Im Folgenden sollen nur diejenigen Punkte genannt werden, bei denen es Besonderheiten zu beachten gibt:

(1) Beteiligte

Die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes können dieses jeweils einzeln vertreten, grundsätzlich sogar gegen den Willen des anderen Elternteils²¹. Dies gilt allerdings nicht für wichtige Vorgänge im persönlichen Bereich, deren Wirksamkeit § 154 Abs. 2 ABGB von der Zustimmung beider Elternteile abhängig macht und bei Verträgen die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, wie die Veräußerung und der Erwerb von Liegenschaftsvermögen und die Bewilligung von Fremdfinanzierungen. Hier ist nach § 154 Abs. 3 ABGB zusätzlich zu der Vertretung durch beide Elternteile auch noch die Zustimmung des Gerichts erforderlich.

(2) Gegenleistung

Hinzuweisen ist hier auf die Sondervorschriften der §§ 934 f ABGB, die die Verkürzung über die Hälfte des Wertes regeln (laesio enormis). Ist die Gegenleistung danach nicht angemessen, ist also nicht mindestens die Hälfte des Wertes erreicht, besteht Anspruch auf Aufhebung des Vertrages, der jedoch durch Zahlung der zum wahren Wert fehlenden Differenz abgewendet werden kann.

(3) Gewährleistung und Rücktrittsrechte

Hier sind insbesondere die Bestimmung des Konsumentenschutzgesetzes und des Bausträgervertragsgesetzes zu

beachten. § 9 KSchG verbietet den Gewährleistungsausschluß weitgehend. Ein Rücktrittsrecht kann sich aus § 30 a KSchG ergeben, bei Unterzeichnung des Vertrages über den Erwerb einer Wohnung, eines Einfamilienhauses oder eines Grundstücks, das der Errichtung eines Einfamilienhauses dient, am Tag der Besichtigung. Ebenfalls ist der Käufer zum Rücktritt berechtigt, wenn der Bauträger ihm nicht rechtzeitig die nötigen Informationen aushändigt, § 5 BTVG.

(4) Vorkaufsrechte und andere öffentlich-rechtliche Bestimmungen

Zu berücksichtigen sind unter Umständen Anbotspflichten nach § 8 Stadterneuerungsgesetz und § 6 Bodenbeschaffungsgesetz bzw. das Genehmigungserfordernis nach § 9 Abs. 2 Stadterneuerungsgesetz. Darüber hinaus sind die Bestimmungen der Grundverkehrsgesetze zu beachten; dazu Näheres im Teil 6.

3. Die Einverleibung

a) Begriff

Unter Einverleibung versteht man den unbedingten Rechtserwerb oder Rechtsverlust durch grundbücherliche Eintragung. Bei Verlust von Rechten spricht man von „Löschung“. Einverleibt (gelöscht) werden z. B. das Eigentumsrecht, Pfandrecht, Dienstbarkeit (Servitut)²².

b) Form

Grundlage jeder Einverleibung, somit auch der Einverleibung des Eigentumsrechtes, also der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch, kann nur eine einverleibungsfähige Urkunde sein, sei es eine öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, auf der die Unterschriften der Parteien beglaubigt sind und der Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen auch das Geburtsdatum enthält²³. Zuständig zur Beglaubigung der Unterschriften sind sowohl der Notar, als auch das Gericht²⁴.

c) Inhalt

Die Urkunde, aufgrund derer die Einverleibung des Eigentumsrechtes erfolgen soll, muß die genaue Angabe der Personen, die das Eigentum übergeben und übernehmen, der Liegenschaft, die übergeben werden soll mit ihren Bestandteilen, des Rechtsgrundes der Übergabe sowie des Ortes und der Zeit des Vertragsschlusses enthalten²⁵. Ferner muß vom Übergeber in dieser oder in einer besonderen Urkunde die ausdrückliche Erklärung abgegeben werden, daß er in die Einverleibung einwillinge²⁶ – sog. „Aufsandungserklärung“ oder „Intabulationsklausel“²⁷. Zur genauen Bezeichnung des übergebenen Grundstücks ist jedenfalls die Angabe der sog. „Ein-

19 § 869 ABGB.

20 § 1054 ABGB.

21 § 154 Abs. 1 ABGB.

22 Böhmdorfer/Patzak/Themmer/Vrba/Wulff-Gegenbauer, Aktuelle Musterverträge für alle geschäftlichen Vorgänge, Loseblattsammlung, Stand Juni 1999, Teil 5, Kapitel 4.1.1.1, Seite 1.

23 § 31 Abs. 1 GBG, speziell für die Einverleibung des Eigentumsrechtes auch § 432 ABGB

24 § 31 Abs. 1 GBG.

25 § 433 ABGB, § 32 Abs. 1 lit. a GBG, hinsichtlich des Rechtsgrundes der Übergabe § 26 Abs. II GBG.

26 § 433 ABGB, § 32 Abs. 1 lit. b GBG.

27 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, S. 104.

lagezahl“ der Liegenschaft erforderlich. Diese Einlagezahl entspricht der Band- und Blattstelle im deutschen Grundbuchrecht. Strittig ist, ob die Angabe der Einlagezahl allein genügt²⁸ oder ob darüber hinaus auch noch die Bezeichnung des betroffenen Grundstücks unter Angabe der laufenden Nummer im Grundbuch erforderlich ist.

4. Vertragsdurchführung

a) Allgemeines

Die Durchführung des Vertrages – Regelung der Lastenfreistellung, Einholung von Genehmigungen usw. – erfolgt in der Regel durch den Vertragsersteller. Dies muß, wie oben bereits angesprochen, nicht notwendig ein Notar sein.

Ist im Rahmen eines Immobilienkaufvertrages die Durchführung der Lastenfreistellung von eingetragenen Pfandrechten erforderlich, so erfolgt die Abwicklung in aller Regel über ein Treuhandkonto des Notars oder Rechtsanwalts.

Gemäß der Notariatsordnung kann ein Notaranderkonto nur von einer im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Bank oder bei notarieller Treuhandschaft über Geldbeträge, bei einem von der österreichischen Notariatskammer für diesen Zweck anerkannten Kreditinstitut geführt werden. Dies ist derzeit die Notartreuhandbank AG mit dem Sitz in Wien. Bei Einschaltung der Notartreuhandbank hat der Notar die Möglichkeit, im Wege des Home-Banking Anderkonten zu errichten und Zahlungsvorgänge darüber abzuwickeln. Teile der im Rahmen der Vertragsdurchführung erforderlichen Benachrichtigung der Beteiligten werden von der Notartreuhandbank übernommen. Darüber hinaus bietet das System der Notartreuhandbank den Vorteil, daß jeder Vertrag, der unter seiner Zuhilfenahme abgewickelt wird, bis zum Höchstbetrag von ATS 60.000.000,- versichert ist.

b) Sicherung des Käufers

Der Käufer eines Grundstücks steht grundsätzlich dem Risiko gegenüber, daß sein Verkäufer die Sache nochmals verkauft, das Grundstück belastet, evtl. insolvent wird und so eine möglicherweise notwendige Rückabwicklung des Vertrages gefährdet wäre.

Für den Doppelverkauf kennt das österreichische Recht mit § 440 ABGB eine explizite Regelung. Danach erwirbt derjenige von zwei Käufern das Eigentum, der zuerst um die Einverleibung seines Eigentumsrechtes beim Gericht ansucht. Zwar steht dem Erstkäufer gegen den eingetragene Zweitkäufer nach § 1323 ABGB ein Schadensersatzanspruch mit dem Ziel der Übergabe der gekauften Liegenschaft zu, jedoch besteht dieser Anspruch nur dann, wenn das durch den Besitz verstärkte Forderungsrecht des Ersterwerbers dem Gegner deutlich erkennbar war²⁹.

Zum Schutz vor diesen Risiken bestehen vor allem folgende Sicherungsmechanismen:

(1) Anmerkung der Rangordnung

Um den Käufer vor dem Risiko eines Doppelverkaufs oder einer zwischenzeitlichen Belastung des Grundbesitzes zu schützen, geben §§ 20 lit. b, 53 ff GBG die Möglichkeit der Anmerkung der Rangordnung.

§ 53 Abs. 1 GBG gibt dem Eigentümer einer Liegenschaft das Recht, die beabsichtigte Veräußerung seines Grundstücks im Grundbuch anzumerken, um die zu diesem Zeitpunkt bestehende bücherliche Rangordnung für das infolge der Veräußerung einzutragende Eigentumsrecht zu erhalten. Interessant ist dabei, daß hier nur die Tatsache der beabsichtigten Veräußerung als solche, nicht jedoch auch die Person des künftigen Käufers angemerkt wird³⁰.

Der Beschluß über die Anmerkung wird nur in einfacher Ausfertigung erteilt³¹. Dieser Beschluß ist mit dem Gesuch auf Eintragung der angestrebten Rechtsänderung dem Gericht vorzulegen³². Derjenige, der den Beschluß dann bei der Eintragung der Rechtsänderung vorlegt, ist Berechtigter aus der Anmerkung³³.

Bei der Vertragsabwicklung durch den Notar wird in diesem Zusammenhang außerhalb des Kaufvertrages ein eigenes Grundbuchgesuch um Anmerkung der Rangordnung vom Verkäufer unterschrieben und darin festgelegt, daß die einzige Ausfertigung des Beschlusses über die Anmerkung der Rangordnung dem Notar zuzustellen ist. Der Notar, der im Besitz dieses Beschlusses ist, kann auf diese Weise dann den Rang des zukünftigen Eigentumsrechts des Käufers gewährleisten.

Diejenigen Eintragungen, die nach Überreichung des Gesuches um Anmerkung der Rangordnung in Bezug auf die betroffene Liegenschaft erwirkt worden sind, werden bei Eintragung der angemerkten Veräußerung auf gesonderten Antrag des Berechtigten gelöscht³⁴. Anders als im deutschen Recht ist hier eine Zustimmung des Berechtigten der Zwischeneintragung, die im Falle der Weigerung gestützt auf § 888 BGB eingeklagt werden müßte, nicht erforderlich. Die Löschung erfolgt vielmehr auf einseitigen Antrag desjenigen, der den Beschluß über die Anmerkung der Rangordnung dem Gericht vorlegt. Zu beachten ist jedoch, daß dieser Antrag nur binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der in der angemerkten Rangordnung bewilligten Einverleibung gestellt werden kann³⁵. Sollte diese Frist versäumt werden, so sind die beeinträchtigenden Zwischeneintragungen auch dem Berechtigten aus der Anmerkung gegenüber wirksam³⁶.

Schließlich sei hier noch darauf hingewiesen, daß anders als die ähnlich geartete Eigentumsvormerkung im deutschen Grundbuchrecht, die Anmerkung nach Ablauf eines Jahres ihre Wirkung verliert³⁷. Durch diese gesetzliche Regelung besteht für den österreichischen Notar, anders als für den deutschen Kollegen, nicht die Notwendigkeit, bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Käufers die ja nicht unbedingt geschätzte Löschungsvollmacht für

28 So Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, S. 104, Dittrich/Tades, ABGB, § 433, E1.

29 Böhmendorfer/Patzak/Themmer/Vrba/Wulff-Gegenbauer, Teil 5, Kapitel 4.1.1.2, Seiten 1 und 2.

30 Böhmendorfer/Patzak/Themmer/Vrba/Wulff-Gegenbauer, Teil 5, Kapitel 4.1.1.3, Seite 1.

31 § 54 GBG.

32 § 56 Abs. 1 Satz 1 GBG.

33 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, S. 112.

34 § 57 Abs. 1 Satz 1 GBG.

35 § 57 Abs. 1 Satz 2 GBG.

36 Böhmendorfer/Patzak/Themmer/Vrba/Wulff-Gegenbauer, Teil 5, Kapitel 4.1.1.3, Seite 1, SZ (= Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern) 14/172.

37 § 55 Satz 1 GBG..

die Eigentumsvormerkung in den Vertrag aufzunehmen oder auf die sog. „Schubladenlöschung“ zurückzugreifen.

Eine Verlängerung der Anmerkung der Rangordnung über das gesetzlich vorgesehene eine Jahr hinaus ist mit rangwahrender Wirkung nicht möglich. Vielmehr kann nur eine neue Anmerkung der Rangordnung erfolgen, die dann jedoch nur den neuen Rang hat, also nach evtl. erfolgten Zwischeneintragungen steht.

(2) Auszahlung vom Anderkonto

Die Auszahlung vom Anderkonto erfolgt, wenn die ordnungsgemäße grundbücherliche Durchführung des Vertrages gesichert ist, also sämtliche Freistellungserklärungen, Genehmigungen und sonstige Urkunden dem Notar vorliegen. Dadurch wird der Käufer vor einer etwaigen Insolvenz des Verkäufers, die die Rückabwicklung des Vertrages gefährden würde, geschützt. Die Treuhandaufweisung an den Notar sieht darüber hinaus Regelungen vor, wie mit dem hinterlegten Geld im Falle der Undurchführbarkeit des Vertrages verfahren werden soll.

c) Sicherung des Verkäufers

Der Verkäufer einer Immobilie steht dem Risiko gegenüber, das Eigentum zu verlieren, ohne daß er seinen Kaufpreis erhalten hat.

Der Schutz des Verkäufers vor dem genannten Risiko erfolgt unter Geltung des österreichischen Rechts vom Grundsatz her genauso wie in der deutschen notariellen Praxis. Der Notar hält die Aufsandungserklärung, also die zumindest in beglaubigter Form abzugebende Erklärung, daß für den Käufer das Eigentumsrecht einverleibt werden kann, bis zur Auszahlungsreife des am Anderkonto hinterlegten Geldes zurück. Sollte die Abwicklung ohne Anderkonto erfolgen, was i. d. R. nur beim Verkauf eines lastenfreien Grundstücks der Fall ist, wird die Aufsandungserklärung zurückgehalten, bis der Verkäufer den Erhalt des Kaufpreises bestätigt.

Teil 3: Der Erwerb vom Bauträger³⁸

Für den Erwerb vom Bauträger gilt grundsätzlich das in Teil 2 Gesagte entsprechend. Es greifen jedoch zusätzlich die Vorschriften des BTVG und des KSchG ein. Darüber hinaus erfährt das Institut der Anmerkung der Rangordnung, dessen Schutzwirkung für den Käufer oben dargestellt wurde, in § 24 a WEG eine besondere Ausprägung in Gestalt der Anmerkung über die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts.

Die Vorschriften des BTVG sind zwingende Schutzvorschriften, wenn der Käufer Verbraucher i. S. d. KSchG ist³⁹.

Besonders hervorgehoben sei hier die zwingende Einschaltung eines Treuhänders nach § 12 BTVG (Notar oder Rechtsanwalt), der die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung gewährleistet und insbesondere den Erwerber berät und über die Risiken des Vertrages aufklärt.

Für den Treuhänder kann nach § 24 c WEG eine eigene unbefristete Anmerkung eingetragen werden, sobald für den ersten Erwerber eine Anmerkung nach § 24 a WEG eingetragen worden ist.

Zwingend sieht das BTVG eine Absicherung der Zahlungen des Käufers vor. Für diese Sicherung stellt das Gesetz vier Alternativen zur Verfügung:

- (1) Zahlung auf Treuhandkonto⁴⁰;
- (2) schuldrechtliche Sicherung⁴¹ durch Bürgschaft oder Versicherung;
- (3) grundbücherliche Sicherstellung⁴² durch Anmerkung und Sicherstellung der Lastenfreistellung; nur in dieser Variante ist die Zahlung in Raten nach Baufortschritt vorgesehen, sonst steht der Abruf des Kaufpreises im Belieben des Bauträgers;
- (4) pfandrechtliche Sicherstellung⁴³ durch Eintragung eines Pfandrechts auf einem anderen Grundstück des Bauträgers.

Teil 4: Wohnungseigentum

Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer einer Liegenschaft eingeräumte dingliche Recht, eine selbständige Räumlichkeit ausschließlich zu nutzen und hierüber allein zu verfügen⁴⁴. Dabei kann Wohnungseigentum nur von demjenigen erworben werden, der einen Miteigentumsanteil innehat, der den sog. Mindestanteil nicht unterschreitet⁴⁵. Der Mindestanteil ist – anders als der Miteigentumsanteil im deutschen Recht – gesetzlich vorgeschrieben. Er ergibt sich aus dem Verhältnis des Nutzwertes der Wohnung zum Gesamtnutzwert aller Wohnungen und sonstigen selbständigen Räumlichkeiten der Liegenschaft. Diese Werte sind durch ein Nutzwertgutachten eines Sachverständigen festzulegen⁴⁶.

Nochmals sei hier auf die bereits eingangs genannte Besonderheit hingewiesen, daß § 2 Abs. 1 WEG nur das Eigentum einer einzelnen Person zuläßt. Hintergrund für diese Regelung ist, daß für jede Wohnungseigentumsanlage nur eine einzige Grundbucheinlage besteht, in der alle Miteigentümer und sämtliche auf den einzelnen Wohnungseigentumseinheiten ruhenden Belastungen eingetragen sind. Um eine noch größere Unübersichtlichkeit zu vermeiden, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, Miteigentum an einer Wohnungseigentumseinheit zu erwerben, grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme besteht nur für den Erwerb durch Ehegatten, die jedoch zwingend nur je zur Hälfte erwerben können⁴⁷. Die Miteigentumsanteile können nur gemeinsam veräußert, belastet und der Zwangsvollstreckung unterworfen werden⁴⁸.

Soll das Ziel erreicht werden, Wohnungseigentum durch mehrere Personen, die nicht Ehegatten sind, erwerben zu

38 Siehe dazu auch den Aufsatz von Frank in MittBayNot 2001, 113 ff., der einen hervorragenden Überblick über den Bauträgervertrag in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gibt.

39 § 1 Abs. 2 BTVG.

40 § 7 Abs. 4 BTVG.

41 § 8 BTVG.

42 §§ 9 und 10 BTVG.

43 § 11 BTVG.

44 § 1 Abs. 1 Satz 1 WEG.

45 § 2 Abs. 1 WEG.

46 § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG.

47 § 9 Abs. 1 WEG.

48 § 9 Abs. 2 WEG.

lassen, so bleibt als Ausweichgestaltung nur die Gründung einer juristischen Person oder Personengesellschaft, die dann als Erwerber auftritt.

Teil 5: Der Erwerb von Todes wegen

1. Allgemeines

Der Erwerb von Todes wegen kann sich aufgrund der gesetzlichen Erbfolge oder aufgrund letztwilliger Anordnungen vollziehen.

Das Erbstatut richtet sich nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes⁴⁹. Eine Nachlaßspaltung findet nicht statt, da das genannte Erbstatut auch für in Österreich belegenes unbewegliches Vermögen gilt. Rechtswahrscheinlichkeiten bestehen nicht.

Die Testierfähigkeit und sonstige Erfordernisse für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung wird nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung beurteilt, hilfweise nach dem Personalstatut im Zeitpunkt des Todes⁵⁰.

Wird eine Verlassenschaftsabhandlung in Österreich durchgeführt – was immer dann der Fall ist, wenn in Österreich belegenes unbewegliches Vermögen vorhanden ist – so wird der Erbschaftserwerb und die Haftung für Nachlaßschulden nach österreichischem Recht beurteilt⁵¹.

Sofern eine Liegenschaft aufgrund der gesetzlichen oder testamentarischen Erbfolge (Titel) auf den bestimmten Rechtsnachfolger übergeht, bedarf es für dessen Eigentumserwerb keiner Grundbucheintragung. In diesem Fall besteht „außerbücherliches Eigentum“. Die Grundbucheintragung ist in diesem Fall nur deklaratorisch, nicht jedoch rechtsbegründend.

Soweit jedoch die Liegenschaft vermacht wurde, bedarf es zum Eigentumserwerb der grundbücherlichen Eintragung (Einverleibung) des Eigentumsrechtes.

2. Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzlichen Erben sind der Ehegatte des Erblassers und diejenigen, die mit ihm in nächster Linie verwandt sind⁵². Die erbberechtigten Verwandten⁵³ gliedern sich in vier Linien, wobei die jeweils nähere Linie die entferntere ausschließt. Zur ersten Linie gehören die Abkömmlinge des Erblassers⁵⁴, zur zweiten Linie die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge⁵⁵, zur dritten Linie die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge⁵⁶ und zur vierten Linie die Urgroßeltern des Erblassers, nicht jedoch deren Abkömmlinge⁵⁷. Innerhalb der Linie gilt, wie auch im deutschen Recht, das Repräsentantenprinzip und die Erbfolge nach Stämmen.

Der Ehegatte erbt neben Erben der ersten Linie $\frac{1}{3}$, neben Erben der zweiten und dritten Linie $\frac{2}{3}$. Treffen jedoch mit Großeltern auch Abkömmlinge verstorbener Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte vom restlichen Drittel auch den Teil, der auf diese Abkömmlinge entfällt. Sind weder gesetzliche Erben der ersten und zweiten Linie noch Großeltern vorhanden, erbt der Ehegatte allein⁵⁸.

3. Gewillkürte Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge kommt dann nicht zum Zuge, wenn der Erblasser eine wirksame letztwillige Anordnung hinterläßt (Testament, Kodizill, Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall). Testament und Kodizill sind einseitige Erklärungen des letzten Willens, wobei ein Testament vorliegt, wenn darin eine Erbeinsetzung enthalten ist, ein Kodizill dagegen dann, wenn nur andere Verfügungen Gegenstand sind⁵⁹.

Das österreichische Recht kennt auch den Erbvertrag, der jedoch nur in der Form des Notariatsaktes⁶⁰ und nur zwischen Ehegatten⁶¹ oder Verlobten – unter der Bedingung der nachfolgenden Eheschließung – abgeschlossen werden kann⁶². Im Erbvertrag kann nur über $\frac{3}{4}$ des Nachlasses verfügt werden, $\frac{1}{4}$ muß immer der freien letzten Anordnung vorbehalten bleiben⁶³. Den Ehegatten bleibt jedoch unbenommen, sich in der Erbvertragsurkunde auch hinsichtlich des freien Viertels wechselseitig testamentarisch zu Erben einzusetzen⁶⁴.

4. Verlassenschaftsverfahren

Der Erbe wird im österreichischen Recht nicht automatisch Rechtsnachfolger des Erblassers. Vielmehr ist zunächst ein gerichtliches Abhandlungsverfahren durchzuführen, das im Ergebnis dann zur sog. „Einantwortung“ des Nachlasses führt. In der Zeit vom Tode des Erblassers bis zur Einantwortung wird das Vermögen des Erblassers als sog. „ruhender Nachlaß“ bezeichnet, der eine eigenständige, von der Person des Erblassers und des Erben verschiedene Rechtsperson ist⁶⁵.

Das Verlassenschaftsverfahren wird vom Notar als Gerichtsbeauftragter, sog. „Gerichtskommissär“, durchgeführt⁶⁶.

Die sich an das Verlassenschaftsverfahren anschließende gerichtliche Einantwortung des Nachlasses setzt unter anderem die Abgabe einer ausdrücklichen Erbserklärung voraus. Diese Erbserklärung kann auf zweierlei Arten erfolgen, nämlich bedingt⁶⁷ (Haftung beschränkt auf den Wert des Nachlasses) oder unbedingt⁶⁸ (unbeschränkte persönliche Haftung). Mit der Einantwortungserklärung verschmilzt der Nachlaß mit dem Vermögen des Erben und dieser wird – außerhalb des Grundbuchs – Eigentümer evtl. im Nachlaß vorhandener Liegenschaften.

49 § 28 Abs. 1 IPRG.

50 § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 IPRG.

51 § 28 Abs. 2 IPRG.

52 § 730 Abs. 1 ABGB.

53 § 751 ABGB.

54 §§ 732 ff. ABGB.

55 §§ 735 ff. ABGB.

56 §§ 738 ff. ABGB.

57 § 741 ABGB.

58 § 757 Abs. 1 ABGB.

59 § 553 ABGB.

60 § 1 Abs. 1 lit. a NotZwG, § 1217 ABGB.

61 § 1249 ABGB.

62 Haunschmidt/Haunschmidt, Erbschaft und Testament, 2. Auflage, 1996, Tz 74.

63 § 1253 Satz 2 ABGB.

64 Siehe z. B. Haunschmidt/Haunschmidt, Muster 7.

65 Haunschmidt/Haunschmidt, Tz 5.

66 § 1 Abs. 1 Gerichtskommissärsgesetz (GKöarG) i. V. m. §§ 20 ff. Außerstreitgesetz (AußstrG).

67 § 802 ABGB.

68 § 801 ABGB.

Befindet sich im Nachlaß auch unbewegliches Vermögen, so wird die gerichtliche Einantwortungserklärung von Amts wegen verbüchert.

5. Wohnungseigentum

Schließlich soll hier noch eine erbrechtliche Regelung im WEG kurz vorgestellt werden. § 10 Abs. 1 Ziff. 1 WEG sieht vor, daß der Anteil des Erblassers am Ehegattenwohnungseigentum kraft Gesetzes seinem Ehegatten als gesetzliches Vermächtnis zusteht. Übernimmt der überlebende Ehegatte den Anteil des Erblassers an der Eigentumswohnung, so steht der Verlassenschaft als Ausgleich ein Anspruch auf Zahlung des Übernahmepreises gegen den überlebenden Ehegatten zu⁶⁹.

