

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10/1997 · Mai 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 53; BGB § 321 - Vollzug der Auflassung bei einseitigem Widerruf, Verzugszinsen; Anmerkung Dr. Wolfsteiner

BGB §§ 145, 158 Abs. 1, 315 - Angebot an einen noch zu benennenden Dritten

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 434 - Rechtsmangel bei Wohnungseigentum

BGB §§ 133, 164 - Vollmacht zur Änderung einer Teilungserklärung

BeurkG §§ 52, 54; ZPO §§ 767, 794 - Erteilung der Vollstreckungsklausel und Prüfungspflicht de Notars

Aktuelles

Änderung der KostO für Umwandlungen

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 53; BGB § 321

Vollzug der Auflassung bei einseitigem Widerruf, Verzugszinsen

I. Sachverhalt

Im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages wurde der Kaufpreis fälliggestellt. Zwischenzeitlich sind in fünfstelliger Höhe Verzugszinsen aufgelaufen. Im Kaufvertrag ist die Anweisung enthalten, daß der Notar die Umschreibung vornehmen soll, wenn ihm die Zahlung des Gesamtkaufpreises (ohne evtl. Verzugszinsen) nachgewiesen ist. Der Verkäufer begehrt vom Notar, daß dieser erst umschreibt, wenn ihm auch die Zahlung der Verzugszinsen nachgewiesen ist. Er beruft sich auf § 321 BGB.

II. Frage

1. Ist § 321 BGB einschlägig?
2. Kann der Notar die Eintragung der Auflassung veranlassen?

III. Rechtslage

1. Es wird unterstellt, daß die in Ziff. I. in indirekter Rede wiedergegebene Formulierung der Notaranweisung der im Kaufvertrag niedergelegten Bestimmung entspricht. In der Literatur werden auch folgende Formulierungen vorgeschlagen:

"Der Notar wird angewiesen, die Eintragung des Eigentumswechsels erst zu veranlassen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ... ist" (so Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., A I Ziff. 180); *"die Vertragsteile beauftragen den Notar, diese Urkunde zur Eintragung der Auflassungsvormerkung sofort dem Grundbuchamt vorzulegen,*

zur Eigentumsumschreibung erst, wenn nachgewiesen ist, daß der Kaufpreis bezahlt ist" (so Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rz. 355); *"zur Sicherung der Kaufpreiszahlung weisen die Beteiligten den beurkundenden Notar gemäß §§ 51, 53 BeurkG an, Ausfertigungen ... erst herauszugeben, wenn der Restkaufpreis ohne eventuelle Verzugszinsen auf dem Notar-Anderkonto eingegangen ist ..."* (Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, Ziff. I 1, § 4 Abs. 11).

2. Dem Notar obliegt gemäß § 53 BeurkG die **Ampflicht, aufgenommene Urkunden, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen, wenn nicht die Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen.** Da die Auflassung keine einseitige, sondern eine zweiseitige Willenserklärung ist, darf der Notar von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde zum Vollzug nur absehen, wenn der Veräußerer und der Erwerber dies übereinstimmend verlangen. Nach überwiegender Meinung ist der Notar an eine Weisung nur gebunden, wenn sie alle Beteiligten gemeinsam erteilen (vgl. BGH DNotZ 1958, 29 ff.; OLG Hamm DNotZ 1987, 166 f.; OLG Köln OLGZ 1990, 397 ff., 401; OLG Hamm MittRhNotK 1994, 183 f.; Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, 12. Aufl. 1986, § 53 Rz. 19; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 53 Rz. 10).

3. Haben die Vertragsteile den Notar übereinstimmend angewiesen, die Auflassungsurkunde erst vorzulegen, nachdem der Verkäufer dem Notar mitgeteilt hat, daß er den Kaufpreis erhalten hat, oder wenn die Kaufpreiszahlung durch Bankbestätigung nachgewiesen worden ist, so erfordert diese Sicherung eine **besondere Betreuungstätigkeit.** Übernimmt der Notar diese Betreuungstätigkeit, haftet er für ihre sorgfältige Erledigung nach den Regeln der notariellen Praxis (Albrecht, a.a.O., Rz. 353). Der Vorbehalt der Eigentumsumschreibung

setzt einen besonderen Treuhandauftrag durch beide Vertrags-
teile an den Notar voraus. Ist dieser Auftrag in der Nieder-
schrift des Kaufvertrages aufgenommen, ist damit die Einrei-
chungspflicht des Notars nach § 53 BeurkG aufgehoben
(Albrecht, a.a.O., Rz. 356). An ihre Stelle tritt die Pflicht aus
dem übernommenen Treuhandauftrag. Nach dem geschilderten
Sachverhalt enthält der fragliche Kaufvertrag eine Regelung,
wonach der Notar die Auflassung erst vorlegen darf, wenn ihm
die Zahlung des Kaufpreises *ohne Zinsen* bestätigt bzw. vom
Erwerber glaubhaft nachgewiesen wurde. Damit dürfte die
Formulierung dem Muster von *Schippel* im Beck'schen For-
mularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht
(6. Aufl. 1995, II. B. 1, S. 138) entsprechen:

*„Die Vertragsteile weisen den amtierenden Notar an, diese Ur-
kunde dem Grundbuchamt zur Eintragung der Auflassung erst
vorzulegen, wenn der Verkäufer die Bezahlung des gesamten
Kaufpreises ohne evtl. Zinsen bestätigt hat oder der Käufer dies
durch Vorlage von Einzahlungsquittungen nachweist.“*

Auch nach Auffassung von *Brambring* (DAI-Skript „Intensiv-
kurs für Anwaltsnotare“, Band I, 1996, S. 236) sollte die Zah-
lung von Verzugszinsen nicht zur Voraussetzung für die Ei-
gentumsumschreibung gemacht werden (a. A. Eckhardt, Zum
„Vorbehalt der Eigentumsumschreibung“ beim Kaufvertrag,
DNotZ 1983, 96 ff.).

4. Enthält der Kaufvertrag keine ausdrückliche Regelung zu der Frage, ob die Vorlage der Auflassung beim Grundbuchamt auch die Zahlung etwaiger Verzugszinsen voraussetzt, so ist fraglich, ob der Notar bei Streit über die Zahlung der Zinsen zur Vorlage beim Grundbuchamt berechtigt ist. Nach einem Urteil des *OLG Köln* vom 05.02.1986 (MittRhNotK 1986, 269) ist der Notar befugt, im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung die Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung zu verweigern, solange Verkäufer und Käufer darüber streiten, ob der Kaufpreis in voller Höhe erbracht ist. Es sei nicht Aufgabe des Notars, diesen Streit zu entscheiden. Auch nach Auffassung von *Haug* (Die Amtshaf-
tung des Notars, 1989, Rz. 622) darf der Notar die Einreichung zurückstellen, wenn zwischen den Parteien Streit besteht über die vollständige Kaufpreiszahlung. Entscheidend sei dabei die Formulierung im Kaufvertrag. Nach einem (unveröffentlichten) Beschluß des *LG Wuppertal* vom 17.11.1987 hat der Notar einzureichen, wenn als Bedingung nur die Zahlung des reinen Kaufpreises ohne Zinsen vereinbart war. Der Gegenanweisung des Veräußerers, der Zinsen forderte, durfte der Notar demnach nicht folgen. Nach Auffassung von *Haug* (a.a.O.) erscheint dieser Beschluß bedenklich, weil nicht auf die Anrechnung nach § 367 BGB eingegangen wurde. Diese Bedenken sind allerdings wohl dann nicht gerechtfertigt, wenn in der Urkunde ausdrücklich geregelt ist, daß die Zahlung etwaiger Zinsen nicht Voraussetzung für die Vorlage beim Grundbuchamt ist, da hierin eine von der Auslegungsregel des § 367 BGB abweichende Vereinbarung bzgl. der Tilgungswirkung von Zahlungen des Käufers zu sehen ist.

