

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

6. Jahrgang
September 1998
ISSN 1434-3460

18/1998

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 20; GBO §§ 19, 20, 22, 35; ZPO § 727 - Grundbucheintragung für einen vor Eintragung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme erloschenen Rechtsträger (Hypo- und Vereinsbank)

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 313 S. 1 - Keine Beurkundungspflicht für Inhalt zu übergebender Unterlagen

BGB §§ 286, 346, 347 - Keine Verzugszinsen bei Ausübung rechtsgeschäftlichen Rücktrittsrechtes

GBO §§ 19, 20; BGB §§ 107, 181, 873, 925, 1629 Abs. 2

S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 - Vertretung des Minderjährigen bei Grundstücksschenkung durch Großmutter

Aktuelles

Fragepflicht des Notars nach Vorbefassung (§ 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG n. F.)

Pflicht des Notars zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, § 17 Abs. 2 a BeurkG

Ausgleichsleistungsgesetz, Verstoß von Flächenerwerb im sog. Flächenerwerbsprogramm gegen Art. 93 EGV, Auswirkung auf notarielle Verträge

Mitwirkung von Notaren bei der Erteilung von Attributzertifikaten nach §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2 SigG

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 20; GBO §§ 19, 20, 22, 35; ZPO § 727

Grundbucheintragung für einen vor Eintragung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme erloschenen Rechtsträger (Hypo- und Vereinsbank)

I. Sachverhalt

Mit Wirkung zum 01.09.1998 wurde die "Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG", München, (Hypo-Bank) im Wege der Verschmelzung als übertragender Rechtsträger auf die "Bayerische Vereinsbank AG", München, (Vereinsbank) als übernehmenden Rechtsträger verschmolzen. Der übernehmende Rechtsträger änderte zugleich seine Firma in "Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG" (Hypo- und Vereinsbank).

II. Frage

Wie ist mit Grundschulden zu verfahren, die für die Hypo-Bank vor dem 1.9.1998 beurkundet, aber noch nicht eingetragen wurden? Wie mit von der Hypo-Bank vor

dem 1.9.1998 abgegebenen, aber noch nicht vollzogenen Löschungsbewilligungen?

III. Rechtslage

1. Von der Hypo-Bank vor dem 1.9.1998 abgegebene Löschungsbewilligungen

a) **Materiell-rechtlich** geht bei der hier vorliegenden Verschmelzung durch Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) das **Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich seiner Verbindlichkeiten mit der Eintragung der Verschmelzung im Register des übernehmenden Rechtsträgers "ipso jure" auf den übernehmenden Rechtsträger über (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG)**. Die Verschmelzung bewirkt also eine **"Gesamtrechtsnachfolge"** des übernehmenden Rechtsträgers kraft Gesetzes in die Rechtspositionen des übertragenden Rechtsträgers (Dehmer, UmwG/UmwStG, 2. Aufl. 1996, § 20 Rn. 2; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 1997, § 20 Rn. 4, 6; Lutter/Grunewald, UmwG, 1995, § 20 Rn. 6; Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand. Juli 1996, § 20 Rn. 26, 217).

Bei Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten sowie dinglichen Rechten an Grundstücken, die dem übertragenden Rechtsträger gehörten, erfolgt der

Eigentumswechsel bei der Verschmelzung außerhalb des Grundbuchs. Die **Grundbucheintragung** erfolgt lediglich zur **Berichtigung**. Zum Nachweis der Unrichtigkeit ist nach § 22 GBO die Vorlage eines beglaubigten Auszuges des Handelsregisters des übernehmenden Rechtsträgers erforderlich, aus dem der Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung nach § 19 Abs. 2 S. 1 UmwG sowie Firma und Sitz des übertragenden Rechtsträgers ersichtlich sind (Widmann/Mayer/Vossius, § 20 Rn. 56 f.). Materiell-rechtlich ist Gläubiger einer für die Hypo-Bank eingetragenen Grundschuld damit ab 1.9.1998 die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG.

b) **Grundbuchverfahrensrechtlich** können daher ab dem 1.9.1998 Löschungsbewilligungen für Grundschulden der Hypo-Bank nur durch die für die Hypo- und Vereinsbank Vertretungsberechtigten erteilt werden. Damit fragt sich, ob von den seinerzeit für die Hypo-Bank Vertretungsberechtigten vor dem 1.9.1998 bereits erteilte **Löschungsbewilligungen** zum Grundbuchvollzug genügen.

Vergleichen wir dies mit der **Erbfolge** als klassischem Fall der Gesamtrechtsnachfolge: Hier vertreten Rechtsprechung und Literatur einhellig, daß **der Tod des Erblassers die Wirksamkeit einer vom Erblasser erteilten Eintragungsbewilligung unberührt läßt, wenn die Eintragungsbewilligung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits wirksam geworden ist** (BGHZ 48, 351, 356; BayObLGZ 1934, 66, 68 f.; Demharter, GBO, 22. Aufl. 1997, § 19 Rn. 22 ff.; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3345 ff.; KEHE-Ertl, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 19 GBO Rn. 76). Wirksam wird die Eintragungsbewilligung, wenn sie entweder **beim Grundbuchamt eingegangen** ist oder wenn der Bewilligende jedenfalls vor seinem Tod alles Erforderliche getan hat, um das Zugehen der Erklärung herbeizuführen. Diese Voraussetzung ist stets erfüllt, wenn er die Erklärung nicht nur abgefaßt, sondern sie auch an den Adressaten abgesandt oder diesem ausgehändigt hat. Es soll aber auch genügen, wenn er die Erklärung in anderer Weise derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, daß er mit ihrem Zugehen beim Adressaten rechnen konnte (vgl. RGZ 170, 380; OLG Köln NJW 1950, 702; Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 22). Zur Begründung wird § 130 Abs. 2 BGB überwiegend entsprechend auf die Bewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung angewandt (Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 31 ff.; KEHE-Ertl, a. a. O., § 19 Rn. 76 - jeweils m. w. N.), während früher teilweise § 130 BGB unmittelbar angewandt wurde (vgl. KG JFG 1, 338).

Das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers und die Gesamtrechtsnachfolge des übernehmenden Rechtsträgers infolge der **Umwandlung** ist dem Tod des Erblassers und der Gesamtrechtsnachfolge durch den Erben **strukturell vergleichbar**. Die zur Weitergeltung von Eintragungsbewilligungen oder Auflassungserklärungen des Erblassers entwickelten Grundsätze gelten daher auch für Erklärungen des übertragenden Rechtsträgers (Dehmer, § 20 Rn. 60 f., insbesondere 62; Widmann/Mayer/Vossius, § 20 Rn. 190 f.).

(1) Ist die **Löschungsbewilligung der Hypo-Bank bereits vor dem 1.9.1998 beim Grundbuchamt eingegangen**, so ist sie wirksam und ohne weiteres zu vollziehen.

(2) Geht die Löschungsbewilligung erst später beim Grundbuchamt ein, so kann sie verwendet werden, wenn feststeht, daß sie bereits vor dem 1.9.1998 wirksam geworden ist - insbesondere weil die Urkunde dem Eigentümer bereits vorher übergeben wurde. Das Wirksamwerden wäre dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen - sei es, daß die Löschungsbewilligung gegenüber dem Eigentümer ausnahmsweise zu notarieller Niederschrift erklärt wurde oder daß der Notar eine Tatsachenbescheinigung (nach §§ 36 ff. BeurkG) beim Grundbuchamt einreicht, wonach ihm die Löschungsbewilligung bereits vor dem 1.9.1998 für den Grundstückseigentümer (oder auch den Erwerber) übergeben wurde und allfällige Treuhandaufgaben für die Verwendung der Bewilligung bereits vor dem 1.9.1998 erfüllt waren. Die Unterschriftsbeglaubigung allein würde nicht genügen, da sie nur die Abgabe, nicht aber den Zugang der Erklärung beweist.

(3) Läßt sich ein Wirksamwerden der Löschungsbewilligung vor dem 1.9. nicht nachweisen, so genügt die Bewilligung u. E. dennoch. Man kann die Bewilligung wohl auch als für den Gesamtrechtsnachfolger des eingetragenen Berechtigten abgegeben auslegen, da Ziel der Bewilligung nur die Löschung der Eintragung ist. Voraussetzung ist, daß die seinerzeit für die Hypo-Bank Handelnden nunmehr auch für die Hypo- und Vereinsbank vertretungsberechtigt sind (was in aller Regel der Fall sein dürfte). Als Nachweis genügt sogar die alte Vollmachtsurkunde samt einem Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge infolge der Verschmelzung (dazu nachfolgend Abschnitt 3. c).

c) § 39 GBO verlangt grundsätzlich eine **Voreintragung** des von der Eintragung Betroffenen. Da die Löschung der Grundschuld, wenn sie nach dem 31.08.1998 vollzogen wird, die Hypo- und Vereinsbank betrifft, könnte man die Voreintragung des übernehmenden Rechtsträgers für erforderlich halten. Ausnahmsweise ist nach § 40 GBO eine Voreintragung aber entbehrlich, wenn der Betroffene Erbe des Eingetragenen ist und die Eintragung noch aufgrund Erblasserbewilligung erfolgt oder wenn die Übertragung oder Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll. **§ 40 GBO** ist nach allgemeiner Meinung auf andere Fälle der Universalsukzession analog anzuwenden, insbesondere auf einen Vermögensübergang durch Umwandlungen nach dem UmwG (Demharter, a. a. O., § 40 GBO, Rn. 11; KEHE-Herrmann, a. a. O., § 40 Rn. 10; Meikel/Sievekling, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1988, § 40 Rn. 15). Für die Löschung der Grundschuld ist also die **Voreintragung der Hypo- und Vereinsbank nicht erforderlich** - weder wenn die Löschungsbewilligung vor dem 01.09.1998 von der Hypo-Bank, noch wenn sie nach dem 31.08.1998 von der Hypo- und Vereinsbank erteilt wurde.

