

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

13/1996 · Juli 1996

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 168; ZPO § 857; KO § 1 - Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung im Konkurs des Bauträgers

UmwG §§ 99, 103 - Verschmelzung zur Neugründung zweier Vereine; Zustimmungsbeschlüsse durch eine Delegiertenversammlung

Rechtsprechung

VermG § 34 Abs. 1 S. 3; VwGO § 80 - Vorläufiger Übergang des Vermögenswertes bei Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit eines Rückübertragungsbescheides

BGB §§ 313, 242 - Berufung auf einen Formmangel als Verstoß gegen Treu und

Glauben

BeurkG § 17 - Verkauf eines Grundstücks durch einen Nichtberechtigten

BGB §§ 883, 884; GBO § 78 - Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung für einen bedingten oder befristeten Auflassungsanspruch

Hinweise für die Praxis

BeurkG §§ 16 Abs. 3 S. 2, 6 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 313 S. 2 - Heilung eines wegen eines Verfahrensfehlers unwirksamen Vertrages

Aktuelles

Gesetzesentwurf über die Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz - MHbeG)

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 168; ZPO § 857; KO § 1 Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung im Konkurs des Bauträgers

I. Sachverhalt

Im Anhang einer Teilungserklärung ist ein Passus enthalten, in welchem jeder künftige Käufer von Wohnungseigentum dem Bauträger die Vollmacht erteilt, die weitere Begründung von Wohnungs-/Teileigentum durch Unterteilung eines überdimensionalen Miteigentumsanteils vorzunehmen und dabei beliebige Festlegungen bzgl. der Gemeinschaftsordnung in anderen Bauabschnitten einschließlich der Tiefgaragenanlage zu treffen. Für die zu errichtende Wohnanlage waren insgesamt fünf Bauabschnitte vorgesehen. Während des vierten Bauabschnittes ist der Bauträger in Konkurs gegangen. Der Konkursverwalter beabsichtigt, das in die Konkursmasse gefallene Sondereigentum an einen Kaufinteressenten zu veräußern. Dieser möchte das Projekt, einschließlich des fünften Bauabschnittes, fertigstellen. Zur Durchführung des fünften Bauabschnittes entsprechend den Vorstellungen des Kaufinteressenten sind grundlegende Änderungen der Teilungserklärung erforderlich, welche sich inhaltlich auf den fünften Bauabschnitt beschränken. Die in dem Anhang zur Teilungserklärung enthaltene Vollmacht ist von den Käufern aus den vorangegangenen Bauabschnitten im jeweiligen Kaufvertrag bestätigt worden. Angesichts der hohen Zahl der Käufer aus den ersten Bauabschnitten macht der Kaufinteressent seinen Erwerb davon abhängig, daß er die für den fünften Bauabschnitt erforderlichen Änderungen

der Teilungserklärung ohne Mitwirkung der bisherigen Käufer durchführen kann.

II. Frage

1. Kann eine dem Bauträger eingeräumte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung in dessen Konkurs vom Konkursverwalter ausgeübt werden?

2. Ist bei einer unwiderruflichen Vollmacht der Konkurs des Bevollmächtigten ein wichtiger Grund, welcher den Widerruf der Vollmacht rechtfertigt?

III. Rechtslage

1. Der Konkursverwalter kann im Konkurs des Bauträgers eine diesem erteilte Vollmacht im Namen des Vollmachtgebers ausüben, wenn die Vollmacht zur **Konkursmasse** gehört. Gem. § 1 Abs. 1 KO ist Konkursmasse das gesamte dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörende pfändbare Vermögen. Das unpfändbare Vermögen gehört grundsätzlich nicht zur Konkursmasse (Kilger/Karsten Schmidt, KO, 16. Aufl. 1993, § 1 Anm. 1 c). **Für die Frage, ob eine dem Gemeinschuldner erteilte Vollmacht zur Konkursmasse nach § 1 Abs. 1 KO gehört, kommt es daher entscheidend darauf an, ob die Vollmacht pfändbar ist.**

a) Soweit die Zwangsvollstreckung nicht körperliche Sachen, Forderungen oder Ansprüche auf Herausgabe von Sachen betrifft, erfolgt die **Vollstreckung in andere Vermögensrechte nach § 857 ZPO**. Danach sind als Vermögensrechte zu pfänden Rechte aller Art, die einen Vermögenswert derart verkörpern, daß die Pfandverwertung zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen kann. Nicht pfändbar nach § 857 ZPO sind Persönlichkeitsrechte, Familienrechte,

Mitgliedsrechte ohne Vermögenswert und die Einziehungsermächtigung als Handlungsbefugnis (Zöller/Stöber, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 857 Rz. 2). Die Frage, ob Vollmachten nach § 857 ZPO pfändbar sind, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

aa) Zum Teil wird die Vollmacht für unpfändbar gehalten (Stöber, Forderungspfändung, 11. Aufl. 1996, Rz. 1782; Wiczorek, ZPO, 2. Aufl. 1981, § 857 Anm. B II b 2; Vortmann, Pfändung von Kontovollmachten, NJW 1991, 1038 f. für die Kontovollmacht); die Vollmacht sei durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, nicht aber Vermögensgegenstand, der der Zwangsvollstreckung unterliege (Stöber, a.a.O.).

bb) Überwiegend wird die Frage differenziert beurteilt. So wird vorgebracht, Einzelbefugnisse könnten grundsätzlich nicht selbständig gepfändet werden, sondern dürften mit der Pfändung des Rechts, zu dem sie gehörten, vom Gläubiger ausgeübt werden, soweit sie nicht personengebunden seien; dahin gehöre z. B. die Vollmacht, deren Pfändbarkeit aber zu bejahen sei, wenn sie einem Vermögenserwerb des Schuldners vom Vollmachtgeber diene (Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 857 Rz. 3). Teilweise wird vorgebracht, das Recht aus einer Vollmacht sei pfändbar, wenn die Ausübung von einem Dritten erfolgen könne (Zöller/Stöber, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 857 Rz. 2). Schließlich wird die Vollmacht dann für pfändbar gehalten, wenn sie im Interesse des Bevollmächtigten unwiderruflich erteilt worden ist und ihre Ausübung Dritten überlassen werden kann (Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 54. Aufl. 1996, Grundzüge § 704 Rz. 113).