5. Enthält der Kaufvertrag eine ausdrückliche Regelung, wonach die Vorlage der Auflassung beim Grundbuchamt nicht die Zahlung der Zinsen voraussetzt, so ist u. E. der Notar zur Vorlage berechtigt, auch wenn er Kenntnis davon hat, daß Verzugszinsen bzw. Säumniszuschläge nicht

rechtzeitig bezahlt wurden. Der BGH hat wiederholt ent-
schieden, daß der Notar den ihm erteilten Treuhandauftrag
genauestens zu erfüllen hat; ein Ermessen steht ihm nicht zu.
Peinliche Genauigkeit bei Treuhandgeschäften ist eine für den
Notar grundlegende Pflicht (BGH DNotZ 1987, 556). Insbe-
sondere bei der Abwicklung einer Hinterlegung verfügt der
Notar nach der Rechtsprechung des BGH über keinerlei Er-
messensspielraum. Entsprechendes dürfte für jeden anderen
Treuhandauftrag und damit auch für den der Vorlagesperre zu-
grundeliegenden Treuhandauftrag gelten.

Allerdings hat der *BGH* in seinem Urteil vom 22.11.1977 (WM
1978, 190 ff.) darauf hingewiesen, daß der Notar sich zwar im
allgemeinen streng an die Hinterlegungsanweisung zu halten
habe, er bei unsachgemäßen Anweisungen jedoch auf die
entsprechenden Gefahren aufmerksam machen müsse. Ihn
treffe deshalb zwar regelmäßig die Pflicht, die zu treuen Hän-
den empfangenen Geldbeträge schon dann auszahlen, wenn
die dafür festgelegten sachgemäßen Bedingungen erfüllt seien.
Ausnahmsweise müsse der Notar jedoch auch in solchen Fällen
von der Auszahlung absehen, wenn für ihn erkennbar sei, daß
die Partei, die das Geld bei ihm hinterlegt bzw. auf Anderkonto
eingezahlt hat, möglicherweise aus einem erst jetzt ersichtlich
gewordenen Umstand durch eine Auszahlung geschädigt wer-
den könne. Dies ist vom Reichsgericht bereits für den Fall
bejaht worden, daß die Vertragsgrundlage zwischen den
Beteiligten streitig geworden ist (RG NotZ 1937, 259). Der
BGH ist der Auffassung, daß dasselbe zu gelten habe, wenn der
Notar wegen des inzwischen verdichteten Verdachts eines
Betrugs zu Lasten des Einzahlers Anlaß habe, dessen Belange
für gefährdet zu halten. Er müsse dann den Gefährdeten auf die
möglicherweise drohenden Gefahren hinweisen. Im weiteren
hat der BGH ausgeführt, daß diese Pflicht des Notars nicht
dadurch entfalle, daß seine Kenntnis von den bestehenden
Gefahren nur auf Wahrnehmungen aus anderen
Amtsgeschäften beruhe, über die er gem. § 18 Abs. 1 BNotO
zur Verschwiegenheit gegenüber jedermann verpflichtet sei.
Denn das Verschwiegenheitsgebot gelte nicht ausnahmslos und
ohne Rücksicht auf die betroffenen Interessen. Ein Notar müsse
ein unter seine Schweigepflicht fallendes Wissen sogar voll
preisgeben, wenn er damit strafbare Handlungen verhindern
könne. Der BGH verlangt in solchen Fällen keine Preisgabe des
Wissens durch den Notar, sondern nur den allgemeinen
Hinweis darauf, daß er angesichts zwischenzeitlicher Vorgänge
Veranlassung sehe, dem Betroffenen anheim zu stellen, die
Beleihungsfähigkeit zu überprüfen. Ein solcher Hinweis sei bei
Eintreten der Gefahr geboten und mit der Schweigepflicht
durchaus vereinbar.

6. Ersucht der Verkäufer den Notar, die Urkunde nicht dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen, so stellt sich die Frage nach der Beachtlichkeit einer solchen einseitigen Weisung. Die Problematik erscheint insoweit vergleichbar mit dem einseitigen Widerruf von Weisungen bei der Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto (vgl. dazu Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, S. 144 ff. m.w.N.). Im Hinblick auf den einseitigen Widerruf von Weisungen wird hier sowohl vertreten, daß dieser stets beachtlich sei, als auch, daß er nur zu berücksichtigen sei, wenn das Kausalgeschäft als nichtig zu betrachten sei. Das *OLG Düsseldorf* (MittRhNotK 1994, 185 ff.) hat bei der vergleichbaren Situation eines mehrseitigen Verwahrungsverhältnisses die Auffassung ver-

treten, daß ein Notar im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis von der Ausführung einer unwiderruflichen Auszahlungsanweisung abzusehen habe,

- wenn sich ernsthafte Bedenken gegen die Wirksamkeit bzw. den Vollzug des Kausalgeschäftes ergäben, oder
- wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorlägen, daß der Notar bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, oder
- wenn dem Käufer durch die Auszahlung des Kaufpreises ein unwiederbringlicher Schaden drohe.

7. Für den einseitigen Widerruf von Weisungen in Ansehung eines Notaranderkontos wird empfohlen (vgl. Haug, a.a.O., Rz. 717 ff.; Weingärtner/Schöttler, Dienstordnung für Notare, 7. Aufl. 1995, § 11 Rz. 152 d), **daß der Notar den Beteiligten rät, eine einstweilige Verfügung gegen den Zahlungsempfänger mit dem Ziel zu erwirken, der Weisung auf weitere Verwahrung auf Anderkonto zuzustimmen bzw. den Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO zu gehen;** zweckmäßig gebe der Notar den Beteiligten einen Vorbescheid und kündige an, wie er zu verfahren gedenke, wenn nicht binnen einer zu bestimmenden Frist Beschwerde nach § 15 BNotO eingelegt werde.

Nach unserer Ansicht könnte dieser Weg auch für den vorliegenden Fall eingeschlagen werden (so auch Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1996, § 53 Rz. 15 m.w.N.). Der Notar könnte bzw. sollte danach den Beteiligten mitteilen, ob er in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Vertrages den Urkundsvollzug vornimmt. Es spricht wohl einiges dafür, daß der Notar bei einem drohenden Schaden den Beteiligten darauf hinzuweisen und ihm die Möglichkeit gerichtlichen Vorgehens (einstweilige Verfügung) deutlich zu machen hat. Ein endgültiges Einstellen des Vollzuges wird er nicht vornehmen können, wenn eine entsprechende gerichtliche Maßnahme nicht durch den Betroffenen erfolgt. Es besteht wohl nur eine allgemeine Warn- und Hinweispflicht.

8. Es stellt sich weiterhin die Frage, **ob § 321 BGB an dem vorliegenden Ergebnis etwas ändert.** Danach kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Danach erwirbt der Vorleistungspflichtige ein Leistungsverweigerungsrecht, bis die Leistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. Die Vorschrift ist nach Voraussetzung und Wirkung eine eng beschränkte Ausprägung des Grundsatzes des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und setzt voraus, daß bei der anderen Partei eine wesentliche Vermögensverschlechterung eingetreten ist. Unseres Erachtens erscheint fraglich, ob § 321 BGB hier überhaupt anwendbar ist. Die §§ 320 ff. BGB gelten nach ganz h. M. nur für die Leistungspflichten, zwischen denen ein sog. synallagmatisches Verhältnis besteht (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl. 1997, Einf. vor § 320 Rn. 16). Auf die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden

Verpflichtungen sind daher nur die allgemeinen Regeln der §§ 273 ff. BGB anwendbar (vgl. RGZ 106, 124).