Aber auch wenn bereits eine Grundbuchberichtigung auf die Hypo- und Vereinsbank erfolgte, genügt eine vor dem 1.9.1998 bereits eingereichte Löschungsbewilligung der Hypo-Bank (entsprechend bei erfolgter Voreintragung der Erben: BGHZ 48, 356 = Rpfleger 1968, 49; BayObLGZ 1934, 66, 68; BayObLGZ 1973, 139 = Rpfleger 1973, 296; Demharter, a. a. O., § 19 GBO Rn. 23; KEHE-Ertl, a. a. O., § 19 Rn. 76).

2. Grundschuldbestellung für die Hypo-Bank vor

dem 1.9.1998

a) Ähnlich stellt sich die Frage, ob vor dem 1.9.1998 für die Hypo-Bank bestellte, aber noch nicht im Grundbuch eingetragene **Grundschulden** nun aufgrund der alten Bewilligung für die Hypo- und Vereinsbank eingetragen werden können.

Auch hier hilft wieder ein Vergleich mit der Gesamtrechtsnachfolge beim **Erbfall**: Dort hat es auf die Wirksamkeit der **Auflassung** nach § 925 BGB keinen Einfluß, wenn der Veräußerer oder der Erwerber nach Erklärung der Auflassung, aber vor Eigentumsumschreibung verstirbt (§ 130 Abs. 2 BGB). Die gegenüber dem verstorbenen Erwerber erklärte Auflassung wirkt für und gegen seine Erben. Das Grundbuchamt darf dann allerdings den verstorbenen Erblasser nicht mehr als Eigentümer in das Grundbuch eintragen, da nur lebende Personen im Grundbuch eingetragen werden können (BayObLGZ 1994, 158, 160; KGJ 36, A 277; KG Rpfleger 1975, 133; LG Darmstadt, JFG 10, 212; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3347). Anstelle des verstorbenen Erblassers sind vielmehr auf Antrag seine Erben in das Grundbuch einzutragen, sofern sie ihr Erbrecht in der Form des § 35 GBO nachweisen. Einer besonderen Auflassung an die Erben des Erwerbers bedarf es nicht mehr (RG JW 1926, 1955, 1956; KG JFG 7, 325; BayObLGZ 33, 299; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3347; KEHE-Ertl, a. a. O., § 20 Rn. 55; Meikel/Böttcher, a. a. O., § 20 Rn. 244; a. A. LG Darmstadt, JFG 10, 212).

Das gleiche gilt, wenn der in einer **Eintragungsbewilligung** bezeichnete Berechtigte vor Eintragung im Grundbuch verstirbt. Auch in diesen Fällen ist allgemein anerkannt, daß es einer Ergänzung der Eintragungsbewilligung nicht bedarf. Vielmehr genügt die zugunsten des Erblassers erklärte Eintragungsbewilligung, um dessen nach § 35 GBO legitimierte Erben einzutragen (LG Düsseldorf, Rpfleger 1987, 14; Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 99; KEHE-Ertl, a. a. O., § 19 Rn. 206; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 229, a. a. O. Fn. 15). Deshalb genügt u. E. bei der Gesamtrechtsnachfolge infolge Verschmelzung eine dem übertragenden Rechtsträger erteilte Bewilligung (ebenso Widmann/Mayer/Vossius, a. a. O., § 20 Rn. 191). Ebenso wie beim Erbfall kann allerdings nicht mehr der erloschene übertragende Rechtsträger eingetragen werden, sondern nur der übernehmende Rechtsträger.

b) Damit fragt sich, wie die **Rechtsnachfolge dem Grundbuchamt nachzuweisen** ist. Nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO sind die Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, soweit sie nicht offenkundig sind. Für das Vollstreckungsrecht wird vertreten, daß bereits die Eintragung in das Handelsregister zur Offenkundigkeit führt (MünchKomm/Wolfsteiner, ZPO, 1992, § 726 ZPO Rn. 46 und § 727 ZPO Rn. 46; a. A. Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 56. Aufl. 1998, § 291 ZPO Rn. 5; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 726 ZPO Rn. 19 Fn. 127). Jedenfalls im Grundbuchverfahrensrecht führt eine Handelsregistereintragung nicht zur Offenkundigkeit (vgl. auch Meikel/Brambring, § 29 GBO Rn. 295). Sonst liefe die "Erleichterung" (gegenüber § 29 GBO) des Nachweises durch Vorlage eines **beglaubigten Handelsregisterauszuges** nach § 32 GBO leer. Bei einer Verschmelzung ist also zum Nachweis der

Rechtsnachfolge ein Auszug aus dem Register des übernehmenden (§ 20 Abs. 1 S. 1 UmwG) Rechtsträgers erforderlich (Widmann/Mayer/Vossius, a. a. O. § 20 UmwG Rn. 56 f.). Nach der Neufassung des § 21 Abs. 1 S.1 Nr. 2 und S. 2 BNotO kann der Nachweis von Handelsregistereintragungen ausdrücklich auch über eine bloße Vertretungsbescheinigung hinaus durch eine notarielle Bescheinigung geführt werden.

Man könnte die Tatsache der Verschmelzung von Hypo- und Vereinsbank für **offenkundig**, zumal allgemeinkundig, halten, da sie in allen Medien ausführlich dargestellt und durch eine umfangreiche Werbeaktion der beiden Banken weiter bekanntgemacht wurde. Zwar können Presseberichte für bestimmte öffentliche Ereignisse zur Offenkundigkeit führen (vgl. RGZ 102, 339, 343 f.; Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 291 ZPO Rn. 2; einschränkend MünchKomm/Wolfsteiner, a. a. O., § 726 ZPO Rn. 48). Dies wird wohl für die Tatsache der Verschmelzung von Hypo-Bank und Vereinsbank gelten. Doch muß man bezweifeln, ob auch die Art der Verschmelzung, der übertragende und der übernehmende Rechtsträger, der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung und die genaue neue Firmierung des übernehmenden Rechtsträgers allgemeinkundig sind. Für die Praxis wird dennoch selten ein Handelsregisterauszug bzw. eine notarielle Bescheinigung erforderlich sein: Denn jedenfalls mit der Eintragung der ersten Grundschuld für die Hypo- und Vereinsbank in einer anderen Grundbuchsache ist die Verschmelzung bei dem entsprechenden Grundbuchamt gerichtskundig.

c) Damit verbleibt nur die Frage, ob es für die Eintragung des neuen Rechtsträgers eines **neuen bzw. berichtigten Antrags** nach § 13 GBO bedarf oder ob das Grundbuchamt den ursprünglich gestellten Antrag selbständig dahin auslegen kann, daß anstelle der Hypo-Bank die Hypo- und Vereinsbank eingetragen werden soll. Die bisher zur Eintragung der Erben ergangenen Gerichtsentscheidungen enthalten zu dieser Frage keine Anhaltspunkte, da in den zugrundeliegenden Fällen - soweit ersichtlich - ausdrücklich eine Eintragung der Erben beantragt wurde (BayObLGE 33, 299; LG Düsseldorf Rpfleger 1987, 14).

(1) Für die **Bezeichnung des Berechtigten** wurde entschieden, daß das Grundbuchamt den Namen des Berechtigten antragsgemäß gleichlautend mit dem im Erwerbstitel genannten Namen einzutragen hat; zur Eintragung eines nicht beantragten Namens ist es nicht befugt (BayObLGZ 1972, 373 = NJW 1973, 1048 = Rpfleger 1973, 56; Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 35; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 229; KEHE-Eickmann, a. a. O., § 15 GBVfg, Rn. 2). Gilt dies schon für eine abweichende Bezeichnung des Berechtigten, so könnte man den Grundsatz "erst recht" auf die Eintragung eines anderen als des beantragten Berechtigten anwenden. Doch betraf die zitierte Entscheidung einen Antrag mit zulässiger Bezeichnung, während hier die Eintragung der Hypo-Bank nach dem 31.8. unzulässig wäre.

(2) Auch der Grundbuchantrag als verfahrensrechtliche Erklärung ist der **Auslegung** zugänglich; § 133 BGB gilt entsprechend (Demharter, a. a. O., § 13 Rn. 15; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 172; Meikel/Sievekling, a. a. O., § 13 Rn. 30). Hiernach kommt es entscheidend auf den wirklichen Willen und den Sinn der Erklärung an.

