

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

8. Jahrgang
August 2000
ISSN 1434-3460

15/2000

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 883 - Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche
AktG §§ 293, 294 - Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen einer beherrschenden Personengesellschaft und einer abhängigen GmbH; Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister des herrschenden Unternehmens

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 242, 249; BeurkG § 13 - Nachholung der Unterschrift eines Notars

BeurkG § 17 - Keine Belehrungspflicht des Notars über Änderungen zwischen Entwurf und Beurkundung
BGB §§ 166, 173; HWiG § 1 - Haustürgeschäft und geschlossener Immobilienfonds
BGB § 1191; AGBG § 3 - Sicherungszweckerklärung bei Grundschuld
BGB §§ 1795, 107, 883 - Rechtlicher Vorteil bei Schenkung von Wohnungseigentum

Aktuelles

Verjährung der Ansprüche des "Besserberechtigten" bei Bodenreformgrundstücken.

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 883 Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche

I. Sachverhalt

Im Zusammenhang mit dem Mietvertrag über Gewerberäume hat der vermietende Grundstückseigentümer dem Mieter eine Ankaufsoption eingeräumt. Dazu heißt es u. a.:

"Die Ankaufsoption kann frühestens nach Ablauf von 10 Jahren Erstmietzeit ausgeübt werden, gerechnet vom Tag der ersten Übergabe der Mieträume an. Die Ankaufsoption erlischt, wenn der Mietvertrag beendet oder die Mieterin aus dem Mietobjekt ausgezogen ist."

Bei dem Mietvertrag handelt es sich um einen befristeten Mietvertrag mit Verlängerungsoption zugunsten des Mieters. Nimmt der Mieter diese Verlängerungsoption zumindest einmal wahr, würde die Gesamtmietdauer die soeben zitierte Frist von 10 Jahren Erstmietzeit überschreiten.

Die Beteiligten wünschen eine Absicherung des Ankaufsrechts durch eine Vormerkung im Grundbuch. Einen dahingehenden Antrag hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Der Rechtsboden für die Vormerkung sei noch nicht hinreichend gesichert. Ferner könne der Bedingungseintritt nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden; die Bedingung sei deswegen nicht eintragungsfähig.

II. Frage

Ist zur Sicherung des Anspruchs die Eintragung einer Vormerkung zulässig?

III. Rechtslage

1. Vormerkung für künftigen Anspruch

Nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB kann eine Vormerkung auch zur Sicherung erst künftiger Ansprüche auf Übereignung eines Grundstücks (oder Bestellung eines Rechts an einem Grundstück etc.) bestellt werden. Dabei hat sich jedoch als allgemein gebilligte Auffassung herauskristallisiert, daß nicht jeder künftige Anspruch bereits durch eine Vormerkung im Grundbuch abgesichert werden kann, sondern daß vielmehr erste Ansätze für den Inhalt und Umfang des Anspruches bereits erkennbar sein müssen. Die h. M. formuliert dies dahin gehend, daß der "Rechtsboden" für den künftigen Anspruch bereits

gelegt sein müsse (für alle: Palandt/Bassenge, BGB, 59. Aufl. 2000, § 883 Rn. 15 – 17). Bis hierhin steht die Rechtsauffassung des Grundbuchamtes auf einer gesicherten Erkenntnisgrundlage.

Umstritten ist jedoch, welche Anforderungen zu stellen sind, um den Rechtsboden als gelegt anzusehen. Sicher dürfte dabei sein, daß Ansprüche, deren Existenz von einer Willensbetätigung allein des Berechtigten abhängig ist, jederzeit gesichert werden können. Beispielhaft genannt seien hier Vormerkungen aus Verkaufsangeboten oder Vormerkungen aus Verträgen, bei denen der Käufer vollmachtlos vertreten war, und zwar schon vor Genehmigung durch den vollmachtlos Vertretenen. Sicher dürfte auch sein, daß die Vormerkung bereits eingetragen werden kann, wenn der Bestand des Anspruchs allein von einer Genehmigung Dritter abhängt. Beispielhaft genannt seien in dieser Fallgruppe etwa erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen (beispielsweise nach dem Grundstücksverkehrsgesetz) bei Grundstückskaufverträgen. Weiter hat sich wohl als herrschende Meinung herauskristallisiert, daß eine Vormerkung dann **nicht** in Betracht kommt, wenn der Verpflichtete selbst jederzeit (und willkürlich) den Bestand des Anspruchs wieder beseitigen kann. Hier sei eben ein hinreichend gesicherter Rechtsboden aufgrund der jederzeit bestehenden Beseitigungsmöglichkeit noch nicht gelegt.