Darüber hinaus ist u. E. die Vorschrift des § 321 BGB durch Sonderregelung im Kaufvertrag verdrängt worden. Für den Notar ist nicht entscheidend, welches materiell-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten besteht, er muß sich nach den Treuhandanweisungen richten. Die Beteiligten stehen zum Notar in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis, das von dem zugrundeliegenden materiell-rechtlichen Verhältnis zwischen den Beteiligten unabhängig ist. Entscheidend für die notariellen Pflichten ist das Treuhandverhältnis, hier also die Verpflichtung zum Vollzug der Urkunde nach § 53 BeurkG bzw. der Anweisung im Kaufvertrag. Wir würden daher zu der Auffassung neigen, daß im vorliegenden Fall, in dem ausdrücklich im Kaufvertrag geregelt wurde, daß die Auffassung unabhängig von eventuellen Verzugszinsen zu vollziehen ist, der Notar den Vollzug durchzuführen hat, wenn ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist.

9. **Es stellt sich allerdings die Frage, auf welche Weise dem Notar nachgewiesen werden kann, daß der Kaufpreis gezahlt wurde.** In der Praxis wird üblicherweise auf eine Bestätigung des Verkäufers über die Zahlung des Kaufpreises abgestellt. Dies ist der sicherste Weg für den Nachweis. Fraglich ist, welche anderen Nachweise möglich sind, wenn der Verkäufer, wie dies im vorliegenden Fall wohl anzunehmen ist, sich weigert, die Bestätigung abzugeben.

Eckhardt (DNotZ 1983, 96 ff.) hat diese Frage eingehend untersucht und ist der Auffassung, daß z. B. die Vorlage einer Durchschrift des Überweisungsauftrages an die Bank des Verkäufers nicht ausreichend sein könne, denn eine solche Durchschrift könnte der Käufer selbst herstellen, ohne je seiner Bank einen Überweisungsauftrag zu erteilen. Auch eine von der Bank des Käufers quittierte Durchschrift des Überweisungsauftrages biete keine genügende Sicherheit. Der Käufer hätte die Möglichkeit der Stornierung des Überweisungsauftrages bei seiner Bank, nachdem er die quittierte Durchschrift dem Notar vorgelegt hat. Selbst eine Bescheinigung der Bank des Käufers, daß der Kaufpreis an die Bank des Verkäufers überwiesen wurde, erbringt nach *Eckhardt* keine ausreichende Sicherheit, da die Bank des Käufers in der Regel nicht den Eingang des Kaufpreises bei der Bank des Verkäufers bestätigen könne und da sie insbesondere auch nicht die Rechtzeitigkeit bestätigen könne. *Eckhardt* ist daher der Auffassung, daß der Notar am besten nur den Nachweis einer schriftlichen Bestätigung des Verkäufers über die Kaufpreiszahlung im Kaufvertrag aufnimmt.

Demgegenüber ist *Brambring* (Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., A I Rn. 181, S. 76) der Auffassung, daß die Formulierung so gefaßt sein sollte, daß die Kaufpreiszahlung dem Notar auch in anderer Weise nachgewiesen werden kann. Nach seiner Auffassung genüge in den Fällen, in denen der Verkäufer die notwendige Bestätigung nicht erteile, eine schriftliche Bestätigung der vom Käufer beauftragten Bank, daß sie die Überweisung durchgeführt habe.

Albrecht (a.a.O., S. 172) schlägt eine Formulierung dahingehend vor, daß die Vertragsteile den Notar anweisen, die Auflassungsurkunde dem Grundbuchamt zur Eigentumsumschrei-

bung erst vorzulegen, wenn der Verkäufer dem Notar mitteilt, daß er den Kaufpreis erhalten hat, oder wenn die Kaufpreiszahlung sonst nachgewiesen ist. Danach würden auch andere Beweismittel genügen.

Anmerkung von Herrn Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München, zum vorstehenden Gutachten

Ich möchte vorausschicken, daß neben den im Gutachten behandelten Fällen meines Erachtens auch der Fall gleich zu behandeln ist, daß die Auflassung zwar ausgesetzt wird, daß Angestellten des Notars aber Auflassungsvollmacht in der Weise erteilt wird, daß sie von der Vollmacht nur nach Weisung des Notars Gebrauch machen sollen, der seinerseits die Weisung nur geben soll, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises in bestimmter Weise nachgewiesen ist.

Zu den Kernfragen: Ich halte es für empfehlenswert, alle diese Systeme so zu verstehen, daß sie nur der Bequemlichkeit der Parteien, nicht aber deren Sicherung dienen. Das heißt: Der Notar ist anzuweisen, daß die Auflassung erklärt oder die schon erklärte Auflassung dem Grundbuchamt vorgelegt werden möge, wenn der Verkäufer dies ausdrücklich und schriftlich erlaubt. Nur das sichert den Verkäufer zuverlässig. Es ist schwer einzusehen, warum der Notar zur Vorlage der Auflassung angewiesen werden soll, obwohl der Verkäufer noch erhebliche Ansprüche auf Zahlung von Verzugszinsen hat und deshalb berechtigt sein mag, die Auflassung zurückzubehalten. Wenn die Parteien im Streit liegen, ob der Anspruch auf Eigentumsverschaffung fällig geworden ist oder nicht, mögen sie das im Prozeßweg austragen. Auf der Käuferseite gilt dies ohnehin, falls der Käufer sich für berechtigt hält, den Kaufpreis zu mindern und deshalb den Vollzug der Auflassung zu verlangen, obwohl nicht der volle beurkundete Kaufpreis gezahlt ist. Es entspricht der Forderung nach Waffengleichheit, daß eben auch der Käufer auf Auflassung klagen muß, wenn er meint, daß der Verkäufer den Vollzug der Auflassung wegen angeblichen Anspruchs auf Verzugszinsen zu Unrecht zurückbehalte.

Für den praktischen Gebrauch ist es allerdings in vielen Fällen, vor allem wenn der Verkäufer im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag an einen unbekanntem Ort verzieht, zweckmäßig, wenn auch der Käufer in der Lage ist, zur Führung entsprechender Nachweise den Vollzug der Auflassung herbeizuführen. Ich formuliere deshalb wie folgt:

„Der Notar wird angewiesen, die Bevollmächtigten zur Erklärung der Auflassung anzuweisen (die Urkunde dem Grundbuchamt zur Eintragung des Eigentumsübergangs vorzulegen), wenn ihm die Zahlung des vollen Kaufpreises nachgewiesen ist. Die Beteiligten nehmen zur Kenntnis, daß sich der Notar vorbehält, die Weisung (die Vorlage zur Eintragung des Eigentumsübergangs) nach freiem Ermessen insbesondere dann zu unterlassen, wenn ihm Meinungsverschiedenheiten über die Auflassungsreife bekannt werden sollten.“

Ich erläutere in der Beurkundung dazu, daß das Verfahren nur dazu diene, den Beteiligten den nochmaligen Gang zum Notar zu ersparen, daß es aber nicht beabsichtigt sei, dem Notar im Falle von Streitigkeiten zwischen den Beteiligten eine Schiedsrichterrolle zu übertragen.