cc) Das **BayObLG** hat in einer Entscheidung (Rpfler 1978, 372 f.) festgestellt, **die Pfändbarkeit der Vollmacht könne allenfalls dann bejaht werden, wenn sie im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden sei**. Dies ist nach Ansicht des BayObLG dann der Fall, **wenn die Erteilung der Vollmacht dem Erwerb von Vermögenswerten des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten dienen soll**. Ohne diese Voraussetzung könne die Vollmacht aber nicht als Gegenstand des Vermögens angesehen werden, der der Zwangsvollstreckung unterliege. Offengelassen wurde vom BayObLG jedoch, ob noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Pfändbarkeit der Vollmacht zu bejahen (BayObLG, a.a.O., 372).

dd) Ausgehend von dieser Entscheidung des BayObLG dürfte im vorliegenden Fall die Pfändbarkeit der Vollmacht zu bejahen sein, da die Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung allein im Interesse des Bauträgers erteilt wurde. Dieser Fall dürfte u. E. daher dem vom BayObLG als Beispiel genannten Fall für eine im Interesse des Bevollmächtigten erteilte Vollmacht vergleichbar sein, daß die Vollmacht dem Erwerb von Vermögenswerten des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten dienen soll.

Ist die Vollmacht danach pfändbar, so gehört sie zur Konkursmasse mit der Folge, daß sie im Konkurs des Bauträgers vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann. Ob im Streitfall allerdings auch ein Gericht zu diesem Ergebnis kommen wird, kann im Hinblick auf die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen, sehr unterschiedlichen Auffassungen nicht abschließend beantwortet werden. Zudem ist zu berücksichtigen,

daß das BayObLG ausdrücklich offengelassen hat, ob über die Tatsache hinaus, daß die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden sein muß, weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Pfändbarkeit der Vollmacht bejahen zu können.

b) Unabhängig davon, ob die Vollmacht zur Konkursmasse gehört, kann die dem Gemeinschuldner erteilte Vollmacht im Konkurs des Gemeinschuldners jedenfalls dann durch den Konkursverwalter ausgeübt werden, wenn **die Vollmacht dahin gehend ausgelegt werden kann, daß sie im Falle des Konkurses den Konkursverwalter zur Vertretung des Vollmachtgebers ermächtigt** (vgl. BayObLG Rpfler 1978, 372, 373). Äußerungen der Rechtsprechung oder Literatur, in welchen Fällen eine derartige Auslegung in Betracht kommt, liegen allerdings nicht vor.

2. Es ist allgemein anerkannt, daß **auch eine unwiderrufliche Vollmacht stets aus wichtigem Grund widerrufen werden kann** (Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl. 1996, § 168 Rz. 6). Äußerungen der Rechtsprechung oder Literatur unmittelbar zu der Frage, ob der Konkurs des Bauträgers ein wichtiger Grund zum Widerruf der ihm in der Teilungserklärung und in den Bauträgerverträgen erteilten Vollmacht ist, liegen, soweit ersichtlich, nicht vor. **Ob ein wichtiger Grund zum Widerruf einer Vollmacht gegeben ist, hängt grundsätzlich maßgeblich von dem Inhalt der Vereinbarungen ab, die der Vollmachterteilung zugrunde lagen** (BGH WM 1969, 1009 ff.; Soergel/Leptien, 12. Aufl. 1988, § 168 Rz. 26). Berücksichtigt man hier die der Vollmachtserteilung zugrundeliegenden Vereinbarungen, so dürfte u. E. davon auszugehen sein, daß allein der Konkurs des Bauträgers keinen wichtigen Grund zum Widerruf der ihm in der Teilungserklärung und in den Bauträgerverträgen erteilten Vollmacht darstellt. Die Vollmachtserteilung diene hier unmittelbar den Interessen des Bauträgers, nur mittelbar aber den Interessen der Käufer: Durch die Erteilung der Vollmacht an den Bauträger sollte die weitere Veräußerung von Wohnungs- bzw. Teileigentum aus späteren Bauabschnitten sichergestellt werden. Die Interessen der Käufer aus den ersten Bauabschnitten werden u. E. durch die dem Bauträger erteilten Vollmachten nicht unmittelbar berührt, da sie eine Veränderung der bereits verkauften Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten nicht ermöglichen, sondern nur die weitere Unterteilung des dem Bauträger vorbehaltenen überdimensionalen Miteigentumsanteils und eine entsprechende Gestaltung der Gemeinschaftsordnung der späteren Bauabschnitte einschließlich der Tiefgaragenanlage. Zudem ist zu berücksichtigen, daß die Fertigstellung des Projekts, auch wenn sie nicht durch den Bauträger selbst erfolgt, auch im Interesse der Käufer liegt. Insgesamt dürfte u. E. daher allein der Konkurs des Bauträgers keinen wichtigen Grund für den Widerruf der ihm erteilten Vollmachten darstellen.

UmwG §§ 99, 103

Verschmelzung zur Neugründung zweier Vereine; Zustimmungsbeschlüsse durch eine Delegiertenversammlung

I. Sachverhalt

Zwei Vereine sollen auf einen neuen, dadurch gegründeten Verein verschmolzen werden. Die Mitglieder beider Vereine sollen Mitglieder des neuen Vereins werden. Beide Vereine haben hohe Mitgliederzahlen; eine Mitgliederversammlung abzuhalten ist aufwendig und schwierig. Die Satzung des einen Vereins sieht deshalb anstelle der Mitgliederversammlung eine sogenannte Delegiertenversammlung vor; sie übernimmt die im Gesetz vorgesehenen Aufgaben der Mitgliederversammlung. Jede Bezirksgruppe des Vereins schickt für je angefangene 50 Mitglieder einen Delegierten. Auch die Satzung des neuen Vereins soll eine Delegiertenversammlung vorsehen. Der Entwurf des Verschmelzungsvertrages soll den Versammlungen für den Zustimmungsbeschluß vorgelegt werden.

II. Fragestellung

Kann die Delegiertenversammlung des einen Vereins den Zustimmungsbeschluß zur Verschmelzung fassen?