Teil 6: Grundverkehr, Erwerb durch Ausländer

Nach Art. 7 der Bundesverfassung ist die Regelung des Grundverkehrs Sache der Länder. Daher haben alle Bundesländer eigene Grundverkehrsgesetze, wobei in diesen Gesetzen teilweise der Grunderwerb durch Ausländer mit geregelt ist oder es gibt eigene Ausländergrundverkehrsgesetze.

Die Grundverkehrsgesetze der Bundesländer bezwecken im allgemeinen, daß land- und forstwirtschaftliche Grundstücke „im Interesse der Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines lebensfähigen Bauernstandes“ als solche nutzbar bleiben. Die Verwirklichung der angeführten Ziele wird im wesentlichen dadurch erreicht, daß der Erwerb bestimmter privater Rechte, insbesondere Eigentum und Fruchtgenuß, an Grundstücken (insbesondere land- und forstwirtschaftlichen) einer behördlichen Genehmigung bedarf. Die entsprechende Entscheidung wird in eigens errichteten Kollegialbehörden getroffen⁷⁰.

Da die einzelnen Landesgesetze ähnliche Regelungsgegenstände haben, soll hier beispielhaft das Salzburger Grundverkehrsgesetz 1997 (SbgGVG) kurz dargestellt werden⁷¹.

1. Anwendungsbereich

Von den Bestimmungen des Salzburger Grundverkehrsgesetzes werden land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, Baugrundstücke und jegliche Grundstücke, wenn Ausländer Rechte an diesen erwerben, erfaßt⁷². Dabei enthalten die §§ 2-4 SbgGVG die Legaldefinitionen von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, Baugrundstücken und Ausländern. § 5 SbgGVG schreibt fest, daß Ausländer wie Inländer behandelt werden, wenn sie sich auf verschiedene Grundfreiheiten des EG-Vertrages berufen. Demnach sind EU-Bürger den Inländern gleichgestellt.

2. Behördliche Beteiligung im Einzelnen

a) Land- und forstwirtschaftliches Grundstück

Verträge, die land- und forstwirtschaftliche Grundstücke betreffen und die die in § 7 Abs. 1 SbgGVG näher genannten Gegenstände haben (insbesondere Übertragung des Eigentums) bedürfen grundsätzlich der **Zustimmung** der Grundverkehrsbehörde, wenn nicht ein Befreiungstatbestand des § 7 Abs. 2 SbgGVG eingreift.

b) Baugrundstücke

Verträge, die Baugrundstücke betreffen und die die in § 12 Abs. 1 SbgGVG näher genannten Gegenstände haben (insbesondere Übertragung des Eigentums) sind grundsätzlich der Grundverkehrsbehörde, **anzuzeigen**, wenn nicht ein Befreiungstatbestand des § 12 Abs. 2 SbgGVG eingreift. Dabei ist die Erklärung abzugeben, daß der Erwerb zur Begründung eines Hauptwohnsitzes erfolgt (bei Verstoß Sanktionen von Geldstrafe bis Versteigerung).

Verträge über Baugrundstücke, die als Zweitwohnung genutzt werden sollen und die weder in einem Zweitwohnungsgebiet (im Flächenwidmungsplan als Zweitwohnsitz ausgewiesen) liegen noch bereits vor dem 1. März 1993 als Zweitwohnung genutzt worden sind, bedürfen nach § 13 Abs. 1 SbgGVG grundsätzlich der **Zustimmung** der Grundverkehrsbehörde, wenn nicht ein Befreiungstatbestand des § 13 Abs. 2 SbgGVG eingreift (diese Zustimmung ist derzeit praktisch nicht erreichbar).

c) Ausländer als Rechtserwerber

Verträge bei denen Ausländer als Rechtserwerber auftreten, die Grundstücke jeder beliebigen Art betreffen und die die in § 16 Abs. 1 SbgGVG näher genannten Gegenstände haben (insbesondere Übertragung des Eigentums) bedürfen grundsätzlich der **Zustimmung** der Grundverkehrsbehörde, wenn nicht ein Befreiungstatbestand des § 16 Abs. 2 SbgGVG eingreift. Die Voraussetzungen unter denen die Zustimmung erteilt werden kann, wenn ein Ausländer als Rechtserwerber beteiligt ist, sind in §§ 17 und 18 SbgGVG geregelt. Grob zusammengefaßt ist die Erteilung der Zustimmung nur dann möglich, wenn ein öffentliches Interesse am Rechtserwerb des Ausländers besteht oder eine Zweitwohnung in einem Zweitwohnungsgebiet erworben werden soll. Nochmals sei hier jedoch darauf hingewiesen, daß die Beschränkungen des Grunderwerbs für Ausländer nicht gelten, wenn der Erwerb in Ausübung der in § 5 SbgGVG genannten Grundfreiheiten erfolgt und der Ausländer eine entsprechende Erklärung abgibt.

d) Auswirkung auf die Vertragsabwicklung

Solange die erforderliche grundverkehrsbehördliche Genehmigung oder die Bestätigung über die an die zuständige Behörde erfolgte Anzeige von dieser nicht erteilt ist, darf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nicht durchgeführt werden; insbesondere ist die grundbücherliche Eintragung des erworbenen Rechts nicht zulässig⁷³. Dies wird durch die Verfahrensvorschrift des § 38 SbgGVG sichergestellt, die die Grundbucheintragung nur dann als zulässig erklärt, wenn die dort genannten Unterlagen

69 § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG.

70 Böhmndorfer/Patzak/Themmer/Vrba/Wulff-Gegenbauer, Teil 5, Kapitel 4.1.5.2, Seite 1.

71 Sollte in der Praxis ein Fall mit einem im Bundesland Salzburg belegenen Grundstück zur Beurkundung anstehen, so kann unter <http://www.grundverkehr.at> eine ganz ausgezeichnete Arbeitshilfe kostenfrei im Internet aufgerufen werden. Das von der Salzburger Notariatskandidatin Dr. Katja Klemisch entwickelte Programm wirft bei Eingabe der entsprechenden Parameter das Ergebnis der grundverkehrsrechtlichen Prüfung automatisch aus.

72 § 1 Abs. 1 SbgGVG.

73 § 21 Abs. 1 Satz 1 SbgGVG.

beim Gericht eingereicht werden. Mit der Versagung der Zustimmung oder zwei Jahre nach Ablauf der Frist zur Stellung des Antrags auf Zustimmung bzw. Abgabe der Anzeige des Rechtsgeschäfts wird das Rechtsgeschäft unwirksam⁷⁴.

e) Erwerb von Todes wegen

Der Rechtserwerb von Todes wegen, der Grundstücke jeglicher Art betrifft, bedarf nach § 28 Abs. 1 SbgGVG der **Zustimmung** der Grundverkehrsbehörde, wenn er die in § 28 Abs. 1 SbgGVG näher genannten Gegenstände hat (insbesondere Übertragung des Eigentums) und nicht ein Befreiungstatbestand des § 28 Abs. 2 SbgGVG eingreift (keine Anzeige oder Genehmigung, wenn ein „naher Angehöriger“, d. h. Verwandter oder Verschwägerter erwirbt). Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn die letztwillige Zuwendung nicht zu dem Zweck erfolgt ist, die Zustimmungsvoraussetzungen für den Rechtserwerb unter Lebenden zu umgehen⁷⁵. Ohne diese Zustimmung kann die Eintragung der Einantwortung in das Grundbuch durch das Verlassenschaftsgericht nicht veranlaßt werden⁷⁶ und es kommt im Extremfall zur Versteigerung des Grundstücks⁷⁷.

Hintergrund dieser Zustimmungspflicht auch beim Erwerb von Todes wegen sind Fälle in der Vergangenheit, bei denen ein einheimischer Strohmann Liegenschaften für einen Ausländer erworben hat und diesen dann mit einem Vermächtnis bedacht hat.

Teil 7: Kosten und Steuern

1. Kosten

Beim Notar fallen für die Vertragserstellung und Abwicklung einschließlich der Kosten für das Treuhandkonto nach dem Notariatstarifgesetz (NTG) grob gerechnet 3% des Kaufpreises an. Gebührenvereinbarungen, die diese Höhe unterschreiten, sind jedoch an der Tagesordnung.

Für die Eigentumsumschreibung fallen beim Grundbuchamt ca. 1% des Kaufpreises an. Zusätzlich ist für jede Grundbuchseingabe pauschal eine Gebühr von 500,00 ATS zu entrichten. Diese verauslagt der Notar für die Vertragsteile und klebt dazu Kostenmarken auf seine Urkunde.

2. Steuern

Der Grunderwerbsteuer unterliegen u. a. alle Kaufverträge und sonstige Verträge, die einen Anspruch auf Übereignung geben⁷⁸. Dabei sind jedoch der Grundstückserwerb von Todes wegen und die Grundstücksschenkung unter Lebenden i. S. d. Erbschafts- und Schenkungssteuer von der Besteuerung ausgenommen⁷⁹.

Der Steuersatz beträgt beim Erwerb durch den Ehegatten und nahe Verwandte 2 v. H. und bei sonstigen Erwerbern 3,5 v. H.⁸⁰.

In Österreich haben u. a. Notare die Befugnis der Selbstberechnung der Steuer⁸¹. Der Notar berechnet dabei die Höhe der Grunderwerbsteuer und der Eintragungsgebühr nach dem Gerichtsgebührengesetz, läßt sich diese Steuer und Gebühr vom Schuldner überweisen und liefert beides beim Finanzamt ab. Die Selbstberechnungserklärung⁸² ist unter Verwendung eines amtlichen Vordrucks je Erwerbsvorgang dem Grundbuchsgericht einzureichen. Hier ist zu erklären, daß die Grunderwerbsteuer und die Eintragungsgebühr abgeführt wurden. Dies ersetzt die zur Grundbucheintragung erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung. Diese Vorgehensweise führt zu einer erheblichen Beschleunigung der Grundbucheintragung und zur Entlastung der Verwaltung.

Bemessungsgrundlage für die Schenkung von Grundvermögen ist seit 01.01.2001 der dreifache Einheitswert.

Bei Schenkung von Grundbesitz wird die Schenkungssteuer um das Grunderwerbssteueräquivalent erhöht⁸³. Sind Beschenkte die Eltern, der Ehegatte oder die Kinder, so beträgt es 2% des Einheitswertes, sonst 4%. Dieses Grunderwerbssteueräquivalent ist immer zu entrichten, auch wenn evtl. wegen der Freibeträge eine Schenkungssteuer an sich nicht zu zahlen wäre.

74 § 21 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 SbgGVG.

75 § 28 Abs. 3 SbgGVG.

76 § 30 Abs. 3 SbgGVG.

77 § 31 Abs. 2 SbgGVG.

78 § 1 Abs. 1 Ziff.1 GrESTG.

79 § 3 Abs. 1 Ziff.2 GrESTG.

80 § 7 GrESTG.

81 § 11 GrESTG.

82 § 12 GrESTG.

83 § 8 Abs. 4 ErbStG.

Rechtsprechung

1. Allgemeiner Teil des BGB – Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen beim Verein, hier: Vertretungsregelung und Einberufungsquorum

(BayObLG, Beschluss vom 18. 4. 2001 – 3Z BR 100/01 – mitgeteilt von Richter am OLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 26; 37; 60

1. Zur Zulässigkeit der Bestimmung eines stellvertretenden Vorstands in der Satzung eines eingetragenen Vereins.

2. Die Satzung eines Vereins darf bestimmen, dass die Mitgliederversammlung zu berufen ist, wenn dies 20 % der Mitglieder verlangen.

Zum Sachverhalt:

Die Vorstandsmitglieder meldeten sich und den Verein zur Eintragung im Vereinsregister an.

Als Vorstandsmitglieder sollen eingetragen werden:

1. A, 1. Vorsitzender,
2. B, stellvertretender Vorsitzender,
3. C, 2. stellvertretender Vorsitzender.

In § 9 Abs. 5 der Satzung des angemeldeten Vereins ist bestimmt:

„Der Vorstand kann eine außerordentliche Mitgliederversammlung einberufen. Er hat innerhalb von 6 Wochen eine außerordentliche Mitgliederversammlung einzuberufen, wenn mindestens 20 Prozent der Mitglieder dies schriftlich verlangen. Für die außerordentliche Mitgliederversammlung gelten die Einladungsformalien der ordentlichen Mitgliederversammlung. Die Tagesordnung ist bei der außerordentlichen Mitgliederversammlung nicht erweiterbar.

§ 10 der Satzung lautet:

(1) Der Vorstand besteht aus 5 Mitgliedern. Er führt die Geschäfte des Vereins ehrenamtlich. Zum Vorstand gehören

- a) der Vorsitzende
- b) der 1. Stellvertreter
- c) der 2. Stellvertreter
- d) der Schriftführer
- e) der Schatzmeister

(2) Gesetzliche Vertreter i. S. v. § 26 BGB sind der Vorsitzende sowie der erste und zweite Stellvertreter des Vorsitzenden. Sie sind einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

(3) ...

Mit Zwischenverfügung wies das AG darauf hin, der weiteren Behandlung stehe entgegen, dass in § 9 Abs. 5 der Satzung für die Pflicht zur Einberufung der Mitgliederversammlung eine Minderheit von 20 % bestimmt sei und dass in § 10 Abs. 1 der Satzung die Formulierung „Stellvertreter“ missverständlich sei, da trotz des nachfolgenden Absatzes der Eindruck entstehe, die Tätigkeit der stellvertretenden Vorsitzenden sei bedingt. Die vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. (...)

2. b) Die Bestimmung des § 9 Abs. 5 der Satzung ist zulässig. Diese regelt, dass eine Mitgliederversammlung einzuberufen ist, wenn mindestens 20 % der Mitglieder dies verlangt. Das LG sieht hierin einen Verstoß gegen § 37 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass die Mitgliederversammlung zu berufen ist, „wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder“ dies verlangt. Die Satzung könne aus dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes nur einen niedrigeren Teil als ein Zehntel der Mitglieder bestimmen. Dieser auch in der Literatur vertretenen Auffassung (z. B. Soergel/Hadding, § 37 BGB, Rn. 5; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl., § 37 BGB, Rn. 1; Reichert, Rn. 791) folgt der Senat nicht. Die Satzung kann als Voraussetzung für das Einberufungsverlangen auch ein höheres Quorum als 10 % vorsehen (KG NJW 1962, 1917; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 995; Staudinger/Weick, 1995, § 37 BGB, Rn. 3; Erman/Westermann, 10. Aufl., § 37 BGB, Rn. 1; RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 37 BGB, Rn. 1; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 37 BGB, Rn. 1; Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 16. Aufl., Rn. 159; Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 7. Aufl., Rn. 425). Der Wortlaut des § 37 Abs. 1 BGB ist eindeutig: Der zehnte Teil der Mitglieder soll nur dann gelten, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Grenze des Minderheitenschutzes unterliegt damit grundsätzlich der Satzungsregelung und damit der Entscheidung der Mitgliederversammlung. Hierin unterscheidet sich § 37 Abs. 1 BGB von § 50 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu Baumbach/Hueck, 17. Aufl., § 50 GmbHG, Rn. 2), der die Mindestquote (der zehnte Teil des Stammkapitals) zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung nicht unter den Vorbehalt der Satzung stellt, und von § 45 Abs. 1 GenG, der der Satzung nur vorbehält, für die Einberufung der Generalversammlung eine geringere Quote als den zehnten Teil der Genossen festzulegen. Wo bei eingetragenen Vereinen aus Gründen des Minderheitenschutzes die Grenzen rechtsmissbräuchlicher Regelung zu ziehen sind (zu den Grenzen vgl. KG und OLG Stuttgart, je a. a. O.), bedarf hier keiner Entscheidung. Diese sind jedenfalls bei einem Einberufungsquorum von 20 % der Mitglieder nicht überschritten.

c) Die Vertretungsregelung in § 10 der Satzung ist nicht missverständlich. Sie gibt eindeutig darüber Auskunft, wer den Verein wie vertreten kann. Abs. 1 regelt die Zusammensetzung des Vorstands. Abs. 2 S. 1 stellt klar, welche von den in Abs. 1 genannten Vorstandsmitgliedern gesetzliche Vertreter des Vereins i. S. d. § 26 BGB sind. Für diese bestimmt Abs. 2 S. 2, dass sie einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass von der Frage der Missverständlichkeit der Vertretungsregelung in der Satzung die Frage zu unterscheiden ist, inwieweit der Vertreterzusatz, wie angemeldet, im Vereinsregister eingetragen werden kann (vgl. BGH NJW 1998, 1071 = DNotZ 1998, 968, und BayObLGZ

1997, 107, zur Nichteintragungsfähigkeit des Vertreterzusatzes bei Geschäftsführern einer GmbH).

3. Der Beschluss des LG und die Zwischenverfügung des AG müssen daher aufgehoben werden.

2. Schuldrecht – Keine Inhaltskontrolle nach AGBG bei Preishauptabrede

(BGH, Urteil vom 26. 1. 2001 – V ZR 452/99)

AGBG § 8

Vereinbarungen in Privatisierungsverträgen der Treuhandanstalt, die wegen eines fehlenden funktionsfähigen Grundstücksmarkts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Erhöhung des zunächst vereinbarten Kaufpreises aufgrund einer Nachbewertung der verkauften Grundstücke vorsehen, unterliegen als Preishauptabrede nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG.

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag erwarb die Bekl. 1991 von der P. GmbH mehrere Grundstücksflächen. Die Kl., die damals noch „Treuhandanstalt“ hieß, war alleinige Gesellschafterin der Verkäuferin. In § 10 des Kaufvertrags vereinbarten die Vertragsparteien wegen eines fehlenden funktionsfähigen Grundstücksmarkts eine Nachbewertung der veräußerten Flächen. Im Einzelnen heißt es dazu:

„(3) Bei der Nachbewertung ist der Verkehrswert des verkauften Grund und Bodens zum 01.07.1993 („Nachbewertungsstichtag“) festzustellen. ...

(4) Von dem zu zahlenden Differenzbetrag gem. Abs. 6 dieser Vorschrift ist ein Freibetrag in Höhe von 3,0 % p. a. abzuziehen bzw. 0,25 % pro Monat.

(5) Eine Nachbewertung ist mit für die Parteien verbindlicher Wirkung durch einen öffentlich bestellten Sachverständigen für Grundstücksbewertung als Schiedsgutachter durchzuführen. Die Treuhand schlägt dem Käufer schriftlich bis zum Nachbewertungsstichtag einen solchen Sachverständigen vor.

Dieser Vorschlag gilt als angenommen, wenn nicht der Käufer binnen eines Monats nach Zugang des Vorschlages schriftlich gegenüber der Treuhand widerspricht. Widerspricht der Käufer und schlägt die Treuhand den Sachverständigen nicht fristgemäß vor, so kann jede Partei den Präsidenten der zuständigen Industrie- und Handelskammer um Ernennung eines Sachverständigen ersuchen, spätestens jedoch bis zum 28. 2. 1994.

(6) Soweit der von dem Sachverständigen zum Nachbewertungsstichtag festgestellte Wert des verkauften Grund und Bodens den nach Abs. 2 dieser Vorschrift in den Kaufpreis eingegangenen Wert überschreitet, erhöht sich der Kaufpreis nachträglich um den sich hieraus ergebenden Differenzbetrag. Als Obergrenze einer Nachbewertung hat der Käufer maximal 50 % des vorläufigen Wertansatzes/qm nachzuzahlen.

Der Erhöhungsbetrag ist auf das in diesem Vertrag genannte Konto der Treuhand binnen einer Frist von 20 Banktagen nach endgültiger Feststellung des Verkehrswertes durch den Sachverständigen (maßgeblich für den Fristbeginn ist der Eingang des Verkehrswertgutachtens beim Käufer) zu zahlen.“ (...)

Die Kl. schlug der Bekl. vor, den Gutachterausschuss zu beauftragen. Die Bekl. ließ dieser Beauftragung widersprechen, weil es sich bei dem Gutachterausschuss nicht um einen öffentlich bestellten Sachverständigen handele.

Der Gutachterausschuss ermittelte den Verkehrswert. Die Kl. übermittelte der Bekl. die Gutachten und forderte sie zur Zahlung auf. Die Kl. hat die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung sowie hilfsweise die Feststellung der Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis und dem Wert pro Quadratmeter der verkauften Grundstücke zum Stichtag 1. Juli 1993, der im Wege der Nachbewertung durch einen öffentlich bestellten Sachverständigen für beide Parteien verbindlich festzustellen ist, abzüglich eines Freibetrags von 3 % p. a. und unter Berücksichtigung der Obergrenze von 50 % des vorläufigen Wertansatzes pro Quadratmeter, beantragt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. ist erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision verfolgt die Kl. ihren Zahlungsantrag und ihren auf Feststellung gerichteten Hilfsantrag weiter.

Aus den Gründen:

(...) 2. Mit unzutreffenden Erwägungen hält das Berufungsgericht den von der Kl. mit dem Hauptantrag verfolgten Zahlungsanspruch für unbegründet. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Nachbewertungsklauseln um Individualvereinbarungen, wie die Kl. meint, oder Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. d. § 1 AGBG handelt. Denn in beiden Fällen sind die Klauseln wirksam.

a) Das Gesetz geht in § 433 Abs. 2 BGB von dem Grundsatz der festen Preisbestimmung aus. Danach ändert sich die Höhe des vereinbarten Kaufpreises nicht, selbst wenn sich der Wert des Kaufgegenstands nach Abschluss des Kaufvertrags ändern sollte. Das Risiko eines sinkenden Werts trägt der Käufer; ihm kommt aber andererseits eine Wertsteigerung zugute. Ausnahmen davon können vereinbart werden, denn die Preisbestimmung unterliegt der freien Disposition der Vertragsparteien. Sie sind deswegen nicht gehindert, bei dem Verkauf von Grundstücken deren spätere Nachbewertung mit der Folge einer eventuellen Änderung des Kaufpreises zu vereinbaren. Das kann sowohl individualvertraglich, wobei keine Wirksamkeitsbedenken bestehen, als auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geschehen.

b) Falls es sich hier bei den Nachbewertungsklauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln sollte, wären sie nicht so ungewöhnlich, dass sie nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden wären. Der hier maßgebliche Erwerberkreis (Investoren) musste nämlich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass sich der in einem Treuhandanstalt-Privatisierungsvertrag vereinbarte Grundstückskaufpreis aufgrund einer Nachbewertung des Kaufgegenstands erhöhen konnte. Ihm kann nicht unbekannt geblieben sein, dass es im Beitrittsgebiet ca. ein Jahr nach der Wiedervereinigung noch keinen funktionsfähigen Grundstücksmarkt gab und deswegen die Vereinbarung eines angemessenen Kaufpreises vielfach nicht möglich war. Auch lag es auf der Hand, mit steigenden Grundstückspreisen zu rechnen. In dem vorliegenden Fall kommt noch hinzu, dass der in dem Kaufvertrag zunächst vereinbarte Kaufpreis ausdrücklich als „vorläufiger Wertansatz“ bezeichnet wird. Dies schließt es aus, den Klauseln einen Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt (vgl. BGHZ 109, 197, 201) beizumessen.

Auch eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht, die ebenfalls eine Ungewöhnlichkeit i. S. d. § 3 AGBG begründen kann (Senatsurt. WM 2000, 2099, 2100 m. w. N.), liegt nicht vor. Bereits vor dem 3. 10. 1990 konnte eine Nachbewertung, die wegen des Fehlens eines funktionsfähigen Grundstücksmarkts und entsprechender Marktpreise im Beitrittsgebiet durchgeführt werden sollte, nicht nur individualvertraglich, sondern auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Anders sind nämlich die Regelungen in Nr. 4 der Anlage IX zum Vertrag über die Schaffung einer Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. 5. 1990 (Erster Staatsvertrag, BGBl. II S. 518, 566) nicht zu verstehen. Danach „kann im Rahmen der Vertragsfreiheit mit den üblichen Klauseln vorgesehen werden, den zunächst vereinbarten Grundstückspreis nach Ablauf einer Übergangsfrist einer Überprüfung und nachträglichen Anpassung zu unterziehen“. Für die Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung einer solchen Nachbewertung bedurfte es keiner besonderen Regelung; sie war selbstverständlich. Bereits dies spricht für die Möglichkeit, Nachbewertungsklauseln auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niederzulegen. Auch entsprach die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem Bereich einem praktischen Bedürfnis. Die gesamte Volkswirtschaft der DDR war zu privatisieren, wozu es tausender von Verträgen bedurfte, in denen die Interessen der Erwerber, der Gesamtwirtschaft und der öffentlichen Hand als Träger des ehemals volkseigenen Vermögens zu berücksichtigen waren. Dieser Prozess hatte bis zur Wiedervereinigung gerade begonnen und war nicht annähernd abgeschlossen. Da sich danach die tatsächlichen Verhältnisse zunächst nicht wesentlich von den vorherigen unterschieden, lag es nahe, auch nach dem 3. 10. 1990 die in Nr. 4 der Anlage IX zum Ersten Staatsvertrag enthaltenen Grundsätze der Nachbewertung anzuwenden. Auch dabei drängte sich die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geradezu auf, wenn – wie bei der Vereinbarung einer Nachbewertung von verkauften Grundstücken in Treuhandanstalt-Privatisierungsverträgen – die Regelung des Interessenausgleichs durch typische Vereinbarungen erfolgen konnte. Sie erleichterte es der Treuhandanstalt, ihren Privatisierungsauftrag zu erfüllen. Bei dem Verkauf von Grundstücken war die Aufnahme von Nachbewertungsklauseln in die Kaufverträge nämlich regelmäßig erforderlich, um einerseits schnell privatisieren zu können und andererseits Veräußerungen unter Wert zu verhindern sowie kurzfristige Wertsteigerungen aufgrund öffentlicher Infrastrukturmaßnahmen abzuschöpfen (vgl. Wächter/Kaiser/Krause, WM 1992, 293, 295; Kiethe, VIZ 1993, 471, 473; Hormann, VIZ 1996, 71, 72). Die Ausgangslage und Interessen der Bet. waren immer gleich, so dass die Nachbewertungsvereinbarungen trotz einzelfallbezogener Modifikationen denselben Kerngehalt haben mussten.

c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Nachbewertungsklauseln einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG unterzogen. Sie scheitert nämlich an § 8 AGBG, weil die Klauseln unmittelbar die Höhe des von der Bekl. letztendlich zu zahlenden Kaufpreises bestimmen. Kontrollfähig sind nach der Rspr. des BGH jedoch lediglich Ne-

benabreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (BGH NJW 2000, 651 m. umfangr. Nachw.). Sie regeln nicht das Ob und den Umfang von Entgelten, sondern haben die Art und Weise der Erbringung und etwaige Modifikationen als ergänzende Regelung „neben“ einer bereits existierenden Preishauptabrede zum Inhalt (Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 4. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 17). Um derartige Preisnebenabreden geht es hier indessen nicht. Vielmehr enthalten die Nachbewertungsklauseln solche Regelungen, die auch aus der Sicht der Bekl. klar und verständlich die zukünftige, bei Vertragsschluss noch nicht ausreichend bezifferbare Geldforderung nach allgemeinen Kriterien deutlich bestimmbar umschreiben. Das macht die Klauseln kontrollfrei (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner 8. Aufl., § 8 AGBG, Rn. 19).