BGB §§ 145, 158 Abs. 1, 315

Angebot an einen noch zu benennenden Dritten, Benennungsrecht

I. Sachverhalt

Ein Grundstückseigentümer machte einer Aktiengesellschaft (nachfolgend „AG“) ein Angebot zum Kauf eines Grundstücks für diese selbst oder (einen oder mehrere) von der Aktiengesellschaft noch zu benennende Käufer. Das Angebot wurde bis 31.12.1996 befristet. Bei der Angebotsbeurkundung übernahm ein Vertreter (V) der AG für diese die Angebotskosten.

V, der bei Angebotsabgabe als Vertreter der AG aufgetreten war, nahm das Angebot mit notarieller Annahmeerkunde vom 30.12.1996 ausdrücklich im eigenen Namen für sich selbst an.

Am 26.2.1997 „genehmigte“ die AG durch notarielle Urkunde vorsorglich die Annahmeerklärung, die V in seinem eigenen Namen erklärt hatte, und dessen Grundstückserwerb. Dieser Urkunde beigelegt wurde eine privatschriftliche, auf den 27.12.1996 datierte Erklärung, in der die AG den V als Angebotsempfänger und Käufer benennt. Die Benennung war seitens der AG durch V als ihren bevollmächtigten Vertreter unterzeichnet.

II. Fragen

1. Welche Rechtsnatur hat das Benennungsrecht?
2. In welcher Form ist das Benennungsrecht auszuüben?
3. Wem gegenüber muß die Benennung erfolgen?
4. Konnte das Benennungsrecht auch noch nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Angebotsannahme ausgeübt werden?
5. Ist der Grundstückseigentümer schon vor der Benennung an das Angebot gebunden?

III. Rechtslage

1. Rechtsnatur des Benennungsrechtes

a) In der Praxis lassen sich vor allem Bauträger Angebote zum Verkauf an von ihnen noch zu benennende Dritte geben, um das Grundstück sicher an der Hand zu haben. Um nicht doppelt Grunderwerbsteuer zahlen zu müssen, wird oft ausgeschlossen, daß der Benennungsberechtigte das Angebot selbst annimmt. Die dogmatischen Fragen dieser Konstruktion werden meist nur cursorisch diskutiert und sind in vielem strittig.

b) Jedenfalls **ein Teil der Literatur differenziert danach, ob der Benennungsberechtigte das Angebot auch selbst annehmen kann oder ob er kein solches Selbsteintrittsrecht hat.**

Allgemein gilt: Ein wirksames Angebot muß bereits sämtliche wesentlichen Bestimmungen des abzuschließenden Vertrages enthalten, insbesondere die „essentialia negotii“ wie Leistungsgegenstand, Gegenleistung und Vertragsparteien. Lediglich bei einem Angebot „ad incertas personas“ muß der Angebotsempfänger nicht bezeichnet werden. Ein solches Angebot an die Allgemeinheit kann aber nur bei einfachen Bargeschäften des täglichen Lebens angenommen werden, nicht bei Grundstücksgeschäften, bei denen beträchtliche finanzielle Leistungen beider Vertragsbeteiligten in Frage stehen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1988, DNotZ 1988, 694, 695 f. m. Anm. Ludwig = MittRhNotK 1989, 51 = NJW-RR 1988, 19).

Kann der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen, so liegt nach einer Meinung noch kein vollständiges Angebot vor, da der Angebotsempfänger noch nicht feststeht. **Das Angebot wird erst durch die Benennung vervollständigt. Dabei handelt der Benennungsberechtigte kraft der ihm mit dem Benennungsrecht erteilten Vollmacht für den Anbietenden.** Das Benennungsrecht wird also als Vollmacht zur Angebotsergänzung verstanden (Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Kap. 2, Rn. 115 ff., 167 ff.; Ludwig, Notarielle Urkunden für die, die es angeht? DNotZ 1982, 724, 728 f.; ders., Die Auflassungsvormerkung und der noch zu benennende Dritte, Rpfleger 1986, 345, 346; Staudinger/Bork, 13. Aufl. 1996, § 145 BGB Rn. 18; Staudinger/Wufka, 13. Aufl. 1995, § 313 BGB Rn. 106; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, Rn. 341, S. 354 f.). Das OLG Karlsruhe schweigt zu dieser Frage.

Richtet sich hingegen das Kaufvertragsangebot auch an den Benennungsberechtigten selbst und kann es dieser auch selbst annehmen, so liegt bereits ein vollständiges, rechtswirksames Angebot vor. **Mit der Benennung überträgt der Benennungsberechtigte nach dieser Meinung seine Rechtsstellung aus dem Angebot an den Dritten.** Dabei ergibt sich aus dem Benennungsrecht, daß der ursprüngliche Angebotsempfänger seine Rechtsstellung abtreten bzw. übertragen darf (Haegel/Schöner/Stöber, Grundstücksrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 906; Korte, a.a.O., Kap. 2 Rn. 172; Ludwig, DNotZ 1982, 724, 728; ders., Rpfleger 1986, 345/346; Staudinger/Bork, a.a.O., § 145 BGB Rn. 18, 35; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 108; Wolfsteiner bespricht diesen Fall nicht). *Wufka* (a.a.O., § 313 BGB Rn. 106) hält es allerdings auch in diesem Fall für möglich, daß der Benennungsberechtigte - anstatt seine Rechte aus dem Angebot zu übertragen - das Angebot durch die Benennung kraft seiner Vollmacht ergänzt.

b) **Nach anderer Ansicht wird mit der Benennung ein Gestaltungs- oder Bestimmungsrecht i. S. d. § 315 BGB ausgeübt** (Bach, Das Angebot an den noch zu benennenden Dritten, MittRhNotK 1984, 161, 162; Palandt/Heinrichs, 56. Aufl. 1997, § 313 BGB Rn. 30; Schumacher, Der Verkauf an einen noch zu benennenden Dritten in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht, MittRhNotK 1965, 609, 617).

c) Ähnlich spricht *Kanzleiter* von einem durch die Benennung des Dritten **aufschiebend bedingten Angebot** (in: MünchKomm, 3. Aufl. 1994, § 313 BGB Rn. 28, 50, dort insbes. Fn. 170).

Denn ein vollständiges Angebot liege bereits dann vor, wenn die „essentialia negotii“, also insbesondere auch der Angebotsempfänger, bestimmbar seien. Dafür genüge, daß die Bestimmung einem Vertragsteil oder einem Dritten überlassen sei (MünchKomm-Kramer, 3. Aufl. 1993, § 145 BGB Rn. 3).

Für die beiden letzten, nahe miteinander verwandten Ansichten spielt es deshalb keine Rolle, ob der Benennungsberechtigte das Angebot selbst annehmen kann oder nicht.

d) Gegen diese beiden Auffassungen wird vor allem angeführt, daß nur ein wirksames Angebot bedingt sein bzw. einem Gestaltungsrecht unterliegen könne. Fehle es an einem kon-

stitutiven Angebotsselement (wie etwa der Person des Angebotsempfängers), so könne man das fehlende Element nicht einfach in eine Bedingung umqualifizieren (Ludwig, Rpfleger 1986, 345, 346; ders., DNotZ 1988, 697 f.).