III. Rechtslage

Nach § 103 UmwG bedarf die Verschmelzung von Vereinen eines Zustimmungsbeschlusses der Mitgliederversammlung. Zu der Frage, ob die Zuständigkeit für diesen Zustimmungsbeschluß von der Mitgliederversammlung auf eine Delegiertenversammlung in einem Verein übertragen werden kann, nehmen die beiden derzeit vorhandenen Kommentierungen zum neuen Umwandlungsgesetz keine Stellung (siehe hierzu Dehmer, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl. 1996, § 103, und Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, 1995, § 103). Bei *Reichert/van Look* (Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 6. Aufl. 1995, Rn. 2252 c) heißt es hierzu:

„Der Verschmelzungsvertrag wird nur wirksam, wenn die Mitglieder der beteiligten Vereine ihm durch Beschluß (Verschmelzungsbeschluß) in einer Versammlung zustimmen.“

Dies deutet darauf hin, daß *Reichert* eine Übertragung der Zuständigkeit auf ein anderes Organ wohl ablehnt. Ausdrücklich nimmt er aber auch nicht zu dieser Frage Stellung. Unseres Erachtens dürften folgende Grundsätze maßgeblich sein:

1. Das neue Umwandlungsgesetz als zwingendes Recht

Nach § 1 Abs. 3 UmwG kann von den Vorschriften des neuen Umwandlungsgesetzes nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich zugelassen wird. In den Materialien zum Umwandlungsgesetz heißt es hierzu (Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 44; kritisch hierzu: Bermel, in: Goutier/Knopf/Tulloch, a.a.O., § 1 Rn. 72):

„Abs. 3 stellt klar, daß die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zwingendes Recht enthalten. Der Wortlaut ist an § 23 Abs. 5 AktG angelehnt. Für Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist eine solche Vorschrift neu. Diese Einschränkung der Parteiautonomie ist bei so einmaligen und für die betroffenen Unternehmen einschneidenden

Vorgängen, wie es Umwandlungen sind, im Interesse der Klarheit und Sicherheit der Regelung erforderlich.“

§ 1 Abs. 3 UmwG verbietet damit parteiautonome Regelungen in Umwandlungsverträgen und in den Organisationsstatuten der beteiligten Rechtsträger, soweit derartige Gesetzesabweichungen nicht explizit vom Umwandlungsgesetz zugelassen werden (vgl. Dehmer, a.a.O., § 1 Rn. 30). Zwingender Natur sind nach § 1 Abs. 3 UmwG vor allem die Zuständigkeitsverteilungen zwischen den Organen und diejenigen Vorschriften, die dem Gläubiger- und Minderheitenschutz dienen (Dehmer, a.a.O., § 1 Rn. 31; Bermel, in: Goutier/Knopf/Tulloch, a.a.O., § 1 Rn. 76). § 103 UmwG sieht vor, daß die Verschmelzung von Vereinen eines Zustimmungsbeschlusses der Mitgliederversammlung bedarf. Eine Öffnungsklausel im Sinne von § 1 Abs. 3 UmwG enthält § 103 S. 2 UmwG nur für Erschwerungen des Beschlußerfordernisses, wie etwa höhere Mehrheitserfordernisse (siehe hierzu Dehmer, a.a.O., § 103 Rn. 1). **Hieraus folgt, daß wegen des Grundsatzes der Gesetzesstrenge im neuen Umwandlungsgesetz die Übertragung der Zuständigkeit für den Verschmelzungsbeschluß auf ein anderes Vereinsorgan grundsätzlich unzulässig ist.** § 1 Abs. 3 UmwG begrenzt damit die Satzungsautonomie, die im Vereinsrecht für die Organisation des Vereins gilt (vgl. § 40 im BGB; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl. 1987, § 40 Rn. 1; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 75).

2. Die Übertragung des Zustimmungsbeschlusses auf die Delegiertenversammlung als Ausnahme

Es fragt sich, ob eventuell etwas anderes für die Übertragung des Zustimmungsbeschlusses auf die Delegiertenversammlung bei Großvereinen gilt. Eine solche Ausnahme ließe sich damit rechtfertigen, daß man, **wie im Genossenschaftsrecht, die Vertreterversammlung/Delegiertenversammlung als eine Spezialform der Generalversammlung/Mitgliederversammlung ansieht** (vgl. hierzu § 43 a GenG, Hettrich/Pöhlmann, Genossenschaftsgesetz, 1995, § 43 a Rn. 3; Lang/Weitmüller, Genossenschaftsgesetz, 32. Aufl. 1988, § 43 a Rn. 5).

In diese Richtung gehen diejenigen Stimmen im Schrifttum (Soergel/Hadding, a.a.O., § 32 Rn. 3; Reichert, in: Reichert/van Look, a.a.O., Rn. 2687; RGRK-Steffen, BGB, 12. Aufl. 1982, § 32 Rn. 3; Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl. 1993, Rn. 221; OLG Frankfurt ZIP 1985, 215), die davon ausgehen, daß in Abweichung von den §§ 25 ff. BGB (vgl. auch § 40 BGB) eine die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung verdrängende Vertreterversammlung (vgl. hierzu Reichert/van Look, a.a.O.) im Verein gebildet werden kann, die an die Stelle der Mitgliederversammlung tritt (so ausdrücklich Hadding, a.a.O.) und die alle Befugnisse besitzt, die nach dem Gesetz und der Satzung der Mitgliederversammlung zustehen. Gesetzlich geregelt ist eine derartige Vertreterversammlung dabei jedoch nur für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (vgl. § 29 VAG) und für politische Parteien (siehe §§ 9, 13 Parteiengesetz). Als Voraussetzung der Einführung einer Vertreterversammlung wird dabei gefordert, daß die Vertreterversammlung ihre Rechtsgrundlage in der Vereinssatzung haben muß und darüber hinaus ihre Förmlichkeiten in der Satzung geregelt sein müssen. Weiter will *Reichert* (Reichert/van Look,