Der buchstäbliche Ausdruck hat nur eine untergeordnete Bedeutung (Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 28; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 172; Meikel/Sievekling, a. a. O., § 13 Rn. 30). Begrenzt wird diese Auslegung jedoch einmal durch den das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz (BayObLGZ 1969, 100; BayObLGZ 1984, 124; Demharter, § 19 Rn. 28). Zum andern ist eine Auslegung aber von vornherein dann ausgeschlossen, wo dies die Eindeutigkeit des gestellten Grundbuchantrags verwehrt (BGHZ 32, 63; BayObLGZ 1984, 123; BayObLGZ 1990, 363; OLG Frankfurt Rpfleger 1993, 331; Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 28; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 172).

Stellt man vorliegend auf den "wirklichen Willen" und den Sinn der Erklärung ab, so könnte man folgern, daß für den Fall einer Eintragung ab dem 1.9. die Eintragung des übernehmenden Rechtsträgers als Berechtigten gewollt war, da die ursprüngliche Gläubigerin mit diesem Datum erloschen war. So wird etwa häufig in Grundschuldformularen nur eine Eintragung "zugunsten der Grundschuldgläubigerin" bewilligt und beantragt. Dies spricht für die Entbehrlichkeit eines neuen Antrages. - Andererseits bezeichnet aber der Eintragungsantrag zumindest aufgrund der Bezugnahme auf den Urkundseingang ausdrücklich und (zur Zeit der Antragstellung) eindeutig die Hypo-Bank als Gläubigerin - was wieder dafür spricht, daß ein neuer bzw. berichtigter Eintragungsantrag erforderlich ist.

(3) Da die Eintragung des ursprünglich beantragten Berechtigten nunmehr unzulässig wäre, könnte man auch an eine **Umdeutung analog § 140 BGB** denken. Eine Umdeutung kommt im Grundbuchverfahrensrecht in Betracht, wenn eine Grundbucheintragung ihrem Wortlaut nach nicht eintragungsfähig ist, objektiv und nach dem wirtschaftlich Gewollten aber den Erfordernissen eines anderen, eintragungsfähigen Rechts entspricht. Liegt ein solcher Fall vor, so kann sich das Grundbuchamt einer Umdeutung nicht verschließen, wenn es zu einer abschließenden Würdigung in der Lage ist (Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 29; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O. Rn. 173; Meikel/Sievekling, a. a. O., § 13 Rn. 35; a. A. KEHE-Ertl, a. a. O., § 13 Rn. 36). Auch hier läßt sich der Antrag sinnvollerweise nur dahingehend verstehen, daß die Grundschuld nach der Verschmelzung für den aufnehmenden Rechtsträger eingetragen werden sollte. Fraglich erscheint die Umdeutung aber, wenn nicht das "rechtliche Verhältnis" zwischen den Beteiligten, sondern die Person des Berechtigten umgedeutet werden soll.

Wäre die Hypo-Bank bereits eingetragen, so bedürfte es für eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO auch eines Antrages (Demharter, a. a. O., § 29 Rn. 45; KEHE-Ertl, a. a. O., § 29 Rn. 84; Meikel/Böttcher, a. a. O., § 22 Rn. 78); eine Berichtigung von Amts wegen findet nur in den Ausnahmefällen der §§ 51, 52, 82a und 84 ff. GBO statt. Lediglich eine bloße Berichtigung der Bezeichnung eines eingetragenen Berechtigten könnte das Grundbuchamt zwar auch ohne Antrag von sich aus vornehmen, etwa bei der Namensänderung des Berechtigten infolge Heirat (Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 239) oder auch im Falle der formwechselnden Umwandlung von Gesellschaften, durch die sich deren Identität nicht ändert (Meikel/Böttcher, a. a. O., § 22 Rn. 77 m. w. N.).

(4) Hält man einen **geänderten Antrag** für erforderlich,

so bereitet dies in der Praxis dem Notar keine Probleme, da er dazu auch ohne Vollzugsvollmacht in der Urkunde nach § 15 GBO, § 24 Abs. 3 BNotO kraft Gesetzes als ermächtigt gilt. Bei Zweifeln des Grundbuchamtes empfiehlt sich daher, einen neuen Antrag zu stellen. Denn jedenfalls genügt ein neuer Antrag und es ist keine neue Bewilligung erforderlich.

d) Mit der Eintragung entsteht also die Grundschuld für die Hypo- und Vereinsbank, da die Bestellungserklärung auch materiell-rechtlich zugunsten des Rechtsnachfolgers der Hypo-Bank wirkt. Damit ist nur zu klären, ob für diese Grundschulden auch **vollstreckbare Ausfertigungen** erteilt werden können.

(1) Die Vollstreckungsunterwerfung des Grundschuldbestellers nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wurde gegenüber der Hypo-Bank erklärt, als diese noch bestand. Ihre Wirksamkeit hängt nicht davon ab, wann die Grundschuld eingetragen wurde; denn auch die Unterwerfung für einen **künftigen Anspruch** ist möglich (BGH DNotZ 1990, 552; OLG Hamm BB 1991, 865; KG OLGZ 1983, 216; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 794 ZPO Rn. 24; MünchKomm/Wolfsteiner, § 794 ZPO Rn. 235). Der Anspruch aus dem abstrakten Schuldversprechen entsteht ohnehin bereits mit der (formlos möglichen) Annahme durch die Hypo-Bank unabhängig von der Eintragung der Grundschuld.

Die Erteilung bzw. Umschreibung der Vollstreckungsklausel richtet sich nach § 727 Abs. 1 ZPO - auch wenn der Hypo-Bank noch keine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wurde, sondern diese nun direkt der Hypo- und Vereinsbank erteilt wird. Denn auch dann erfolgte die Unterwerfung gegenüber einem anderen als dem in der Klausel bezeichneten Gläubiger, so daß eine Prüfung der Rechtsnachfolge wie nach § 727 ZPO erfolgen und der Nachweis in der Klausel erwähnt werden muß.

Der **Nachweis der Rechtsnachfolge** ist aufgrund der Eintragung im Handelsregister der Vereinsbank möglich. Wie dargestellt, hält eine Meinung die Registereintragung für vollstreckungsrechtlich offenkundig (s. o. 2. b) mit der Folge, daß bei Vollstreckungsbeginn kein beglaubigter Registerauszug nach § 750 Abs. 2 ZPO mit zugestellt werden muß. Jedoch kann der Notar die Klauselumschreibung so gestalten, daß darin zugleich eine Bescheinigung über die Handelsregistereintragung i. S. d. § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO liegt, oder er heftet den als Nachweis vorgelegten beglaubigten Registerauszug der vollstreckbaren Ausfertigung bei; auch dann kann er bei der Zustellung nicht vergessen werden. Aus dem beglaubigten Registerauszug bzw. der Notarbescheinigung müssen der Tag der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers sowie Firma und Sitz des übertragenden Rechtsträgers ersichtlich sein (OLG München DB 1989, 1918; Dehmer, a. a. O., § 20 Rn. 30; Kallmeyer/Marsch-Barner, a. a. O., § 20 Rn. 25; Lutter/Grunewald, § 20 Rn. 51; Widmann/Mayer/Vossius, a. a. O., § 20 Rn. 60 f.).

(2) Schließlich könnte man an der Wirksamkeit der Unterwerfung auch gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger des Eigentümers zweifeln, da die Unterwerfung gegenüber der Hypo-Bank erfolgte, die Eintragung nach § 800 Abs. 1 S. 2 ZPO aber zugunsten der Hypo- und Vereinsbank.

Auf die Unterwerfungserklärung des Eigentümers selbst hat dies keinen Einfluß: § 800 ZPO regelt nur die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollstreckbare Ausfertigung gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger des Schuldners erteilt werden kann (wobei strittig ist, ob § 800 ZPO alternativ oder kumulativ zu § 727 ZPO gilt). Ohne Belang ist § 800 ZPO aber nach allgemeiner Auffassung für die Wirksamkeit der Unterwerfung und die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den die Unterwerfung erklärenden Eigentümer selbst (BGHZ 108, 375; Hartmann, a. a. O., § 800 ZPO Rn. 5; MünchKomm/Wolfsteiner, a. a. O., § 800 ZPO Rn. 12; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 800 ZPO Rn. 4a). Hier liegt aber keine Rechtsnachfolge auf der Schuldnerseite, sondern eine auf der Gläubigerseite vor.

Bei einer Rechtsnachfolge auf der Schuldnerseite gehen - wie dargestellt - die Rechte aus Grundschuldbestellung und Eintragungsbewilligung auch für die Hypo- und Vereinsbank als Gesamtrechtsnachfolger der Hypo-Bank nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG über. Ebenso umfaßt die Gesamtrechtsnachfolge auch die Vollstreckungsunterwerfung, die Eintragungsbewilligung und die spätere Eintragung der Unterwerfung nach § 800 ZPO (Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O., § 800 ZPO Rn. 3, spricht etwa von einem "prozessualen Nebenrecht").