In der Entscheidung DNotZ 1987, 369 hat das OLG Oldenburg die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung deswegen verneint, weil der Anspruch in seinem Bestand auf den Fortbestand des Mietvertrages bedingt war. Aufgrund der Tatsache, daß der Vermieter sich zahlreiche Möglichkeiten zu einer vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages vorbehalten habe, müsse ein hinreichender "Rechtsboden" verneint werden, unabhängig davon, welche Anforderungen man an dieses Erfordernis stelle. Hierzu weist aber die Literatur darauf hin, daß die Rechtsauffassung des OLG Oldenburg für den entscheidungserheblichen Sachverhalt richtig ist, aber eben entscheidend davon abhängt, daß der Vermieter sich weitreichende Lösungsrechte vom Mietvertrag vorbehalten hatte. Es sei gerade anders zu entscheiden, wenn ein einseitiges Lösungsrecht des Vermieters von vornherein nicht vereinbart wurde (so ausdrücklich Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb. 1996, § 883 BGB Rn. 128: "anders wäre dagegen zu entscheiden, wenn der Vermieter und Vormerkungsschuldner nur bei Vertragsverletzungen des Mieters/Vormerkungsgläubigers kündigen kann"; in diesem Sinne auch Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1489 Fn. 43; Kerbusch, Rpfleger 1987, 450).

Genau so ist aber der hier geschilderte Mietvertrag ausgestaltet. Er ist zunächst als befristeter Mietvertrag geschlossen, so daß ein ordentliches Kündigungsrecht während des Laufs der Frist von vornherein gesetzlich ausgeschlossen ist. Der Vermieter hat sich auch nicht etwa ein vertragliches Kündigungsrecht während des Laufs der Befristung vorbehalten. Die Optionsvereinbarung ist ergänzend als einseitiges Gestaltungsrecht des Mieters ausgestaltet, das der Vermieter nicht einseitig und insbesondere nicht willkürlich zu Fall bringen kann. Bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung kann damit der Vermieter seine Bindung aus dem Mietvertrag gerade nicht einseitig beseitigen, er ist vielmehr schon jetzt

gebunden. Damit ist ein hinreichender Rechtsboden für den Übereignungsanspruch im Sinne der herrschenden Meinung nach unserer Einschätzung gelegt. Die Tatsache, daß der Mieter durch Nichtwahrnehmung seines Optionsrechts den Übereignungsanspruch beseitigt, ist unbeachtlich. Dies zeigt sich an einem Vergleich mit einem Verkaufsangebot, das durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist. Auch hier ist offen, ob der potentielle Käufer das Angebot annehmen wird. Gleichwohl ist die Vormerkung schon jetzt eintragungsfähig. Weiter ist es irrelevant, daß bei Störungen im Mietvertragsverhältnis (insbesondere bei Zahlungsverzug des Mieters) dem Verkäufer möglicherweise Kündigungsrechte aus außerordentlichem Grund zustehen (so auch Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rn. 128; Kerbusch, Rpfleger 1987, 450). Wollte man die Lösungsrechte (hier im weitesten Sinne verstanden) bei Vertragsstörungen als Grund nehmen, den hinreichenden "Rechtsboden" abzulehnen, wäre eine Auflassungsvormerkung praktisch nie eintragungsfähig, insbesondere auch nicht bei einem Kaufvertrag, bei dem die Möglichkeit des Zahlungsverzugs mit den Verkäuferrechten aus §§ 326, 346 BGB immer besteht.

Entgegen der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes halten wir deswegen die Anforderungen, die für die Vormerkungsfähigkeit eines künftigen Anspruches gegeben sein müssen, hier für erfüllt.

2. Anforderungen an die Bedingung

a) Weiter weist das Grundbuchamt darauf hin, daß der **Bedingungseintritt im Grundbuchverfahren nach § 29 GBO** nachgewiesen werden muß und der Nachweis in dieser Form bei der Bedingung "Bestand des Mietverhältnisses" nahezu ausgeschlossen ist. Sicher dürfte sein, daß schon aus Zweckmäßigkeitsgründen die Vertragsgestaltung immer auch das Grundbuchverfahren berücksichtigen sollte, indem vorzugsweise solche Bedingungen gewählt werden, die in der Form des § 29 GBO nachweisbar sind.