Hilfreich erscheint uns der Ansatz *Ludwigs* und *Wufkas*, die zwischen zwei Rechtsverhältnissen trennen: Neben dem Angebot an den noch zu benennenden Dritten kann sich der Anbietende noch in einem Vorvertrag dem Benennungsberechtigten gegenüber zum Abschluß eines Kaufvertrages über das Grundstück mit dem zu Benennenden verpflichten. Das (noch unvollständige) Angebot wird dann bereits in (teilweiser) Erfüllung des Vorvertrages abgegeben. **In der Benennung liegt dann einerseits eine Ergänzung des Angebotes (im Verhältnis zu dem benannten Dritten) und zugleich die Ausübung eines Bestimmungsrechts nach § 315 BGB (aus dem Vorvertrag im Verhältnis zum Anbietenden)** (Ludwig, Rpfleger 1986, 345, 347; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 106). Dies erscheint vielleicht auf den ersten Blick etwas verwirrend, ist aber u.E. dogmatisch korrekt. Vorerst interessiert uns allerdings nur das Angebot, nicht der eventuell daneben bestehende Vorvertrag (den es im vorliegenden Fall wohl nicht zusätzlich gibt).

e) Vertreten wird schließlich auch, daß nur eine berichtigende Klarstellung vorliege, wenn der Angebotsempfänger bereits objektiv feststehe, aber noch unbekannt bleiben wolle und erst später durch die Benennung genannt werde (Schumacher, MittRhNotK 1965, 609, 617; Bach, MittRhNotK 1984, 161, 162).

2. Form der Ausübung des Benennungsrechts

a) Die unterschiedlichen Auffassungen über die Rechtsnatur der Benennung wirken sich auch auf die für die Wirksamkeit der Benennung erforderliche Form aus: **Betrachtet man die Benennung als erforderliche Vervollständigung des Angebotes**, wie dies eine Meinung für den Fall vertritt, daß der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen kann, **so unterliegt sie auch dem Formerfordernis notarieller Beurkundung nach § 313 S. 1 BGB** (Korte, a.a.O., Kap. 2, Rn. 118, 169; Ludwig, DNotZ 1982, 724, 729; ders., Rpfleger 1986, 345, 346; Wolfsteiner, a.a.O., Rn. 341; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 106).

Dies erfordert keine formelle Verweisung nach § 13a BeurkG. Eine ergänzende Nachtragsbeurkundung mit schlichter Bezugnahme auf die Vorurkunde genügt, da es sich um eine Änderung der ursprünglichen Erklärung durch denselben materiell Beteiligten handelt (Korte, a.a.O., Kap. 2, Rn. 119, 170 f.; vgl. allg. Brambring, DNotZ 1980, 281, 287; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 9 BeurkG Rn. 27; Volhard,

NJW 1980, 104; a.A. allg. Lichtenberger, NJW 1980, 864). Handelt es sich aber nur um die Abtretung der Rechte aus dem Angebot - was nach dieser Meinung vorliegt, **wenn der Benennungsberechtigte das Angebot auch selbst annehmen kann**, so wird damit weder eine Veräußerungspflicht für das Grundstück begründet, denn eine solche besteht ja bereits mit dem wirksamen Angebot, noch eine Erwerbspflicht, denn es werden ja nur Rechte aus dem Angebot übertragen, nicht aber Pflichten zum Erwerb. **Diese Übertragung bedarf damit nicht der Form des § 313 S. 1 BGB** (Korte, a.a.O., Kap. 2, Rn. 172; Ludwig, DNotZ 1982, 724, 728; ders., Rpfleger 1986, 345; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 106, 155).

b) Versteht man hingegen die Benennung als die **Ausübung eines Gestaltungsrechts nach § 315 BGB**, so ist sie bereits nach den allgemeinen Grundsätzen **formfrei** (ausdrücklich für das Benennungsrecht: Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 313 BGB Rn. 30; Schumacher, MittRhNotK 1965, 609, 621; allgemein für § 315 BGB: MünchKomm-Gottwald, a.a.O., § 315 BGB Rn. 21; Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1990, § 315 BGB Rn. 33; Staudinger/Mader, 13. Aufl. 1995, § 315 BGB Rn. 53; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 155).

c) Auch wenn man die Benennung mit *Kanzleiter* als **Bedingung** ansieht, wäre sie grundsätzlich **formfrei**, da die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung nach dieser Ansicht bereits durch das Angebot begründet ist (MünchKomm, a.a.O., § 313 BGB Rn. 28, 50), sofern nicht vertraglich eine Form für den Bedingungseintritt vereinbart wurde.

d) Lediglich *Bach* versteht die Benennung zwar als „Ausübung eines Gestaltungsrechts“ (MittRhNotK 1984, 161, 162), verlangt aber eine Beurkundung der Benennung „unter Berücksichtigung von Rechtsnatur und Funktion des Benennungsrechts“, da es sich um eine „Vervollständigung des Angebots“ handle (MittRhNotK 1984, 161, 163). Damit verbindet sie Elemente zweier gegensätzlicher Meinungen. Unklar ist auch, ob sie damit entsprechend der von ihr insoweit als Beleg zitierten Ansicht *Ludwigs* eine Beurkundungspflicht entfallen lassen will, wenn das Angebot schon vollständig ist, weil es auch vom Benennungsberechtigten angenommen werden kann.

e) Bedarf es keiner Form für die Wirksamkeit, kann doch **verfahrensrechtlich ein Nachweis in der Form des § 29 GBO** gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich sein (Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 906 Fn. 17; Schumacher, MittRhNotK 1965, 609, 621). So hat das Grundbuchamt nach § 20 GBO zu prüfen, ob die Auflassung wirksam ist. Wurde die **Auflassung aufgrund einer im Angebot erteilten Vollmacht erklärt**, wirkt die Vollmacht erst nach der Benennung, so daß die Benennung für den Grundbuchvollzug zumindest unterschiftsbeglaubigt vorzulegen ist. Gleiches gilt, wenn Grundstücksbelastungen durch die Annahme begründet werden.

e) **Im vorliegenden Fall durfte der Benennungsberechtigte das Angebot auch selbst annehmen.** Nach allen vertretenen Ansichten liegt damit bereits ein vollständiges Angebot vor. Der Beurkundungspflicht des § 313 S. 1 BGB unterlag die Benennung lediglich nach der (unklaren) Meinung *Bachs*. **Nach allen anderen Autoren wäre die (hier privatschriftliche) Benennung auch formlos wirksam.** In Fällen wie dem vorliegenden zu pauschal erscheint uns daher die Empfehlung

Haegel/Schöner/Stöbers (a.a.O., Rn. 906), als „sichersten Weg“ die Benennung stets zu beurkunden. Allenfalls könnte das Grundbuchamt zum Vollzug der Auflassung einen Nachweis der Benennung in der Form des § 29 GBO verlangen. Dieser könnte aber auch nach Fristablauf nachgereicht werden.

3. Zugang der Benennungserklärung

a) **Fraglich ist, wer Adressat der Benennungserklärung ist.** Dem Anbietenden ging sie erst nach Ablauf der Angebotsfrist zu. Wäre das Benennungsrecht also ihm gegenüber auszuüben gewesen, so wäre die Benennung zu spät erfolgt. Darf der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen und versteht man die Benennung deshalb als Ergänzung des mangels Angebotsempfängers unvollständigen Angebotes, so ist die **Benennung als Teil des Angebotes empfangsbedürftige Willenserklärung** (§§ 145, 130 Abs. 1 BGB), **die dem Angebotsempfänger, d.h. dem Benannten, zugehen muß** (Korte, a.a.O., Rn. 118). Ein Zugang beim Anbietenden ist nicht erforderlich, da dieser ja selbst Erklärender ist. Darf der Benennungsberechtigte das Angebot auch selbst annehmen und sieht man deshalb in der **Benennung die Übertragung der Rechte aus dem Angebot**, so ist der Abtretungsvertrag nach den allgemeinen Regeln zwischen Zedent und Zessionar zu schließen. **Die Benennung wäre dann die dem Benannten gegenüber zu erklärende Zession.**

b) Sieht man die Benennung als Ausübung eines **Gestaltungsrechts** nach § 315 BGB, so wäre sie als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (MünchKomm-Gottwald, a.a.O., § 315 BGB Rn. 22; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 315 BGB Rn. 11; Staudinger/Mader, a.a.O., § 315 BGB Rn. 51) **nach § 315 Abs. 2 dem anderen Teil, also dem Anbietenden gegenüber, zu erklären.** *Bach* (MittRhNotK 1984, 161, 163) scheint dennoch Zugang beim Benannten zu fordern.