§ 8 AGBG soll in erster Linie bewirken, dass Abreden der Parteien über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungen, insbesondere über die Höhe des von einer Seite zu zahlenden Preises, der gerichtlichen Nachprüfung entzogen werden; ihre Festlegung ist grundsätzlich Sache der Vertragsparteien, denn es gibt vielfach keine gesetzliche Preisregelung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung gem. § 6 Abs. 2 AGBG an deren Stelle treten könnte (BGH WM 1993, 753, 754 m. w. N.). Danach unterliegen die Nachbewertungsklauseln in dem Vertrag nicht der richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG. Denn sie bestimmen unmittelbar den Preis, den die Bekl. für die erworbenen Grundstücke zu zahlen hat, auch wenn er erst nach Vertragsschluss ermittelt wird. Das ergibt sich schon aus der Bezeichnung des in dem Kaufvertrag betragsmäßig vereinbarten Kaufpreises als „vorläufiger Wertansatz“. Daraus wird deutlich, dass die endgültige Höhe des Kaufpreises erst später festgelegt werden sollte. Da sie noch nicht beziffert werden konnte, reichte es aus, dass die Vertragsparteien Regelungen zu dem Verfahren der Kaufpreisfindung vereinbart haben. Denn die aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgende Kontrollfreiheit muss hier in gleicher Weise eingreifen wie bei einer Preisbezifferung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil auch die vertragliche Festlegung preisbildender Faktoren zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung zählt (BGH WM 2000, 367, 371 = BGHZ 143, 128).

Allerdings könnte die Kontrollfreiheit nach § 8 AGBG dann entfallen, wenn die Klauseln ein einseitiges Leistungsänderungsrecht für die Kl. begründeten (vgl. BGHZ 93, 252, 254; 124, 351, 362). Das ist indessen nicht der Fall. Vielmehr ist sie ebenso wie die Bekl. an das vereinbarte Verfahren zur Ermittlung des endgültigen Kaufpreises gebunden.

3. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kl. bei der Nachbewertung der verkauften Grundstücke den vereinbarten Verfahrensgang nicht eingehalten hat. (...)

Nach alledem hat die Kl. derzeit einen Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung eines Mehrbetrags, der sich aufgrund einer den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Nachbewertung der verkauften Grundstücke ergibt.

3. Schuldrecht – Schadensersatz bei Fehlen eines Fertigstellungstermins

(BGH, Urteil vom 8. 3. 2001 – VII ZR 470/99)

BGB §§ 271; 285

1. Der Unternehmer hat mit der Herstellung eines vertraglich geschuldeten Bauwerkes im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen.
2. Fordert der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass ihn an der nicht rechtzeitigen Fertigstellung des Bauwerkes kein Verschulden trifft.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Die Parteien schlossen am 16./28. 2. 1996 einen Kaufvertrag über eine noch zu errichtende Eigentumswohnung. Der Vertrag enthält keinen bestimmten Termin für die Fertigstellung. In den Allgemeinen Verkaufbestimmungen (künftig: AVB) der Bekl., die Vertragsgegenstand sind, ist in § 2 Abs. 1 bestimmt, dass der Verkäufer sich verpflichtet, das Bauvorhaben unverzüglich zu erstellen. In einem dem Kl. vor Vertragsschluss von der mit dem Vertrieb beauftragten C.-GmbH übergebenen Prospekt war als geplanter Fertigstellungstermin der 31. 12. 1996 genannt.

Anfang November 1996 teilte die den Kaufpreis finanzierende Bank dem Kl. mit, dass sie die erste Rate, die nach Beginn der Erdarbeiten fällig war, der Bekl. überwiesen habe. Nach Fertigstellung des Rohbaus zahlte sie Anfang März 1996 die zweite Rate. Am 3. 4. 1997 setzte der Kl. der Bekl. zur Fertigstellung der Wohnung eine „Nachfrist“ bis zum 23. 4. 1997 mit Ablehnungsandrohung. Auf das Schreiben der Bekl. vom 14. 4. 1997, mit dem sie die voraussichtliche Fertigstellung des Gebäudes zum 1. 7. 1997 ankündigte und für den Fall eines dringenden Bedarfs um Mitteilung bat, um die Wohnung möglicherweise vorher fertig zu stellen, forderte der Kl. im Mai 1997 Schadensersatz.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. ist die Klage abgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die Revision des Kl.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

II. 1. Stellt ein Unternehmer ein vertraglich geschuldetes Werk nicht rechtzeitig her, so kann der Besteller im Falle des Verzugs des Unternehmers die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB geltend machen. An einer rechtzeitigen Herstellung fehlt es, wenn die für die Ablieferung bestimmte Frist überschritten und damit Fälligkeit eingetreten ist. Diese Frist kann sich aus der Parteivereinbarung oder aus den Umständen ergeben (§ 271 Abs. 1 BGB). Dazu sind der Wortlaut des Vertrages und die Umstände des Einzelfalls, namentlich die der Gegenseite erkennbare wirtschaftliche Bedeutung an der Einhaltung einer Frist, zu würdigen (Staudinger/Peters, 13. Bearb. (2000) § 636 BGB, Rn. 4). Im Zweifel hat der Unternehmer nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen (RGRK/Glanzmann, 12. Aufl., § 636 BGB, Rn. 1). Dabei ist die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen. Mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungs-

frist tritt Fälligkeit ein. Alsdann kann eine mit der Ablehnungsandrohung verbundene Nachfristsetzung zugleich mit der Mahnung ausgesprochen werden (BGH NJW-RR 1990, 442, 444; NJW-RR 1997, 622, 624).

2. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet.

a) Die Parteien haben im Vertrag vom 16./28. 2. 1996 keine ausdrückliche Frist für die Fertigstellung der Wohnung vereinbart. Die Bekl. hat sich jedoch in § 2 Abs. 1 AVB zur unverzüglichen Herstellung verpflichtet. Danach hatte die Bekl. alsbald nach Vertragsschluss ohne schuldhaftes Zögern mit dem Bau zu beginnen und ihn in angemessener Zeit zügig fertigzustellen. Für dieses Verständnis sprechen auch die ihr erkennbaren Umstände. Die Wohnungen sollten als Kapitalanlage errichtet werden. Die potentiellen Erwerber waren spätestens bei Vertragsschluss auf die Vorgabe eines möglichst konkreten Zeitrahmens für die Fertigstellung angewiesen, um ihre Finanzierung danach ausrichten zu können. Nach dem bei Vertragsschluss gültigen Prospekt war zudem ein Fertigstellungstermin zum 31. 12. 1996 in Aussicht genommen. Diesen Termin hätte die Bekl., die für den Bau der Wohnung etwa acht Monate (Anfang November 1996 bis Anfang Juli 1997) benötigte, nach Vertragsschluss bei zügiger Ausführung unschwer einhalten können. (...)

b) Zu Unrecht legt das Berufungsgericht dem Kl. die Darlegungslast für eine schuldhaftige Verzögerung seitens der Bekl. auf (§ 285 BGB; BGH BauR 1999, 645, 647 = ZfBR 1999, 188 = DNotZ 1999, 482).

Dass der Kl. die Zahlung der ersten und der zweiten Rate seiner Bank ohne Beanstandung zur Kenntnis genommen hat, ist, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, unerheblich. Dieser Umstand lässt weder auf ein fehlendes Verschulden der Bekl. an dem verzögerten Baubeginn schließen noch die spätere Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung als treuwidrig erscheinen. Ein Einverständnis des Kl. mit dem verspäteten Baubeginn stellt das Berufungsgericht nicht fest; hierfür ist auch nichts ersichtlich.

c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kl. die Erfüllung des Vertrages nach dem 23. 4. 1997 abgelehnt. Er war aus Rechtsgründen nicht gehindert, in seinem Schreiben vom 3. 4. 1997 die Mahnung mit der Nachfristsetzung und der Ablehnungsandrohung zu verbinden.

III. Das angefochtene Urteil kann danach nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben. Nach Zurückverweisung der Sache wird das Berufungsgericht der Bekl. zunächst Gelegenheit geben müssen, zu den Gründen des verzögerten Baubeginns vorzutragen und sie unter Beweis zu stellen, sofern sie sich damit entlasten kann.

4. Schuldrecht – Formwirksamkeit eines privatschriftlich vereinbarten Rücktrittsrechts

(BGH, Urteil vom 5. 4. 2001 – VII ZR 119/99)

BGB § 313 S. 1

Vereinbaren die Vertragsparteien eines notariell beurkundeten Erwerbvertrages im Hinblick auf einen unvorhersehbaren Umstand nachträglich eine Frist für den Baubeginn und ein Rücktrittsrecht des Er-

werbers für den Fall des verspäteten Baubeginns, um die zeitgerechte Bauausführung und die fristgerechte Fertigstellung zu regeln, unterliegt diese Vereinbarung nicht der Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. verlangen von dem Bekl. die erste Rate aus einem Erwerbvertrag über eine Eigentumswohnung. Die Parteien streiten darüber, ob der Bekl. den Vertrag zu Recht gekündigt hat.

Die Parteien schlossen einen Erwerbvertrag über eine noch zu sanierende Eigentumswohnung in einer Eigentumswohnungsanlage. Die Vereinbarungen über die Fälligkeit der einzelnen Abschlagszahlungen entsprechen § 3 Abs. 2 der MaBV. Die Fälligkeit der einzelnen Abschlagsforderungen sollte unter Vorlage einer Bestätigung des bauleitenden Architekten über den Bautenstand eintreten.

Der Baubeginn wurde im Vertrag im Unterschied zur Fertigstellung nicht geregelt:

„Die bezugsfertige Erstellung des Vertragsgegenstandes soll bis zum 31. 3. 1998 erfolgen. Die Fertigstellung der Außenanlagen ist bis zum 30. 6. 1998 vorgesehen.“

Den Kl. wurde die Baugenehmigung und der Baufreigabeschein erteilt. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Ehefrau des Bekl. schwanger geworden war, schlossen die Parteien schriftlich die folgende Vereinbarung:

„Hiermit wird vereinbart, dass Herrn Dr. Sch. bis zum 16. 7. 1997 verbindlich der Baubeginn für das Objekt „P.-Straße 5“ mitgeteilt wird.

Falls dies von der GbR nicht erreicht wird, kann Herr Dr. Sch. die Rückabwicklung des Kaufvertrages ohne Einwendungen der GbR einleiten, d.h. der Vertrag wird im beiderseitigen Einvernehmen gelöst und rückabgewickelt ...“.

Mit Schreiben vom 15. 7. 1997 sagten die Kl. dem Bekl. den Baubeginn zum 1. 9. 1997 zu. Mit einem weiteren Schreiben vom selben Tage forderten sie den Bekl. auf, die erste Rate zu zahlen.

(...) Der Bekl. erklärte mit Schreiben vom 1. 9. 1997 den Rücktritt vom Vertrag.

Die als Voraussetzung für die Fälligkeit vereinbarte Bescheinigung des Architekten über den Bautenstand für die erste Abschlagsforderung legten die Kl. erst während des Prozesses vor.

Das LG, das nach Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Bau nicht am 1. 9. 1997 begonnen worden ist, hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Bekl. die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

I. Die Revision des Bekl. ist begründet, sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II. (...) 2. Die nachträgliche Vereinbarung der Parteien ist nicht formunwirksam.

a) Nach der st. Rspr. des BGH sind nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages gem. § 313 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt dann in Betracht, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und

wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändern (BGH NJW 1996, 452 = ZIP 1996, 79; NJW-RR 1988, 185 = WM 1987, 1467; NJW 1986, 351; NJW 1982, 434 = WM 1982, 157).

b) Nach diesen Grundsätzen war die nachträgliche Vereinbarung der Parteien nicht beurkundungsbedürftig:

(1) Die nachträgliche Vereinbarung diente dazu, die Vertragsabwicklung im Hinblick auf das nach Vertragsabschluss entstandene besondere Interesse des Bekl. in einer frühzeitigen oder zumindest fristgerechten Fertigstellung der Wohnung einvernehmlich zu regeln, um Streitigkeiten über die zeitgerechte Bauausführung während des Bauablaufs nach dem vereinbarten Beginn zu vermeiden.

(2) Durch die Vereinbarung sind die gegenseitigen Pflichten aus dem Erwerbvertrag nicht wesentlich verändert worden. Die Vereinbarung berührt nicht unmittelbar die jeweiligen durch den notariell beurkundeten Vertrag wirksam begründeten Hauptpflichten, sondern lediglich die Abwicklung des Vertrages für den Fall, dass die Kl. mit dem Bau nicht fristgerecht beginnen würden. Die Vereinbarung einer Vertragsfrist für den Beginn des Baus und eines Kündigungsrechts des Bekl. bei nicht fristgerechtem Baubeginn konkretisiert lediglich die mit dem notariell beurkundeten Vertrag begründeten Rechte des Erwerbers.

Nach der Rspr. des BGH kann der Auftraggeber eines Werkvertrages vor Ablauf der vereinbarten Herstellungsfrist vom Vertrag zurücktreten, wenn vor der Fertigstellung absehbar ist, dass der Termin vom Auftraggeber nicht eingehalten werden kann (BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182 = ZfBR 2000, 472; NJW-RR 1992, 1141; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, Teil 6, Rn. 292). Mit der nachträglichen Vereinbarung haben die Vertragsparteien als Voraussetzung eines derartigen Rücktrittsrechts den nicht fristgerechten Baubeginn einvernehmlich festgelegt.

Danach war es nicht für die Wirksamkeit des Vertrages erforderlich, dass er entsprechend § 313 S. 1 BGB notariell beurkundet wurde.

IV. (...) 2. (...) a) In der Revision ist zugunsten des Bekl. zu unterstellen, dass die nachträgliche Vereinbarung den von ihm behaupteten Inhalt hatte, er habe den Vertrag kündigen dürfen, wenn die Kl. nicht am 1. 9. 1997 mit den Arbeiten begonnen hätten. (...)

d) Da der Bau am 1. 9. 1997 nach dem Sachvortrag des Bekl., der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, nicht begonnen worden war, war der Bekl. mit dem von ihm behaupteten und in der Revision zu unterstellenden Inhalt der nachträglichen Vereinbarung berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.

5. Liegenschaftsrecht – Änderung eines Sondernutzungsrechts, hier: Verlegung eines Stellplatzes

(BayObLG, Beschluss vom 28. 3. 2001 – 2Z BR 138/00 – mitgeteilt von Richter am OLG Johann Demharter, München)

**WEG §§ 10 Abs. 2; 15 Abs. 1
BGB § 873 Abs. 2**

1. **Zur Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts an einem Stellplatz durch Verlegung des Stellplatzes bedarf es sowohl einer schuldrechtlichen als auch einer dinglichen Einigung aller Wohnungseigentümer. Die dingliche Einigung ist formfrei. Eine Bindung an die Einigung besteht nur nach Maßgabe der §§ 877, 873 Abs. 2 BGB.**
2. **Haben die Wohnungseigentümer eine Abänderung der in der Teilungserklärung niedergelegten Regelung hinsichtlich eines Sondernutzungsrechts einstimmig „beschlossen“, liegt der Sache nach eine Vereinbarung über die Abänderung der Teilungserklärung vor.**

Zum Sachverhalt:

Die Ast., die Ag. zu 1) und die weiteren Bet. waren bei Einleitung des Verfahrens die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Die Ag. zu 1) verkauften ihre Wohnung, für die ein Sondernutzungsrecht an dem Pkw-Stellplatz Nr. 2 im Grundbuch eingetragen ist, an den Ag. zu 2); dieser wurde als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

1993 fand eine außerordentliche Eigentümerversammlung statt, an der sämtliche Wohnungseigentümer teilnahmen oder vertreten waren. In der Sitzungsniederschrift heißt es:

„Einziges Tagespunkt Verlegung des Parkplatzes 2. Der Parkplatz wird verlegt neben Platz 7. ... Die Notarkosten trägt die Gemeinschaft.

Beschluss

Aufgrund der Eigentümerversammlung bevollmächtigen wir den Verwalter ..., die entsprechenden nötigen Handlungen grundbuchmäßig vorzunehmen.

Einstimmig.“

Der „Beschluss“ wurde in der Folgezeit in tatsächlicher Hinsicht ausgeführt; eine Eintragung der Änderung im Grundbuch wurde bislang nicht vorgenommen. 1995 kam es zwischen der Ast. und den Ag. zu 1) zum Streit darüber, wer für die aufgrund der durchgeführten Maßnahmen entstandenen Kosten aufzukommen hat; gegen die Verlegung des Stellplatzes als solche erhob auch die Ast. keine Einwendungen.

Die Ast. hat beantragt, es den Ag. zu 1) und zu 2) zu untersagen, ein Kraftfahrzeug auf dem Platz abzustellen, auf den der Stellplatz Nr. 2 verlegt worden ist. Die Ag. zu 1) haben den Gegenantrag gestellt, die Ast. zu verpflichten, einer Änderung der Teilungserklärung bezüglich des verlegten Stellplatzes zuzustimmen und alle notwendigen Erklärungen für eine Eintragung der Änderung der Teilungserklärung im Grundbuch abzugeben. Das AG hat mit Beschluss den Antrag und den Gegenantrag abgewiesen. Das LG hat die sofortige Beschwerde der Ag. zu 1) und die Anschlussbeschwerde der Ast. zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Ag. zu 1).

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. (...)

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Ast. ist verpflichtet, gem. der schuldrechtlichen Vereinbarung von 1993 ihre Einigung über die Verlegung des Stellplatzes Nr. 2 östlich neben

Stellplatz Nr. 7 zu erklären und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen. (...)

- b) Die Wohnungseigentümer haben 1993 eine wirksame schuldrechtliche Vereinbarung über die Verlegung des Stellplatzes Nr. 2 geschlossen.

(1) Die Verlegung eines Sondernutzungsrechtes an einem Stellplatz kann schuldrechtlich nur durch Vereinbarung gem. § 10 Abs. 1 WEG vorgenommen werden. Das gilt auch dann, wenn das Sondernutzungsrecht wie hier in der Teilungserklärung begründet wurde, weil die Teilungserklärung ab dem Zeitpunkt, ab dem sie von dem teilenden Eigentümer nicht mehr einseitig abgeändert werden kann, einer Vereinbarung gleichsteht (BGH WuM 2000, 682 f.).

(2) Eigentümerbeschlüsse und Vereinbarungen der Wohnungseigentümer sind „aus sich heraus“, objektiv und normativ auszulegen. Umstände außerhalb des protokollierten Beschlusses oder der Vereinbarung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind, z. B. weil sie sich aus dem übrigen Versammlungsprotokoll ergeben (BGH WPM 1998, 2336, 2338). Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ergeben Sinn und Zweck des im Protokoll von 1993 niedergelegten, dass die Wohnungseigentümer u. a. „beschlossen“ haben, den Stellplatz Nr. 2 zu verlegen und den Verwalter zu bevollmächtigen, „die entsprechenden nötigen Handlungen grundbuchmäßig vorzunehmen“.

Die Ast. ist der Auffassung, der „Beschluss“ sei unwirksam, weil er mit Ausnahme der Notarkosten keine Regelung darüber enthalte, wer die Kosten der beschlossenen Maßnahmen zu tragen habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Der „Beschluss“ über die Verlegung des Stellplatzes steht und fällt seinem Inhalt nach nicht mit einer Regelung der Kostenfrage. Unerheblich ist ein in der Eigentümerversammlung von 1993 möglicherweise geäußertes Wille der Bet. über die Kostentragungspflicht, da dieser mit Ausnahme der Notarkosten in der Sitzungsniederschrift keinen Niederschlag gefunden hat.

(3) In der Eigentümerversammlung waren unstrittig alle Wohnungseigentümer anwesend oder vertreten; der „Beschluss“ wurde einstimmig gefasst. Da die Wohnungseigentümer eine Abänderung der in der Teilungserklärung niedergelegten Regelung hinsichtlich eines Sondernutzungsrechts beschließen wollten und beschlossen haben, liegt der Sache nach eine Vereinbarung über die Abänderung der Teilungserklärung vor (BayObLG Rpfleger 1979, 108 = DNotZ 1979, 174; Palandt/Bassenge, BGB, 60. Aufl., § 10 WEG, Rn. 7 m. w. N.).

c) Ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht ist weder ein dingliches noch ein grundstückgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht. Mit der Eintragung im Grundbuch bewirkt es allerdings eine Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte, so dass hierzu gem. § 877 BGB in entsprechender Anwendung des § 873 BGB die dingliche Einigung aller Wohnungseigentümer erforderlich ist (BGH WPM 2000, 682, 684). Demzufolge ist auch die Einigung aller Wohnungseigentümer erforderlich, wenn wie hier das eingetragene Sondernutzungsrecht für den Stellplatz Nr. 2 abgeändert

und die Änderung mit der Wirkung des § 10 Abs. 2 WEG im Grundbuch eingetragen werden soll.

d) Die Einigung ist formfrei, vgl. §§ 877, 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB, § 4 Abs. 2 WEG. Die Abgabe der erforderlichen Einigungserklärungen kann in der Vereinbarung der Wohnungseigentümer von 1993 gesehen werden. Ein entsprechender Wille der Wohnungseigentümer ergibt sich zumindest aus dem Umstand, dass sie den Verwalter bevollmächtigt haben, „die entsprechenden nötigen Handlungen grundbuchmäßig vorzunehmen“. Nach §§ 877, 873 Abs. 2 BGB sind vor der Eintragung die Bet. an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem GBA abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der GBO entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Daran fehlt es hier; die Ast. konnte somit ihre Einigungserklärung einseitig widerrufen.

e) Aufgrund der wirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung von 1993 ist die Ast. allerdings verpflichtet, ihre Einigungserklärung über die Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte hinsichtlich der Verlegung des Stellplatzes Nr. 2 abzugeben. Eine solche Verpflichtung ergibt sich wiederum aus dem Umstand, dass die Wohnungseigentümer den Verwalter bevollmächtigt haben, „die entsprechenden nötigen Handlungen grundbuchmäßig vorzunehmen“. Diese Erklärung schließt zugleich die Verpflichtung ein, alles zu tun, um eine Eintragung der Änderung des Sondernutzungsrechts in das Grundbuch herbeizuführen. Aus dem gleichen Grunde ist die Ast. verpflichtet, die Eintragung der Änderung im Grundbuch zu bewilligen.

f) Hinzuweisen ist darauf, dass allein die der Ast. auferlegte Verpflichtung zur Abgabe der oben genannten Willenserklärung zur Eintragung der Veränderungsvereinbarung nicht genügt. Dazu bedarf es vielmehr der Bewilligung aller Wohnungseigentümer, die in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen werden muss.

6. Liegenschaftsrecht – Löschung der zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs eingetragenen Auflassungsvormerkung

(LG Aachen, Beschluss vom 24. 4. 2001 – 3 T 112/01 – mitgeteilt von Notar Dr. Wolfgang Peter, Jülich)

**GBO §§ 19; 22 Abs. 1; 29
BGB § 883**

Eine Auflassungsvormerkung, die einen Rückübertragungsanspruch sichert, kann auch ohne Bewilligung der Erben gelöscht werden, wenn es nach den Umständen ausgeschlossen ist, dass das Rückübertragungsrecht zu Lebzeiten der Berechtigten ausgeübt wurde, und die Einholung der Bewilligung aller Miterben unzumutbar ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag von 1982 erwarben die Bet. zu 1) und 2) von ihrer Tante, Frau M. Grundbesitz. In § 3 des notariellen Vertrages heißt es unter der Überschrift „Gegenleistung“:

„Die Erwerber verpflichten sich, die versorgungsbedürftige Veräußerin umfassend zu pflegen und zu verpflegen und ihr in allen Belangen beizustehen, ihr die Wohnung und die Kleidung in Ordnung zu halten, überhaupt alles Erforderliche zur Versorgung der Veräußerin zu veranlassen, lediglich gegen Ersatz der baren Auslagen. (...)