a.a.O., Rn. 2687) die Einführung der Vertreterversammlung auf diejenigen Fälle beschränken, in denen die Mitgliederzahl so groß ist, daß eine Mitgliederversammlung nicht mehr sinnvoll abgehalten werden kann. Ein interessanter Ansatz zur rechtsdogmatischen Begründung der Zulässigkeit der Einführung einer die Mitgliederversammlung verdrängenden Delegiertenversammlung findet sich auch bei *Reuter* (MünchKomm, BGB, 3. Aufl. 1993, § 32 Rn. 4). Er wendet § 43 a GenG analog an, soweit die Arbeitsfähigkeit der Mitgliederversammlung durch hindernde Umstände beeinträchtigt ist. Entgegen der herrschenden Meinung spricht er sich sogar dafür aus, daß ab gewissen Größenordnungen eine Delegiertenversammlung obligatorisch einzuführen ist (allerdings in bezug auf die alte Fassung des § 43 a GenG, wonach Genossenschaften mit einer Mitgliederzahl über 3.000 obligatorisch eine Delegiertenversammlung zu bilden hatten; diese Regelung ist durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.12.1993 (BGBl I, S. 2182) allerdings abgeschafft worden).

Kann damit **nach der herrschenden Meinung die Mitgliederversammlung durch Satzungsregelung durch eine Delegiertenversammlung ersetzt werden**, sprechen unseres Erachtens gute Gründe dafür, daß auch die Zuständigkeit für den Zustimmungsbeschluß zum Verschmelzungsvertrag auf die Delegiertenversammlung übertragen werden kann, soweit eine entsprechende Satzungsausgestaltung des Vereins dies vorsieht. Die **Delegiertenversammlung ist dabei als besondere Ausgestaltung der Mitgliederversammlung als oberstes Organ des Vereins anzusehen**, und nicht als zusätzliches fakultatives Vereinsorgan. Dies gilt insbesondere dann, wenn man auf sie mit *Reuter* § 43 a GenG analog anwendet. Dieses Ergebnis läßt sich unseres Erachtens noch durch folgende Argumentationen erhärten: Würde man in jedem Falle einen Zustimmungsbeschluß der Mitgliederversammlung verlangen, würden Großvereine von den Möglichkeiten der Verschmelzung nach dem neuen Umwandlungsgesetz faktisch ausgeschlossen. Ab gewissen Größenordnungen können nämlich Mitgliederversammlungen in Großvereinen heute faktisch nicht mehr durchgeführt werden (vgl. zu den Problemen Sauter/Schweyer, a.a.O., Rn. 216; MünchKomm-Reuter, a.a.O., § 32 Rn. 3 f.). Ferner spricht für die Kompetenzübertragungsmöglichkeit, daß der Gesetzgeber sich mit der Regelung des § 103 UmwG an § 33 Abs. 1 S. 1 und § 41 S. 2 BGB orientiert hat. Heißt es doch in den Materialien zum neuen UmwG (Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 137):

„Die für die Verschmelzung erforderliche Mehrheit soll, wie in § 33 Abs. 1 S. 1 BGB, bei der Satzungsänderung und in § 41 S. 2 BGB bei der Auflösung mit drei Vierteln der erschienenen Mitglieder festgelegt werden.“

Für die Satzungsänderung und den Auflösungsbeschluß ist aber anerkannt, daß diese Kompetenzen auf die Delegiertenversammlung übertragen werden können (siehe hierzu Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl. 1996, § 33 Rn. 2; Soergel/Hadding, a.a.O., § 33 Rn. 6; Reichert/van Look, Rn. 2056). Dies ist besonders in bezug auf die Regelung des § 40 BGB bedeutsam. Im Umkehrschluß zu § 40 BGB geht nämlich die herrschende Meinung davon aus, daß § 41 BGB eine zwingende Regelung sei und daher die Kompetenz für den Auflösungsbeschluß nicht anderen Organen als der Mitgliederversammlung übertragen werden könne (vgl. MünchKomm-Reu-

ter, a.a.O., § 41 Rn. 12; Reichert/van Look, a.a.O., Rn. 56; Sauter/Schweyer, a.a.O., Rn. 354; RGRK-Steffen, a.a.O., § 41 Rn. 2; Erman/Westermann, BGB, 9. Aufl. 1993, § 41 Rn. 2; anderer Ansicht Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 41 Rn. 4; Soergel/Hadding, a.a.O., § 41 Rn. 3, die meinen, daß die Regelung des § 41 BGB dispositiv sei und daher die Kompetenz auch auf andere Organe übertragen werden könne). Wenn damit aber die herrschende Meinung die Übertragung der Kompetenz für den Auflösungsbeschluß trotz der zwingenden Vorschrift des § 41 BGB auf die Delegiertenversammlung für zulässig erachtet (so ausdrücklich Reichert/van Look, a.a.O., Rn. 2056), muß dies auch für die Regelung des § 103 UmwG gelten. Erklären läßt sich dies nur dadurch, daß die Delegiertenversammlung als spezielle Ausgestaltung der Mitgliederversammlung angesehen wird und nicht als ein anderes Organ des Vereins. Hierfür spricht zuletzt, daß das Umwandlungsgesetz für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit als Spezialform des eingetragenen Vereins die Übertragung der Zustimmungskompetenz auf die Vertreterversammlung anerkennt. So sehen die §§ 112, 116 UmwG vor, daß die Zustimmungsbeschlüsse zur Verschmelzung beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit durch die oberste Vertretung gefaßt werden. Dies kann entweder die Mitgliederversammlung sein oder auch eine Vertreterversammlung (vgl. Dehmer, a.a.O., § 112 Rn. 2). Gleiches wird man für Großvereine fordern müssen, die abweichend vom gesetzlichen Statut des Vereins eine Delegiertenversammlung haben. Nach alledem dürfte unserer Ansicht nach die Übertragung der Zuständigkeit für den Verschmelzungsbeschluß durch die Satzung auf eine Delegiertenversammlung jedenfalls für Großvereine, bei denen eine Mitgliederversammlung faktisch nicht mehr durchführbar ist, zulässig sein. Hinsichtlich der Frage, wann ein derartiger Großverein vorliegt, kann man sich an § 43 a Abs. 1 GenG orientieren, der ab 1.500 Mitgliedern die Ersetzung der Generalversammlung durch eine Delegiertenversammlung erlaubt. Wir weisen jedoch darauf hin, daß im Hinblick auf § 1 Abs. 3 UmwG und im Wege eines argumentum e contrario auch die gegenteilige Auffassung mit guten Gründen vertretbar ist.