3. Handeln für die Hypo-Bank nach dem 1.9.1998

a) Die Hypo-Bank ist mit der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der Vereinsbank erloschen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Neue Rechte können daher nicht mehr für sie begründet werden; ebensowenig kann jemand für sie handeln. Wird dennoch nach dem 1.9.1998 eine **Grundsuld** für die Hypo-Bank bestellt (etwa weil versehentlich noch das alte Grundschuldformular verwandt wurde), so kann sich die Berechtigung der Hypo- und Vereinsbank nicht aus der Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ergeben. Allenfalls ist eine Auslegung der Erklärungen der Beteiligten möglich, daß die Grundsuld für die Hypo- und Vereinsbank bestellt werden sollte (**falsa demonstratio**). Hier sprechen wohl die besseren Argumente für eine Auslegungsfähigkeit, da der in der Urkunde ausdrücklich genannte Gläubiger nicht mehr besteht, der Grundschuldbesteller aber die nunmehr tatsächlich bestehende Bank gemeint hat.

b) Wurde ab dem 1.9.1998 eine **Löschungsbewilligung** versehentlich noch unter dem Namen der Hypo-Bank erteilt, so wird auch hier die Auslegung ergeben, daß die Bankangestellten sich nur versprochen oder verschrieben haben (etwa weil sie den Löschungsentwurf des Notars nicht genau durchlasen oder noch ein vor dem 1.9. abgesandter Löschungsentwurf verwandt wurde) - und nicht etwa für die mittlerweile erloschene Hypo-Bank handeln wollten. Insbesondere ergibt sich dies, wenn eine neue Vollmachtsurkunde zur Vertretung der Hypo- und Vereinsbank in Abschrift beigelegt wurde. Die Bewilligung genügt also zur Löschung - vorausgesetzt, es liegt auch Vertretungsnachweis für die Hypo- und Vereinsbank vor.

Ergibt sich lediglich aus der Unterschriftsbeglaubigung, daß die Unterzeichnenden für die Hypo-Bank handelten (weil die Notariatsangestellten noch den alten abgespeicherten Beglaubigungstext verwandten), so liegt

der Fehler nicht in der Erklärung der Vertreter der Bank (sie erklärten vielmehr zumindest konkludent, für die nunmehr bestehende Bank handeln zu wollen - etwa durch Vorlage einer neuen Vollmacht), sondern im Beglaubigungsvermerk des Notars. Der Notar muß seinen Beglaubigungsvermerk korrigieren.

c) Damit hängt die Frage zusammen, inwieweit die **bisher für die Hypo-Bank rechtsgeschäftlich Vertretungsberechtigten** aufgrund der ihnen erteilten Vollmachten nunmehr für die Hypo- und Vereinsbank handeln können. Nach Rechtsprechung und Literatur erlöschen bei der Verschmelzung vom übertragenden Rechtsträger erteilte Prokuren (§ 48 HGB), da sie insoweit wie eine Organstellung behandelt werden (OLG Hamm Rpfleger 1962, 351; Röder/Lingemann, DB 1993, 1341; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl. 1988, Anh. Umw., § 25 KapErhG Rn. 32; E. Schmidt, MittRhNotK 1982, 185, 192; Widmann/Mayer/Vossius, a. a. O., § 20 Rn.304) - und nach letzterer Auffassung auch Handlungsvollmachten (§ 54 HGB).

Für sonstige Vollmachten gilt die allgemeine Regel des § 168 S. 1 BGB. Danach würden die von der Hypo-Bank erteilten Vollmachten aufgrund des Fortbestandes der zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisse ungeachtet des Erlöschens der Hypo-Bank fortbestehen. Zwar heißt es in der Kommentarliteratur z. T. pauschal, daß mit dem Erlöschen einer juristischen Person von ihr erteilte Vollmachten erlöschen (Staudinger/Schilken, BGB, 13. Aufl. 1995, § 168 BGB Rn. 27). Damit ist aber nicht der Fall des Erlöschens durch Verschmelzung gemeint. Bei einer Verschmelzung gehen vom übertragenden Rechtsträger erteilte Vollmachten nach §§ 672, 675, 168 S. 1 BGB vielmehr regelmäßig auf den übernehmenden Rechtsträger über (MünchKomm/Schramm, BGB, 3. Aufl. 1993, § 168 BGB, Rn. 26).

Hier ist die Rechtslage im Erbrecht nur begrenzt vergleichbar: Zwar besteht auch bei Erbfolge die Vollmacht i. d. R. entsprechend des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses über den Tod hinaus fort (OLG Zweibrücken DNotZ 1983, 105; Palandt/Heinrichs, 57. Aufl. 1998, § 168 BGB Rn. 4; Staudinger/Schilken, a. a. O., § 168 BGB Rn. 26), doch kann aufgrund einer vom Erblasser erteilten fortbestehenden Vollmacht nur mit Wirkung für und gegen den Nachlaß gehandelt werden (BGHZ 87, 19 = NJW 1983, 1487 = FamRZ 1983, 476, 477; RGZ 106, 185; MünchKomm/Schramm, a. a. O., § 168 BGB, Rn. 24; Palandt/Edenhofer, a. a. O., Einf. v. § 2197 BGB Rn. 18). Eine derartige Begrenzung der Vertretungsmacht bzw. der daraus entspringenden Haftung auf das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers ist bei der Verschmelzung nicht möglich.

Die von der Hypo-Bank erteilten Vollmachten würden daher auch gegenüber der Hypo- und Vereinsbank weiterwirken, solange sie von dieser nicht widerrufen werden. **Von den Vollmachtsurkunden könnte also weiterhin Gebrauch gemacht werden.** Zum Nachweis der Vertretungsmacht wäre zusätzlich lediglich ein Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge durch die Verschmelzung erforderlich der durch einen Registerauszug der übernehmenden Gesellschaft geführt werden kann.

4. Vollzug von durch die Bayerische Vereinsbank vor

dem 1.9.1998 erteilten Löschungsbewilligungen bzw. von Grundschuldregistrierungen

a) Keine Vollzugsprobleme bereitet der Vollzug vor dem 1.9.1998 von bzw. für die Bayerische Vereinsbank AG (Vereinsbank) abgegebenen Bewilligungen. Die Vereinsbank war übernehmender Rechtsträger bei der Verschmelzung durch Aufnahme. Sie besteht damit fort. **Lediglich ihre Firma wurde geändert**, so daß sie nunmehr "Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG" heißt. Jedoch hat sich weder materiell die Rechtsinhaberschaft der für sie eingetragenen Rechte bzw. ihrer Forderungen geändert noch änderte sich grundbuchverfahrensrechtlich etwas an der Bewilligungsbefugnis. Antrag und Bewilligung bezeichnen daher jeweils den richtigen Berechtigten, wengleich noch unter dessen altem Namen. Insoweit genügt eine Auslegung. Von den Vertretungsberechtigten der Vereinsbank noch unter deren altem Namen erteilte Löschungsbewilligungen können daher auch nach dem 31.8.1998 vollzogen werden. Ebenso können für die Vereinsbank vor dem 1.9. bestellte Grundschulden nunmehr für die Hypo- und Vereinsbank eingetragen werden.

b) Dasselbe gilt u. E. für **nach dem 31.8.98** versehentlich noch für die Vereinsbank bestellte Grundschulden bzw. in deren Namen abgegebene Löschungsbewilligungen.

c) Ebenso wirken von der Vereinsbank erteilte **Vollmachten** weiter. Geändert hat sich lediglich der Name des Vollmachtgebers, was durch einen Handelsregisterauszug etc. nachgewiesen werden kann.

Gutachten im Faxabruf

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. Die Service-Nr. lautet wie folgt: 0931/355 76 43.

BGB §§ 607, 609, 1191; AGBG § 11 Nr. 2 und 5
Löschungsbewilligung der abzulösenden Bank gegen Verzicht auf Einwände gegen Vorfälligkeitsentschädigung
Dokumentennr. Fax-Abruf: 11007

NBauO § 92; BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1; EGBGB Art. 111; ErbbauVO § 12 Abs. 1
Veräußerungsbeschränkung für landwirtschaftliches Altenteilerhaus als zulässiger Inhalt einer Baulast
Dokumentennr. Fax-Abruf: 11008

BauGB §§ 19, 21
Materielle Baurechtswidrigkeit nach genehmigungsfreier Grundstücksteilung - Eingriffsgrundlagen für die Bauaufsicht
Dokumentennr. Fax-Abruf: 11009

Türkei - Beschränkung der Erbenhaftung
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1453

Rechtsprechung

BGB § 313 S. 1

Keine Beurkundungspflicht für Inhalt zu übergebender Unterlagen

Werden in einem Grundstückskaufvertrag auch die Rechte an der bereits vorhandenen Baugenehmigungsplanung übertragen, müssen die entsprechenden Unterlagen nicht mit beurkundet werden.

BGH, Urt. v. 17.07.1998 - V ZR 191/97

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 727

Problem

Bei einem Grundstückskauf wurde eine vorhandene Genehmigungsplanung gem. den Bestimmungen der HOAI I - IV mitveräußert. Der Verkäufer mußte innerhalb von 21 Tagen nach Vorlage der dem erteilten Bauvorbescheid entsprechenden Baugenehmigungsplanung eine Bankbürgschaft beibringen. Der Kaufpreis war 14 Tage nach Absendung einer Mitteilung des Notars über das Vorliegen der Baugenehmigung fällig. Bauvorbescheid, Genehmigungsplanung und der gestellte Bauantrag wurden nicht mit beurkundet. Der Käufer hielt deshalb den Kaufvertrag für formunwirksam.