Für den Fall, dass die Erwerber die vorstehend übernommene Verpflichtung nicht oder schlecht erfüllen sollten, ist die Veräußerin berechtigt, nach vorheriger Abmahnung von dem Vertrage zurückzutreten und die Rückübertragung des gesamten vorstehend veräußerten Grundbesitzes zu verlangen.

Die Rückübertragung hat auf Kosten der heutigen Erwerber zu erfolgen. Die von diesen bis dahin erbrachten Leistungen und Verwendungen auf den Grundbesitz sollen entschädigungslos verfallen. Der Notar hat auf § 343 BGB hingewiesen.

Weitere Gegenleistungen haben die Erwerber nicht zu erbringen.“

§ 5 des Vertrages lautet wie folgt:

„§ 5 Auflassung

Die Bet. sind darüber einig, dass das Eigentum an dem übertragenen Grundbesitz auf Erwerber zum in § 2 angegebenen Beteiligungsverhältnis übergeht. Sie bewilligen und beantragen die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

Gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung wird die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des bedingten Anspruchs auf Rückauflassung zugunsten der Veräußerin gem. § 3 dieser Urkunde bewilligt und beantragt.“

Die Bet. zu 1) und 2) wurden 1993 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Ebenfalls wurde die Rückauflassungsvormerkung für Frau M. in Abt. II/1 des Grundbuchs eingetragen.

Frau M. ist 1991 verstorben. 2000 haben die Bet. zu 1) und 2) durch den Notar beim GBA die Löschung der Rückauflassungsvormerkung Abt. II lfd. Nr. 1 beantragt. Die Rechtspflegerin des GBA hat mit Verfügung die Auffassung vertreten, dass zur Löschung der Auflassungsvormerkung die Bewilligung der Erben der Berechtigten mit Erbnachweis erforderlich sei.

Die Rechtspflegerin des GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt unter Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung zur Anweisung an das GBA, den Löschantrag der Bet. nicht mit der Begründung zurückzuweisen, es fehle an der Bewilligung der Erben der Berechtigten.

Zur Löschung eines Rechts im Wege der Berichtigung bedarf es gem. § 22 Abs. 1 GBO der grundsätzlich erforderlichen Bewilligung der Betroffenen nach § 19 GBO nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für dingliche Rechte, sondern auch entsprechend für die schwächere Vormerkungsberechtigung. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf eine Vormerkung ist nachgewiesen, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist. Denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von dem des Anspruchs ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist (vgl. BayObLG MittBayNot 1990, 37, 38 = DNotZ 1990, 295 = MittRhNotK 1989, 266). Die Löschung einer Vormerkung im Wege der Berichtigung ist deshalb möglich, wenn der Ast. in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO

nachweist, dass jede Möglichkeit des Bestehens oder Entstehens des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist (Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 22 GBO, Rn. 128). Die beantragte Löschung kann deshalb auch ohne Bewilligung nach § 19 GBO erfolgen, wenn der mit der zu löschenden Auflassungsvormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch nicht (mehr) besteht und dies in einer den grundbuchrechtlichen Anforderungen genügenden Weise nachgewiesen ist. Dies ist hier der Fall.

Der entsprechende Nachweis wäre unabhängig von weiteren Voraussetzungen durch die Vorlage der Sterbeurkunde geführt, wenn der mit der Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch in jedem Falle mit dem Tode der Berechtigten erlöschen sollte. Dies dürfte indes nicht der Fall sein. Zwar diene das in § 3 des Vertrages vereinbarte Rücktrittsrecht der Durchsetzung und Sicherung der von den Bet. zu 1) und 2) übernommenen Pflegeverpflichtung, die ihrerseits höchst persönlicher Natur und deshalb nicht vererblich ist. Daraus folgt aber nicht zwingend auch die Unvererblichkeit eines einmal durch wirksamen Rücktritt entstandenen Rückübertragungsanspruches. Nach den vertraglichen Regelungen konnte es dazu kommen, dass die Veräußerin wegen Nichterfüllung der Pflegeverpflichtung nach vorheriger Abmahnung von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machte (und dadurch die Bedingung für das Entstehen des Rückübertragungsanspruches herbeiführte), dann aber noch vor dem dinglichen Vollzug der Rückübertragung verstarb. Für diesen Fall vermag die Kammer nicht anzunehmen, dass auch der bereits entstandene Rückübertragungsanspruch unvererblich sein und mit dem Tode der Berechtigten erlöschen sollte. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es sich bei dem Rückübertragungsanspruch selbst um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt, der grundsätzlich ohne Weiteres vererblich ist. Hinzu kommt, dass die Ausübung des Rücktrittsrechtes nach dem Inhalt des Vertrages nicht nur Druckmittel sein sollte, sondern auch einen gewissen „Strafcharakter“ hat. Dieser würde ausgehöhlt, wenn auch der bereits entstandene Rückübertragungsanspruch mit dem Tode der Berechtigten erlöschen würde.

Gegen diese Auslegung spricht auch nicht die von den Bet. zu 1) und 2) angeführte Entscheidung des BayObLG Rpfleger 1990, 61 f. = MittBayNot 1990, S. 37 ff. Denn der der genannten Entscheidung zugrunde liegende Vertrag diene der vorweggenommenen Erbfolge. Ein „Übergabevertrag“ in diesem Sinne liegt vorliegend aber gerade nicht vor, da die Erwerber des Grundbesitzes (also die Bet. zu 1) und 2)) gerade nicht Erben der Frau M. sind.

Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass das Nichtentstehen bzw. Erlöschen des der hier betroffenen Auflassungsvormerkung zugrunde liegenden Anspruchs nicht bereits durch die Vorlage der Sterbeurkunde betreffend Frau M. geführt werden kann. Hinzukommen muss vielmehr der Nachweis, dass das Rücktrittsrecht gem. § 3 des Vertrages zu Lebzeiten der Berechtigten nicht ausgeübt worden ist. Diesen Nachweis haben die Bet. zu 1) und 2) auch geführt.

Auszugehen ist dabei von der Vorschrift des § 29 GBO. Danach sind die für eine Eintragung erforderlichen Erklärungen der am Verfahren Bet. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Andere

Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, sobald sie nicht offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden. Es ist allerdings anerkannt, dass Ausnahmen von dem Grundsatz zuzulassen sind, dass alle Eintragungsvoraussetzungen dem GBA in der strengen und sicheren Form des Urkundenbeweises nachgewiesen sein müssen. Insbesondere zum Nachweis von negativen Tatsachen sind Beweiserleichterungen anerkannt (Meikel/Brambring, Grundbuchrecht, § 29 GBO, Rn. 300 f.). Denn zahlreiche nicht offenkundige Tatsachen, die an sich nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müssten, lassen sich in dieser Form nicht oder höchstens durch Urteil nachweisen. Im Einzelfall kann selbst diese Möglichkeit verschlossen sein, so dass bei einem strengen Festhalten an der Formvorschrift des § 29 eine Grundbuchunrichtigkeit nicht nachgewiesen werden könnte. Deshalb können bei der Würdigung der Eintragungsunterlagen Erfahrungssätze verwertet und darüber hinaus ausnahmsweise auch nicht in der Form des § 29 nachgewiesene Tatsachen frei gewürdigt werden. Der Zweck des § 29 GBO, die Eintragung auf sichere Unterlagen zu gründen, wird bei verständiger Anwendung dieser Grundsätze nicht gefährdet. Zudem würde der Zwang, entfernte Möglichkeiten durch formgerechten Nachweis auszuschließen, in der Mehrzahl der Fälle zu leerem Formalismus führen und einen geordneten Geschäftsgang unnötig erschweren (vgl. zum Ganzen BGH Rpfleger 1985, 234, 235 = DNotZ 1986, 97 = MittRhNotK 1985, 120; OLG Köln Rpfleger 1987, 301; LG München I MittBayNot 1988, 43, 44; Demharter, 23. Aufl., § 29 GBO, Rn. 63). Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass an den Nachweis gem. § 22 GBO strenge Anforderungen zu stellen sind, da ohne Einverständnis des Betroffenen im Wege der Berichtigung eine Löschung vorgenommen werden soll. Eine Glaubhaftmachung oder ein gewisser Grad der Wahrscheinlichkeit genügt dazu nicht. Der Ast. hat vielmehr alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der Eintragung entgegenstehen können, wobei ganz entfernte Möglichkeiten nicht widerlegt zu werden brauchen (LG München I, a. a. O.).

Nach diesem Maßstab haben die Bet. zu 1) und 2) den ihnen obliegenden Nachweis geführt. Durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Sterbeurkunde ist belegt, dass die Vormerkungsberechtigte seit nahezu 10 Jahren verstorben ist, ohne dass erkennbar wäre, dass der gesicherte Rückübertragungsanspruch zwischenzeitlich von den Erben geltend gemacht worden ist. Da das Entstehen des Rückübertragungsanspruches aber vorausgesetzt hätte, dass die vormerkungsberechtigte Frau M. noch zu Lebzeiten den Rücktritt vom Übertragungsvertrag erklärt hätte, wäre der Rückübertragungsanspruch nach der Lebenserfahrung zeitnah nach dem Tode der Berechtigten von den Erben geltend gemacht worden. Hierüber ist indes nichts bekannt. Darüber hinaus haben die Bet. zu 1) und 2) eine Erklärung des ehemaligen Pflegers der M. vorgelegt, in welcher dieser bestätigt, dass der Rückübertragungsanspruch zu Lebzeiten der Frau M. nicht geltend gemacht worden ist. Des Weiteren haben die Bet. zu 1) und 2) über ihren Verfahrensbevollmächtigten eine Erklärung von zwei Geschwistern (und gesetzlichen Miterben) der verstorbenen Frau M. vorgelegt, wonach diese von ihrem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Schließlich haben die Bet. zu 1) und 2) über-

zeugend darlegen können, warum es ihnen, wenn nicht unmöglich, so doch jedenfalls nicht zumutbar ist, die Bewilligung aller Miterben nach Frau M. zur Löschung der Auflassungsvormerkung beizubringen. Bei zusammenfassender Würdigung all dieser Umstände ist die Kammer davon überzeugt, dass die vormerkungsberechtigte Frau M. bis zu ihrem Tode nicht den Rücktritt vom Vertrag gem. § 3 des notariellen Vertrages erklärt hat. Da somit der durch die Vormerkung gesicherte bedingte Anspruch nicht zur Entstehung gelangt sein kann, ist nachgewiesen, dass das Grundbuch hinsichtlich des Fortbestandes der dort eingetragenen Auflassungsvormerkung unrichtig ist. Die entsprechende Eintragung ist mithin wie von den Bet. zu 1) und 2) beantragt zu löschen.

7. Familienrecht – Widerruf einer Altersvorsorgevollmacht durch Betreuer

(*OLG Köln*, Beschluss vom 27. 9. 2000 – 16 Wx 128/00)

BGB §§ 167 Abs. 1; 168 S. 3; 172; 1896 ff.

Der Betreuer kann eine Altersvorsorgevollmacht nur dann widerrufen, wenn er zum Vollmachtbetreuer oder gesondert zum Widerruf der Vollmacht bestellt ist.

(**Leitsatz nicht amtlich**)

Aus den Gründen:

In der Sache führt die weitere Beschwerde in beiden Punkten zur Aufhebung der ergangenen Entscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das AG.

Die in den Tatsacheninstanzen getroffenen Entscheidungen (erg.: Ablehnung der vom Bet. zu 2) begehrten Aufhebung der Betreuung sowie der Genehmigung des Widerrufs der „Altersvorsorgevollmacht mit Betreuungswünschen“ durch den Bet. zu 3)) sind nicht frei von Rechtsfehlern. (...)

2. Wegen des Antrags auf Aufhebung der Betreuung, zu der es wegen § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB entscheidungserheblich ist, ob die Betroffene bei Erteilung der Altersvorsorgevollmacht geschäftsfähig war oder nicht, sind die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben, weil der Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt ist. (...)

3. Die Genehmigung für den Bet. zu 3) zum Widerruf der Vollmacht ist rechtsfehlerhaft, weil die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung nicht von seiner gesetzlichen Vertretungsmacht aus § 1902 BGB erfasst ist. Die sich auf alle nur möglichen Rechtshandlungen erstreckende Altersvorsorgevollmacht ist eine umfassende und geht damit deutlich über die dem Bet. zu 3) übertragenen Aufgaben hinaus. Wenn – wie hier – keine Totalbetreuung angeordnet ist, kann ein Betreuer eine Betreuungsvollmacht nur dann widerrufen, wenn er zum Vollmachtbetreuer (*BayObLGR* 1994, 63) oder gesondert zum Widerruf der Vollmacht bestellt ist (vgl. *Palandt/Diederichsen*, 59. Aufl., Einf. vor § 1896 BGB, Rn. 14).

Für beide Fälle liegen die Voraussetzungen bisher nicht vor. (...)

6. Es erschien dem Senat als zweckmäßig, die Sache nicht an das Beschwerdegericht, sondern an die erste Instanz zurückzuverweisen, weil es je nach dem Ergebnis der weiteren Sachaufklärung zu einer grundlegenden Änderung der bisherigen Betreuerbestellung kommen kann.

a) Sollte sich zweifelsfrei feststellen lassen, dass die Betroffene bei Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig war, ist die Betreuung im bisherigen Umfang wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) aufzuheben. Die Feststellung der Wirksamkeit der Vollmacht, eröffnet aber den Weg für die Anordnung einer Vollmachtbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB (vgl. *BayObLGR* 1993, 71), die vorliegend wegen der Vorgänge, die zur Entlassung des Bet. zu 2) als Betreuer geführt haben, angezeigt sein könnte.

b) Für den umgekehrten Fall einer zweifelsfreien Feststellung einer Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen sollte aus den vom AG und LG zutreffend angeführten Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der durch die Vollmachtsurkunde geschaffene Rechtskreis beseitigt werden. Die Erweiterung des Aufgabenkreises des Bet. zu 3) auf den Widerruf der Vollmacht ist hierfür der richtige Weg, wobei ggf. der Bet. zu 2) für Aufgabenkreise, durch die Vermögensinteressen der Betroffenen nicht tangiert werden können, zum weiteren Betreuer bestellt werden könnte.

c) Falls sich keine eindeutigen Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit der Betroffenen im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung treffen lassen, diese also weiterhin zweifelhaft bleiben sollte, greift der Subsidiaritätsgrundsatz nicht ein. Vielmehr ist für diesen Fall eine Betreuung zulässig und erforderlich (vgl. *BayObLGR FamRZ* 1994, 720; *Palandt/Diederichsen*, a. a. O. § 1896 BGB, Rn. 11; *Soergel/Zimmermann*, 13. Aufl., § 1896 BGB, Rn. 81). Des weiteren sollte für diesen Fall zum Schutz der Betroffenen wegen der Aufgabenkreise „Vermögenssorge“ und „Vertretung bei Behörden“ ein Einwilligungsvorbehalt in Erwägung gezogen werden.

8. Familienrecht – Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des vom Betreuer beantragten Ernährungsabbruchs

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 27. 3. 2001 – 25 Wx 128/00 – mitgeteilt von Notar Heinrich Eckelskemper, Leverkusen)

BGB §§ 1896 ff.

Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des vom Betreuer beantragten Ernährungsabbruchs kommt, wenn man sie mit dem BGH (NJW 1995, 204) überhaupt für zulässig hält, nur in Betracht, wenn der Wille des nicht bewussten Betroffenen eindeutig feststellbar ist. Eine solche Feststellung ist allenfalls möglich, wenn der Wille in jüngerer Zeit geäußert worden ist, beispielsweise durch eine unmissverständliche Patientenverfügung oder durch ernst zu nehmende wiederholte Äußerungen gegenüber Vertrauenspersonen, insbesondere Verwandten, Freunden oder Ärzten.

(**Leitsatz nicht amtlich**)

Zum Sachverhalt:

Die 95jährige Betroffene, die in einem Pflegeheim lebt und seit langem bettlägerig ist, war wegen einer senilen Demenz mit Ess- und Trinkstörungen zur stationären Behandlung in einem Krankenhaus. Mit Beschluss genehmigte das AG zur Sicherstellung der Ernährung der Betroffenen, eine Magensonde zu legen. Seitdem wird ihr über die Sonde Nahrung und Flüssigkeit zugeführt. Durch Beschluss ist ein Betreuer u. a. mit dem Aufgabenbereich Gesundheitsfürsorge bestellt worden. Der Betreuer hat beantragt, den Behandlungs- und Ernährungsabbruch vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Dem ist der gerichtlich ernannte Verfahrenspfleger entgegengetreten.

Durch Beschluss hat das AG den Antrag abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Betreuers hat das LG mit Beschluss zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung des LG hat der Betreuer weitere Beschwerde erhoben.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. die Entscheidung des LG trifft jedenfalls im Ergebnis zu. (...)

Entscheidend ist also allein, ob das Vormundschaftsgericht den Abbruch der künstlichen Ernährung hätte genehmigen müssen. Diese Frage ist gesetzlich nicht geregelt. Ob der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme in entsprechender Anwendung des § 1904 BGB vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden darf, ist streitig (so BGH NJW 1995, 204; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1998, 1137; a. A. OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1033 für ein minderjähriges Kind).

Der Senat braucht nicht die grundsätzliche Frage zu entscheiden, ob eine Genehmigung des Abbruchs der künstlichen Ernährung überhaupt zulässig ist. Es genügt die Feststellung, dass sie allenfalls unter den Voraussetzungen, die der BGH und das OLG Frankfurt/Main aufgestellt haben, erteilt werden könnte. Danach ist stets auf den Willen des Betroffenen und nur dann, wenn er zu einer eigenen Entscheidung nicht mehr in der Lage ist, auf seinen mutmaßlichen Willen abzustellen. An die Feststellung des wahren und ggf. des mutmaßlichen Willens des Betroffenen sind strenge Anforderungen zu stellen. Das gilt insbesondere, wenn – wie hier – der eigentliche Sterbeprozess noch nicht eingesetzt hat. Ist der Sachverhalt nicht aufklärbar, muss dem Lebensschutz Vorrang gegeben werden.

Das LG hat sich nicht die Frage vorgelegt, ob die Betroffene noch bei Bewusstsein ist und Willensentschlüsse fassen kann. Da das LG hierzu keine Feststellungen getroffen hat, der Sachverhalt aktenmäßig geklärt ist und weitere Aufklärung ersichtlich keinen Erfolg verspricht, kann der Senat selbst den entscheidungserheblichen Sachverhalt feststellen. Aus dem Gutachten des medizinischen Sachverständigen ist eindeutig zu entnehmen, dass die Betroffene nicht bewusstlos ist. Der Sachverständige hat sie als wache Patientin erlebt, mit der auch Blickkontakt hergestellt werden konnte. Sie kann ihren Willen, wenn auch in knapper Reaktion, äußern. Nach den Feststellungen des Sachverständigen nimmt sie eindeutig die Umwelt wahr. Sie hat sicher noch ein Bewusstsein vom eigenen Leben. Sie war zu einfachen sprachlichen Äußerungen, die der Gutachter zum Teil auch als gezielt eingeordnet hat, in der Lage. Zwar sind sprachli-

che Kontakte mit ihr wegen ihrer an Taubheit grenzenden Schwerhörigkeit extrem behindert, letztlich aber nicht ausgeschlossen. Auf die Frage, ob sie Schmerzen habe, antwortete sie beispielsweise mit einem klaren Nein, auf leichtes Kneifen reagierte sie mit lauter Unmutsäußerung. Die Frage des Sachverständigen, ob sie sterben wolle, beantwortet sie aber nicht eindeutig, sondern reagierte mit einem fragenden „bitte“. Danach muss davon ausgegangen werden, dass die Betroffene bei Bewusstsein ist, sie aber ihren Willen nicht mehr in einer für die Umwelt verständlichen Weise äußern kann. Aus den Äußerungen der Betroffenen gegenüber einer Pflegerin „ich kann nicht mehr“ oder „ich will nicht mehr“ können keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden. Ob die Betroffene die entscheidende Frage des Sachverständigen, ob sie sterben wolle, akustisch verstanden und ihren Sinn erfasst hat, muss daher offen bleiben. Auszuschließen ist dies allerdings nicht.

In einem solchen Fall kommt eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Ernährungsabbruchs, wenn man sie überhaupt mit dem BGH (a. a. O.) für zulässig hält, nur in Betracht, wenn der Wille des nicht bewusstlosen Betroffenen eindeutig feststellbar ist. Eine solche Feststellung ist allenfalls möglich, wenn der Wille in jüngerer Zeit geäußert worden ist, beispielsweise durch eine unmissverständliche Patientenverfügung oder durch ernst zu nehmende wiederholte Äußerungen gegenüber Vertrauenspersonen, insbesondere Verwandten, Freunden oder Ärzten. Solche Äußerungen liegen nicht vor. Selbst der Betreuer erwähnt nur angebliche Äußerungen der Betroffenen, die lange Zeit zurückliegen und gegenüber Verwandten abgegeben sein sollen, zu denen die Betroffene seit Jahren keinen näheren Kontakt mehr unterhalten hatte.

9. Erbrecht – Erbeinsetzung des Ehegatten eines Heimmitarbeiters

(*OLG Frankfurt a. M.*, Beschluss vom 29. 1. 2001 – 20 W 71/99 – mitgeteilt von Notarassessor Thomas Wachter, München)

**HeimG § 14 Abs. 5
BGB § 134**

Das Verbot des § 14 Abs. 5 HeimG würde leer laufen, wenn der missbilligte Erfolg der Zuwendung an die in der Norm genannten Verbotsadressaten dadurch erreicht werden könnte, dass sie mittelbar oder indirekt über die Bedenkung ihnen nahestehender Angehöriger begünstigt werden könnten, hier: Erbeinsetzung der Ehefrau des Pfortners eines Altenheims. In gleicher Weise muss auch hier wie beim Heimmitarbeiter selbst die Vermutung gelten, dass bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen ist, dass sich das Heimpersonal entsprechende Vermögensvorteile aufgrund des durch den Heimaufenthalt begründeten Vertrauensverhältnisses hat versprechen lassen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die kinderlose und verwitwete Erblasserin hat ein notarielles Testament errichtet, durch das sie den Bet. zu 1) und dessen Ehefrau zu Erben eingesetzt und der Bet. zu 4), ihrer Schwester,

ein Vermächtnis ausgesetzt hat. Der Bet. zu 1) ist Pförtner in dem Altersheim, in dem die Erblasserin gewohnt hat. Dies war dem beurkundenden Notar nach dessen Bekundung unbekannt. Die Bet. zu 2) ist die Ehefrau des Bet. zu 1). Diese hatte es nach den Angaben des Bet. zu 1), die dieser nach dem Ableben der Erblasserin gegenüber seiner Arbeitgeberin aufgrund der Interventionen der Bet. zu 4) gemacht hat, auf Wunsch der Erblasserin übernommen, der Erblasserin bestimmte Betreuungsleistungen, auch bei den Krankenhausaufenthalten zu erbringen. Die Bet. zu 3) ist die Tochter des vorverstorbenen Bruders der Erblasserin.

Die Bet. zu 1) und 2) haben einen Erbschein beantragt, der sie als Miterben je zur Hälfte ausweist.

Das AG hat angekündigt, der Bet. zu 2) einen Alleinerbschein erteilen zu wollen. Die Bet. zu 3) hat gegen diese Entscheidung Beschwerde eingelegt. Das LG hat in seinem Beschluss die Erbeinsetzung der Bet. zu 2) für wirksam gehalten, eine Anwachsung zugunsten der Bet. zu 2) jedoch verneint und bezüglich der zweiten Hälfte des Nachlasses angenommen, dass insoweit gesetzliche Erbfolge eingetreten sei, also die Bet. zu 3) und 4) Miterben zu je einem Viertel geworden seien. Gegen diesen Beschluss haben die Bet. zu 1) und 2) und die Bet. zu 3) weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Zutreffend haben die Vorinstanzen die Erbeinsetzung des Bet. zu 1) für unwirksam gehalten. Die Erbeinsetzung verstößt gegen § 14 Abs. 5 HeimG. Dem Leiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern eines Altenheims ist es danach untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen. Dies gilt nicht, soweit es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt. Es ist in Rspr. und Lit. anerkannt, dass unter dieses Verbot auch Testamente fallen, soweit der Bedachte hiervon zu Lebzeiten erfahren hat (Kunz/Ruf/Wiedemann, 8. Aufl. 1998, § 14 HeimG, Rn. 24; Müller, ZEV 1998, 219 ff., 221 m. w. N.; BVerwG NJW 1999, 2268). Dies ist hier der Fall, denn die Erblasserin hat nach den Feststellungen der Vorinstanzen die Bet. zu 1) und 2) über die Testamenterrichtung zu ihren Gunsten unterrichtet. Schließlich gehen Rspr. und Lit. davon aus, dass bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten ist, dass ein Zusammenhang zwischen Vorteilszuwendung und Heimvertrag besteht (BGHZ 110, 235 ff. = NJW 1990, 1603 = DNotZ 1990, 235). Ein solcher Gegenbeweis ist hier nicht ansatzweise erbracht. Selbst wenn der Bet. zu 1) für die Betreuungsleistungen seine Freizeit aufgewendet haben sollte, um der Erblasserin Zeit zu widmen, so hängt diese Tätigkeit doch mit den gem. Heimvertrag zu erbringenden Leistungen zusammen. Dies läuft auch dem noch unten näher erörterten Zweck des § 14 HeimG zuwider, finanziell motivierte Zuwendungen durch Heimbedienstete auszuschließen (so auch Rossack, ZEV 1996, 41 ff., 43).