3. Grenzen

Unseres Erachtens bestehen jedenfalls Besonderheiten für den Fall, daß es durch die Verschmelzung des Vereins zu einer Änderung seines Vereinszwecks kommt. In diesem Fall liegt es nahe, die Regelung des § 275 Abs. 1 UmwG auch auf die Verschmelzung eines Vereins analog anzuwenden. Unseres Erachtens enthält nämlich § 103 UmwG für diesen Fall eine Lücke. Der Gesetzgeber ist anscheinend davon ausgegangen (vgl. die Bezugnahme in der Begründung des Entwurfs auf § 33 S. 1 BGB, s. o.), daß der Verschmelzungsbeschluß nur den Charakter einer einfachen Satzungsänderung habe. Nicht gesehen hat der Gesetzgeber dagegen, daß es durch die Verschmelzung auch zur Änderung des Vereinszwecks kommen kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Verbandszweck des aufnehmenden Rechtsträgers ein anderer ist als der des übertragenden Vereins. Für derartige Änderungen des Vereinszwecks sieht aber § 33 S. 2 BGB im Gegensatz zu § 33 S. 1 BGB ein Einstimmigkeitserfordernis vor. Diese Unterscheidung ist unseres Erachtens dem Gesetzgeber bei der Schaffung der Regelung des § 103 UmwG nicht bewußt geworden, es liegt insoweit eine Gesetzeslücke vor. Diese Lücke kann u. U. durch eine analoge Heranziehung des Rechtsgedankens des § 275 UmwG geschlossen werden. Bei dieser Regelung hat der Gesetzgeber

anders als bei § 103 erkannt, daß Umwandlungsvorgänge auch zu einer Änderung des Vereinszwecks führen können (vgl. hierzu Gesetzesbegründung bei Ganske, a.a.O., S. 283). Er hat hieraus die Konsequenzen gezogen und je nachdem, ob der Vereinszweck von der Umwandlung betroffen ist oder nicht, die Mehrheitserfordernisse für den Zustimmungsbeschluß zu dem Umwandlungsvorgang unterschiedlich ausgestaltet. Nach § 275 Abs. 1 UmwG ist danach für einen Formwechsel des Vereins mit Änderung des Vereinszwecks entsprechend § 33 S. 2 BGB Einstimmigkeit beim Zustimmungsbeschluß erforderlich, im übrigen reicht eine satzungändernde Mehrheit entsprechend § 33 S. 1 BGB. In entsprechender Anwendung des § 275 Abs. 1 UmwG wird man fordern müssen, daß in denjenigen Verschmelzungsfällen, die zu einer Änderung des Vereinszwecks führen, analog § 275 Abs. 1 UmwG ein einstimmiger Zustimmungsbeschluß erforderlich ist. Für die Fälle, in denen nach den vorgesagten Ausführungen ein einstimmiger Zustimmungsbeschluß erforderlich ist, dürfte unseres Erachtens die Übertragung der Kompetenz für den Zustimmungsbeschluß auch auf die Delegiertenversammlung ausgeschlossen sein. Bei der Zustimmung durch die Delegiertenversammlung kann nämlich die Wahrung der Einhaltung des Einstimmigkeitserfordernisses aller Mitglieder nicht sichergestellt werden (vgl. zu einer ähnlichen Fallkonstellation - gleichzeitige Auswechslung aller Vereinsmitglieder (Mitgliederverbände) durch deren Einzelmitglieder - BGH WM 1980, 1044).

Rechtsprechung

VermG § 34 Abs. 1 S. 3; VwGO § 80 Vorläufiger Übergang des Vermögenswertes bei Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit eines Rückübertragungsbescheides

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Rückübertragungsbescheides durch das Amt für offene Vermögensfragen führt zum vorläufigen Übergang des Vermögenswertes auf den Berechtigten.

Mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Bescheides, der die Rückübertragung des Eigentums zum Gegenstand hat, entsteht zwischen dem Berechtigten und dem Verfügungsberechtigten das Rechtsverhältnis des Eigentümers zum nicht berechtigten Besitzer.

BGH, Urt. v. 12.04.1996 - V ZR 310/94
Kz.: L VI 2 - § 34 VermG

Problem

Nach § 34 Abs. 1 S. 1 VermG gehen mit der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung über die Rückübertragung von Eigentumsrechten oder sonstigen dinglichen Rechten die Rechte auf den Berechtigten über, soweit nicht in dem VermG selbst etwas anderes bestimmt ist. Ist die Entscheidung für sofort vollziehbar erklärt worden, so gilt nach S. 3 der Vorschrift die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung als bewilligt. In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung zu einer, wenn auch nur vor-

läufigen, Verlagerung des Eigentumsübergangs auf den Berechtigten führt, oder ob § 34 Abs. 1 S. 3 VermG die Anordnung des S. 1 unberührt läßt, den Berechtigten mithin auf die Möglichkeit verweist, sein künftiges Recht durch Vermerke im Grundbuch zu sichern (vgl. hierzu SächsOVG VIZ 1995, 244; VG Leipzig VIZ 1994, 552; VG Meiningen ZOV 1993, 460). Relevant ist dieser Streitpunkt für die Frage, ob durch die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Rückübertragungsbescheides zwischen den Parteien ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gem. §§ 987 ff. BGB zustande kommt.