Entscheidung

Der BGH ging davon aus, daß Grundstücks- und Rechtskauf nach dem Willen der Parteien eine rechtliche Einheit bildeten und damit insgesamt beurkundungsbedürftig waren. Diesem Erfordernis sei jedoch Genüge getan. Denn dem Beurkundungszwang unterliege nach der ständigen Rechtsprechung des Senates nur der eine Regelung enthaltende, d. h. Rechtswirkungen erzeugende Teil der Erklärungen. Hierzu gehöre vorliegend der Inhalt der Genehmigungsplanung nicht. Denn die **Verpflichtung des Verkäufers erschöpfe sich in der "Übertragung der Rechte" an den Planungsunterlagen. Diese Verpflichtung war aber beurkundet worden.** Der Inhalt der Genehmigungsplanung gehöre nicht mehr zum Regelungsinhalt des Kaufvertrages, sondern diene nur der - entbehrlichen - Erläuterung des - **hinreichend genau bezeichneten** und bestimmbaren - Gegenstandes des Rechtskaufes, sei also nur ein nicht beurkundungsbedürftiger **"Identifizierungsbehelf"** (BGH NJW 1979, 1984). Damit grenzt der BGH den vorliegenden Fall von den Fällen mangelnder Beurkundung einer Baugenehmigung, sonstiger Pläne oder Erklärungserklärungen ab, aus denen noch weitergehende Verpflichtungen der Beteiligten erwachsen sollten. Der Fall sei vielmehr der Schuldübernahme ähnlich, hinsichtlich derer der BGH bereits entschieden hatte, daß **lediglich die Verpflichtung zur Schuldübernahme als solche beurkundungsbedürftig** sei, hingegen nicht der Inhalt des übernommenen Schuldverhältnisses (BGH DNotZ 1994, 476). Entsprechendes gelte für den Bauvorbescheid, da auch dieser die im Vertrag selbst geregelten Rechtsbeziehungen der Beteiligten nicht erweitere, also nicht einen Teil der Vereinbarung aus der notariellen Urkunde herausverlagere.

BGB §§ 286, 346, 347
Keine Verzugszinsen bei Ausübung
rechtsgeschäftlichen Rücktrittsrechtes

Macht der Verkäufer von einem ihm im Vertrag eingeräumten Rücktrittsrecht Gebrauch, so entfällt sein Anspruch auf Ersatz der Zinsen, die er infolge des Verzugs des Käufers nicht erwirtschaftet oder nicht erspart hat.

BGH, Urt. v. 10.07.1998 - V ZR 360/96
Kz.: L I 1 - § 347 BGB
Dokumentennr. Fax-Abruf: 728

Problem

Der Käufer kam mit der Zahlung des Kaufpreises für verschiedene gekaufte Eigentumswohnungen in Verzug. Der Verkäufer trat daraufhin für bestimmte Einheiten vom Vertrag zurück, worauf sich die Beteiligten auch noch vertraglich einigten. Der Verkäufer bestand jedoch weiterhin auf Zahlung der zwischenzeitlich aufgelaufenen Verzugszinsen auch für die Einheiten, hinsichtlich derer er vom Kaufvertrag zurückgetreten war.

Entscheidung

Der BGH verneinte einen Anspruch auf Verzugszinsen nach Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechtes. Bisher hatte derselbe Senat zum **gesetzlichen Rücktrittsrecht** entschieden, daß der **Rücktritt auf den einmal entstandenen Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens ohne Einfluß** bleibe (BGHZ 88, 46). Für einen vertraglichen Rücktritt entschied der Senat nunmehr anders - ausdrücklich ohne sich festzulegen, ob er an seiner bisherigen Rechtsprechung für den Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechtes festhalten würde.

Dabei stellt der BGH darauf ab, daß die Parteien bei Ausübung eines **vertraglichen Rücktrittsrechtes** verpflichtet seien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Nach § 347 S. 2 BGB sei der Rückgewährschuldner vom Empfang des Leistungsgegenstandes an wie ein verklagter unberechtigter Besitzer gem. § 987 Abs. 1 BGB zur Herausgabe gezogener und aufgrund § 987 Abs. 2 BGB zum Ersatz schuldhaft nicht gezogener Nutzungen verpflichtet. Er habe also die tatsächlich gezogenen bzw. sorgfaltswidrig nicht gezogenen Zinsen herauszugeben, d. h. hätte der Käufer rechtzeitig gezahlt und wäre dann der Rücktritt erfolgt, so hätte der Verkäufer die Zinsen herausgeben müssen. Mit dieser gesetzlichen Entscheidung, dem Schuldner der ursprünglichen Leistung als Rückgewährgläubiger die Nutzung der erbrachten Leistung wieder zuzuordnen, sei nicht zu vereinbaren, ihn weiterhin für die Nutzung haften zu lassen, die dem Gläubiger infolge der verzögerten Tilgung der Ursprungsschuld entstanden seien. Anderenfalls würden dem Gläubiger Ansprüche wegen der Vorenthaltung von Nutzungen eingeräumt, die ihm nach dem Rücktrittsrecht nicht gebührten, die er mithin, wenn er sie rechtzeitig empfangen hätte, nach § 347 S. 2 und 3 BGB herausgeben müßte. Der Verkäufer könne daher für den wegen des Schuldnerverzugs entgangenen Gewinn aus der Wiederanlage des Kaufpreises keinen Ersatz fordern - ebensowenig für die bei rechtzeitiger Tilgung der Kaufpreisschuld ersparten Zinsen des Verkäufers. Denn die beim Rücktritt eintretende Pflicht der Parteien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren,

erstrecke sich auch auf die bei zweckgerechter Verwendung der Geldleistungen beim Verkäufer eingetretene Zinsentlastung.

Im konkreten Fall sei aber möglich, daß die Beteiligten, auf die damalige Rechtsprechung des BGH gestützt, davon ausgingen, daß ihnen der Zinsanspruch auch im Rücktrittsfall nicht verlorenginge und daß die von ihnen vereinbarte Modifikation des gesetzlichen Rücktrittsrechtes entsprechend auszulegen sei.

GBO §§ 19, 20; BGB §§ 107, 181, 873, 925, 1629
Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1

Vertretung des Minderjährigen bei
Grundstücksschenkung durch Großmutter

1. Die schenkweise Übertragung eines Grundstücks (Miteigentumsanteils), das mit einem Nießbrauch und einem Vorkaufsrecht belastet ist, stellt für den Beschenkten lediglich einen rechtlichen Vorteil dar. Dies gilt auch dann, wenn an dem Grundstück (Miteigentumsanteil) zugleich mit der Übereignung ein weiterer Nießbrauch und zwei weitere Vorkaufsrechte bestellt werden sollen.

2. Bei einer solchen Schenkung der Großmutter an das vierjährige Enkelkind können die Eltern das Kind vertreten.

BayObLG, Beschl. v. 29.05.1998, 2Z BR 85/98
Kz.: L I 1 - § 1629 BGB
Dokumentennr. Fax-Abruf: 731

Problem

Die Großmutter hatte ihren hälftigen Miteigentumsanteil, der mit einem Vorkaufsrecht zugunsten des anderen Miteigentümers belastet war, schenkweise auf ihre vierjährige Enkelin übertragen. Das Grundstück war weiterhin mit einem lebenslangen Nießbrauchsrecht für den Vater der Großmutter belastet. Bei der Schenkung wurde die Minderjährige durch ihre Eltern vertreten. In der Urkunde wurde bestimmt, daß der Großmutter an dem Schenkungsgegenstand der lebenslängliche Nießbrauch verbleibt, weiter wurde hierin die Eintragung eines Vorkaufsrechts für einen Verwandten der Großmutter und eines weiteren Vorkaufsrechts für die Mutter der Minderjährigen bewilligt und beantragt. Nach Auffassung des Grundbuchamts waren die Eltern hier gem. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB von der Vertretung der Minderjährigen ausgeschlossen, da bei mehreren Nießbrauchsrechten eine Kollisionslage bestehe, die zur rechtlichen Unklarheit führe, so daß das Rechtsgeschäft für das Kind nicht sicher rechtlich vorteilhaft sei.

Entscheidung

Das BayObLG verneint für den vorliegenden Sachverhalt die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers. Eine "rechtliche Unklarheit" bestehe nicht, da die Belastung mit mehreren Nießbrauchsrechten ohne weiteres zulässig sei (vgl. § 1060 BGB) und sich die Nutzungsberechtigung entweder nach § 879 BGB bzw. bei gleichem Rang nach §§ 1060, 1024 BGB richte. Im übrigen sei nach herrschender Auffassung ein Vertretungsverbot sowohl nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB als auch nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen, wenn das Rechtsgeschäft dem Kind **lediglich einen rechtlichen Vorteil** bringe. Dies

gelte nicht nur für den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen, sondern auch für den geschäftsunfähigen, da die Interessenlage identisch sei. Aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages heraus sei das Rechtsgeschäft hier aber lediglich rechtlich vorteilhaft, da die Minderjährige für den Erwerb des Miteigentumsanteils **keine Gegenleistung aus ihrem Vermögen** erbringen mußte und auch die im Zusammenhang mit der Übertragung begründeten Belastungen **nur den rechtlichen Vorteil des Eigentumserwerbs einschränkten**.