Die Testierfreiheit wird durch § 14 Abs. 5 HeimG nicht unzumutbar eingeschränkt. Dies hat das BVerfG für § 14 HeimG a. F. entschieden (BVerfG NJW 1998, 2964 ff. = DNotZ 1999, 56). Die Entscheidung kann auch auf § 14 Abs. 5 HeimG übertragen werden, denn das Verbot für Bedienstete des Heims, sich Geld und geldwerte Leistungen versprechen zu lassen oder anzunehmen, wurde mit nur redaktionellen Änderungen aus dem bisherigen § 14

Abs. 2 in § 14 Abs. 5 HeimG übernommen (s. a. Kunz/Ruf/Wiedemann, 8. Aufl. 1998, § 14 HeimG, Rn. 22).

§ 14 Abs. 5 HeimG greift aber auch hinsichtlich der Bet. zu 2) ein. Zwar sind die Angehörigen der Mitarbeiter in § 14 Abs. 5 HeimG nicht als Adressaten enthalten. Das schließt jedoch nicht aus, dass das Testierverbot auch die Angehörigen erfasst, sofern durch ihre Einsetzung die Vorschrift des § 14 Abs. 5 HeimG umgangen werden soll (Kunz/Ruf/Wiedemann, 8. Aufl. 1998, § 14 HeimG, Rn. 22).

Dies haben im Ergebnis auch die Vorinstanzen erkannt. Das LG hat jedoch eine Umgehung verneint, weil die Erblasserin den Bet. zu 1) und die Bet. zu 2) als Erben eingesetzt und die Einsetzung damit begründet hat, dass die Bet. zu 1) und 2) die einzigen seien, die sich um sie kümmern würden, weswegen diese auch ihr Hab und Gut erhalten sollten. Daraus hat das LG gefolgert, dass zwischen Erblasserin und der Ehefrau des Bet. zu 1) eine persönliche Beziehung bestanden habe. Gerade wegen dieser Beziehung und nicht wegen des Umstands, dass die Bet. zu 2) die Ehefrau des im Altenheim arbeitenden Bet. zu 1) sei, habe die Erblasserin die Bet. zu 2) als Erbin eingesetzt. Das LG hat dann weiter auf einen anwaltlichen Schriftsatz der Bet. zu 4) abgestellt, in dem es in Abweichung zu früherem Vorbringen heißt, dass der Bet. zu 1) und seine Ehefrau keine Pflegeleistungen für die Erblasserin erbracht hätten, richtig sei vielmehr, dass sich beide um die Freundschaft der Erblasserin bemüht und so deren Vertrauen erworben hätten. Aus diesem Vorbringen hat das LG gefolgert, dass die Erbeinsetzung gerade nicht als Gegenleistung für die Erbringung pflegerischer Leistungen erfolgt sei.

Diese Schlussfolgerungen sind nicht frei von Rechtsfehlern. Die Einsetzung der Bet. zu 2) neben dem Bet. zu 1) ist kein taugliches Argument, um ein Umgehungsgebot zu verneinen. Dass die Verhältnisse – Einsetzung des Heimmitarbeiters und dessen Ehefrau – offen zu Tage liegen, schließt die Annahme einer Gesetzesumgehung nicht aus. Außerdem verstößt die Auslegung gegen § 12 FGG, denn das LG hat keinerlei Feststellungen getroffen, welche Betreuungsleistungen die Bet. zu 1) und 2) gegenüber der Erblasserin erbracht haben. Diese Begründung des LG, dass die Erbeinsetzung keine Gegenleistung für die Erbringung pflegerischer Leistungen sei, widerspricht u. a. den Bekundungen des Hausarztes, der die Erblasserin betreut hatte. Dieser hat in Ergänzung seiner Ausführungen zur Frage der Testierfähigkeit mitgeteilt, dass die Erblasserin seiner Ansicht nach versucht habe, sich durch das Testament Hilfe und vermehrte Zuwendung zu verschaffen, die sie bei ihren Angehörigen nicht habe erreichen können. Das LG durfte deswegen schon aus Gründen der Amtsermittlungspflicht nicht die oben umschriebene Behauptung der Bet. zu 4) isoliert herausgreifen und darauf die Feststellung stützen, dass die Erbeinsetzung nicht als Gegenleistung für pflegerische Leistungen erfolgt sei.

Die unterbliebenen Feststellungen über Art und Umfang der Betreuungsleistungen nötigen indessen nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, denn es kommt im Ergebnis nicht darauf an, welcher Art Zuwendung die Erblasserin im einzelnen von den Bet. zu 1) und

2) erfahren hat. Nach der Rspr. des BGH ist eine Gesetzesumgehung i. S. v. § 134 BGB dann anzunehmen, wenn durch die gewählte Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird. Dieser Rspr. liegt die Erwägung zugrunde, dass ein vom Gesetz missbilligter Erfolg nicht durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (BGH NJW 1991, 1060 ff.). Einer Umgehungsabsicht bedarf es nicht. Es genügt, dass anders als durch Nichtigkeit der Gesetzeszweck nicht zu erreichen ist (Erman-Palm, 2000, § 134 BGB, Rn. 18; Petersen, DNotZ 2000, 739 ff., 747 m. w. N.; Dubischar, DNotZ 1993, 419 ff., 424). Diese Kriterien für ein Umgehungsgeschäft sind vorliegend erfüllt.

§ 14 HeimG hat vor allem drei Ziele: Die Vorschrift soll erstens verhindern, dass durch die Gewährung von finanziellen Leistungen oder Zusatzversprechen Heimbewohner unterschiedlich behandelt werden und dadurch der Heimfriede gestört wird. Das Heimklima soll von Konkurrenzdruck insoweit freigehalten werden. Zweitens soll die Ausnutzung der Arg- und Hilflosigkeit alter Menschen verhindert werden. Sie sollen vor nochmaliger oder überhöhter Abgeltung der Pflegeleistungen bewahrt bleiben. Schließlich soll drittens die Testierfähigkeit der Heimbewohner abgesichert werden. Deren Recht auf freie Verfügung von Todes wegen soll nicht durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet werden (BayObLG NJW 2000, 1875 ff.; BVerfG NJW 1998, 2964 = DNotZ 1999, 56; Niemann, ZEV 1998, 419 ff.; Dubischar, DNotZ 1993, 419 ff., 421; Stach, NJW 1988, 943 ff.).

Die Bet. zu 2) ist nicht Mitarbeiterin des Heimes. Die Zuwendung an sie stellt aber eine mittelbare bzw. indirekte Begünstigung des Bet. zu 1) dar, wie sich auch in diesem Verfahren daran zeigt, dass der Bet. zu 1) und 2), ihr Begehren wechselseitig unterstützen. Das Verbot des § 14 HeimG würde leer laufen, wenn der missbilligte Erfolg der Zuwendung an die in der Norm genannten Verbotsadressaten dadurch erreicht werden könnte, dass sie mittelbar oder indirekt über die Bedenkung ihnen nahestehender Angehöriger begünstigt werden könnten. Dies ist inzwischen gefestigte Rspr. (vgl. BayObLG NJW 2000, 1875 ff., und Anm. dazu von Hohloch, JuS 2000, 815 m. w. N.; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 192 ff.). In gleicher Weise muss auch hier wie beim Heimmitarbeiter selbst, die Vermutung gelten, dass bis zum Beweis des Gegenteils, davon auszugehen ist, dass sich das Heimpersonal entsprechende Vermögensvorteile aufgrund des durch den Heimaufenthalt begründeten Vertrauensverhältnisses hat versprechen lassen. Kein Zusammenhang zwischen dem Testament und der Mitarbeiterstellung könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn die Beziehungen zu den Bet. zu 1) und 2) lediglich in der privaten Sphäre begründet gewesen wären. Dies ist indessen nicht der Fall, da sie ihren Ursprung in der Beschäftigung des Ehemannes der Bedachten in dem von der Erblasserin bewohnten Altersheim haben.

Die Testierfreiheit der Erblasserin wird durch diese ausdehnende Auslegung des § 14 Abs. 5 HeimG nicht unzulässig beeinträchtigt, denn der Bet. zu 1) hätte die Möglichkeit gehabt, für sich um eine Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG nachzusuchen.

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Prüfungsrecht des Registergerichts bei Geschäftsführerwechsel

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 12. 2000 – 3 Wx 432/00)

GmbHG §§ 39; 40

Wird dem Registergericht der Beschluss eines Alleingeschafters vorgelegt, dessen Gesellschafterstellung aus der jährlich vorzulegenden Liste der Gesellschafter nicht hervorgeht, obliegt es dem Registergericht zu prüfen, ob die allein beschließende Person Gesellschaftereigenschaft besitzt, denn nur wenn die betreffende Person, die den Gesellschafterbeschluss über ihre Bestellung zum neuen Geschäftsführer gefasst hat, GmbH-Gesellschafter gewesen ist, ist der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen und würde die geänderte Vertretungsbefugnis bezüglich der Gesellschaft zutreffend in das Handelsregister eingetragen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister des AG ist die betroffene Gesellschaft und als Geschäftsführer D B eingetragen, der auch alleiniger Gesellschafter war.

Der Notar reichte eine von ihm beglaubigte Anmeldung des N K unter Beifügung einer auszugsweisen Ausfertigung der notariellen Urkunde zur Eintragung in das Handelsregister beim AG ein. In das Register sollte eingetragen werden, dass D B nicht mehr Geschäftsführer der Gesellschaft ist und N K zum stets alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bestellt ist. Nach dem Inhalt der notariellen Urkunde des Notars hat N K handelnd als Vertreter ohne Vertretungsmacht für D B dessen Geschäftsanteil an sich abgetreten, sodann eine Gesellschafterversammlung abgehalten und die Abberufung des D B als Geschäftsführer und seine Berufung zum Geschäftsführer beschlossen.

Die Rechtspflegerin beim Registergericht beanstandete, die Übertragung des Geschäftsanteils sei aus der auszugsweisen Urkunde nicht ersichtlich, außerdem fehle die Genehmigung des D B und bat um Nachreichung der entsprechenden Unterlagen. Mit weiterer Zwischenverfügung setzte sie eine Frist zur Erledigung.

Gegen die Zwischenverfügungen richtete sich die Beschwerde des Notars.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die vom Notar namens der Gesellschaft eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet, denn die Entscheidung des LG beruht nicht auf einem Rechtsfehler i. S. d. § 27 FGG. (...)

3) Gem. § 39 GmbHG sind der bei jeder Änderung in den Personen der Geschäftsführer und bei der Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers vorzunehmenden Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 39 Abs. 1 GmbHG) die Urkunden über die Bestellung des Geschäftsführers oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§ 39 Abs. 2 GmbHG). Anhand dieser Urkunden hat das Registergericht zu prüfen,

ob sie die beantragte Eintragung rechtfertigen. Über den Umfang des dem Registergericht in diesem Zusammenhang zustehenden Prüfungsrechtes gehen die Meinungen auseinander (vgl. Baumbach/Hueck, 16. Aufl., § 39 GmbHG, Rn. 11; Scholz/Schneider, 9. Aufl., § 39 GmbHG, Rn. 18; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., § 39 GmbHG, Rn. 9; Rohwedder/Koppensteiner, 3. Aufl., § 39 GmbHG, Rn. 10, 11; BayObLGZ 1981, 227, 231, 266, 269; GmbHR 1992, 304; OLG Köln Rpfleger 1989, 66 = MittRhNotK 1988, 181; GmbHR 1990, 82 = MittRhNotK 1989, 274).

Ob das Registergericht in jedem Einzelfall zu prüfen hat, ob der beantragten Eintragung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen und wirksam ist, mag dahinstehen. Ihm kann jedenfalls das Recht und die Pflicht, die zur Eintragung angemeldete Erklärung – hier die Bestellung des NK zum Geschäftsführer und die Abberufung des DB als Geschäftsführer – zu überprüfen, nicht abgesprochen werden, wenn begründete Zweifel gegen die Richtigkeit der Erklärung bestehen (vgl. BayObLGZ 1981, 227, 231). Das ergibt sich schon aus der dem Registergericht allgemein obliegenden Aufgabe, darüber zu wachen, dass Erklärungen, die der Rechtslage nicht entsprechen, nicht in das Handelsregister aufgenommen und so mit amtlicher Hilfe verbreitet werden (BayObLG GmbHR 1992, 304 m. w. N.; ebenso OLG Köln GmbHR 1990, 83).

Wird daher dem Registergericht der Beschluss eines Alleingesellschafters vorgelegt, dessen Gesellschafterstellung aus der jährlich vorzulegenden Liste der Gesellschafter nicht hervorgeht, obliegt es dem Registergericht zu prüfen, ob die allein beschließende Person Gesellschaftereigenschaft besitzt, denn nur – wie das LG bezüglich NK zutreffend ausgeführt hat – wenn die betreffende Person, die den Gesellschafterbeschluss über ihre Bestellung zum neuen Geschäftsführer gefasst hat, GmbH-Gesellschafter gewesen ist, ist der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen und würde die geänderte Vertretungsbefugnis bezüglich der Gesellschaft zutreffend in das Handelsregister eingetragen.

Dass AG und LG die vorgelegte notarielle Urkunde und die weiteren bei den Akten befindlichen Unterlagen als zur Feststellung der Gesellschaftereigenschaft des NK nicht haben ausreichen lassen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Verlangen der Rechtspflegerin des AG, den Nachweis der Gesellschafterstellung des NK und des Ausscheidens des DB aus der Gesellschaft zu führen, ist berechtigt. Der Hinweis des Notars auf § 40 GmbHG geht fehl. Registergericht und LG haben verlangt, dass die Genehmigung des Vertrages, den NK als vollmachtloser Vertreter geschlossen hat, durch DB nachgewiesen wird.

11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zugangsnachweis der Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers (OLG Naumburg, Beschluss vom 28. 2. 2001 – 7 Wx 05/00 – mit Anmerkung Dr. Maurer, Saarbrücken)

GmbHG §§ 35 Abs. 2 S. 3; 39 Abs. 2

Die Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers setzt voraus, dass dem Handelsregister der erfolgte Zugang der

Niederlegungserklärung bei den berechtigten Erklärungsempfängern durch Urkunden nachgewiesen ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Anmelder sind gemeinschaftlich vertretungsberechtigte Geschäftsführer der im Handelsregister des AG eingetragene Gesellschaft mit einem Stammkapital von 1.000.000,- DM. Gesellschafter sind die belgische Aktiengesellschaft E. aus H. (Königreich Belgien) und die D. GmbH – Bauunternehmung aus B.. Im Handelsregister ist ferner Dr. S. aus BP O. (Königreich der Niederlande) als Geschäftsführer eingetragen.

Mit Schreiben an die Gesellschafter und Mitgeschäftsführer von drei genannten Gesellschaften legte der Geschäftsführer Dr. S. sein Amt als Geschäftsführer nieder. Der Notar K. aus Be. meldete die Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister bei dem AG – Registergericht – an.

Die Rechtspflegerin bei dem AG beanstandete dies in ihrer Verfügung.

Die Anmelder legten gegen die Zwischenverfügung das Rechtsmittel der Beschwerde ein, der das AG – Registergericht – nicht abgeholfen hat. Die 5. Zivilkammer – Kammer für Handels-sachen – des LG hat die Beschwerde durch Beschluss zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung wenden sich die Anmelder mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

(...) Die weitere Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

(...) 2.) Die angefochtene Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes i. S. d. §§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO. Das LG ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Niederlegung des Geschäftsführeramtes zur Zeit aufgrund von behebbaren Hindernissen nicht eintragungsfähig ist.

(...) b) Zu Recht sind das AG – Registergericht – wie auch das LG davon ausgegangen, dass es für die Anmeldung der Amtsniederlegung noch des Nachweises des Zuganges der Niederlegungserklärung bei sämtlichen Gesellschaftern bedarf.

aa) Rspr. und Lit. nehmen unterschiedliche Standpunkte zum Umfang der Prüfungspflicht der Registergerichte ein. Nach der von dem beschließenden Senat geteilten überwiegenden Auffassung obliegt dem Registergericht zunächst die Prüfung der eingereichten Urkunden dahin, ob sämtliche für die Eintragung erforderlichen Urkunden eingereicht worden sind und diese die beantragte Eintragung rechtfertigen, denn es soll verhindert werden, dass Erklärungen, die den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage nicht entsprechen, Aufnahme in das Handelsregister und mit amtlicher Hilfe öffentliche Verbreitung finden. Erscheint der Vortrag des Anmelders schlüssig dargelegt und ist er nach der allgemeinen Lebens- und Geschäftserfahrung glaubwürdig, so hat das Registergericht keine weiteren Ermittlungen mehr anzustellen. Eine allgemeine und umfassende Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse und Erklärungen scheidet danach aus (RGZ 127, 153, 156; BGHZ 84, 285, 287; BayObLGZ 1981, 266,

269; BayObLG GmbHR 1992, 304, 305 f.; KG JW 1937, 549, 550; OLG Köln GmbHR 1990, 82, 83 = MittRh-NotK 1982, 274; OLG Hamm GmbHR 1996, 614, 615; Senat, Beschluss vom 2. 9. 1998 – 7 Wx 03/98 – unveröffentlicht –; Scholz/Schneider, 9. Aufl., § 39 GmbHG, Rn. 18 f.; Keidel/Kuntze/Winkler, 14. Aufl., § 127 FGG, Rn. 1 ff.).

bb) Die eine eintragungspflichtige Tatsache anmeldende Person hat ihrer Anmeldung über die Beendigung der Geschäftsführerstellung gem. § 39 Abs. 2 GmbHG die Urkunden in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen, aus denen sich die Beendigung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers ergibt. Entgegen diesem Erfordernis haben die beiden Anmelder nicht sämtliche Urkunden vorgelegt, aus denen sich schlüssig eine wirksame Amtsniederlegung durch Dr. S. ergibt, so die mitgeteilten Tatsachen die beantragte Eintragung nicht rechtfertigen.

(1.) Nach der aktuellen Rspr. des BGH, der sich der beschließende Senat nach eigener Prüfung anschließt und die auch von der überwiegenden Literaturauffassung geteilt wird, ist die Niederlegung des Amtes eines Geschäftsführers unabhängig davon, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder wenigstens ein solcher behauptet wird, und unabhängig von den Kündigungsfristen in dem dem Amt zugrundeliegenden selbständigen Dienstvertrag wirksam. Der BGH verlangt jedoch für die Wirksamkeit der empfangsbedürftigen Willenserklärung des Geschäftsführers den Zugang bei dem Geschäftsorgan, das für die Bestellung der Geschäftsführer zuständig ist, üblicherweise die Gesellschafterversammlung. Er hat es bislang offen gelassen, ob die Willenserklärung allen Gesellschaftern zugehen muss oder nur einem von ihm in entsprechender Anwendung des § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG, wie es teilweise in der Lit. vertreten wird. Inkonsequent hat er allerdings ausgeführt, dass der Zugang der Willenserklärung bei einem Gesellschafter und der Zugang von Wissenserkklärungen bei den restlichen Gesellschaftern für die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Amtsniederlegung genüge. Kontrovers diskutiert in Rspr. und Lit. wird heute lediglich die Begrenzung des Grundsatzes der freien Niederlegbarkeit des Geschäftsführeramtes unter den Kategorien „Rechtsmissbrauch“ und „Niederlegung zur Unzeit“. In der aktuellen obergerichtlichen Rspr. herrscht hierzu die Auffassung vor, dass eine solche Beschränkung gerade in dem Fall einer bevorstehenden Insolvenz der Gesellschaft mit nur einem Geschäftsführer möglich ist (BGHZ 121, 257, 260 = MittRhNotK 1993, 125; BGH NJW 1995, 2850; vgl. ferner hierzu und zu den abweichenden Auffassungen BayObLG GmbHR 1999, 980; OLG Düsseldorf GmbHR 2001, 144, 145 mit ablehnender Anm. von Hohlfeld; LG Frankenthal GmbHR 1996, 939, 940; Scholz/Schneider, 9. Aufl., § 38 GmbHG, Rn. 84 ff.; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., § 38 GmbHG, Rn. 41-45; Rowedder/Koppensteiner, 3. Aufl., § 38 GmbHG, Rn. 25 ff.; Trölitisch, GmbHR 1995, 857; Khatib-Shahidi/Bögner, BB 1997, 1161).

(2.) Für das streng formale registerrechtliche Verfahren folgt aus der vorstehend skizzierten materiellen Rechtslage, dass der Anmelder der eintragungspflichtigen Tatsache die Willenserklärung des Geschäftsführers und den

Zugang dieser Willenserklärung bei dem für die Geschäftsführerbestellung zuständigen Organ in der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG zum Register einreichen muss. Das LG hat zu Recht in dem angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass der Eintragung der Amtsniederlegung das Fehlen dieser Urkunden entgegensteht. Entgegen der Auffassung des Verfahrensbevollmächtigten der Anmelder geht es hier nicht um den Umfang der Prüfungspflicht des Registergerichtes gem. § 12 FGG, sondern nur um die schlüssige Darlegung einer eintragungspflichtigen Tatsache in der Form von Urkunden (so im Ergebnis auch BayObLGZ 1981, 227, 230; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl., Rn. 757 a).

(a) Die Erklärung des Geschäftsführers Dr. S. haben die Anmelder in der Form einer öffentlich beglaubigten Abschrift gem. § 42 BeurkG vorgelegt. Ob das Schreiben von dem Aussteller der Urkunde überhaupt in den Rechtsverkehr gebracht worden ist und an welche konkreten Personen es gesandt werden sollte, lässt sich der beglaubigten Abschrift nicht entnehmen. Es ist lediglich an die Gesellschafter und Mitgeschäftsführer der in dem Schreiben genannten drei Gesellschaften adressiert.

(b) Der Zugang bei den Gesellschaftern der hier betroffenen Gesellschaft lässt sich der Handelsregisterakte in der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG nicht entnehmen. Der Akte lässt sich zwar durch die Bescheinigung des Notars K. aus Be. entnehmen, dass der Anmelder zu 1.) am Tag, auf den das Niederlegungsschreiben datiert ist, alleiniger und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschafterin D. GmbH – Bauunternehmung war. Ob er jedoch im Zeitpunkt des Zuganges der Niederlegungserklärung noch Geschäftsführer der Gesellschafterin D. GmbH – Unternehmung war, ist der Handelsregisterakte nicht zu entnehmen. Die Anmeldung der eintragungspflichtigen Tatsache selbst erfolgte erst etwa 9 Monate später. Für die weitere Gesellschafterin E. steht aufgrund der Bestätigung des Notars B. D. mit Amtssitz in H. nur fest, dass der Anmelder zu 2.) zur gemeinschaftlichen Vertretung der E. berechtigt war. Es gilt hier ebenso wie bei der D. GmbH – Bauunternehmung, dass keine Feststellungen zur Vertretungsmacht am Tag der Beglaubigung der Anmeldung, möglich sind. Für den Anmelder zu 2.) kommt noch hinzu, dass bislang auch keine Feststellungen getroffen worden sind, ob das belgische Gesellschaftsrecht eine dem § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG vergleichbare Vorschrift kennt.

(c) Der Auffassung des beschließenden Senates kann entgegen der Auffassung des Verfahrensbevollmächtigten der Anmelder nicht eine Praxisungeeignetheit vorgehalten werden. Nach § 39 Abs. 2 GmbHG genügt bereits ein Bestätigungsschreiben der Gesellschafter in Urschrift oder das Protokoll einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung in Urschrift, in der die Amtsniederlegung des Geschäftsführers erklärt wird. Erklärungen dieser Art können die anmeldepflichtigen restlichen Gesellschafter aber ohne besondere Probleme beschaffen.

Anmerkung:

Die Entscheidung liegt in grundsätzlichen Fragen auf der Linie der bisherigen obergerichtlichen Rspr., geht aber in einer – für die Praxis gleichwohl ganz erheblichen – Ne-

benfrage deutlich über die derzeitigen Anforderungen der Registergerichte hinaus.

Mit der Statuierung einer urkundlichen Nachweispflicht hinsichtlich des Zugangs der Amtsniederlegungserklärung eines GmbH-Geschäftsführers bei den empfangsberechtigten Personen/Gremien überspannt das OLG jedoch die Anforderungen an Prüfungskompetenz und -pflichten des Handelsregisters (vgl. allgemein dazu Keilbach, Die Prüfungsaufgaben der Registergerichte, MittRhNotK 2000, 365 ff.).

Zunächst führt der Senat – im Einklang mit der h. M. – aus, dass er eine generelle (materielle) Prüfungspflicht des Registergerichts bei angemeldeten Rechtsänderungen nicht sieht bzw. bejaht.