Das Grundbuchamt geht aber noch weiter und möchte nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen den § 29 GBO beachtet haben, sondern auch aus Rechtmäßigkeitsgründen. Es geht davon aus, daß alle Bedingungen, die (ersichtlich) nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden können, von vornherein nicht zulässigerweise zum Inhalt des Grundbuches gemacht werden können. Diese weitergehende Auffassung halten wir für unzutreffend. Wir verweisen hierzu zunächst auf die Stellungnahme von Demharter (GBO, 23. Aufl. 2000, Anh. zu § 13 GBO Rn. 5), der schreibt:

"Ob der Eintritt des maßgebenden Ereignisses in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden kann, ist für die Löschung, nicht aber für die Eintragung von Bedeutung."

In der Entscheidung OLG Frankfurt/M., Rpfleger 1993, 331 hat das OLG eine auflösend bedingte Grundschuldabtretung für zulässig und eintragungsfähig gehalten, bei der als auflösende Bedingung der "Nichtbestand von zu sichernden Verbindlichkeiten" gewählt wurde. Die Tatsache, daß diese Bedingung, nämlich der Nichtbestand weiterer Verbindlichkeiten, kaum in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, hielt das OLG Frankfurt nicht für ein

Eintragungshindernis. Das BayObLG (DNotZ 1998, 299) hat das "dauernde Verlassen des Grundstücks" als auflösende Bedingung für ein Wohnungsrecht gebilligt. Im übrigen hat die Rechtsprechung auch in anderen Fällen den Bestand eines Mietvertrages als zulässige Bedingung anerkannt (BayObLG NJW-RR 1990, 1169; OLG Zweibrücken DNotZ 1990, 177), ohne daß die fehlende Nachweismöglichkeit in der Form des § 29 GBO jemals zum Anlaß genommen worden wäre, die Eintragungsfähigkeit abzulehnen.

b) Unabhängig von der Nachweismöglichkeit in der Form des § 29 GBO geht aber die Rechtsprechung davon aus, **daß im Grundbuch verlautbarte Bedingungen hinreichend bestimmt sein müssen**. Es müsse also zumindest objektiv – also ggf. auch außerhalb der Förmlichkeiten des § 29 GBO – sich jeder Dritte Gewißheit über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung verschaffen können. Aus der Rechtsprechung verweisen wir auf die Entscheidungen OLG Zweibrücken DNotZ 1990, 177; BayObLG Rpfleger 1984, 406 und NJW-RR 1990, 1169, zuletzt auch auf die Entscheidung BayObLG DNotZ 1998, 299.

Das BayObLG (Rpfleger 1984, 405) hatte die einem Nießbrauch hinzugefügte Bedingung "auf die Dauer eines (Wohnraum-) Mietverhältnisses" für zu unbestimmt gehalten und die Eintragungsfähigkeit abgelehnt.

Von besonderer Bedeutung ist aber die Entscheidung des BayObLG (NJW-RR 1990, 1169) betreffend ein Gewerberaummietverhältnis. Das BayObLG meldet zunächst gewisse Zweifel daran an, ob an der Entscheidung Rpfleger 1984, 405 noch festzuhalten sei, läßt die Frage aber letztlich offen ("deshalb braucht nicht entschieden zu werden, ob an der damals vertretenen engeren Auffassung festzuhalten ist"; zweifelnd auch OLG Zweibrücken DNotZ 1990, 177). Jedenfalls hat das BayObLG (NJW-RR 1990, 1169) festgestellt, daß die seinerzeitige Entscheidung Rpfleger 1984, 405 maßgeblich vom Kündigungsschutz in Wohnraummietverhältnissen und den damit verbundenen objektiven Unsicherheiten über das Eingreifen eines Kündigungsgrundes und die Ordnungsmäßigkeit der Kündigung abhing. Für Gewerberaummietverhältnisse (und eine solche Gestaltung betraf die Entscheidung NJW-RR 1990, 1169) sei jedoch gerade anders zu entscheiden. Auch hier wurde über die Rechtmäßigkeit der Kündigung zwar möglicherweise in einem Zivilprozeß gestritten, darüber hinausgehend seien aber besondere Probleme mit der Feststellung nicht verbunden. Die Tatsache, daß die Grundbucheintragung von einem rechtskräftigen Endurteil im streitigen Zivilverfahren abhängt, sieht das BayObLG als unmaßgeblich an, zumal auch andere Ansprüche (das BayObLG nennt § 894 BGB) erst nach rechtskräftigem Abschluß eines streitigen Zivilprozesses ihre Verwirklichung im Grundbuch fänden (so bestätigt in BayObLG DNotZ 1998, 299).