Aktuelles

Fragepflicht des Notars nach Vorbefassung (§ 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG n. F.)

Die Neufassung der BNotO und des BeurkG ist seit 08.09.1998 in Kraft (BGBl 1998 I 2585). In § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG heißt es:

“Der Notar hat vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinne der Nr. 7 zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken.”

Nr. 7 sieht ein Mitwirkungsverbot vor in

“Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit oder eine Person im Sinne von Nr. 4 außerhalb ihrer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die der Beurkundung beteiligt sein sollen.”

Nr. 4 lautet:

“Angelegenheiten einer Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat”

Nach Ansicht des Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Bundestags Eylmann hat die Bestimmung des § 3 Abs. 1 S. 2 zur Folge, daß bei allen Tätigkeiten - also Beurkundungen und Beglaubigungen - die Frage nach der Vorbefassung zu stellen und die Antwort zu vermerken ist. Man könnte in Urkunden und Beglaubigungsvermerken nach der Personenidentitätsfeststellung wie folgt formulieren:

“Der Notar fragte nach einer Vorbefassung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG. Sie wurde von den Beteiligten verneint.”

oder: *“Der Notar fragte nach einer Vorbefassung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG. Sie liegt vor, es handelt sich jedoch um eine solche von Nr. 7 letzter Satzteil”*

Außerdem ist wichtig, daß bei Hinterlegungen eine schriftliche, von den Beteiligten unterschriebene Hinterlegungsvereinbarung (nicht per Fax) - sofern sie nicht vom Notar beurkundet ist - von dem Notar mit Datum versehen durch Unterschrift angenommen werden muß; das gilt auch für sonstige Treuhandauflagen.

Rechtsanwalt und Notar Paul Wagner, Kassel

Pflicht des Notars zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, § 17 Abs. 2 a BeurkG

1. Zweck der gesetzlichen Regelung

Nach § 17 Abs. 2 a BeurkG “soll der Notar das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG gewährleistet ist.”

Der Wortlaut, der auf Vorschlag des Bundesrates in das Gesetz eingefügten Vorschrift, ist mindestens so geheimnisvoll wie die Sphinx und nur verständlich aus ihrer Begründung. In der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 13/4184) heißt es, daß in der notariellen Praxis verstärkt Beurkundungen unter Beteiligung vollmachtloser Vertreter festzustellen sind. Durch eine solche “planmäßige, mißbräuchliche Gestaltung des Urkundensverfahrens wird die in § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG geforderte ausreichende Belehrung der materiell Beteiligten eindeutig unterlaufen”. Dem sei entgegenzuwirken, “indem die Verantwortung der Notare für die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens hervorgehoben wird und sie angehalten werden, die Beurkundung in einer Weise durchzuführen, die die notwendige Belehrung der formell und materiell Beteiligten sicherstellt.”

Der Gesetzgeber hat damit Forderungen der Bundesnotarkammer und der Notarkammern Rechnung getragen, Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens entgegenzuwirken, durch die ein Vertragsteil, insbesondere der “unerfahrene und ungewandte Beteiligte” (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG) systematisch von der Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen wird und damit den Schutz der Beratung und Belehrung durch den Notar verliert, zugleich ihm jede Chance von Verhandlungen mit dem anderen Vertragsteil genommen wird.

Die Kritik an einer Beurkundungspraxis, bei der “systematisch” ein Beteiligter von der Beurkundungsverhandlung ferngehalten wird, gilt insbesondere für

- **die systematische Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern,**
- **die systematische Beurkundung unter Verwendung isolierter Vollmachten und die systematische Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Notars,**
- **die systematische Aufspaltung in Angebot und Annahme,**
- **die systematische Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden.**

2. Auslegung der Vorschrift

Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 a BeurkG ist mißlungen; sein Zweck kann nur über eine ergänzende Gesetzesauslegung ermittelt werden.

Die Prüfungs- und Belehrungspflichten obliegen dem Notar nur gegenüber den formell an einer Beurkundung Beteiligten. Beteiligt sind gem. § 6 Abs. 2 BeurkG die Erschienenen, deren im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen. Formell Beteiligter ist der Bevollmächtigte oder der Vertreter ohne Vertretungsmacht. Sein Wille ist zu

erforschen, er ist über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, etc. Die Pflichten aus § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG bestehen nicht gegenüber dem Vertretenen (BGH DNotZ 1995, 494, 495 m. N. aus der Rechtsprechung; Jansen, FGG, 2. Aufl., 3. Bd., § 17 BeurkG Rn. 11; Winkler, BeurkG, 13. Aufl., § 17 Rn. 10; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl., § 17 Rn. 52; Haug, DNotZ 1972, 453). Um das Pflichtenprogramm gegenüber dem formell beteiligten Vertreter sachgerecht zu erfüllen, muß der Notar das Beurkundungsverfahren nicht besonders "gestalten".

Die Vorschrift macht nur Sinn, wenn man sie wie folgt liest:

"Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach Abs. 1 und 2 gegenüber den materiell Beteiligten gewährleistet ist."

Für diese Auslegung spricht, daß nach der Begründung die Beurkundung in einer Weise durchzuführen ist, die die notwendige Belehrung der formell und materiell Beteiligten sicherstellt.

3. Amtspflicht mit Ausnahmen

Die Vorschrift ist eine sog. **Soll-Vorschrift**, deren Verstoß im Unterschied zu den Muß-Vorschriften (z. B. § 8, § 9 Abs. 1, § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BeurkG) nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung und damit des beurkundeten Rechtsgeschäfts führt, die gleichwohl **unbedingte Amtspflichten des Notars begründet**, von denen er nicht nach seinem Ermessen abweichen darf (BT-Drs. V 3282, S. 24; BayObLG DNotZ 1993, 471, 473; Zur unbedingten Amtspflicht nach § 11 BeurkG, schriftliche Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit in der Niederschrift selbst aufzunehmen und nicht in einen davon getrennten Vermerk; Winkler, a. a. O., Einl., Rn. 13). Diese Auslegung als unbedingte Amtspflicht würde zu dem abstrusen Ergebnis führen, daß der Notar eine Beurkundung nur vornehmen darf, wenn ausnahmslos die am Rechtsgeschäft materiell Beteiligten bei der Aufnahme der Niederschrift anwesend sind. Das materielle Recht kennt aber nur wenige Rechtsgeschäfte, die höchstpersönlich sind und bei denen eine Vertretung ausscheidet (z. B. § 2064 BGB: Testamentserrichtung; § 2274 BGB: Abschluß eines Erbvertrages). Bei nicht höchstpersönlichen Rechtsgeschäften ist materiell-rechtlich eine Vertretung zulässig.

Der Fehler des Gesetzgebers liegt darin, daß er die Terminologie des BeurkG nicht beachtet hat. Eine verfahrensrechtliche Vorschrift kann nicht die nach dem materiellen Recht eröffnete Möglichkeit, Erklärungen durch einen Bevollmächtigten oder einen Vertreter abzugeben, für beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte außer Kraft setzen. Die Vorschrift ist daher so zu lesen, daß der Notar diese Amtspflicht "grundsätzlich" hat (in diesem Sinne für Soll-Vorschriften, die nicht unmittelbar die Herstellung der Urkunde betreffen, Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 436; Huhn/v. Schuckmann, a. a. O., Einl., Rn. 16).

§ 17 Abs. 2 a BeurkG will die planmäßige, systematische, mißbräuchliche Gestaltung des Urkundsverfahrens durch Beteiligung vollmachtloser Vertreter verbieten. Tritt dagegen für einen materiell am Rechtsgeschäft Beteiligten ein Bevollmächtigter aufgrund einer Generalvollmacht oder einer Spezialvollmacht auf, besteht grundsätzlich

keine Amtspflicht des Notars, die Beurkundung abzulehnen.

Die Vorschrift ist daher einschränkend wie folgt zu lesen:
"Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß kein materiell Beteiligter vollmachtlos vertreten wird."

Die Pflicht zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens betrifft weitergehend auch die Pflicht des Notars, dafür Sorge zu tragen, daß ein materiell am Rechtsgeschäft Beteiligter nicht durch Erteilung einer Vollmacht auf eine x-beliebige Person, insbesondere auf einen der anderen Vertragspartei nahestehenden Dritten oder auf Angestellte des Notars von der Beurkundungsverhandlung ferngehalten wird. Angesprochen sind zum einen die Fälle, in denen Erwerber von bundesweit vertriebenen Immobilien weitreichende und allgemein gehaltene ("**isolierte**") **Vollmachten** an ihnen völlig unbekannte Personen erteilen sollen, aufgrund derer dann die Beurkundung des Kaufvertrages, der Abschluß von Darlehensverträgen und die Bestellung von Grundpfandrechten erfolgen (vgl. Rundschreiben BNotK v. 26.04.1973). Das Verbot richtet sich auch gegen die **systematische Bevollmächtigung von Angestellten des Notars im Grundstückskaufvertrag, die Auflassung zu erklären, Grundpfandrechte zur Finanzierung des Kaufpreises zu bestellen und des Schuldanerkenntnis mit persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Käufer zu erklären**. Unter Berufung auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (ZIP 1993, 1376) und des OLG Hamm (zitiert in DNotI-Report 1995, 161, 163) verlangen Kreditinstitute zunehmend, daß das abstrakte Schuldversprechen nebst Unterwerfungserklärung vom Schuldner persönlich und nicht von einem Bevollmächtigten abgegeben wird, da sie anderenfalls für den Vertretenen nach § 3 ABGB ("überraschende Klausel") unwirksam sein könnten.