Lösung

Nach Auffassung des BGH mißt § 34 Abs. 1 S. 3 VermG der **Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtsübertragende Wirkung** bei, läßt allerdings offen, ob daraus folgt, daß der Widerspruch zugunsten des Verfügungsberechtigten einzutragen ist. Der BGH begründet dieses Ergebnis mit einer teleologischen Auslegung des § 34 Abs. 1 S. 3 VermG, wonach die Rückübertragung des Vermögenswertes durch (privatrechts-)gestaltenden Verwaltungsakt erfolgt. Die Konzeption des Zweiten VermRÄndG hält danach einerseits an der Grundregel des § 34 Abs. 1 S. 1 VermG fest, wonach der (endgültige) Eigentumswechsel erst mit der Unanfechtbarkeit des Bescheides eintritt, läßt jedoch andererseits einen Eigentumsübergang bereits vorher, allerdings nur aufgrund besonderer Anordnung und nur mit vorläufiger Wirkung, zu. Dadurch bleibt das Anliegen des Gesetzgebers in seiner ursprünglichen Fassung, einen unerwünschten Wechsel des Eigentums vor Abschluß des Rückübertragungsverfahrens zu vermeiden, im Grundsatz gewahrt. Andererseits eröffnen § 33 Abs. 6 S. 3, § 34 Abs. 1 S. 3 VermG die Möglichkeit, bereits vor Abschluß des Verfahrens vor den Vermögensämtern oder den Gerichten in geeigneten Fällen die Rechtsübertragung herbeizuführen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Rückübertragungsbescheides hat damit an Bedeutung gewonnen. Für die rechtsbegründende Wirkung der sofortigen Vollziehbarkeit sprechen nach Auffassung des BGH auch deren praktische Folgen, auch wenn eine vorläufige Eigentumsübertragung, selbst wenn sie durch Eintragung des Berechtigten als Eigentümer im Grundbuch dokumentiert wird, zur Kreditgrundlage regelmäßig nicht geeignet sein wird.

BGB §§ 313, 242

Berufung auf einen Formmangel als Verstoß gegen Treu und Glauben

Ist der Auftrag zur Ersteigerung eines Grundstücks unter dem Gesichtspunkt einer Erwerbspflicht des Auftraggebers nach § 313 BGB formbedürftig, so kann die Berufung des Beauftragten auf den Formmangel wegen dieser Erwerbspflicht des Auftraggebers gegen Treu und Glauben verstoßen (Bestätigung von BGHZ 85, 245 und 127, 168, 175). Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos; vielmehr bedarf es jeweils einer wertenden Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, bei der nicht nur die berechtigten Interessen des Auftraggebers, sondern auch diejenigen des Beauftragten zu berücksichtigen sind.

BGH, Urt. v. 02.05.1996 - III ZR 50/95
Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Problem

Bedarf ein Rechtsgeschäft nach § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung, wird diese Form jedoch nicht gewahrt, so ist Rechtsfolge des Formmangels regelmäßig die Nichtigkeit des Vertrages, § 125 BGB. **Ausnahmsweise können der Berücksichtigung des Formmangels jedoch die Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB entgegenstehen.** Zwar dürfen gesetzliche Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer acht gelassen werden; Ausnahmen sind jedoch insoweit zulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen. Das Ergebnis muß - nach einer von der Rechtsprechung ständig verwandten Formel - für die betroffenen Parteien nicht bloß hart, sondern **schlechthin untragbar** sein. Ausgangspunkt der vorliegenden Entscheidung war ein vom Kläger behaupteter Vortrag an den Beklagten, ein bestimmtes Grundstück für ihn, den Kläger, zu ersteigern. Wegen der damit verbundenen Erwerbspflicht des Klägers hätte dieser Auftrag der notariellen Beurkundung nach § 313 S. 1 BGB bedurft. Fraglich war, ob es dem Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt war, sich auf diesen Formmangel zu berufen.

Lösung

Der BGH hat bereits in BGHZ 85, 245 ff., 251/252 entschieden, daß der Beauftragte sich gegen den Herausgabe verlangenden Auftraggeber unter bestimmten Umständen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf den Formmangel berufen könne. **Da der Formzwang für die Erwerbsverpflichtung des Auftraggebers nicht dem Schutz des Beauftragten diene, seien Fälle denkbar, in denen es mit Treu und Glauben schlechterdings nicht zu vereinbaren wäre, wenn der Beauftragte das in Ausführung des Auftrags erworbene Eigentum unter Berufung auf eine dem Schutz des Auftraggebers dienende Formvorschrift nunmehr für sich behalten könnte.** Diese Rechtsprechung hat der BGH in der Folgezeit durchgängig bestätigt (zuletzt BGHZ 127, 168 ff., 175). Im weiteren tritt der BGH jedoch dem Mißverständnis entgegen, wonach in solchen Fällen stets ohne Rücksicht auf den Formmangel ein Anspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten auf Übereignung des treuhänderisch erworbenen Grundstücks gegeben sein soll. Vielmehr **bedürfe es jeweils einer wertenden Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls**, bei der nicht nur die berechtigten Interessen des Auftraggebers, sondern auch diejenigen des Beauftragten zu berücksichtigen seien. Im vorliegenden Fall hielt der BGH eine Berufung auf Treu und Glauben durch den Auftraggeber nicht für gerechtfertigt, da der Beklagte das Grundstück entgegen dem ihm ursprünglich erteilten Auftrag, dieses im Namen des Klägers zu erwerben, im eigenen Namen erworben habe und sich dadurch dem vollen Risiko ausgesetzt habe, den gesamten Kaufpreis aufbringen zu müssen. Anders als in den bislang vom BGH entschiedenen Fällen, wo jeweils der Erwerb des Grundstücks durch den Beauftragten mit Mitteln des Auftraggebers getätigt worden war, sah hier der BGH den wesentlichen Unterschied zu den vorangegangenen Entscheidungen.

BeurkG § 17

Verkauf eines Grundstücks durch einen Nichtberechtigten

Beurkundet ein Notar den Verkauf eines Grundstücks mit Auflassung durch einen Nichtberechtigten, muß er die Beteiligten über das Erfordernis einer Genehmigung des Berechtigten und die Folgen bei Versagung der Genehmigung belehren. Behauptet der Notar, die Belehrung sei bei der Beurkundung entbehrlich gewesen, weil er bereits etwa zwei Monate zuvor telefonisch auf diese Umstände aufmerksam gemacht habe, trifft ihn die Beweislast.

BGH, Urt. v. 25.04.1996 - IX ZR 237/95

Kz.: L III 2 - § 17 BeurkG

Problem

In dem vorliegenden Urteil geht der BGH auf die Frage ein, wen die **Beweislast** hinsichtlich des Unterlassens einer erforderlichen Belehrung durch den Notar trifft.