In gleicher Weise hat das OLG Zweibrücken (DNotZ 1990, 177) den Fortbestand des Mietvertrages als hinreichend bestimmte Bedingung angesehen. Auch *Demharter* (a. a. O., Anh. zu § 13 GBO Rn. 5) hält eine solche Bedingung für zulässig, indem er schreibt:

"Dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit ist genügt, wenn zur auflösenden Bedingung eines Rechts die Beendigung eines bestehenden Schuldverhältnisses, z. B. eines bestimmten, sich auf das belastete Grundstück

beziehenden Mietvertrages, gemacht wird." Schließlich möchten wir noch auf Entscheidung BayObLG DNotZ 1998, 299 hinweisen, in welcher das BayObLG ein auflösend bedingtes Wohnungsrecht für zulässig gehalten hat. Als Bedingung war hier vereinbart, daß das Wohnungsrecht erlöschen solle, wenn der Berechtigte das Grundstück "nicht nur vorübergehend verläßt". Aus diesen nachfolgenden Entscheidungen folgern wir, daß die hier gewählte auflösende Bedingung sich noch im Rahmen desjenigen hält, was die Folgerechtsprechung gerade auch des BayObLG für hinreichend bestimmt hält. Auch insoweit möchten wir der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes daher nicht folgen.

Insgesamt gehen wir davon aus, daß die Auflassungsvormerkung eintragungsfähig ist.

AktG §§ 293, 294

Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen einer beherrschenden Personengesellschaft und einer abhängigen GmbH; Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister des herrschenden Unternehmens

I. Sachverhalt

Zwischen einer GmbH und Co. KG als herrschendem Unternehmen und einer GmbH als abhängigem Unternehmen wurde ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vereinbart.

II. Frage

Muß dieser Unternehmensvertrag im Handelsregister des herrschenden Unternehmens eingetragen werden?

III. Rechtslage

1. In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, daß sich **auch Personengesellschaften an konzernrechtlichen Unternehmensverbindungen beteiligen** können. Für zulässig wird es dabei insbesondere gehalten, daß eine Personengesellschaft hierbei die Stellung eines "herrschenden Unternehmens" einnimmt (vgl. statt aller Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl. 1997, § 28, S. 443 ff.; Kleindiek, Strukturvielfalt im Personengesellschaftskonzern, 1991; Staub/Ulmer, HGB, 4. Aufl. 1988, Anh. zu § 105; Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl. 1992, Anh. zu § 105; Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl. 1995, § 105 Rn. 100 ff. sowie Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl. 1996, Anh. zu § 105, jeweils m. w. N.).

2. Soweit eine Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen an einem Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag i. S. d. § 291 AktG **mit einer abhängigen GmbH** beteiligt ist, bedarf nach allgemeiner Meinung der Abschluß dieses Unternehmensvertrages in analoger Anwendung des § 293 Abs. 2 AktG **der Zustimmung der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens** (Emmerich/Sonnenschein, § 25 II 5; BGH NJW 1989, 295 "Supermarkt"; NJW 1991, 3142 "Video"; NJW 1992, 1452 "Siemens/NRG"; LG Mannheim Rpfleger 1994, 256; Schlegelberger/Martens, Anh. zu § 105 Rn. 19; Schwarz, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, MittRhNotK 1994, 49, 62;

Heckschen, Aktuelle Probleme von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen in der notariellen Praxis, MittRhNotK 1990, 269, 272). Überwiegend wird dabei gem. §§ 116 Abs. 2, 164 HGB ein einstimmiger Beschluß sämtlicher Gesellschafter der herrschenden Personengesellschaft gefordert; eine bloße ¾-Mehrheit wird nicht für ausreichend gehalten (Schwarz, MittRhNotK 1994, 49, 62; Heckschen, MittRhNotK 1990, 269, 272; Staub/Ulmer, Anh. § 195 Rn. 83; Emmerich/Sonnenschein, § 28 I 1, S. 443; a. A. LG Mannheim Rpfleger 1994, 256, 257).