c) Ist die Benennung eine **Potestativbedingung**, wie dies *Kanzleiter* vertritt, so können die Beteiligten selbst bestimmen, ob lediglich die Erklärung oder nur der Zugang der Erklärung die Bedingung auslöst und wem die Erklärung zuzugehen hat.

d) Betrachtet man die Interessen der Beteiligten, so erscheint die Lösung sachgerechter, die eine Benennung gegenüber dem Benannten verlangt: Dieser muß schließlich wissen, ob er das Angebot annehmen kann. Der Anbietende wiederum hat es ja durch seine eigene Erklärung in das Belieben des Benennungsberechtigten gestellt, wen dieser als Angebotsempfänger benennt. Will er die Benennung frühzeitig erfahren, so kann er den Benennungsberechtigten im Angebot dazu verpflichten, die Benennung auch ihm binnen bestimmter Frist mitzuteilen.

Auch hier ist hilfreich, für die Benennung zwischen dem Verhältnis zum Benannten und zum Anbietenden zu unterscheiden (Ludwig, Rpfleger 1986, 345, 347; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 BGB Rn. 106): Die Benennung ist zunächst und immer Vervollständigung des Angebotes (bzw. dessen Abtretung). Als solche muß sie dem Benannten gegenüber erklärt werden und diesem zugehen. Hat sich der Anbietende zusätzlich dem Benennungsberechtigten gegenüber vorvertraglich zum Verkauf an den zu Benennenden verpflichtet, so ist die Benennung in diesem Rechtsverhältnis zugleich Ausübung eines Gestaltungsrechts, die nach § 315 Abs. 2 BGB dem Anbietenden gegenüber erfolgen muß. Die Benennung gegenüber dem Anbie-

tenden ist aber nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Angebotes (bzw. von dessen Abtretung), ihr Fehlen hat allenfalls Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Benennungsberechtigtem und Anbietendem. Dort könnte ihr Fehlen oder ihre Verspätung etwa eine Vertragsverletzung darstellen.

e) Im vorliegenden Fall heißt das: Sieht man die Benennung hier als Abtretung des Angebotes, weil der Benennungsberechtigte das Angebot selber hätte annehmen dürfen, so wurde die Benennung zurecht dem Benannten gegenüber erklärt - und zwar am 27.12., also vor Ablauf der Angebotsfrist. Der Benannte hat den Empfang der Benennung mit gleichem Datum „quittiert“, d.h. die Abtretung angenommen. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung wäre allerdings, daß der dabei zugleich für sich und für die AG handelnde V (da es sich bei der Abtretung um einen Vertrag handelt) von der AG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war.

Versteht man die Benennung aber als Ausübung eines Bestimmungsrechts, so hätte sie nach § 315 Abs. 2 BGB dem Anbietenden gegenüber erklärt werden müssen. Dem Anbietenden ging die Benennung aber erst nach Ablauf der Angebotsfrist zu (und zwar zugleich mit der „Genehmigung“ vom 26.2.1997).

4. Ausübung des Benennungsrechts nach Fristablauf bzw. nach Annahme

a) Für letztere Meinung kommt es daher darauf an, ob die Benennung dem Anbietenden gegenüber auch noch nach Ablauf der Angebotsfrist bzw. nach bereits erfolgter Annahme möglich war. Die Antwort ist selbstverständlich negativ: Ist das Angebot infolge Fristablaufs erloschen (§ 148 BGB), so kann keine Vervollständigung des Angebotes durch die Benennung mehr erfolgen - weder durch eine in Vollmacht erklärte Angebotsergänzung noch als Bestimmung des Angebotsempfängers nach § 315 BGB. Ebenso wenig kann ein Bedingungseintritt hinsichtlich des Angebotes erfolgen bzw. dieses abgetreten werden, wenn es bereits erloschen ist.

Umgekehrt ginge die Annahme ins Leere, soweit sie vor der Benennung erklärt wird, denn dann liegt entweder noch kein vollständiges oder doch kein an den Annehmenden erklärtes oder abgetretenes Angebot vor bzw. die aufschiebende Bedingung für das Angebot ist noch nicht eingetreten.

Eine nachträgliche Benennung ist nur möglich, soweit man zwei verschiedene Benennungen in den beiden Rechtsverhältnissen unterscheidet: Ist die Benennung gegenüber dem Benannten rechtzeitig erfolgt, so ist die Annahme wirksam. Dann kann die Benennung gegenüber dem Anbietenden möglicherweise noch nachgeholt werden.

b) Im vorliegenden Fall wurde die Benennung jedoch möglicherweise selbst dann fristgerecht erklärt, wenn man davon ausgeht, daß sie nach § 315 Abs. 2 BGB dem Anbietenden gegenüber zu erklären war. Denn die Annahme ist nach einer ausdrücklichen Regelung in der Angebotsurkunde bereits dann fristgemäß, wenn sie innerhalb der Annahmefrist erklärt wurde - unabhängig davon, ob sie auch innerhalb der Annahmefrist zugeht. Es liegt nahe, diese Regelung im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf die Benennung zu übertragen, die ja häufig erst bei der Beurkundung der Annahme erklärt wird. Dann wäre die Benennung fristgerecht erklärt, obwohl sie dem Anbietenden erst nach Ablauf der Angebotsfrist zugeht. Jedenfalls deshalb sind u. E. Benennung und Annahme wirksam.

c) Geht man dennoch davon aus, daß die Benennung unwirksam war, weil sie dem Anbietenden zu spät zugeht, so ginge die Annahme durch den Benannten ins Leere. Entsprechend § 150 BGB könnte sie zwar als neuer Antrag verstanden werden, aber als Antrag ist die Erklärung nur wirksam, wenn sie alle vertragswesentlichen Bestandteile eines Grundstückskaufvertrages enthält - und zwar in notarieller Urkunde. Dies ist hier nicht der Fall. Auch eine Verweisung auf die ursprüngliche Angebotsurkunde nach § 13 a BeurkG erfolgte ausweislich der uns übersandten Urkundsabschrift nicht. Ein darin liegendes neues Angebot wäre damit formunwirksam (§§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB).

5. Bindung an das Angebot vor der Benennung

a) Unabhängig vom geschilderten Sachverhalt, sei noch kurz auf die Frage eingegangen, ab welchem Zeitpunkt der Anbietende bei einem Angebot an einen noch zu benennenden Dritten an sein Angebot gebunden ist - und ab wann diese Bindung durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden kann. Eine Bindung an das Angebot nach § 145 BGB setzt ein wirksames Angebot voraus. Ein solches liegt vor, **wenn der Benennungsberechtigte das Angebot selbst annehmen kann**. Dann kann zur Sicherung seines bedingten Übereignungsanspruchs aus dem Angebot **für ihn eine Auflassungsvormerkung** eingetragen werden. Versteht man die Benennung dann als Abtretung der Rechte aus dem Angebot, so geht auch die Vormerkung nach § 401 BGB kraft Gesetzes auf den Benannten über (BGH, Urt. v. 17.6.1994, NJW 1994, 2947; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1494; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 885 BGB Rn. 19).

b) Kann der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen, so liegt nach einer Meinung noch kein vollständiges Angebot vor. Aber selbst wenn man darin ein vollständiges (aber bedingtes bzw. noch durch ein Gestaltungsrecht zu bestimmendes) Angebot sieht, kann es dem Angebotsempfänger frühestens mit dessen Benennung zugehen. Vor der Benennung liegt jedenfalls mangels Zugang kein wirksames und bindendes Angebot vor (Bach, MittRhNotK 1984, 161, 163; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 906, 1494).

Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Angebotes ist daher erst nach der Benennung möglich, wenn der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen kann:

Eine Vormerkung zugunsten des Benennungsberechtigten scheidet aus, da dieser keinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks hat. Der Benannte hat einen (durch seine Annahme bedingten) Anspruch erst ab der Benennung (und Zugang des Angebotes an ihn). Vorher könnte eine Vormerkung für ihn schon deshalb nicht eingetragen werden, weil der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuches eine Vormerkung zugunsten eines noch zu benennenden Dritten nicht zuläßt (BGH, Urt. v. 22.12.1982, NJW 1983, 1543, 1544 = DNotZ 1983, 484 = Rpfleger 1983, 169 m. Anm. Denk, NJW 1984, 1009, sowie Anm. Hörer, Rpfleger 1984, 346; Bach, MittRhNotK 1984, 161, 164; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 906, 1494). Lediglich *Ludwig* (NJW 1983, 2792, 2797) hält es für möglich, bereits vor der Benennung eine Vormerkung „für den von ... zu Benennenden“ zu bestellen. Dabei handele es sich

nicht um eine (unzulässige) Vormerkung für einen unbekannt-ten, sondern um eine für einen unbenannten Berechtigten.

c) Unabhängig vom Selbsteintrittsrecht des Benennungsbe-rechtigten kann sich der Anbietende diesem gegenüber **durch einen Vorvertrag binden, in dem er sich zum Abschluß eines Kaufvertrages mit dem noch zu Benennenden ver-pflichtet**. Aus diesem (nach § 313 S. 1 BGB zu beurkunden-den) Vorvertrag hat der Benennungsberechtigte einen Anspruch auf Übereignung an den Dritten (§ 335 BGB), der durch eine **Vormerkung zugunsten des Benennungsberechtigten** gesi-ichert werden kann (BGH NJW 1983, 1543, 1544 = DNotZ 1983, 484; Bach, MittRhNotK 1984, 161, 164; Haegele/Schö-ner/Stöber, a.a.O., Rn. 906, 1494; Ludwig, NJW 1983, 2792; ders., Rpfleger 1986, 345, 347; a.A. nur Hörer, Rpfleger 1984, 346). Zu beachten ist aber, daß die Sicherungswirkung der Vor-merkung nur zugunsten des Vormerkungsberechtigten wirkt, d.h. hier des Benennungsberechtigten, nicht hingegen zugun-sten des Leistungsempfängers, also des Benannten (BGH NJW 1983, 1543, 1544).

d) Der **Vorvertrag kann auch als echter Vertrag zugunsten Dritter** ausgestaltet werden. Dann hat auch der Dritte einen Anspruch auf Abschluß des Kaufvertrages mit sich und damit bedingt auf Übereignung des Grundstücks an sich. Dieser Anspruch kann erst **nach erfolgter Benennung durch eine Vormerkung zugunsten des Benannten** gesichert werden.

e) Angebots- und Vorvertragslösung sind sowohl unabhängig voneinander wie kumuliert miteinander möglich. Relevant ist der zusätzliche Abschluß eines Vorvertrages vor allem dann, wenn der Benennungsberechtigte das Angebot nicht selbst annehmen kann und deshalb ohne den Vorvertrag vor der Benennung keine Vormerkung eingetragen werden könnte.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

BGB § 890; WEG § 1 Abs. 4; GBO § 6

Zuschreibung von Miteigentumsanteilen zu Wohnungsei-gentum an anderem Grundstück

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1129

BoSoG § 6 Abs. 4; ErbbauVO § 10 Abs. 1 S. 1

Rangfähigkeit eines Zustimmungsvorbehaltes nach § 6 Abs. 4 BoSoG - erstrangige Bestellung eines Erbbaurechtes

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1612

EGBGB Art. 25 f.

Italien, Formstatut, Rechtswahl, Pflichtteilsrechte, Rechte des geschiedenen Ehegatten, Testamentsvollstreckung

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1423

EGBGB Art. 25 f.

Frankreich, gemeinschaftliches Testament, Vermäch-tnistestament

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1424

Rechtsprechung

BGB § 434

Rechtsmangel bei Wohnungseigentum

Erklären die Verkäufer, zur Eigentumswohnung gehöre ein Hobbyraum, ist das verkaufte Wohnungseigentum mit einem Rechtsmangel behaftet, wenn dieser Raum zwar tatsächlich benutzbar ist, daran aber weder Sondereigen-tum noch ein Sondernutzungsrecht besteht.

BGH, Urt. v. 28.02.1997 - V ZR 27/96

Kz.: L I 1 - § 434 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 568

Problem

Mit notariellem Kaufvertrag kauften die Kläger unter Gewähr-leistungsausschluß von der Beklagten eine Eigentumswohnung. Der über dieser Dachgeschoßwohnung liegende Spitzboden war nur über eine Treppe aus der erworbenen Wohnung zu-gänglich. Er gehörte zum Gemeinschaftseigentum. Die Beklag-ten hatten allerdings im Rahmen der Kaufvertragsverhand-lungen erklärt, „zur Wohnung gehöre ein Hobby-raum“. Es war nun fraglich, ob ein Anspruch wegen Rechts-mangels nach §§ 440 Abs. 1, 325 BGB bestand.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß das Fehlen des Son-dereigentums an dem Spitzboden keinen derartigen Schadens-ersatzanspruch rechtfertige. Kaufgegenstand war der im Kauf-vertrag bezeichnete Miteigentumsanteil verbunden mit der im Aufteilungsplan bezeichneten Wohnung. Diese Angaben bein-halteten eine hinreichend genaue Bezeichnung der Kaufsache (BGH NJW 1994, 1347). Zur näheren Beschreibung nehme der Vertrag auf den Inhalt der nicht mitbeurkundeten Teilungser-klärung Bezug. Dies sei in Hinblick auf § 10 Abs. 2 WEG unbedenklich, wenn das verkaufte Wohnungseigentum bereits im Grundbuch gebildet sei (BGH NJW 1979, 1495). Der BGH ist jedoch der Auffassung, daß die angebliche Zugehörigkeit des Spitzbodens zur Wohnung nicht nur die tatsächliche Mög-lichkeit, sondern auch ein Recht zur alleinigen Nutzung dieses Dachraumes voraussetze. Haben die Beklagten erklärt, zur Wohnung gehöre ein Hobbyraum, sei

das verkaufte Wohnungseigentum in Hinblick darauf, daß an diesem Raum weder Sondereigentum noch Einzelnutzungsrecht bestehe, mit einem Rechtsmangel behaftet, der auch nicht vom vereinbarten Gewährleistungsausschluß erfaßt sei. Deshalb sei grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch begründet.