Der Notar darf daher nicht von sich aus in der Urkunde vorsehen, daß bei einem nachfolgenden beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft ein materiell Beteiligter durch einen Bevollmächtigten vertreten wird, wenn die abzugebende Erklärung einen materiell-rechtlichen Inhalt hat und nicht nur dem verfahrensrechtlichen Vollzug dient.

Daher möchte ich für § 17 Abs. 2 a BeurkG folgenden "Lesetext" vorschlagen.

"Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß ein materiell Beteiligter nicht vollmachtlos vertreten wird oder durch Erteilung einer Vollmacht von einer Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen wird."

4. Vollmachtlose Vertretung

Die grundsätzliche Pflicht des Notars, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, daß kein materiell Beteiligter vollmachtlos vertreten wird, läßt Ausnahmen zu. Ich sehe keine Bedenken, daß ein "erfahrener und gewandter" Beteiligter, wie z. B. die Gemeinde, das Land, der Bund, eine Bank, auch ein Bauträger oder gewerblicher Immobilienhändler bei einem Grundstückskaufvertrag vollmachtlos vertreten wird. Dieser Personenkreis hat vor dem Beurkundungstermin den Vertrag geprüft, ist in der Lage, seine Interessen dem

Notar gegenüber zu äußern, und bedarf keiner Belehrung über die rechtliche Tragweite des beurkundeten Geschäfts.

Die Vorschrift nennt als Adressaten des Gebots den Notar, er soll das Beurkundungsverfahren in bestimmter Weise gestalten. Soweit es sich nicht um den vorgenannten Personenkreis handelt, darf der Notar nicht von sich aus ein Beurkundungsverfahren vorschlagen, bei dem ein materiell Beteiligter vollmachtlos vertreten wird. Dagegen ist die Beurkundung durch einen vollmachtlosen Vertreter zulässig, wenn dieses Beurkundungsverfahren auf den ausdrücklichen Wunsch des materiell Beteiligten zurückgeht, etwa weil er die Anreise von seinem auswärtigen Wohnsitz ablehnt. Um den Vorwurf einer Verletzung der Pflicht aus § 17 Abs. 2 a BeurkG in diesen Fällen auszuschließen, sollte der Notar vor der Beurkundung dem vertretenen Vertragsteils den Vertragsentwurf übersenden mit der Aufforderung, von ihm gewünschte Änderungen mitzuteilen, ihm eine telefonische Beratung anbieten, vor allem seine schriftliche Bestätigung anfordern, daß er mit dem Inhalt des Vertrages und seiner vollmachtlosen Vertretung bei der Beurkundungsverhandlung einverstanden ist.

In der Niederschrift könnte in diesen Fällen folgender Vermerk aufgenommen werden:

“Herr ... wird auf seinen ausdrücklichen Wunsch bei der heutigen Beurkundung vollmachtlos vertreten. Er bestätigt, von dem Notar vor der heutigen Beurkundung den Vertragsentwurf erhalten zu haben mit der Aufforderung, von ihm gewünschte Änderungen mitzuteilen und eine telefonische Beratung des Notars in Anspruch zu nehmen. Herr ... hat mit Schreiben vom ... bestätigt, daß er mit dem Inhalt des Vertrages und seiner vollmachtlosen Vertretung bei der Beurkundungsverhandlung einverstanden ist.”

Die Pflicht des Notars, eine Beurkundung abzulehnen, wenn ein Vertragsteil vollmachtlos vertreten werden soll, sehe ich in der Regel dann, wenn die andere Vertragspartei dieses Beurkundungsverfahren verlangt. Dies gilt um so mehr, wenn der zu beurkundende Vertrag eine rechtlichen Gefährdung der Interessen des vertretenen Vertragsteils erkennen läßt, ein unerfahrener und ungewandter Beteiligter vertreten werden soll oder Zweifel bestehen, ob das Geschäft dem Gesetz oder seinem wahren Willen entspricht (§ 17 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BeurkG). Eine vollmachtlose Vertretung bei der Beurkundungsverhandlung ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund (auswärtiger Wohnsitz, Krankenhausaufenthalt) gegeben ist und das zu beurkundende Rechtsgeschäft eine besondere persönliche Beratung und Belehrung dieses Vertragsteils nicht erfordert. Das ist ausnahmslos nicht der Fall bei Bauträgerverträgen über den Erwerb von Immobilien. Hier geht es häufig dem anderen Vertragsteil darum, daß der Erwerber von der Beratung und Belehrung des Notars ferngehalten wird und auch keinen Einfluß auf den Vertragsinhalt nehmen kann.

5. Die systematische Beurkundung unter Verwendung isolierter Vollmachten

Für die Amtspflichten des Notars aus § 17 Abs. 2 a BeurkG sind drei Fälle zu unterscheiden

a) für einen am Rechtsgeschäft materiell Beteiligten tritt ein Bevollmächtigter aufgrund isolierter Vollmacht auf;

b) die Beurkundung einer isolierten Vollmacht

c) die Erteilung von Vollmachten auf Dritte, insbesondere Mitarbeiter des Notars in der Urkunde, für sie bei anschließenden Beurkundungen zu handeln, insbesondere die Auflassung zu erklären oder Grundpfandrechte zur Finanzierung des Kaufpreises zu bestellen.

Zu a) Tritt für einen am Rechtsgeschäft materiell Beteiligten ein Bevollmächtigter auf, stellt sich die Frage, in welchen Fällen der Notar die Amtspflicht hat, die Beurkundung abzulehnen.

Ist der Vertreter erkennbar eine Vertrauensperson des Vollmachtgebers (Familienangehöriger, Rechtsanwalt), den der Beteiligte ausgewählt hat, und handelt dieser aufgrund einer notariell beurkundeten Generalvollmacht oder einer den Umfang seiner Vertretungsmacht konkret umschreibenden Spezialvollmacht, deren Entwurf vom beglaubigenden Notar stammt, darf der Notar davon ausgehen, daß der Vollmachtgeber über die rechtliche Tragweite und den Vertrauenscharakter einer Vollmacht belehrt ist. Eine Pflicht des Notars, auch in diesen Fällen darauf zu bestehen, daß der Vollmachtgeber persönlich bei der Beurkundung mitwirkt, kann ich nicht erkennen. Anders ist es, wenn der Vollmachtgeber auf Veranlassung eines Dritten, insbesondere der anderen Vertragspartei eine Vollmacht erteilt hat. Die Erteilung einer solchen Vollmacht zielt auf ein Beurkundungsverfahren, bei dem die Einhaltung der Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG für den Vollmachtgeber nicht gewährleistet ist, er in der Regel von Beurkundungsverhandlung beim Notar bewußt ferngehalten werden soll. Nach § 4 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre. Nach § 17 Abs. 2 a BeurkG hat der Notar die Amtspflicht, bei einer mißbräuchlichen Gestaltung des Beurkundungsverfahrens die Beurkundung abzulehnen.

Zu b) Bei der Beurkundung einer Vollmacht hat der Notar zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die Bevollmächtigung eines Dritten gegeben ist (z. B. bevorstehender längerer Auslandsaufenthalt), ob der Vollmachtgeber von sich aus oder auf Veranlassung eines Dritten die Erteilung der Vollmacht wünscht und ob der Bevollmächtigte eine Vertrauensperson des Vollmachtgebers ist oder nicht. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor und soll die Vollmacht zum Abschluß von Verträgen erteilt werden, die die persönliche Anwesenheit des Beteiligten zu Sicherstellung eines sachgerechten Beurkundungsverfahrens erforderlich machen, ist der Notar berechtigt, die Beurkundung abzulehnen; er ist in jedem Fall verpflichtet, den Vollmachtgeber über die kaum kalkulierbaren Risiken der Erteilung einer Vollmacht an eine ihm nicht bekannte Person zu belehren. In keinem Fall darf der Notar von sich aus vorschlagen, daß ein Beteiligter über die Erteilung einer Vollmacht eine Beurkundung ohne seine persönliche Anwesenheit ermöglicht. Etwas anderes gilt, wenn der Beteiligte aus zwingenden Gründen an der Beurkundung nicht teilnehmen kann und die Vollmacht einer Vertrauensperson erteilt.