Danach hat das Registergericht grundsätzlich nur zu prüfen, ob die ihm mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen vollständig sind und schlüssig die einzutragende Tatsache belegen. Nur wenn sich aus dem Inhalt der eingereichten Unterlagen Bedenken gegen die materielle Wirksamkeit des angemeldeten Vorganges ergeben, ist der Eintragungsantrag zu beanstanden bzw. zurückzuweisen.

Im vorliegend entschiedenen Fall war durch die im Amt befindlichen (vertretungsberechtigten) Geschäftsführer ein an die Gesellschafter und Mitgeschäftsführer adressiertes Niederlegungsschreiben des früheren Geschäftsführers eingereicht worden mit dem Antrag auf Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis dieses Geschäftsführers.

Wenn man der insoweit h. M. folgt, dass die Niederlegung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die entweder gegenüber allen Gesellschaftern oder der Gesellschafterversammlung abzugeben ist, dann war – ersichtlich aus der rechtskonformen Adressierung des Niederlegungsschreibens – das Wirksamwerden der Niederlegung schlüssig vorgetragen, den tatsächlich erfolgten Zugang der Niederlegungserklärung mangels abweichender Anhaltspunkte in der Anmeldung unterstellt.

Nach bisheriger Registerpraxis war das Ausscheiden des Geschäftsführers folglich einzutragen.

An dieser Stelle nun setzt die brisante Verschärfung gegenüber der bisher landläufig geübten notariellen und registergerichtlichen Praxis ein, indem das OLG Naumburg konkrete urkundliche Nachweise auch für den erfolgten Zugang der Niederlegungserklärung verlangt. Der Senat beruft sich dafür auf den Wortlaut des § 39 Abs. 2 GmbHG, wonach „die Urkunden“ über die Beendigung der Vertretungsbefugnis der Anmeldung beizufügen sind.

Damit werden jedoch Inhalt und Umfang der sich aus § 39 Abs. 2 GmbHG ergebenden Anforderungen verkannt.

Zunächst zwingt der Wortlaut der Vorschrift keineswegs zu der Auslegung, dass jede für die eingetretene Veränderung rechtserhebliche Tatsache durch Urkundsvorlage nachzuweisen ist. Dann hätte es nahegelegen, auf das Wort „die“ vor „Urkunden“ zu verzichten. Eine Formulierung wie „der Anmeldung sind Urkunden über ... die Beendigung der Vertretungsbefugnis beizufügen“ hätte eher eine umfassende urkundliche Nachweispflicht – für

alle rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale – zum Ausdruck gebracht.

Wenn es im Gesetz demgegenüber heißt, dass „die Urkunden“ – für die eingetretene Rechtsänderung – einzureichen sind, dann spricht mehr dafür, den Wortlaut im Sinne etwa von „die (gesetzlich vorgeschriebenen, tatsächlich vorhandenen oder üblicherweise erstellten) Urkunden“ auszulegen bzw. (inhaltlich) zu ergänzen. Jedenfalls kann § 39 Abs. 2 GmbHG nicht entnommen werden, dass nur die vom OLG vorgenommene Auslegung möglich und richtig ist.

Sinn und Zweck der Vorschrift stützen ebenfalls nicht die Senatsentscheidung. Gerade im Hinblick auf die allgemein anerkannte – und vom Senat selbst bejahte – nur eingeschränkte Prüfungskompetenz des Registergerichts spricht nichts dafür, dass für die Auslegung des § 39 Abs. 2 eine gegenüber dem allgemeinen Grundsatz strengere und damit abweichende Betrachtungsweise geboten wäre.

Bei Anlegung dieses Maßstabes ist die Entscheidung dann auch im Ergebnis nicht haltbar.

Unstreitig ist, dass die Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer formfrei (vgl. BGH GmbHR 1993, 216, 217; Scholz-Schneider, 9. Aufl. 2000, § 38 GmbHG, Rn. 91), also auch mündlich erklärt werden kann (vgl. Dietsch, NotBZ 2001, 186, 188); demzufolge kann die Erklärung dem Erklärungsempfänger auch durch mündliche Übermittlung zugehen.

Dies sieht das OLG wohl ebenso, unterstellt in seiner Entscheidung aber, dass seitens der „restlichen Gesellschafter“ – gemeint sind wohl die „restlichen Geschäftsführer“ – „ohne besondere Probleme“ ein Bestätigungsschreiben oder Protokoll einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung in Urschrift beschafft bzw. vorgelegt werden könne, um der von ihm statuierten (Urkunds-) Nachweispflicht zu genügen.

Abgesehen davon, dass danach wohl auch ein Zugangsnachweis z. B. per Einschreiben-Rückschein nicht ausreichen dürfte, bleibt die Frage, wie etwa dann zu verfahren ist, wenn die betroffenen Personen – aus welchen Gründen auch immer – eine solche (schriftliche) Bescheinigung nicht ausstellen oder die Einberufung einer ordentlichen Gesellschafterversammlung kurzfristig nicht anberaumt werden kann. Soll dann wirklich – trotz eingetretener materieller Rechtswirksamkeit und entsprechender Unrichtigkeit des Handelsregisters – die Anmeldung einer rechtserheblichen Tatsache auch längerfristig ausgeschlossen sein, weil z. B. erst Klage auf Erteilung einer entsprechenden schriftlichen Bestätigung erhoben werden müsste?

Dies kann im Sinne der erwünschten und gebotenen Konformität von tatsächlichem Rechtszustand und Registerinhalt nicht richtig sein (vgl. zur Bedeutung der Rechtssicherheit insoweit ausdrücklich auch BGH, a. a. O.). Es muss daher ausreichen – und dies steht durchaus im Einklang mit der Gesetzesbestimmung und der bisherigen Rechtspraxis –, dass (vertretungsberechtigte) Geschäftsführer die Tatsache der Beendigung einer Vertretungsbefugnis anmelden, ohne dass dem Handelsregister über die Angaben zu Form und Adressat hinaus eine weiterge-

hende Prüfungspflicht bzgl. des erfolgten Zugangs der Niederlegungserklärung obliegt.

Sofern über die Niederlegungserklärung und deren Zugang tatsächlich Urkunden vorhanden sind, sind diese selbstverständlich mit der Anmeldung auch einzureichen. Sind Urkunden jedoch nicht vorhanden oder ausgestellt, genügt grundsätzlich die notariell beglaubigte Erklärung eines (vertretungsberechtigten) Geschäftsführers gegenüber dem Registergericht, dass eine Vertretungsbefugnis beendet ist.

Aus der erfolgten Anmeldung ergibt sich konkludent, dass der Geschäftsführer von der eingetretenen Rechtswirksamkeit ausgeht. Mehr hat dann auch das Handelsregister nicht mehr zu prüfen, es sei denn, Anmeldung und/oder eingereichte Unterlagen wären aus sich heraus unvollständig, widersprüchlich oder unschlüssig.

Eine strengere Betrachtungsweise mag allenfalls gerechtfertigt sein, wenn ein Geschäftsführer sein eigenes Ausscheiden – auf den Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister – anmelden will. Auch insoweit spricht aber letztlich nichts dagegen, eine schriftliche Niederlegungserklärung incl. Zugangsnachweis z. B. durch Einschreiben-Rückschein als ausreichend anzusehen.

Als Konsequenz für die notarielle Praxis dürfte sich jedoch – bis zum Vorliegen einer anderslautenden Entscheidung – zumindest eine Ergänzung der Anmeldeklärungen dahingehend empfehlen, dass konkret formuliert wird, wie die Niederlegungserklärung rechtswirksam geworden ist, also etwa durch Erklärung gegenüber (allen) Gesellschaftern, gegenüber der Gesellschafterversammlung, nicht zuletzt aber auch gegenüber der Gesellschaft selbst, und zwar vertreten durch sonstige vertretungsberechtigte Geschäftsführer.

Die h. M. (vgl. Scholz/Schneider, 9. Aufl. 2000, § 38 GmbHG, Rn. 91 m. w. N.), dass die Amtsniederlegung – korrespondierend zum Bestellsakt – nur dem Bestelungsorgan bzw. den Gesellschaftern gegenüber erklärt werden könne, ist weder durch den Gesetzeswortlaut vorgegeben noch logisch zwingend. Eigentliches „Sprach-/Hörrohr“ der Gesellschaft – außerhalb des gesetzlich besonders geregelten Bestellvorgangs (vgl. §§ 6 Abs. 3, S. 2; 46 Abs. 1, S. 5 GmbHG) ist die Geschäftsführung (vgl. § 35 Abs. 2, S. 3 GmbHG). Wenn daher in der Gesellschaft neben dem niederlegungswilligen Geschäftsführer weitere Geschäftsführer – in vertretungsberechtigter Zahl – vorhanden sind, ist es nur naheliegend und legitim, diesem (eigentlichen) Vertretungsorgan gegenüber auch die Amtsniederlegung zu erklären, wie es durchaus gängiger und empfohlener Praxis entspricht (vgl. z. B. Formularvorschlag bei Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 4. Aufl. 1999, Rn. 99). Das GmbH-Gesetz selbst enthält jedenfalls keinerlei diesbezügliche Einschränkung.

Danach wäre die Anmeldung der Beendigung der Geschäftsführung durch Niederlegungserklärung etwa wie folgt zu formulieren:

„Zum Handelsregister wird angemeldet:

Der Geschäftsführer ... hat durch schriftliche / mündliche Erklärung vom ... gegenüber der Gesellschafterversammlung/den Gesellschaftern der Gesellschaft/dem vertretungsberechtigten Geschäftsführer sein Amt als Ge-

schaftsführer mit Wirkung zum niedergelegt. Die Niederlegung ist rechtswirksam geworden. Herr ... ist nicht mehr Geschäftsführer.“

Notar Dr. Axel Maurer, Saarbrücken

12. Notarrecht – Amtssitzverlegung innerhalb eines Bundeslandes unter Wechsel des OLG-Bezirk (BGH, Beschluss vom 26. 3. 2001 – NotZ 28/00)

BNotO § 10 Abs. 1 S. 3

Es hält sich im Rahmen des insoweit der rheinland-pfälzischen Landesjustizverwaltung zustehenden Entscheidungsspielraums, wenn diese bei der Besetzung einer Notarstelle im Bezirk des Pfälzischen OLG Zweibrücken dem Antrag eines Notars aus diesem Bezirk auf Verlegung des Amtssitzes mit Rücksicht auf die Anwartschaften der dortigen Notarassessoren den Vorrang vor dem gleichem Gesuch eines Notars aus dem Bezirk des OLG Koblenz einräumt.

Zum Sachverhalt:

Die Ast., die als Notarassessorin in den Anwärterdienst für das Amt des Notars im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz übernommen wurde und das Amt einer Notarin mit dem Amtssitz in demselben Oberlandesgerichtsbezirk ausübt, bewarb sich um eine der im Justizblatt Rheinland-Pfalz (Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken) ausgeschriebenen beiden Notarstellen in S.. Mitbewerber waren – neben mehreren Notarassessoren, die der Ag. jedoch nicht mehr in die engere Auswahlentscheidung einbezog – die weiteren Bet. zu 1) und 2), beides Notare mit Amtssitz im Bezirk des Pfälzischen OLG Zweibrücken.

Mit Schreiben hat der Ag. der Ast. seine Absicht mitgeteilt, die beiden ausgeschriebenen Notarstellen den weiteren Bet. zu übertragen. Diese Auswahl – die außer Streit steht, soweit der Bet. zu 1) den Vorzug vor der Ast. bekommen soll – beruht hinsichtlich der Konkurrenz zwischen der Ast. und dem Bet. zu 2) auf folgenden Erwägungen: Bei Annahme annähernd gleicher Eignung der Bewerber käme nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des Dienstalters die Ast. mit einem Vorsprung von drei Monaten in Betracht. Dieser geringe Dienstaltersvorsprung könne hier jedoch keine entscheidungserhebliche Bedeutung haben, weil eine Verlegung des Amtssitzes der Ast., einer Notarin im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz, in den Bezirk des Pfälzischen OLG Zweibrücken zu einer Verzögerung der Ernennung eines Notarassessors und dadurch zu einer Beeinträchtigung der anwachsenden Anwartschaftsrechte der pfälzischen Notarassessoren führen würde. Demnach stünden beachtenswerte organisatorische Gesichtspunkte und Aspekte einer übergreifenden Personalplanung vorliegend einer Amtssitzverlegung der Ast. entgegen.

Die Ast. hat sich gegen den Bescheid des Ag. mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gewandt.

Aus den Gründen:

Die gem. § 111 Abs. 4 BNotO i. V. m. § 42 Abs. 4 BRAO zulässige sofortige Beschwerde der Ast. ist unbegründet. Das OLG hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit Recht zurückgewiesen, denn die von dem Ag. mit dem angefochtenen Bescheid getroffene Auswahlentscheidung ist nicht zu beanstanden. Sie wird schon von den hier in erster Linie zugrundeliegenden „personalwirtschaftlichen“ Erwägungen der Landesjustizverwaltung – ausgehend von annähernd gleichen

Leistungen der Bewerber – getragen, so dass es auf die Hilfserwägungen im Sinne eines Vorrangs des weiteren Bet. zu 2) auch unter Leistungsgesichtspunkten und die hiergegen gerichteten Angriffe der Ast. nicht ankommt.

1. Anders als bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern im Zuge der erstmaligen Bestellung eines Notars, bei der die Justizverwaltung – abgesehen von den Erfordernissen des § 7 Abs. 1 BNotO für das hauptberufliche Notariat – nur Gesichtspunkte berücksichtigen darf, die für die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers von Belang sind (§§ 6 Abs. 3, 7 Abs. 2 BNotO; vgl. nur Senatsbeschluss DNotZ 2000, 948), ist bei der Besetzung einer frei gewordenen Notarstelle durch Verlegung des Amtssitzes eines bereits bestellten Notars unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen „Beachtung der Belange einer geordneten Rechtspflege“ (§ 10 Abs. 1 S. 3 BNotO) ein weitergehender, nur beschränkter gerichtlicher Prüfung unterliegender Entscheidungsspielraum gegeben (vgl. Senatsbeschluss DNotZ 1996, 906). Wie der Senat in der genannten Entscheidung ausgeführt hat, können es Gründe der übergreifenden Personalplanung im Interesse einer geordneten Rechtspflege nahe legen, eine Amtssitzverlegung vorzunehmen oder nicht vorzunehmen.

2. Der Senat tritt dem OLG darin bei, dass der Ag. sich mit seiner Erwägung, eine Verlegung des Amtssitzes der Ast. in den Bezirk des Pfälzischen OLG Zweibrücken würde zu einer Verzögerung der Ernennung eines Notarassessors und dadurch zu einer Beeinträchtigung der anwachsenden Anwartschaftsrechte der pfälzischen Notarassessoren führen, im Rahmen des ihm gegebenen – auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden (vgl. Senatsbeschluss a. a. O.) – Entscheidungsspielraums gehalten hat.

Nach dem Grundsatz des § 65 Abs. 1 S. 1 BNotO bilden die Notare, die in einem Oberlandesgerichtsbezirk bestellt sind, jeweils eine Notarkammer. In Rheinland-Pfalz ist dieser Grundsatz aus historischen Gründen in besonderer Weise ausgestaltet worden. Es existieren in den beiden Oberlandesgerichtsbezirken mit der Notarkammer Koblenz und der Notarkammer Pfalz nicht nur zwei nach den Grenzen der beiden Oberlandesgerichtsbezirke getrennte Notarkammern. Das Notariat ist in beiden Kammern auch teilweise unterschiedlich gestaltet. Ein maßgeblicher Unterschied liegt darin, dass der Tätigkeitsbereich der Notarkasse (vgl. § 113 BNotO) nur den Bezirk des Pfälzischen OLG Zweibrücken umfasst, was unter anderem zur Folge hat, dass Notarassessoren des Kammerbezirks Pfalz im Falle eines Wechsels in den Bezirk des OLG Koblenz ihre bei der Notarkasse München erworbenen Versorgungsanwartschaften verlieren, ohne dass nach den Erläuterungen des Ag. dieser Verlust durch Nachversicherungen bei der Notarversorgungskasse Koblenz voll kompensiert werden könnte. Dementsprechend findet, wie der Ag. ebenfalls dargelegt hat, für beide Oberlandesgerichtsbezirke die – übergreifende – Personalplanung seit jeher getrennt statt: Jede der beiden Notarkammern unterrichtet das Ministerium der Justiz über die voraussichtlichen Einstellungsmöglichkeiten in ihrem Bezirk. Bewerbungen um die Aufnahme in den Anwärterdienst für das Amt des Notars haben für jeden der beiden Bezirke getrennt zu erfolgen. Werden Einstellungsanträge in beiden Oberlandesgerichtsbezirken ge-

stellt, so ist nach Möglichkeit anzugeben, in welchem Bezirk der Bewerber bevorzugt eingestellt werden möchte. Besetzungsberichte für die Besetzung von Anwärterdienststellen und von Notarstellen werden jeweils nur vom Präsidenten des örtlich betroffenen OLG unter Einbeziehung einer Stellungnahme seiner Notarkammer vorgelegt. Die Bewerberliste (vgl. § 7 Abs. 2 S. 3 BNotO) wird für beide Bezirke getrennt geführt. Es liegt nahe, dass diese Verwaltungspraxis dazu geführt hat, dass die Notarassessoren aus dem einen oder dem anderen OLG regelmäßig damit rechnen können – und sich überwiegend auch darauf eingerichtet haben werden –, jeweils im Bereich „ihrer“ Kammer in absehbarer Zeit eine Notarstelle zu bekommen.

Wenn nun, wie der Ag. dargelegt hat, im Zeitpunkt der vorliegenden Auswahlentscheidung in der Pfalz fünf Notarassessoren mit einer Dienstzeit von über drei Jahren beschäftigt waren, von denen zwei bereits über fünf Jahre, einer sogar über sechs Jahre im Anwärterdienst waren, so ist es nicht zu beanstanden, dass die Justizverwaltung im Rahmen der hier zu treffenden Entscheidung über die Besetzung der Notarstelle(n) in S. durch Amtssitzverlegung(en) dem berechtigten Bedürfnis, diesen Notarassessoren in der Pfalz Zugang zu zwei frei werdenden Notarstellen in der Pfalz zu verschaffen, den Vorrang vor dem Interesse der Ast. an einem ihrer Heimat näheren Amtssitz eingeräumt hat.

13. Kostenrecht – Geschäftswert bei Auseinandersetzung von Gesamthandsmassen

(LG Kleve, Beschluss vom 16. 1. 2001 – 4 T 333/00 – mitgeteilt von Bezirksrevisor bei dem LG, G. Timmer, Kleve)

§§ 39; 156 KostO

Für die Bemessung des Geschäftswertes bei einer Auseinandersetzung von Gesamthandsmassen ist der Gesamtwert des auseinandergesetzten Vermögens ohne Schuldenabzug maßgebend.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bf. war mit ihrem Bruder in Erbengemeinschaft Eigentümerin des Grundstücks. Durch den vom Bg. beurkundeten Vertrag hat sich die Erbengemeinschaft hinsichtlich des Grundbesitzes auseinandergesetzt. Der Bruder hat seinen Anteil an dem Grundbesitz an die Bf. gegen Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 380.000,- DM übertragen.

Der bet. Notar hat eine Kostenrechnung erstellt, in der er von einem Gesamtwert in Höhe von 760.000,- DM ausgeht.

Gegen diesen Geschäftswert wendet sich die Bf.

Aus den Gründen:

(...) Die Kostenrechnung des Notars ist zutreffend.

Der bet. Notar hat seiner Kostenberechnung zutreffend einen Geschäftswert in Höhe von 760.000,- DM zugrundegelegt.

Gem. § 39 Abs. 1 KostO bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht.

Die Bf. hat vorliegend nicht nur die Hälfte eines Hausgrundstücks von ihrem Bruder erworben, sondern es handelte sich um eine Erklärung zur Auflösung einer Erbengemeinschaft. Auf eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bezog sich die von dem Notar beurkundete Erklärung. Für die Bemessung des Geschäftswerts bei einer Auseinandersetzung von Gesamthandsmassen ist der Gesamtwert des auseinandergesetzten Vermögens ohne Schuldenabzug maßgebend, vgl. Hartmann, Kostengesetze, 30. Aufl., § 39 KostO, Rn. 26; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 14. Aufl., § 39 KostO, Rn. 38.

Zwischen den Bet. besteht Einvernehmen, dass der Wert der Erbengemeinschaft, die auseinandergesetzt werden soll, dem Wert des gemeinsamen Hausgrundstücks entspricht. Der Wert des Hausgrundstücks beträgt 760.000,- DM.

14. Steuerrecht – Schenkung bei Übernahme neuer Geschäftsanteile unter Wert

(BFH, Urteil vom 20. 12. 2000 – II R 42/99 – mitgeteilt von Notarassessor Thomas Wachter, München)

ErbStG 1974 §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 5 Nr. 3

1. Werden im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH Dritte zur Übernahme neuer Geschäftsanteile, deren gemeiner Wert die jeweils zu leistenden Einlagen übersteigt, zugelassen, ohne weitere Verpflichtungen eingehen zu müssen, sind sie mit der Eintragung im Handelsregister auf Kosten der Altgesellschafter bereichert. Die Bereicherung beruht auf einer Zuwendung der Altgesellschafter. Die Leistung der Einlagen stellt Erwerbssaufwand dar.
2. Zu den Voraussetzungen eines beachtlichen Irrtums des Schenkers über die Freigebigkeit der Zuwendung.

Zum Sachverhalt:

Die Ehefrau des Kl. errichtete mit einer weiteren Gesellschafterin eine GmbH, deren Stammkapital von DM 50.000,- auf beide Gesellschafterinnen je zur Hälfte entfiel. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom gleichen Tag gaben die Gesellschafterinnen jeweils zugunsten ihrer Ehemänner ein unbefristetes Angebot über den Verkauf ihrer Geschäftsanteile zum Preis von DM 12.500,- ab. Dazu hieß es, der Preis sei an der Höhe der derzeit auf die Stammeinlage geleisteten Zahlung ausgerichtet; sollte auf die Einlage ein höherer Betrag eingezahlt werden, erhöhe sich der Preis entsprechend.

Die Gesellschafterinnen beschlossen eine Kapitalerhöhung von DM 150.000,-, von denen sie jeweils DM 26.000,- selbst übernahmen. Darüber hinaus ließen sie ihre Ehemänner zur Übernahme neuer Einlagen von jeweils DM 49.000,- zu. Die Anteile hatten einen Wert von DM 4.119,- je DM 100,- des Stammkapitals.

In der Übernahme neuer Stammeinlagen durch die Ehemänner sah der Bkl. (das FA) gemischte Schenkungen, deren Wert er jeweils mit $(490 \times \text{DM } 4.119,- \cdot \text{DM } 49.000,-) = \text{DM } 1.969.310,-$ ermittelte. Daraus ergab sich unter Berücksichti-

gung eines Freibetrages von DM 250.000,- eine Steuer von DM 189.123,-, die das FA mit Bescheid gegen den Kl. festsetzte.

Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Der Erwerb des neuen Geschäftsanteils durch den Kl. zum Nennwert stellt nur dann eine Schenkung u. a. seitens der Ehefrau dar, wenn diese mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit gehandelt hat. Da das FG dazu keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben und die Sache an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FGO). Sollte sich der Wille zur Unentgeltlichkeit ergeben, läge keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor.

1. Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist. Im Streitfall ist der Kl. u. a. auf Kosten seiner Ehefrau bereichert.

a) Mit der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister (§ 57 Abs. 1 GmbHG) hat der Kl. einen Geschäftsanteil originär erworben, dessen Wert von Anfang an den Nennwert überstieg. Insofern ist der Kl. bereichert. Die Entstehung des neuen Geschäftsanteils in der Hand des Kl. geht auch mit einer Entreicherung der bisherigen Gesellschafterinnen – nicht allein der Ehefrau – einher. Ihre Geschäftsanteile vermittels als Folge der Entstehung neuer Anteile eine geringere quotale Beteiligung (vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Wegmann, Bd. 3, § 54 GmbHG, Rn. 22) und erfuhren darüber hinaus eine Wertminderung dadurch, dass der neue Geschäftsanteil des Kl. proportional am bisherigen Vermögen der GmbH teilhat (vgl. Roth/Altmeppen, 3. Aufl. 1997, § 55 GmbHG, Anm. 21), ohne dass dies durch den ebenfalls proportionalen Anteil der Altgesellschafterinnen an dem vom Kl. eingezahlten frischen Kapital der GmbH ausgeglichen wird (vgl. dazu auch Gottschalk, DStR 2000, 1798, unter 4.2.2.). Somit erfolgte die Bereicherung des Kl. zur Hälfte auf Kosten seiner Ehefrau.

b) Die Bereicherung des Kl. beruht insoweit auch auf einer Zuwendung seitens seiner Ehefrau. Die von den Geschäftsanteilen der Altgesellschafterinnen abgespaltenen und auf den Kl. als Neugesellschafter übergegangenen Vermögensteile können als solche nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Übertragungsgeschäfts sein. Die Vorschriften des GmbHG über die Kapitalerhöhung bewirken aber einen derartigen Vermögensübergang, der auf die Altgesellschafterinnen zurückzuführen ist. Die §§ 55 ff. GmbHG sehen für die Kapitalerhöhung ein mehrstufiges Verfahren vor. Nach außen gegenüber dem Neugesellschafter tritt dabei nur die GmbH auf, und zwar beim Abschluss des Übernahmevertrages. Er begründet für den Neugesellschafter die Verpflichtung, die übernommene Einlage zu leisten, und für die GmbH die Verpflichtung, die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister als das Ereignis, mit dem der neue Geschäftsanteil zur Entstehung gelangt, herbeizuführen. Soweit die GmbH damit über Vermögen disponiert, betrifft dies nicht ihr eigenes Vermögen, sondern das Ver-

mögen der Altgesellschafterinnen. Dazu aber haben diese die Gesellschaft durch den Zulassungsbeschluss ermächtigt, der als notwendiger Teilschritt des mehrstufigen Verfahrens der Kapitalerhöhung dem Abschluss des Übernahmevertrages vorauszugehen hat. Diese Ermächtigung stellt den Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung dar. Durch den Zulassungsbeschluss haben die Altgesellschafterinnen nämlich nicht nur ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass der Kl. als Neugesellschafter Empfänger des bei ihren Geschäftsanteilen abgespaltenen Vermögens werden soll, sondern zugleich die Gesellschaft befugt, diesen Willen mit dem dafür vorgegebenen (rechtstechnischen) Institut des Übernahmevertrages zu ihren Lasten in die Wirklichkeit umzusetzen.

c) Eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 erfordert darüber hinaus, dass die Ehefrau mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit handelte. Der Wille zur Unentgeltlichkeit oder auch Wille zur Freigebigkeit wird aufgrund der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen bestimmt (BFHE 128, 266 = BStBl II 1979, 631 = MittRhNotK 1980, 17). Zu den Umständen, die der Ehefrau des Kl. bekannt gewesen sein müssen, um nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen einen Willen zur Unentgeltlichkeit annehmen zu können, gehört die Tatsache, dass der Wert des neuen Geschäftsanteils des Kl. dessen Einlage erheblich überstieg. Dies war der Ehefrau bekannt. Sie kannte auch die weiteren Umstände, auf Grund derer der Erwerb des neuen Geschäftsanteils durch den Kl. als schenkweise erfolgt zu beurteilen ist. Gleichwohl handelte die Ehefrau in der Vorstellung, wegen des bindenden Angebots sogar zur Übertragung ihres gesamten Geschäftsanteils und damit erst recht zu einer Minderleistung in Gestalt eines von ihrem Geschäftsanteil abgespaltenen Vermögenswerts verpflichtet zu sein. Darin unterlag sie einem Irrtum, der unter der noch festzustellenden Voraussetzung beachtlich wäre, dass die mit dem Angebot eingetretene Bindung nicht ihrerseits freigebig begründet worden ist.

aa) Die Übernahme des neuen Geschäftsanteils durch den Kl. kann nicht als teilweise Annahme des Verkaufsangebots angesehen werden. Abgesehen davon, dass es sich bei dem Übernahmevertrag zwischen dem Kl. und der GmbH nicht wie bei der Anteilsveräußerung um ein Rechtsgeschäft zwischen den Eheleuten, sondern um einen Sozialakt gehandelt hat, ist der erworbene Geschäftsanteil des Kl. auch nicht teilweise identisch mit dem Gegenstand des Verkaufsangebots. Das Verkaufsangebot bezog sich auf den mit der Gesellschaftsgründung entstandenen Geschäftsanteil der Ehefrau. Dort ist nämlich von dem „vorgenannten Geschäftsanteil“ die Rede, der den bei Begründung der Gesellschaft übernommenen Anteil betrifft. Durch die Kapitalerhöhung hat der Kl. aber einen neuen Geschäftsanteil erworben, der gem. § 15 Abs. 2 GmbHG auch dann seine Selbständigkeit behalten hätte, wenn er von der Ehefrau als Altgesellschafterin übernommen worden wäre (vgl. Roth/Altmeppen, a. a. O., § 55 GmbHG, Anm. 31).

bb) Nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen aber kann die solchermaßen fehlerhafte Vorstellung der Ehefrau, zur Leistung an den Kl. verpflichtet gewesen zu sein, anders als in dem Fall, über den der BFH mit Urteil vom 2. 3. 1994 (BFHE 173, 432 = BStBl II 1994,

366, 369 = DNotZ 1994, 554) zu entscheiden hatte, ohne weitere Sachaufklärung nicht als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum gewertet werden. Der Irrtum hat nämlich in dem bindenden Übertragungsangebot (§ 145 BGB) einen realen Bezug, der diese Vorstellung auch nach den objektivierenden Maßstäben des Verkehrsüblichen im Zeitpunkt der Zuwendung beurteilt als vertretbar erscheinen lässt (vgl. dazu Schulze-Osterloh, Steuer und Wirtschaft 1977, 122, 133, 134). Nach verkehrüblicher Einsichtsfähigkeit durfte sich die Ehefrau als zur Leistung verpflichtet halten. Beachtlich ist dieser Irrtum aber nur dann, wenn die Verpflichtung, zu deren Erfüllung die Ehefrau zu handeln glaubte, nicht ihrerseits freigebig (schenkweise) eingegangen worden war. Denn wäre die Verpflichtung schenkweise eingegangen worden, stellte deren Erfüllung eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 dar. Dieser Umstand wäre in die Prüfung des Willens zur Unentgeltlichkeit nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen einzubeziehen. Da das FG keine Feststellungen dazu getroffen hat, wie es zur Abgabe der Angebote auf Übertragung der Geschäftsanteile durch die Altgesellschafterinnen gekommen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Sollte sich im Zuge der weiteren Sachaufklärung ergeben, dass die Übertragungsangebote in synallagmatischem, konditionalem oder kausalem Zusammenhang mit der Finanzierung der Gründungseinlagen der Altgesellschafterinnen durch ihre Ehemänner standen oder dass zwischen den Eheleuten jeweils ein Treuhandverhältnis mit den Ehefrauen als Treuhändern des Inhalts bestand, dass die Ehefrauen mit der Gründung einer GmbH sowie der Übernahme der Stammeinlagen beauftragt waren und es sich bei der Finanzierung der Einlagen um Vorschüsse auf die Aufwendungen gem. § 669 BGB sowie bei der Abgabe der Übertragungsangebote um eine Ergänzung oder Ersetzung der Herausgabepflicht nach § 667 BGB handelte, wäre die von der Ehefrau des Kl. eingegangene Bindung/Verpflichtung nicht freigebig begründet und der Irrtum, zu deren Erfüllung zu handeln, beachtlich. Sollte sich dagegen ergeben, dass die Übertragungsangebote schenkweise abgegeben wurden, oder sollte sich weder das eine noch das andere feststellen lassen, läge ein unbeachtlicher Irrtum und damit der Wille der Ehefrau des Kl. zur Unentgeltlichkeit vor. Allerdings wäre dann, weil die Bereicherung des Kl. nur zur Hälfte auf Kosten seiner Ehefrau erfolgt ist – im Übrigen erfolgte sie auf Kosten der anderen Altgesellschafterin –, die Steuer auf die Hälfte herabzusetzen. Insoweit läge zudem keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor. Die Leistung der Einlage durch den Kl. stellte keine teilweise Gegenleistung, sondern Erwerbsaufwand gem. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 dar. (vgl. BFH-Urteil vom 20. 12. 2000 II R 6/98, zur Veröffentlichung vorgesehen).

15. Steuerrecht – Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die rückwirkende Verlängerung der „Spekulationsfrist“

(BFH, Beschluss vom 5. 3. 2001 – IX B 90/00)

ESTG §§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1; 52 Abs. 39 S. 1
GG Art. 20 Abs. 3

Bei der im Aussetzungsverfahren nach § 69 Abs. 3 FGO gebotenen summarischen Prüfung begegnet die rückwirkende Verlängerung der Veräußerungsfrist für Grundstücke von zwei auf zehn Jahre durch § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG i. d. F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln, weil der Gesetzgeber Anschaffungsvorgänge in die Regelung einbezogen hat, für die die „Spekulationsfrist“ des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG in der vor dem 1. 1. 1999 geltenden Fassung bereits abgelaufen war.

Zum Sachverhalt:

Der Ast. hatte am 29. 8. 1990 ein Grundstück erworben, das er durch notariell beurkundeten Vertrag vom 22. 4. 1999 veräußerte, nachdem er im Oktober 1997 einen Makler mit dem Verkauf beauftragt hatte. Der Ag. (das FA) sah hierin ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG i. d. F. des StEntG 1999/2000/2002 – § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 n. F. – und unterwarf den nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG ermittelten Veräußerungsgewinn im Einkommensteuervorauszahlungsbescheid für 1999 der Einkommensteuer.

Hiergegen legte der Ast. Einspruch ein; gleichzeitig beantragte er u. a., die festgesetzte Einkommensteuervorauszahlung sowie den festgesetzten Solidaritätszuschlag von der Vollziehung auszusetzen. Mit Bescheid lehnte das FA den Antrag des Ast. auf Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts ab.

Ein Antrag des Ast. auf Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts durch das FG gem. § 69 Abs. 3 FGO hatte keinen Erfolg. Das FG ließ die Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zu.

Der Ast. legte gegen die in EFG 2000, 1004 veröffentlichte Entscheidung des FG Beschwerde ein. Das FG hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Während des Beschwerdeverfahrens hat das FA dem Ast. den Einkommensteuer-Jahresbescheid 1999 bekannt gegeben. Der Ast. hat unter gleichzeitiger Stellung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, den Bescheid gem. § 68 FGO zum Gegenstand des Verfahrens zu machen.

Aus den Gründen:

(...) 2. Die Beschwerde ist begründet.

a) Gem. § 69 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 FGO kann das Gericht der Hauptsache die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aussetzen. Ernstliche Zweifel liegen nach der st. Rspr. vor, wenn neben für die Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige, gegen die Rechtmäßigkeit sprechende Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der Rechtsfragen oder Unklarheit in der Beurteilung der Tatfragen bewirken (BFHE 175, 421 = BStBl II 1995, 778). Ernstliche Zweifel i. S. des § 69 Abs. 2 und 3 FGO können auch verfassungsrechtliche Zweifel an der Gültigkeit einer dem angefochtenen Verwaltungsakt zugrunde liegenden Norm sein (BVerfGE 12, 180, 186 = BStBl I 1961, 63; BFH/NV 1994, 324, st. Rspr.).

b) Im Streitfall ist die Aussetzung der Vollziehung in dem vom Ast. beantragten Umfang zu gewähren; die angegriffene Regelung in § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG n. F. begegnet mit Blick auf das sich aus dem Rechts-

staatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergebende grundsätzliche Verbot, rückwirkend belastende Steuergesetze zu erlassen, schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln.

Nach dem Rechtsstaatsprinzip des GG bedarf es besonderer Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Es würde den Einzelnen in seiner Freiheit gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an sein Verhalten oder an ihn betreffende Umstände im nachhinein – rückwirkend – belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt seines rechtserheblichen Verhaltens galten (BVerfGE 72, 200, 257; BVerfGE 97, 67, 78). Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Neuregelung in § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG n. F. im Streitfall eine verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige sog. „echte Rückwirkung“ oder lediglich eine regelmäßig verfassungsrechtlich zulässige „unechte Rückwirkung“ i. S. der Rspr. des BVerfG (vgl. BVerfGE 72, 200, 257 f., und BVerfGE 97, 67, 78 f.) entfaltet, da im Rahmen der gebotenen summarischen Prüfung schon bei Annahme einer unechten Rückwirkung schwerwiegende verfassungsrechtliche Zweifel bestehen.

§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG n. F. erfasst Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken und Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Diese Regelung ist nach der Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 39 S. 1 EStG i. d. F. des StEntG 1999/2000/2002 auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31. 12. 1998 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht. In den Anwendungsbereich der Neuregelung fallen auch Anschaffungsvorgänge über Grundstücke, für die die „Spekulationsfrist“ des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG in der vor dem 1. 1. 1999 geltenden Fassung – § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F. – bereits vor dem 1. 1. 1999 abgelaufen war; die streitige Norm gilt mithin auch für Grundstücke, die nach Ablauf der zweijährigen „Spekulationsfrist“ bei Erlass der Neuregelung bereits aus dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F. und damit aus der „Steuerstrickung“ ausgeschieden waren (vgl. Birk/Kulosa, FR 1999, 433; Werneckes, DStZ 1999, 479). Insoweit erfasst die Vorschrift auch eine Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen in Form einer Wertsteigerung des Privatvermögens, die in einem – bislang steuerrechtlich unerheblichen – Zeitraum zwischen der „Steuerstrickung“, d. h. dem Hinauswachsen des ursprünglich steuerbefangenen Grundstücks aus dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F., und der Veräußerung eingetreten ist.

Der Erfassung dieser Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch eine rückwirkende gesetzliche Regelung sind von Verfassungs wegen Grenzen gesetzt, die sich aus einer Abwägung zwischen dem Ausmaß des durch die Gesetzesänderung verursachten Vertrauensschadens und der Beeinträchtigung der geschützten

Grundrechtspositionen des Einzelnen einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Gemeinwohl andererseits ergeben. Schutzwürdig ist jedenfalls – vom Tag der Dispositionsentscheidung an – das betätigte Vertrauen, d. h. eine hinreichend gewichtige Investition oder wirtschaftliche Disposition des Steuerpflichtigen, die auf dem Vertrauen in das zu diesem Zeitpunkt geltende Recht beruht (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 5. 5. 1987, 1 BvR 724, 1000, 1015/81; BVerfGE 75, 246, 280 und BVerfGE 97, 67, 80). Entscheidet sich der Steuerpflichtige wegen eines vom Gesetzgeber als Subvention angebotenen steuerlichen Vorteils für ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten, das er ohne den steuerlichen Anreiz so nicht gewählt hätte und nimmt der Gesetzgeber die Verschonungssubvention für die in der Vergangenheit begründete Disposition des Steuerpflichtigen zurück, kann darin eine Verletzung verfassungsmäßig geschützter Rechte liegen (vgl. BVerfGE 97, 67, 80). Ist es aber dem Gesetzgeber dem Grunde nach verwehrt, das betätigte Vertrauen des Steuerpflichtigen auf einmal geschaffene Dispositionsgrundlagen durch rückwirkende Streichung von begünstigenden Subventionsnormen zu enttäuschen, muss es ihm erst recht von Verfassungen wegen verwehrt sein, ein vergleichbares Vertrauen durch Ausweitung einer Eingriffsnorm zu enttäuschen.

Der Steuerpflichtige kann andererseits aber nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber steuerrechtliche Freiräume für alle Zukunft aufrechterhält und eine für den Steuerpflichtigen günstige Rechtslage dauerhaft erhalten bleibt. Ein voller Schutz zugunsten des Fortbestands der bisherigen Gesetzeslage könnte den dem Gemeinwohl verpflichteten demokratischen Gesetzgeber in wichtigen Bereichen gegenüber den Einzelinteressen lähmen und das Gemeinwohl gefährden; dies würde den Widerstreit zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Blick auf den Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (BVerfGE 76, 256, 348; s. auch BFHE 168, 462 = BStBl II 1992, 983).

Das Vertrauen des Ast. auf die im Zeitpunkt der Anschaffung des Grundstücks bestehende Rechtslage ist nach Ansicht des Senats von Verfassungen wegen schutzwürdig. Der Ast. hat beim Aufbau und bei der Strukturierung seines Privatvermögens mit Rücksicht auf die bis 31. 12. 1998 geltende Gesetzeslage investiert und wirtschaftliche Dispositionen von erheblichem finanziellen Gewicht getätigt. Hierbei hat er sowohl bei Anschaffung des Grundstücks als auch im Zeitpunkt der „Steuerentstrickung“ wie auch bei der späteren Erteilung des Maklervertrages über dessen Veräußerung im Oktober 1997 auf die seit dem EStG vom 10. 8. 1925 (RGrBl I, 189) unveränderte, zu diesem Zeitpunkt gültige und ihm bekannte zweijährige Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F. vertraut. Das Vertrauen des Ast. war zu diesem Zeitpunkt auch nicht durch die Kenntnis von Umständen erschüttert worden, die auf eine Verlängerung der Spekulationsfrist durch den Gesetzgeber hindeuteten; denn die Bundesregierung hat noch im

Jahr 1996 ausdrücklich betont, an der zweijährigen Frist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F. festhalten zu wollen (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der SPD zu steuerlichen Aspekten der Wohnungsbauförderung vom 9. 1. 1996, BTDrucks 13/3446, S. 12 f.; s. auch Lüdemann/Zugmaier, DSrR 1996, 1636, 1639).

Im Streitfall führt die Anerkennung eines verfassungsrechtlich geschützten, hinreichend gewichtigen Vertrauensstatbestandes – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Vertrauen des Steuerpflichtigen auf den unveränderten Fortbestand der bisherigen Rechtslage dem Grunde nach nicht schutzwürdig ist – zwar noch nicht dazu, dass der Gesetzgeber grundsätzlich gehindert wäre, bestehende steuerrechtliche Freiräume zu schließen. Gleichwohl war er aber gehalten, bei der Verlängerung der Veräußerungsfrist für Grundstücke jedenfalls diejenigen Fälle in eine schonende, dem schützenswerten Vertrauen des Steuerpflichtigen hinreichend Rechnung tragende Übergangsregelung einzubetten, in denen – wie im Streitfall – die „Spekulationsfrist“ des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG a. F. bereits vor dem 1. 1. 1999 abgelaufen war. Der Gesetzgeber hat im Zuge der Einführung der verlängerten Veräußerungsfristen des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG n. F. keine Regelung vorgesehen, die im Streitfall zugunsten des Ast. einen schonenden Übergang zur neuen Rechtslage gewährleistet. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, inwieweit der Ast. eine seine früheren Dispositionen teilweise entwertende Gesetzesänderung aus Gründen des gemeinen Wohls und mit Rücksicht auf die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung hätte hinnehmen müssen; jedenfalls ist es vor dem Hintergrund des dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Kontinuitätsgebots verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass der Ast. im Vertrauen auf seine Vermögensdisposition völlig schutzlos gelassen wird. Zudem verbietet die rechtsstaatliche Kontinuitätsgewähr es dem Gesetzgeber, sich in Widerspruch zu seinen vorangegangenen Regelungen zu setzen und das Gesetzesvertrauen des Bürgers durch eine abrupte Kursänderung zu enttäuschen.

c) Nach Maßgabe der unter 2 b) genannten Gründe ist die Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts im Streitfall zu gewähren, da die nach Ansicht des Senats schwerwiegenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der dem angefochtenen Verwaltungsakt zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung über das Maß an Zweifeln hinausgehen, welches üblicherweise von der Rspr. für die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung für erforderlich angesehen wird.

3. Der Senat lässt es dahingestellt, ob das in der Rsp. des BFH entwickelte Merkmal des berechtigten Interesses an der Aussetzung der Vollziehung eine ausreichende Grundlage im Gesetz findet (vgl. Seer, StuW, 2001, 3, 17 f.), weil dieses im Streitfall bejaht werden kann; denn abgesehen von einem nicht erheblichen, rein fiskalisch begründeten Interesse sind keine schwierigen öffentlichen Interessen an einer Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts ersichtlich.

Mitteilungen

1. Steuerrecht – Anerkennung eines Nießbrauchs zu Gunsten minderjähriger Kinder ohne Mitwirkung eines (Ergänzungs-)Pflegers

(BMF – Schreiben vom 9. 2. 2001 – IV C 3 – S. 2253 – 18/01, veröffentlicht in: BStBl 2001 I S. 171)

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird mein Schreiben vom 24. 7. 1998 – BStBl I S. 914 zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung für alle offenen Fälle wie folgt geändert:

Rz. 4 Räumen Eltern ihren minderjährigen Kindern einen Nießbrauch an einem Grundstück ein, bedarf es in der Regel der Mitwirkung eines Pflegers, weil das mit dem Nießbrauch regelmäßig verbundene gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher neben Rechten auch Pflichten des Nießbrauchers begründet und der Nießbraucher daher nicht nur einen rechtlichen Vorteil erlangt (BFH-Urteil vom 13. 5. 1980 – BStBl 1981 II S. 297). Insbesondere der Eintritt des Nießbrauchers in die Vermieterstellung ist insoweit als rechtlich nachteilig anzusehen. Daher ist auch in den Fällen des Brutto-nießbrauchs (Rz. 14) die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich, wenn der Nießbraucher in bestehende Mietverhältnisse eintreten oder zur Vermietung verpflichtet sein soll (BMF-Schreiben vom 26. 5. 1992 – BStBl I S. 370). Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft ist nur für die Bestellung, nicht für die Dauer des Nießbrauchs erforderlich (BFH-Urteil vom 13. 5. 1980 – BStBl 1981 II S. 295).

Rz. 5 Die Bestellung des Nießbrauchs ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist in diesen Fällen jedoch ein-

kommensteuerrechtlich anzuerkennen, wenn das Vormundschaftsgericht die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers für entbehrlich gehalten hat.

2. Ausschreibung des Helmut-Schippel-Preises der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts wiederum den

Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von 10.000 DM aus. Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2002

bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2003 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor.

Buchbesprechungen

1. Stephan Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, 996 Seiten, DM 188,- (Verlag C. H. Beck, München)

Eine zusammenfassende Darstellung zum Recht der Gemeinnützigkeit, in welcher – unabhängig von der Rechtsform – der gegenwärtige Rechtszustand in Steuer-, zivil- und arbeitsrechtlicher Hinsicht umfassend dargelegt wird, fehlte bislang. Diese Lücke wird durch das Buch überzeugend geschlossen. Auf knapp 1000 Seiten spannt das Buch einen Bogen von der Darlegung der zivilrechtlichen Grundlagen des Vereins-, Stiftungs- und GmbH-Rechtes über die Erläuterung des Begriffs der Gemeinnützigkeit i. S. v. §§ 51 ff. AO, der Finanzierung gemeinnütziger Körperschaften durch Mitgliedsbeiträge, Spenden etc. und der steuerlichen Behandlung gemeinnütziger Körperschaften bis hin zur Betrachtung der arbeits-, sozialversicherungs- und lohnsteuerlichen Aspekte. Rechtsfragen der Umstrukturierung werden ebenso behandelt, wie Fragen zur Insolvenz und schließlich europarechtliche Einflüsse. Das Buch greift eine Thematik auf, die angesichts der Tendenz öffentlicher Aufgabenträger, in Zeiten knapper Kassen bestimmte Tätigkeitsfelder immer mehr privaten Organisationen zu überlassen, zunehmend an Bedeutung gewinnen wird. Nicht zuletzt deshalb hat der Gesetzgeber die steuerlichen Anreize für die Vermögensübertragung auf Stiftungen seit dem Jahr 2000 in § 10 b EStG erheblich ausgeweitet. Neben den jährlichen Spendenhöchstbeträgen von 5 % für Ausgaben zur Förderung mildtätiger, kirchlicher, religiöser, wissenschaftlicher oder besonders förderungswürdiger gemeinnütziger Zwecke bzw. 10% bei Spenden für wissenschaftliche, mildtätige oder besonders förderungswürdige kulturelle Zwecke, können Zuwendungen an Stiftungen jährlich bis zur Höhe von DM 40.000 als Sonderausgaben abgezogen werden, es sei denn, die gemeinnützige Stiftung fördert sog. Freizeitwecke i. S. v. § 52 Abs. 2 Nr. 4 AO. Überschreitet die Einzelzuwendung DM 50.000 und erfolgt sie zu wissenschaftlichen, mildtätigen oder besonders förderungswürdigen kulturellen Zwecken, besteht zudem die Möglichkeit, die Spende im Veranlagungsjahr vor der Zuwendung und in den fünf folgenden Veranlagungsjahren jährlich in Höhe von DM 40.000 abzuziehen. V. a. aber sieht der neu eingeführte § 10 b Abs. 1 a EStG nunmehr vor, dass Zuwendungen anlässlich der Neugründung einer Stiftung im Jahr der Zuwendung und in den folgenden neun Veranlagungszeiträumen auf Antrag des Stifters bis zur Höhe von DM 600.000 neben den vorgenannten Abzugsmöglichkeiten als Sonderausgaben abgezogen werden können.