BGB §§ 133, 164

Vollmacht zur Änderung einer Teilungserklärung

Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über ein Wohnungseigentum, durch die der Erwerber den Verkäufer ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern „für den Fall, daß sie noch einer Änderung bedarf“ und die Änderung „nicht das Sondereigentum ... berührt“, ist nicht hinreichend bestimmt.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.02.1997- 3 Wx 450/95
Kz.: L I 1 - § 164 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 569

Problem

In der Praxis spielt immer wieder die Frage eine Rolle, welchen Inhalt eine Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung haben muß (vgl. eingehend Gutachten DNotI-Report 13/1995, 113). Das BayObLG (DNotZ 1994, 233) hielt eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer bevollmächtigt, die Teilungserklärungen zu ändern, solange „dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird“, für nicht hinreichend bestimmt (vgl. auch BayObLG DNotI-Report 24/1994, 6). Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag, durch die der Erwerber den Veräußerer ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, „soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“, ist allerdings nach Auffassung des BayObLG ausreichend bestimmt (DNotI-Report 22/1994, 7; vgl. auch KG DNotI-Report 18/1995, 170). Das OLG Düsseldorf hatte im vorliegenden Fall eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung zu beurteilen, durch die der Erwerber den Verkäufer ermächtigte, die Teilungserklärung zu ändern „für den Fall, daß sie noch einer Änderung bedarf“ und die Änderung „nicht das Sondereigentum berührt“.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, daß die Vollmacht nicht hinreichend bestimmt sei. Insbesondere die Klausel „für den Fall, daß die Teilungserklärung einer Änderung bedarf“ führe zur Unbestimmtheit, eine nähere Bestimmung, wann ein solches „Bedürfnis“ gegeben sei, enthalte die Vollmacht nicht. Die Auslegung führe zu keinem eindeutigen Ergebnis. Ungeklärt bleibe, ob ein derartiges Bedürfnis gegeben sei, wenn gesetzliche Bestimmungen, z. B. baurechtliche Vorschriften, eine Änderung unumgänglich machen würden, oder ob bereits Zweckmäßigkeitserwägungen oder ein dringendes Verlangen der Mehrheit der Erwerber ein solches Bedürfnis begründen könnten. Auch die Vollmacht, die Teilungserklärung zu ändern, „soweit die Änderung nicht das Sondereigentum berührt“, sei zu unbestimmt. Zum Teil wird im Hinblick auf diese schwierigen Abgrenzungsprobleme von der Literatur die Auf-

nahme einer im Außenverhältnis unbeschränkten Änderungsvollmacht empfohlen, die lediglich im Innenverhältnis insofern beschränkt wird, daß Änderungen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Inhalt und Umfang des Sondereigentums nicht beeinträchtigen (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 1993, 197; vgl. auch Röhl, DNotZ 1994, 237, 239).

BeurkG §§ 52, 54; ZPO §§ 767, 794

Erteilung der Vollstreckungsklausel des Notars und der Prüfungspflicht

Bestreitet der Gläubiger substantiiert, daß der Kaufpreisanspruch, dessentwegen sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde unterworfen hat, durch Überweisung auf ein Termingeldkonto des Gläubigers erloschen ist, so hat der Notar die Vollstreckungsklausel zu erteilen; der Schuldner bleibt auf die Vollstreckungsabwehrklage verwiesen.

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 13.03.1997 - 20 W 66/96
Kz.: L II 1 - § 794 ZPO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 570

Problem

Im vorliegenden Fall enthielt ein Bauträgervertrag eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Der Notar wurde ermächtigt, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne besonderen Nachweis zu erteilen. Der Verkäufer beantragte beim Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung. Dem haben die Käufer mit der Begründung widersprochen, sie hätten den Kaufpreis bereits an einen Beteiligten gezahlt. Es war nun fraglich, ob der Notar die vollstreckbare Ausfertigung erteilen **muß**.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. ist der Auffassung, daß die Klausel zu erteilen sei. Die formellen Voraussetzungen für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung seien erfüllt. Die notarielle Urkunde stelle einen gültigen Vollstreckungstitel mit vollstreckungsfähigem Inhalt dar. Ein Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit sei nach allgemeiner Ansicht zulässig. Interessant ist, daß das OLG Frankfurt a. M. die heftig umstrittene Frage der Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht in einem notariellen Bauträgervertrag (vgl. Gutachten DNotI-Report 17/1995, 153 und zuletzt OLG Düsseldorf DNotI-Report 1997, 82) ohne weitere Diskussion bejaht. Die weitere Frage ist, inwieweit der Notar Einwendungen zu berücksichtigen hat. Das Gericht weist darauf hin, daß der Notar grundsätzlich nicht zu einer sachrechtlichen Prüfung des Anspruchs selbst berechtigt sei, es sei denn, durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden sei nachgewiesen oder für ihn sonst offenkundig, daß der materiell-rechtliche Anspruch nicht (mehr) bestehe (OLG Frankfurt OLGZ 1994, 501; BayObLG MittBayNot 1995, 484). Diese Voraussetzungen waren nach Auffassung des OLG allerdings im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Aktuelles

Änderung der KostO für Umwandlungen

Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat den Entwurf eines Justizmitteilungsgesetzes abschließend beraten. Das Gesetz wird voraussichtlich Anfang Juni in Kraft treten und auch folgende Änderung der KostO zur Folge haben.

1. § 27 wird wie folgt geändert:

„(2) Beschlüsse nach dem UmwG sind mit dem Wert des Aktivvermögens des übertragenden oder formwechselnden Rechtsträgers anzusetzen. Bei Abspaltungen oder Ausgliederungen ist der Wert des übergelassenen Aktivvermögens maßgebend“.

2. § 39 Abs. 4 wird wie folgt gefaßt:

„(4) Bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten sowie von Plänen und Verträgen nach dem UmwG ist der Wert höchstens auf 10 Millionen Deutsche Mark, in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 7, auch wenn mehrere Anmeldungen in derselben Verhandlung beurkundet werden, auf höchstens 1 Million Deutsche Mark anzunehmen“.

3. § 40 wird wie folgt gefaßt:

§ 40 Geschäftswert bei zustimmenden Erklärungen

„(1) Bei einer Zustimmungserklärung ist der Wert des Geschäfts maßgebend, auf das sich die Zustimmungserklärung bezieht.

(2) Bei Zustimmungserklärungen aufgrund einer gegenwärtigen oder künftigen Mitberechtigung ermäßigt sich der Geschäftswert nach Abs. 1 auf den Bruchteil, der dem Anteil der

Mitberechtigung entspricht. Entsprechendes gilt für Zustimmungserklärungen von Anteilsinhabern (§ 2 UmwG). Bei Gesamthandsverhältnissen ist der Anteil entsprechend der Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen zu bemessen.“

Literaturhinweise

Riering, IPR-Gesetze in Europa, Verlag Stämpfli + Cie AG Bern und C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997, 429 Seiten, 118,- DM

Die vorliegende Textsammlung in Originalsprachen mit deutschen Übersetzungen füllt eine Lücke, die jeder Jurist bei der Bearbeitung von Fällen mit Auslandsberührung bisher schwer überbrücken konnte. Ausländische IPR-Gesetze waren, wenn überhaupt, nur auszugsweise und in verschiedenen Publikationen verstreut aufzufinden. Die jetzt neu erschienene Gesetzessammlung enthält die vollständigen Texte der Kollisionsrechte von zwölf europäischen Staaten mit einem geschlossenen System von Kollisionsregeln. Beinhaltet sind die Bundesrepublik Deutschland, Griechenland, Italien, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, die Schweiz, Spanien, die Tschechische und die Slowakische Republik, die Türkei und Ungarn.

Diese Textausgabe stellt auch gerade für den Notar, der zunehmend mit ausländischen Rechtsordnungen in Berührung kommen wird, ein hervorragendes und unerläßliches Arbeitsmittel dar.

Richterin Nicole Emmerling de Oliveira

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
e-mail: dnoti@t-online.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. 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 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333