Zu c) Das Gebot des § 17 Abs. 2 a BeurkG soll auch verhindern, daß der Notar in dem von ihm beurkundeten Rechtsgeschäft systematisch die Erteilung von Vollmachten auf seine Angestellten vorsieht, die spätere Auflassung zu erklären, Grundpfandrechte zur Finanzierung des Kaufpreises zu bestellen und für den

Käufer ein Schuldanerkennnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung abzugeben. Es liegt der "klassische" Fall vor, bei dem der Notar das Beurkundungsverfahren für die Betellung des Grundpfandrecht, insbesondere für das Schuldanerkennnis (mit persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung) von sich aus systematisch so gestaltet, daß die Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG gegenüber dem Erwerber nicht gewährleistet ist.

§ 17 Abs. 2 a BeurkG meint nicht Vollmachten, die Mitarbeitern des Notars zum Vollzug erteilt werden, z. B. um verfahrensrechtliche Eintragungshindernisse zu beseitigen. Vorzuziehen ist allerdings eine Bevollmächtigung des Notars selbst, durch Eigenurkunde die verfahrensrechtlichen Erklärungen der Beteiligten zu ergänzen und zu ändern. Beim Kaufvertrag über eine bislang nicht vermessene Teilfläche mit Erklärung der Auflassung dürfte eine Bevollmächtigung der Mitarbeiter des Notars zur Bezeichnung des aufgelassenen Grundstücks in der Eintragungsbewilligung (sog. Identitätserklärung) ebenso zulässig sein wie zur erneuten Auflassung des nach Vermessung im Veränderungsnachweis ausgewiesenen Flurstücks.

6. Aufspaltung des Vertrages in Angebot und Annahme

Die systematische, planmäßige Aufspaltung des Vertrages in Angebot und Annahme ohne sachlichen Grund verstößt insbesondere dann gegen die Pflicht des Notars aus § 17 Abs. 2 a BeurkG, wenn das Angebot vom Bauträger oder einem gewerbmäßigen Immobilienverkäufer abgegeben ist und der belehrungsbedürftige Erwerber die Annahme erklären soll. Dieses Beurkundungsverfahren ist den Notaren standesrechtlich untersagt. Ist ein sachlicher Grund für die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme gegeben, verlangt § 17 Abs. 2 a BeurkG, daß das Angebot vom Erwerber erklärt wird, damit über das Verlesen des gesamten Vertragstextes die Belehrung und Beratung des Notars sichergestellt wird, auch der Erwerber die Möglichkeit erhält, durch Änderungen und Ergänzungen den Inhalt des abzuschließenden Vertrages zumindest mitzubestimmen.

7. Verweisungsurkunden

Bei Bauträgerverträgen und Verträgen über bundesweit vertriebene Immobilien, bei denen der Grundstückskaufvertrag häufig mit weiteren Verträgen (z. B. Finanzierungsvermittlungs-, Mietgarantie-, Geschäftsbesorgungsvertrag) verbunden ist, wird häufig mit einer "Verweisungsurkunde" gearbeitet, in die wesentliche Teile des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts "ausgelagert" werden, um hierauf bei der Beurkundung nach § 13 a BeurkG verweisen zu können. Dieses Verfahren verstößt gegen das Gebot der sachgerechten Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, soweit nicht die Niederschrift selbst die wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts enthält. Unbedenklich ist es dagegen, bei Beurkundung eines Bauträgervertrages auf die notariell beurkundete Teilungserklärung, der als Anlage die Baubeschreibung beigelegt ist, nach § 13 a BeurkG zu verweisen.

Notar Prof. Dr. Günter Brambring

Ausgleichsleistungsgesetz, Verstoß von Flächenerwerb im sog. Flächenerwerbsprogramm gegen Art. 93 EGV, Auswirkung auf notarielle Verträge

In der Praxis ist die Frage entstanden, inwieweit Veräußerungsverträge auf der Grundlage des sog. Flächenerwerbsprogramms, das Alteigentümer, Wiedereinrichtern und Neueinrichtern günstige Erwerbsbedingungen gewährt, gegen Art. 93 Abs. 3 EG-Vertrag verstoßen und ob dies zur Nichtigkeit des Vertrages führt. Das DNotI hat sich in einem Gutachten mit diesen Fragen befaßt und kommt zu dem Ergebnis, daß während der Durchführung des Beihilfeprüfungsverfahrens durch die EG-Kommission eine sog. Sperrwirkung besteht. In der Literatur ist allerdings heftig umstritten, inwieweit Verträge, die gegen diese Sperrwirkung verstoßen, nach § 134 BGB nichtig sind. **Für die Praxis wird empfohlen, bei derartigen Verträgen nach § 17 Abs. 2 BeurkG vorzugehen und mit den Beteiligten die Zweifel über die Wirksamkeit zu erörtern.** In jedem Fall sollte darauf geachtet werden, daß als Mindestbestandteil eines derartigen Vertrages eine entsprechende **Nachzahlungsklausel aufgenommen** wird, die allerdings von der BVVG wohl mittlerweile regelmäßig in den vorgelegten Verträgen enthalten sind. Eine Entscheidung des VG Magdeburg (B 7 K 427/98 v. 02.09.1998) hat einen Unterlassungsanspruch im Wege eines Verfahrens der einstweiligen Anordnung anerkannt, nach der es der BVVG in diesem beihilferechtswidrigen Fällen untersagt ist, derartige Flächen zu veräußern. Das Gutachten des DNotI kann unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 156** angefordert werden. Das Urteil des VG-Magdeburg unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 157**.

Mitwirkung von Notaren bei der Erteilung von Attributzertifikaten nach §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2 SigG

In nicht ferner Zukunft werden im elektronischen Rechtsverkehr ausgetauschte Erklärungen, die nach den Vorgaben des Signaturgesetzes (BGBl. 1997 I, 1872) digital signiert sind, in Bereiche vordringen, die heute schriftlichen oder gar notariell beglaubigten Erklärungen vorbehalten sind. Bei der Erteilung der Zertifikate, die digitales Signieren ermöglichen, sind im Hinblick auf Rechts- und Dokumentationssicherheit Aufgaben zu erfüllen, wie sie im Bereich papiergebundener Erklärungen dem Notar - insbesondere bei der Unterschriftsbeglaubigung - obliegen. Dennoch hat der Gesetzgeber ihre Erledigung vollständig in die Hand gewerblicher Zertifizierungsstellen gelegt.

Anfang Oktober werden die ersten Zertifizierungsstellen beginnen, an natürliche Personen Zertifikate auszugeben. Ein "Signaturschlüssel-Zertifikat" dient dazu, elektronische Erklärungen mit einem digitalen "Siegel" zu versehen, um Zweifel an der Urheberschaft und Unverfälschlichkeit der Erklärung auszuschließen. In einem "Attribut-Zertifikat" bescheinigt die Zertifizierungsstelle Angaben über seinen Inhaber, die z. B. Vertretungsbefugnisse oder bestimmte Zulassungen betreffen. Da bei der Erteilung der Attribut-Zertifikate komplexe Rechtsfragen und erheblicher Beratungsbedarf auftreten, wird die Zertifizierungsstelle der Deutschen Telekom in den genannten Beispielfällen Attribut-Zertifikate nur nach Nachweis einer gutachterlichen Prüfung der Rechtsverhältnisse bzw. Beratung der

Antragsteller durch einen Notar erteilen. Möglicherweise werden andere Zertifizierungsstellen diesem Vorbild folgen. Damit wird dem Notar erstmals - bemerkenswerterweise aufgrund einer Initiative aus der Privatwirtschaft - die Aufgabe gestellt, auch im elektronischen Rechtsverkehr zur Schaffung von Rechtssicherheit beizutragen. Um den Notaren den praktischen Umgang mit der teilweise neuen Aufgabenstellung zu erleichtern, wird die Bundesnotarkammer in Kürze ein ausführliches Rundschreiben zur Verfügung stellen, das den rechtlichen Kontext und Verwendung der Zertifikate sowie der Tätigkeit des Notars erläutert. Daneben wird es Ausführungen zu vorliegenden Antragsformularen der Zertifizierungsstellen und Bewertungsvorschläge enthalten.

Dr. Georg Rieger

Literaturhinweise

Johannsen/Henrich, Eherecht - Scheidung, Trennung, Folgen -, Verlag C. H. Beck, 3., wesentlich überarbeitete Auflage 1998, 1896 Seiten, DM 248,-

Der zuletzt 1992 erschienene Kommentar behandelt ausführlich alle Bestimmungen zum gesamten Recht der Eheauflösung. Berücksichtigt sind in der Neuauflage die zum 01.07.1998 in Kraft getretenen Änderungen durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts sowie des

Kindesunterhaltsrechts. Auch wenn das Werk mehr auf die anwaltliche und richterliche Praxis zugeschnitten ist, kann es auch im Notariat wertvolle Hilfe bieten. Dies gilt z. B. für Einzelfragen des Ehegatten- oder Kindesunterhaltsrechts, vor allem aber für die besonders gelungene Kommentierung zum Versorgungsausgleich.

Dr. Gabriele Müller

Hartenfels, Holger, Einführung des EURO - Auswirkungen auf die notarielle Praxis, MittRhNotK 1998, 165 (Dokumentennr. Fax-Abruf: 3001).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. 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:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.