Gem. § 51 AO sind ausschließlich Körperschaften bei der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke privilegiert. Dabei spielen in der Praxis der Verein, die Stiftung und die GmbH eine überragende Rolle. Die wesentlichen Entscheidungskriterien für die Rechtsformwahl werden von *Lucas van Randenborgh* dargelegt. Anders als bei der GmbH bietet die Mitgliedschaft im Verein keine eigentümerähnliche Vermögensposition. Bei der Stiftung fällt die Eigentümerstellung des Stifters am Stiftungsvermögen völlig weg. Entsprechend abgestuft sind auch die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Gesellschafters, Vereinsmitglieds und Stifters auf die Entscheidungsor-

gane. Bei der GmbH sind sie am größten, bei der Stiftung existieren sie grundsätzlich nicht, sieht man einmal von der Möglichkeit ab, dass sich der Stifter für die Dauer seines Lebens vorbehält, den Stiftungsvorstand und ggf. die Mitglieder des Beirats oder des „Kuratoriums“ selbst zu bestimmen und auszuwechseln. *Van Randenborgh* bietet anschließend einen klar gegliederten Überblick über das Vereins- und GmbH-Recht; der Herausgeber, *Stephan Schauhoff*, erläutert das Stiftungsrecht. Aus notarieller Sicht bemerkenswert ist der Hinweis von *Schauhoff*, wonach es Bestrebungen gibt, die für die Erlangung der Rechtsfähigkeit einer selbständigen Stiftung erforderliche Stiftungsgenehmigung durch die notarielle Beurkundung des Stiftungsgeschäftes zu ersetzen (so der Entwurf der FDP-Fraktion zur Reform des Stiftungsrechts, vorgestellt von *Crezelius/Rawert* in ZIP 1999, 337, 340; vgl. auch *Wochner*, MittRhNotK 1994, 94 f. m. w. N.). Vorerst genügt freilich für die Errichtung einer selbständigen Stiftung neben der Stiftungsgenehmigung für das Stiftungsgeschäft gem. § 81 BGB die einfache Schriftform. Derzeit wird der Notar mit der Errichtung einer Stiftung v. a. dann befasst sein, wenn zum Stiftungsvermögen ein Grundstück gehört oder wenn das Stiftungsgeschäft gem. § 83 BGB in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist. Soll zum einzubringenden Stiftungsvermögen auch ein Grundstück gehören, so vertritt *Schauhoff* die Ansicht, dass hierfür keine notarielle Form gem. § 313 BGB erforderlich ist. Freilich ist diese Frage sehr umstritten und höchstrichterlich nicht entschieden (vgl. auch *Wochner*, DNotZ 1996, 773 ff. m. w. N.). Der mit der Errichtung einer selbständigen Stiftung betraute rechtliche Berater sollte deshalb als sichersten Weg die notarielle Beurkundung des Stiftungsgeschäftes vorschlagen, zumal dann später, nach Entstehung der Stiftung durch Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde, zusätzlich zur 10/10 Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO für die Beurkundung des einseitigen Stiftungsgeschäftes, für die Beurkundung der unstreitig formpflichtigen Auflassung (wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung kann diese nicht zusammen mit dem Stiftungsgeschäft beurkundet werden) nur noch eine 5/10 Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO anfällt und nicht – wie sonst, wenn ihr keine Beurkundung des Stiftungsgeschäftes vorausgegangen ist – eine 20/10 Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO. Die gewünschte Kostenersparnis kehrt sich somit in ihr Gegenteil um, wenn das Stiftungsgeschäft nicht beurkundet wird. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls zitierte Entscheidung des OLG Schleswig (DNotZ 1996, 770), wonach auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft nicht beurkundet worden ist, für die Auflassung nur eine 5/10 Gebühr anfällt, ist rechtlich unhaltbar und wird von sonst niemandem vertreten (vgl. auch die Anm. von *Wochner* hierzu in DNotZ 1996, a. a. Ö.).

Wird die Errichtung der Stiftung im Rahmen eines Testaments oder Erbvertrages letztwillig verfügt, so stellt sich die Frage, inwieweit die letztwillige Verfügung vor dem Hintergrund des Bestimmtheitserfordernisses gem. § 2065 BGB schon eine Stiftungssatzung enthalten muss. Zwingend ist nur die Festlegung des Stiftungszwecks und des Stiftungsvermögens in der letztwilligen Verfügung, wenn – was in jedem Fall empfehlenswert ist – ein Tes-

tamentsvollstrecker mit der Aufgabe betraut wird, im Übrigen den Inhalt der Stiftungssatzung unter Berücksichtigung der Anforderungen der Genehmigungsbehörde festzulegen (*Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., Rn. 1004). Fehlt allerdings eine solche Regelung, so müssen nach *Schauhoff* die „Grundlinien der Stiftungsorganisation“ in der Verfügung von Todes wegen enthalten sein. M. E. kann dann aus Sicherheitsgründen nur empfohlen werden, nach vorheriger Absprache mit der Genehmigungsbehörde die gesamte Stiftungssatzung in die letztwillige Verfügung aufzunehmen (so auch *Limmer* in: *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament & Erbvertrag, 3. Aufl., Systematischer Teil D, Rn. 190). Hilfreich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, wonach der Stifter, wenn er bereits zu Lebzeiten erfahren will, ob eine von ihm von Todes wegen geplante Stiftung genehmigt wird, die Erteilung einer Zusage nach § 38 VwVfG beantragen kann, durch die sich die Stiftungsaufsichtsbehörde verpflichtet, die geplante Stiftung zu genehmigen.

Da die unselbständige, also nichtrechtsfähige Stiftung steuerlich genauso behandelt wird, wie die selbständige Stiftung, ohne jedoch der Stiftungsaufsicht zu unterliegen, nimmt sie in der Praxis einen bedeutenden Raum ein. Die dabei zu beachtenden Besonderheiten werden von *Schauhoff* ebenfalls behandelt. Die §§ 80 ff. BGB finden nicht – auch nicht analog – Anwendung. Das Stiftungsgeschäft, also der Vertrag zwischen dem Stifter und dem Rechtsträger, welcher das Stiftungsvermögen halten soll, bedarf notarieller Beurkundung, wenn es als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren ist. Dies ist der Fall, wenn ein deutliches Eigeninteresse des Rechtsträgers ersichtlich ist, das Stiftungsvermögen zu halten. In der Regel wird dies nicht der Fall sein. Dann liegt ein Treuhandvertrag vor. Da § 82 BGB nicht Anwendung findet, richtet sich die Wirksamkeit der Vermögensübertragung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.

Nach der Abhandlung dieser zivilrechtlichen Themen, bei deren Lektüre der Notar sich noch auf weitgehend vertrautem Terrain bewegt, befasst sich *Schauhoff* detailliert mit den steuerlichen Anforderungen an die Gemeinnützigkeit i. S. d. §§ 51 ff. AO. Aufgrund der gesetzlichen Definition in § 51 S. 2 können weder Personengesellschaften noch natürliche Personen den Status der Gemeinnützigkeit erlangen. Der Begriff der Gemeinnützigkeit ist zwar in § 52 AO definiert. Eine sichere Zuordnung einer Tätigkeit als gemeinnützig kann hierdurch freilich nicht erfolgen. Rspr. und Lit. haben Negativkriterien entwickelt, anhand derer man erst eine klare Beurteilung abgeben kann. So darf z. B. keine Förderung eines abgeschlossenen Personenkreises vorliegen, weshalb die Aufnahme eines neuen Mitglieds in einen Verein nicht von einem einstimmigen Beschluss der Vereinsmitglieder abhängen darf. Aufnahmebeiträge und laufende Mitgliedsbeiträge dürfen nicht zu hoch liegen. Bei Sportvereinen sind Mitgliedsbeiträge und Umlagen in Höhe von DM 2.000 je Mitglied und Jahr unschädlich. Aufnahmegebühren dürfen DM 3.000 nicht übersteigen. Für den mit der Satzungsgestaltung befassten Berater besonders wichtig ist die Beachtung des in den §§ 59, 60 AO verankerten Grundsatzes der formellen Satzungsmaßigkeit. Eine Körperschaft, deren tatsächliche Geschäftsführung zwar den Gemeinnützigkeitsvorschriften

folgt, ist nicht gemeinnützig, wenn die Satzung nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Das Buch gibt deshalb wertvolle Hinweise zur Satzungsgestaltung und enthält eine Mustersatzung für einen Verein und andere Körperschaften.

Im nächsten Abschnitt wird die Finanzierung gemeinnütziger Körperschaften durch Vermögensübertragung im Rahmen der Errichtung der Körperschaft, Spenden, Mitgliedsbeiträge, Zuschüsse und Sponsoring, Erträge aus Vermögensverwaltung sowie Zweckbetriebe i. S. v. §§ 65 ff. AO und schließlich durch steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe erläutert. Auch das Betreiben eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ist einer gemeinnützigen Körperschaft erlaubt, solange dieser Betrieb der Körperschaft nicht das Gepräge gibt.

In den nachfolgenden Kapiteln wird die Steuerpflichtigkeit der gemeinnützigen Körperschaften in den verschiedenen Steuerarten umfassend von *Bott* und *Rasche* dargestellt. An dieser Stelle soll der Hinweis genügen, dass das GrEStG keine konkrete Befreiungsvorschrift für Erwerbsvorgänge durch gemeinnützige Körperschaften enthält. Freilich gilt die allgemeine Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG für Grundstückserwerbe von Todes wegen und Schenkungen unter Lebenden und enthält § 13 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. b ErbStG) eine Befreiung von der Erbschaftsteuer für Zuwendungen an inländische gemeinnützige Körperschaften.

Das Kapitel zur gemeinnützigen Mittelverwendung ist v. a. für den mit der Verwaltung einer gemeinnützigen Einrichtung betrauten Praktiker von Bedeutung. Die tatsächliche Geschäftsführung muss auf die ausschließliche und unmittelbare Erfüllung derjenigen steuerbegünstigten Zwecke gerichtet sein, die in der Satzung aufgeführt sind. Es gilt das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung. Gem. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO müssen danach die Mittel spätestens in dem auf den Zufluss der Mittel folgenden Kalender- oder Wirtschaftsjahr verwendet werden. Vor dem Hintergrund der besonderen Anforderungen an die gemeinnützige Mittelverwendung spielt eine saubere Rechnungslegung ebenfalls eine wichtige Rolle, weshalb auch hierauf ausführlich eingegangen wird (*Hoppen*). Entsprechend den Anforderungen an ein Handbuch beschäftigt sich das Buch auch mit dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht für Mitarbeiter in gemeinnützigen Körperschaften (*Tötter*) und deren lohnsteuerliche Behandlung (*Wagner*). Für ehrenamtliche Mitarbeiter besteht zwar grundsätzlich keine Sozialversicherungspflicht. Eine Ausnahme besteht jedoch gem. § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII für Personen, die ehrenamtlich in der Wohlfahrtspflege tätig sind. Diesen Personen wird beitragsfrei Unfallversicherungsschutz gewährt.

Aus notarieller Sicht besonders interessant ist dann nochmals das Kapitel über die Umstrukturierung gemeinnütziger Körperschaften, in welchem *Schauhoff* die bei gemeinnützigen Körperschaften zu beachtenden Besonderheiten für eine Vielzahl von Fallkonstellationen herausarbeitet. Häufig kommt es zu Ausgründungen steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe aus einer gemeinnützigen Körperschaft in eine Kapitalgesellschaft, um zu vermeiden, dass dieser der gemeinnützigen Körperschaft das Gepräge gibt, so dass die Steuerfreiheit der gemeinnützigen Körperschaft selber gefährdet ist. Zivil-

rechtlich lässt sich dies zunächst über eine Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG erreichen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass gem. § 149 Abs. 2 UmwG Vereine als übernehmende Rechtsträger im Wege der Spaltung nur Vermögen anderer Vereine aufnehmen dürfen. Durch die Vorschrift soll deren ideelle Zweckbindung vor unerwünschter Kommerzialisierung geschützt werden. Eine Spaltung von einer GmbH auf einen Verein ist somit nicht möglich. Umgekehrt erlaubt es § 124 Abs. 1 UmwG – anders als im Verschmelzungsrecht – dass auch Stiftungen als übertragende Rechtsträger an einer Ausgliederung beteiligt sein können. Neben der Ausgliederung besteht die Möglichkeit, eine Ausgründung im Wege der Sacheinlage auf eine steuerpflichtige Tochtergesellschaft durchzuführen. Schließlich kann der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb von einer bar gegründeten Tochtergesellschaft abgekauft werden, was freilich zur Aufdeckung von stillen Reserven führt. Sollen die gemeinnützigen Aktivitäten verselbständigt werden, so bietet sich daneben auch eine Schenkung an. Stille Reserven werden dabei nicht aufgedeckt, wenn die Vermögensübertragung aus dem steuerbefreiten Bereich heraus erfolgt.

Auch bei Verschmelzungen gelten für Vereine und Stiftungen Besonderheiten. Gem. § 99 Abs. 2 UmwG darf ein Verein als aufnehmender Rechtsträger andere Rechtsträger als Vereine nicht aufnehmen und durch solche Rechtsträger nicht gegründet werden. Die Verschmelzungsfähigkeit ist gem. § 99 Abs. 1 UmwG ausgeschlossen, wenn die Satzung dem entgegensteht (vgl. auch § 149 Abs. 1 UmwG für die Spaltung). Stiftungen gehören gem. § 3 UmwG nicht zu den verschmelzungsfähigen Rechtsträgern. Allerdings ist in den Stiftungsgesetzen einer Reihe von Bundesländern vorgesehen, dass sich Stiftungen zusammenschließen können (vgl. z. B. §§ 12 Abs. 2, 13 Abs. 2 NWStiftG). Wenn eine gemeinnützige Tochter-GmbH mit einem gemeinnützigen Verein oder einer Stiftung fusioniert werden soll, so bleibt als Ausweggestaltung die Liquidation der GmbH, die freilich gem. § 65 Abs. 2 GmbHG Zeit braucht. Unter Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften kann auch mit der Vorabauskehrung des Vermögens begonnen werden. Zwar führt dies zu einer offenen oder verdeckten Gewinnausschüttung unter Aufdeckung stiller Reserven. Der dabei entstehende Gewinn bleibt jedoch gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG sowohl bei der gemeinnützigen Tochter-GmbH als auch bei der gemeinnützigen Mutter steuerfrei.

Das Buch schließt mit den von *Gotthardt* verfassten Kapiteln über die gemeinnützige Körperschaft in der Krise, die Beendigung der gemeinnützigen Tätigkeit sowie die konzernrechtlichen Besonderheiten und einem Abschnitt über die europarechtlichen Einflüsse (*Benicke*).

Aus dem vorstehend Gesagten wird deutlich: Unter dem Begriff „Gemeinnützigkeit“ verbergen sich eine Vielzahl rechtlicher Besonderheiten auf den unterschiedlichsten Rechtsgebieten. Den Autoren ist es gelungen, diese Besonderheiten in einem gut gegliederten Handbuch zusammenfassend darzulegen. Wer häufiger mit Rechtsfragen aus dem Bereich des Gemeinnützigkeitsrechts zu tun hat, wird deshalb gerne auf dieses Buch zurückgreifen.

2. Thomas Wachter, *Stiftungen – Zivil- und Steuerrecht in der Praxis*, 2001, 392 S., DM 168,- (Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln)

Die Zahl der Stiftungen nimmt kontinuierlich zu. Ausschlaggebend hierfür ist u. a. das „Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen“, welches Mitte letzten Jahres rückwirkend zum 1. 1. 2000 in Kraft getreten ist und mit dessen Hilfe die steuerlichen Rahmenbedingungen für Stiftungen und Stifter entscheidend verbessert wurden. Mit dem vorliegenden Werk von *Wachter* ist zu Beginn dieses Jahres das erste Buch zum Stiftungsrecht erschienen, das der neuen Rechtslage Rechnung trägt.

Inhaltlich gliedert sich das Werk in neun Teile. Der Schwerpunkt liegt hierbei zunächst auf den rechtsfähigen Stiftungen (Teil B). Neben eingehenden Ausführungen zu den zivilrechtlichen Problemen der Errichtung der Stiftung durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden sowie von Todes wegen werden auch die praxisrelevanten Fragen der Stiftungsgenehmigung und -aufsicht sowie insbesondere auch der Rechnungslegung und Publizität erörtert. Auf die umstrittene Problematik, inwieweit die Stiftungserrichtung zur Vermeidung von Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüchen geeignet ist, wird ausdrücklich hingewiesen. Die präzise Darstellung der Stiftungsverfassung wird abgerundet durch Formulierungsvorschläge für die Satzung einer rechtsfähigen Stiftung.

Zur Entlastung der staatlichen Stiftungsaufsichtsbehörden macht sich *Wachter* für die notarielle Beurkundungspflicht der Stiftungserrichtung stark (Teil B, Rd. 10 ff.). Diese ist praktisch bis heute sogar dann umstritten, wenn in die Stiftung Grundbesitz oder GmbH-Geschäftsanteile eingebracht werden. *Wachter* macht anhand von Beispielen deutlich, dass schon aus Kostengründen in diesen Fällen die Beurkundung des ganzen Stiftungsgeschäfts für den Stifter deutlich günstiger wäre (10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO für die Beurkundung des Stiftungsgeschäfts sowie 5/10 Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a bzw. 6 d KostO für die nach Erteilung der Genehmigung zu beurkundende Auflassung bzw. Abtretung der Geschäftsanteile) als die gesonderte Beurkundung der Auflassung bzw. Abtretung (doppelte Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO). Hinzu kommt vor allem die umfassende Beratung und Belehrung des Stifters durch den Notar (§17 BeurkG). Dem Anliegen, welches im übrigen auch in verschiedenen Gesetzesvorschlägen und der Forderung des Stifterverbandes für die deutsche Wissenschaft zum Ausdruck kommt, ist daher vollinhaltlich zuzustimmen.

Im Sinne der ganzheitlichen Darstellung werden sodann die steuerrechtlichen Fragen, die mit der Errichtung als auch der bestehenden Stiftung verbunden sind, eingehend behandelt (Teil B, Rd. 76 ff.). *Wachter* gibt hierzu für den Anwender in der Praxis unentbehrliche Gestaltungshinweise. Das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen ist hierbei freilich ebenso berücksichtigt wie das Steuersenkungsgesetz 2001 mit Nachträgen.

Mit der unternehmensverbundenen Stiftung und der Familienstiftung stellt *Wachter* in den Teilen C und D umstrittene, nach herrschender Meinung jedoch zulässige

besondere Anwendungsformen von Stiftungen vor. Der Schwerpunkt liegt dabei bei ersterer auf der Stiftung & Co. KG. Die Zulässigkeit der Familienstiftung differiert in den einzelnen Bundesländern stark, ein zulässiges forum shopping durch die Wahl des Sitzes der Stiftung kann das bestehende „Genehmigungsgefälle“ zwischen den einzelnen Bundesländern aber teilweise abfedern (Teil D, Rd. 5). Ein weiteres Augenmerk liegt selbstverständlich gleichermaßen auf der steuerlichen Problematik, *Wachter* gibt auch hier entsprechende Gestaltungshinweise für die steueroptimierte Familienstiftung. Auch die geplanten Gesetzesänderungen hinsichtlich dieser beiden Stiftungsformen durch die verschiedenen Gesetzesentwürfe werden dem Leser nicht vorenthalten. Praxisentsprechend erfolgt in Teil E ein kompakter Überblick über die in Deutschland weitgehend unbekanntere Anwendungsform der Bürgerstiftung, freilich schlägt *Wachter* – wie auch in allen vorangehenden und nachfolgenden Teilen – selbst hier Formulierungen für die Satzung einer solchen Stiftungsform vor.

Stiftungsrecht ist Praxisrecht – dieser Grundsatz wird durch das Werk *Wachters* in beeindruckender Weise verdeutlicht. Wie bereits der Titel des Buchs ankündigt, will *Wachter* das Stiftungsrecht daher auch praxisnah darstellen. Wissenschaftliche Streitfragen werden grundsätzlich nur zusammenfassend dargestellt, jedoch dort ausreichend erörtert, wo eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansichten insbesondere aus praktischen Gründen erforderlich erscheint (z. B. Teil B, Rd. 54 zur Rechtsnatur der Vermögensausstattung der Stiftung; Teil F, Rd. 6 ff. zur rechtlichen Einordnung der unselbständigen Stiftung unter Lebenden). Entsprechend wird der Leser im Rahmen der Darstellung nicht mit ausladenden Fußnoten überfrachtet; stattdessen gibt *Wachter* umfassend zu Beginn jedes Teils vollständige, hochaktuelle, bis zum Herbst 2000 berücksichtigte Literaturhinweise zur Vertiefung.

Seine Darstellung zur Praxis der Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden der verschiedenen Bundesländer belegt, dass noch keine Rede von einem bundeseinheitlichen Stiftungsrecht sein kann (z. B. Teil B, Rd. 12 zur Form des Stiftungsgeschäfts; Teil B, Rd. 86 ff. zu den Voraussetzungen der Erteilung der Genehmigung, Teil D, Rd. 4 ff. zur Genehmigungsfähigkeit von Familienstiftungen). Entsprechend sollte mit der zuständigen Behörde sowie auch dem zuständigen Finanzamt frühzeitig Kontakt aufgenommen werden, um die Genehmigungsfähigkeit der Stiftung und ihre steuerliche Anerkennung als gemeinnützig rechtzeitig abzuklären (s. Teil B, Rd. 86). Erschwerend kommt hinzu, dass jedes Bundesland sein eigenes Landesstiftungsgesetz hat, und diese spezifischen Landesgesetze wiederum zum Teil erheblich voneinander abweichen. Verdienstvoll hat *Wachter* am Ende des Buches (ab S. 277 ff.) nicht nur sämtliche Landesstiftungsgesetze mit weiterführenden Literaturhinweisen sowie die vollständigen Adressen samt Internetverbindungen der Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden zur erleichterten Arbeit des Benutzers aufgenommen, sondern vor allem – für den Leser besonders wertvoll – durchgehend die entsprechenden Vorschriften aller Landesgesetze eingearbeitet und mit ihren Besonderheiten berücksichtigt.

Neben den selbständigen Stiftungen inklusive ihrer besonderen Anwendungsformen wird der Leser selbstverständlich auch umfassend über die unselbständige Stiftung unter Lebenden sowie von Todes wegen unterrichtet (Teil F). Gleichgewichtig werden sodann aber auch in Teil G die stiftungsähnlichen Körperschaften, namentlich die Stiftungs-GmbH, die Stiftungs-AG und der Stiftungs-Verein als Gestaltungsmittel zur Vermeidung der Stiftungsaufsicht erörtert. In den ansonsten umfangreichen Literaturhinweisen fehlen lediglich die eigenen Veröffentlichungen des Verfassers (GmbH-StB 2000, 191 ff., 194 ff. und 252 ff.). Abrundend werden in Teil J die Ummwandlungsmöglichkeiten einer Stiftung nach den Stiftungsgesetzen wie nach dem Ummwandlungsgesetz dargestellt.

Praxisnah – vor allem auch aus notarieller Sicht – ist ein eigener Teil der Stiftung im Grundstücksverkehr gewidmet (Teil H). Da ein bundeseinheitliches Stiftungsregister mit dem Handels- oder Vereinsregister entsprechendem Vertrauensschutz bislang nicht existiert – die entsprechenden Gesetzesvorschläge, die ein solches Register fordern, werden von *Wachter* im Rahmen des Ausblicks (Teil K) vorgestellt – wird der Nachweis der Vertretungsmacht in praxi durch eine Vertretungsbescheinigung der zuständigen Aufsichtsbehörde erteilt.

Als Abschluss und Abrundung des Werkes gibt *Wachter* einen Ausblick über die geplanten Reformen des gegenwärtigen Stiftungsrechts und stellt die derzeitigen politischen Reformentwürfe und -diskussionen in der gebotenen Kürze überblicksartig dar. Die im letzten Jahr erfolgten steuerlichen Neuerungen sind nur ein erster Schritt zu einer umfassenden Reform des Stiftungsrechts, ein Schritt allerdings, der den Anreiz zur Errichtung einer Stiftung und der Einbringung von Vermögen zu gemeinnützigen Zwecken doch sehr verstärkt hat.

Mit *Wachter* hat sich dieser in vielen Bereichen noch ungeklärten, aus der Praxis entwickelten Materie des Stiftungsrechts ein ausgesprochener Kenner angenommen, der demjenigen, der sich mit Stiftungsrecht beschäftigt, bereits durch zahlreiche Veröffentlichungen wie Vortragstätigkeiten bekannt sein dürfte. Kirchliche Stiftungen, Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie ausländische Stiftungsformen sowie der Trust werden, so das Vorwort des Buches, nicht behandelt. Insbesondere letzteres ist aus Sicht des Kenners bedauerlich, ist *Wachter* doch auch gerade auf dem Gebiet der ausländischen Stiftungen durch Vorträge und Veröffentlichungen (s. DStR 2000, 474 ff. und 1037 ff.) herausragend in Erscheinung getreten.

Mit dem hervorragenden Buch gibt *Wachter* sein ausgeprägtes Wissen wie seine Erfahrungen praktischer Art der Öffentlichkeit umfassend, anschaulich und praxisnah weiter. Besonders gekennzeichnete Gestaltungshinweise geben dem Nutzer wichtige, unentbehrliche Tipps zur Gestaltung der möglichen Stiftungen. Die beigelegte CD-Rom enthält die bereits im Buch enthaltenen zehn Formulierungsvorschläge zur Errichtung einer Stiftung sowie für unterschiedliche Satzungen.

Nicht nur aufgrund seiner Aktualität, sondern vor allem auch durch die Einzigartigkeit seiner praxisorientierten Darstellung gelingt *Wachter* eine wirkliche Neuerung auf

dem boomenden Stiftungs-Büchermarkt. Das vortreffliche Werk ist sowohl dem Einsteiger, der zunächst einen Überblick über das durch landesspezifische sowie bundesrechtliche Einzelvorschriften geprägte Stiftungsrecht gewinnen will, als auch dem Kenner, der zivil- wie steuerrechtlich detaillierte Fragen beantwortet wissen wie Anregungen und Tipps erhalten möchte, ein unentbehrliches Handwerkszeug. Vielmehr noch: der *Wachter* darf in keiner Fachbibliothek fehlen. Ein besseres Praxis-handbuch ist derzeit auf dem Markt nicht erhältlich, es wird schon bald zu den Klassikern des Stiftungsrechts gehören. Wir freuen uns bereits jetzt auf die nächste Auflage.

Notarassessorin Dr. Susanne Frank, München