Lösung

Grundsätzlich hat der Geschädigte darzulegen und zu beweisen, daß der Notar eine erforderliche Belehrung unterlassen hat (BGH WM 1990, 115 f.; BGH WM 1996, 84/86). Im vorliegenden Fall ist jedoch nach Auffassung des BGH die Beweislast umgekehrt. **Nach Auffassung des BGH entfällt die Belehrungspflicht, wenn die Beteiligten sich - etwa aufgrund einer früheren Belehrung - über die Tragweite ihrer Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren sind und die konkrete Vertragsgestaltung gleichwohl ernsthaft wollen.** Da es sich um eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des § 17 BeurkG handelt, hat die Voraussetzung dieser Ausnahme **im Streitfall der Notar zu beweisen** (BGH WM 1995, 118 ff.; BGH WM 1996, 518 f.; vgl. auch Haug DNotZ 1995, 411, 413 f.).

Zugrunde lag der Entscheidung ein Kaufvertrag mit Auflassung über ein Grundstück, das einer Erbengemeinschaft gehörte, deren Mitglieder teilweise erst noch ermittelt werden mußten. Soll die Veräußerung gleichwohl zuvor bereits beurkundet werden, so gibt es zwei Möglichkeiten: entweder tritt einer der Miterben zugleich als vollmachtloser Vertreter für die unbekannteten Miterben auf (§ 177 BGB), oder er verfügt im eigenen Namen, also als Nichtberechtigter (§ 185 BGB). In jedem Fall hat nach Auffassung des BGH der Notar mit den Beteiligten die Bedenken zu erörtern, die sich daraus ergäben, daß ein Miterbe das Grundstück entweder nur als vollmachtloser Vertreter der unbekannteten Miterben oder als Nichtberechtigter veräußern könne, § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG. Beide Male hänge der Erfolg des Geschäftes davon ab, ob die unbekannteten Miterben - bzw. die ihre Interessen wahrnehmenden Nachlaßpfleger - die Genehmigung erteilten. Darüber sind die Beteiligten grundsätzlich bei der Beurkundung zu belehren. Der Notar, der dies unterlassen hat, muß die Vorkenntnis der Beteiligten beweisen.

BGB §§ 883, 884; GBO § 78

Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung für einen bedingten oder befristeten Auflassungsanspruch

Durch eine vom gegenwärtigen Rechtsinhaber bewilligte Vormerkung sicherbar sind auch solche von ihm durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Ansprüche, die aufgrund vereinbarter Bedingung oder Befristung nicht

von ihm selbst, sondern erst von seinen Erben zu erfüllen sind.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.1996 - 3 Wx 171/96
Kz.: L I 1 - § 883 BGB

Problem

Die Beteiligte zu 1) hat durch Vertrag vom 15.12.1995 ihren Grundbesitz unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs den Beteiligten zu 2) und 3) übertragen. Neben der Eintragung des Eigentumswechsels und des Nießbrauchs im Grundbuch hat der Notar die Eintragung einer im Vertrag bewilligten (Rück-)Auflassungsvormerkung beantragt, weil sich die Erwerber für den Fall des Eintritts bestimmter Bedingungen zur Rückübertragung des Grundbesitzes verpflichtet hatten. Hierzu hieß es in dem Vertrag abschließend: „Im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge tritt der Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle des Erwerbers.“ Diese Vereinbarung wurde durch das Grundbuchamt beanstandet, weil nicht eindeutig zu erkennen sei, ob auch der Gesamtrechtsnachfolger des Erwerbers - durch Vertrag zu Lasten Dritter - verpflichtet werden sollte.

Lösung

Das **OLG Hamm** hat mit Urteil vom 20.09.1994 (DNotI-Report 1/1995, S. 6) entschieden, daß eine Vormerkung, die einen Auflassungsanspruch sichern solle, der für den Fall des Verstoßes des Erben des Grundstückseigentümers gegen ein von diesem mit Wirkung gegenüber seinem Rechtsnachfolger übernommenes schuldrechtliches Verfügungsverbot begründet worden sei, nicht im Grundbuch eintragungsfähig sei. Die Erstreckung der Vormerkung auf den Rechtsnachfolger des eingetragenen Eigentümers scheitere an dem allgemeinen Grundsatz, daß der Anspruch, der durch Vormerkung gesichert werden solle, gegen denjenigen bestehen müsse, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen sei. Nach Auffassung des **OLG Düsseldorf** war diese Entscheidung für den vorliegenden Fall weder vorgreiflich noch vergleichbar. Das Gericht kommt im Ergebnis zur Eintragungsfähigkeit der bewilligten Rückauflassungsvormerkung. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf soll im vorliegenden Fall eine Rückauflassungsvormerkung nicht für die Erben der Beteiligten zu 1) und/oder zu Lasten der Gesamtrechtsnachfolger der Beteiligten zu 2) und 3) - für gegen diese gerichtete (künftige) Ansprüche - eingetragen werden. Durch die einzutragende Vormerkung soll vielmehr ein - bedingter - Rückauflassungsanspruch der Beteiligten zu 1) gegen die Beteiligten zu 2) und 3) gesichert werden. Die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung werde auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß nach der im Vertrag insoweit getroffenen Regelung „im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge ... der Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle des Erwerbers“ trete und damit nach Darstellung der Beteiligten klargestellt werden solle, daß die Gesamtrechtsnachfolger gegebenenfalls auch in die durch eine Verpflichtung zur Rückauflassung sanktionierten vertraglichen Bindungen der Beteiligten zu 2) und 3) einträten. Es gehe um die Eintragung einer Vormerkung zu Lasten der Beteiligten zu 2) und 3) zur Sicherung eines gegen diese gerichteten bedingten Anspruchs. **Ob für den zukünftigen Fall einer Gesamtrechtsnachfolge auf Erwerberseite die eingetragene Vormerkung auch gegen die Erben fortwirke und die Haftung für den vorgemerkten Anspruch auf diese übergehe, sei für**

die Zulässigkeit der Eintragung der Vormerkung ohne Bedeutung. Im übrigen werde die Fortwirkung einer Vormerkung gegen den Erben von § 884 BGB im Prinzip vorausgesetzt. Durch eine vom gegenwärtigen Rechtsinhaber bewilligte Vormerkung seien auch solche von ihm durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Ansprüche sicherbar, die aufgrund einer im Rechtsgeschäft vereinbarten Bedingung oder Befristung nicht von ihm selbst, sondern erst von seinen Erben zu erfüllen seien. Dem stehe weder der Grundsatz der Identität des Schuldners des vorgemerkten Anspruchs mit dem Grundstückseigentümer noch die Unzulässigkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter entgegen. Bei Eintragung der Vormerkung richte sich der vorgemerkte Anspruch gegen den Erblasser, der zugleich Eigentümer des betroffenen Grundstücks sei. Die - künftige - Forthaftung der Gesamtrechtsnachfolger der Beteiligten zu 2) und 3) für die von diesen im notariellen Vertrag schuldrechtlich übernommenen Verpflichtungen trete kraft Gesetzes ein und beruhe nicht auf einem Vertrag zu Lasten Dritter (vgl. zur Problematik auch Amann, Keine Vormerkung eigenständiger Übereignungspflichten des Erben oder des jeweiligen Eigentümers, DNotZ 1995, 252).

Hinweise für die Praxis

BeurkG §§ 16 Abs. 3 S. 2, 6 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 313 S. 2
Heilung eines wegen eines Verfahrensfehlers unwirksamen Vertrages

Wird bei der Beurkundung eines Kaufvertrages über Wohnungseigentum mit Auflassung einer der Beteiligten als Dolmetscher herangezogen, so stellt sich die Frage, ob dieser Verfahrensfehler durch den Vollzug der Urkunde und die Wahrung im Grundbuch geheilt werden kann.

1. An die Unparteilichkeit des Dolmetschers sind dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Unparteilichkeit des Notars selbst. Ein Dolmetscher ist also aus denselben Gründen ausgeschlossen, nach denen auch ein Notar ausgeschlossen wäre, § 16 Abs. 3 S. 2 i. V. m. §§ 6, 7 BeurkG. Danach sind Beteiligte, die imstande wären, dem sprachunkundigen Beteiligten die Niederschrift zu übersetzen, als Dolmetscher ausgeschlossen, § 16 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG.

2. Eine Beurkundung, die unter Mitwirkung einer ausgeschlossenen Person erfolgt ist, ist unwirksam (vgl. hierzu Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, Rz. 9; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 16 Rz. 18, § 6 Rz. 12; Kei-

del/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B BeurkG, 12. Aufl. 1986, § 16 Rz. 21). Mit der Feststellung der Unwirksamkeit des Beurkundungsaktes ist aber noch nicht entschieden, ob auch die Willenserklärung nichtig ist. Es ist hier streng das formelle und materielle Recht zu unterscheiden (vgl. hierzu Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 6 Rz. 12). **Ob die Unwirksamkeit der Beurkundung auch die der Willenserklärung zur Folge hat, richtet sich nach materiellem Recht.** Danach ist Nichtigkeit stets gegeben bei vorgeschriebener notarieller Beurkundung, §§ 125 ff. BGB.

Danach ergibt sich aus dem fehlerhaften Beurkundungsverfahren die Unwirksamkeit der Beurkundung nach § 313 S. 1 i. V. m. § 125 BGB.

3. Allerdings ist der Mangel durch den Vollzug der Urkunde im Grundbuch geheilt, **§ 313 S. 2 BGB**. Danach haben eine wirksame Auflassung sowie eine wirksame Eintragung zusammen heilende Wirkung (vgl. hierzu Staudinger/Wufka, 13. Aufl. 1995, § 313 Rz. 240). Allerdings kann nur eine rechtswirksame Auflassung die Heilung ermöglichen (RGZ 111, 239; 137, 352; BGHZ 29, 9; 47, 270; BGH NJW 1968, 1928). **Da aber die Beurkundung der Auflassung nicht Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist, ist eine Auflassung daher auch dann gültig, wenn die Beurkundung unterblieben ist oder nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht** (Demharter, GBO, 21. Aufl. 1995, § 20 Rz. 27; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 20 Rz. 115; BayObLG Mitt-BayNot 1994, 39/40; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 247). Danach berührt weder ein verfahrensrechtlicher Verstoß gegen § 13 BeurkG noch ein Verstoß gegen § 6 BeurkG die materielle Wirksamkeit der vor einem Notar erklärten Auflassung (siehe hierzu Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 6 Rz. 8; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 247; Staudinger/Pfeifer, 13. Aufl. 1995, § 925 Rz. 80; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 20

Rz. 115). So hat der BGH mit Urteil v. 05.12.1956 (BGHZ 22, 312 ff.) entschieden, daß **auch die vor einem nach §§ 6, 7 BeurkG von der Beurkundung ausgeschlossenen Notar erklärte Auflassung materiell wirksam ist**. Berührt danach selbst die Mitwirkung eines von der Beurkundung ausgeschlossenen Notars die Wirksamkeit der Auflassung nicht, so berührt u. E. auch die Mitwirkung eines von der Beurkundung ausgeschlossenen Dolmetschers die Wirksamkeit der Auflassung nicht. Somit haben der Vollzug der Urkunde und deren Wahrung im Grundbuch zur Heilung des Kaufvertrages geführt.

Aktuelles

Gesetzesentwurf über die Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenschaftsbeschränkungsgesetz - MHbeG)

Das Bundeskabinett hat am 07.05.1996 den Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger“ (MHbeG) beschlossen. Danach soll die Haftung gerade volljährig Gewordener für Verbindlichkeiten, die Eltern in ihrem Namen eingegangen sind, künftig auf das bei Vollendung des 18. Lebensjahres vorhandene Vermögen beschränkt sein. Diese in § 1629 a BGB neu vorgesehene Regelung orientiert sich dabei an der erbrechtlichen Haftungsbegrenzung auf das Nachlaßvermögen.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 13.11.1995 über die Beschränkung der Haftung Minderjähriger kann beim DNotI unter **Kz.: L I 1 - § 1629 a BGB** angefordert werden.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

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