3. Wird ein solcher Unternehmensvertrag mit einer herrschenden Personengesellschaft vereinbart und liegen die entsprechenden Zustimmungsbeschlüsse vor, ist der Unternehmensvertrag im Handelsregister der abhängigen GmbH mit dem Inhalt des § 294 AktG einzutragen. Die Eintragungspflicht resultiert dabei indessen nicht aus einer analogen Anwendung des § 294 AktG, sondern aus einer entsprechenden Anwendung des § 54 GmbHG (BGH NJW 1989, 295; NJW 1992, 1452, 1453; AG Duisburg AG 1994, 568; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 294 Rn. 1; Emmerich/Sonnenschein, § 25 II 2, S. 410 m. w. N., vgl. zum Inhalt der Eintragung jüngst LG Bonn MittRhNotK 2000, 78). Die Eintragung hat dabei konstitutive Bedeutung (BGH NJW 1989, 295; NJW 1992, 505; NJW 1992, 1452).

4. Noch nicht abschließend geklärt ist dagegen die Frage, ob der Abschluß eines solchen Unternehmensvertrages auch im Handelsregister des herrschenden Unternehmens eingetragen werden muß.

Geht man vom Wortlaut der Bestimmung des § 294 AktG aus, so verlangt diese Bestimmung nur eine Eintragung im Handelsregister des abhängigen Unternehmens, nicht aber in dem des herrschenden Unternehmens. Hieraus folgert die wohl überwiegende Auffassung, daß auch außerhalb des Aktienkonzernrechts nur eine Eintragungspflicht für die abhängige Gesellschaft besteht (AG Duisburg AG 1994, 568; AG Erfurt AG 1997, 275; Emmerich/Sonnenschein, § 25 II 5, S. 414; Vetter, Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister des herrschenden Unternehmens, AG 1994, 110, 113 f.; Hüffer, § 294 Rn. 1; Kleindiek, 239 ff.; Altmeyen, Zu Formfragen bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen der GmbH, DB 1994, 1273). **Anderer Ansicht** ist demgegenüber das LG Bonn (MittBayNot 1993, 130). Wegen der mit dem Abschluß eines Unternehmensvertrages für die herrschende Gesellschaft einhergehenden Haftungsrisiken, aber auch aus Gründen des Gläubigerschutzes sowie zugunsten der später in die herrschende Gesellschaft eintretenden Gesellschafter ist nach Auffassung des Landgerichts Bonn die Tatsache des Abschlusses eines Unternehmensvertrages auch im Register der herrschenden Gesellschaft eintragungsfähig und eintragungspflichtig. Eine **vermittelnde Ansicht** hält dagegen den Abschluß eines solchen Unternehmensvertrages im Handelsregister der herrschenden Gesellschaft zumindest "für eintragungsfähig" (Heckschen, MittRhNotK 1990, 269, 271; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. zu § 13 Rn. 52; ebenso Priester, ZGR-Sonderheft 6, 151, 175; Schneider, WM 1986, 181, 187; so jüngst auch Zeidler, Ausgewählte Probleme des GmbH-Vertragskonzernrechts, NZG 1999, 692, 693 f.). In dem maßgeblichen "Supermarktbeschuß" des BGH v. 24.10.1988 (NJW 1989, 295) habe der BGH nur die Frage der Eintragungspflicht des Unternehmensvertrages im

Handelsregister des abhängigen Unternehmens, nicht aber die der Eintragungsfähigkeit des Unternehmensvertrages im Register des herrschenden Unternehmens entschieden. Im Hinblick auf die Gläubigerschutzinteressen sowie die mit dem Unternehmensvertrag verbundenen Haftungsgefahren für die herrschende Gesellschaft sei deshalb jedenfalls die Eintragungsfähigkeit zu bejahen. In der Rechtsprechung hat nach unserem Kenntnisstand zur Frage der Eintragungspflicht eines Unternehmensvertrages im Handelsregister bei einer herrschenden Personengesellschaft bisher – wenn auch nur am Rande – allein das LG Mannheim Stellung genommen.

In seinem Beschluß vom 9.12.1993 (Rpfleger 1994, 256, 257) führte es aus, daß "ein Unternehmensvertrag zwischen einer KG als herrschender Gesellschaft und einer GmbH als beherrschter Gesellschaft erst wirksam wird, wenn die Gesellschafterversammlung beider Gesellschaften dem Vertrag mit qualifizierter Mehrheit zugestimmt haben und seine Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft erfolgt ist."

Unausgesprochen geht das LG Mannheim damit von dem Rechtsgedanken des § 294 AktG aus. Erforderlich ist mithin allein die Eintragung im Register des abhängigen Unternehmens.

5. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß nach der überwiegenden Meinung der Abschluß eines Unternehmensvertrages zu seiner Wirksamkeit nicht im Handelsregister des herrschenden Unternehmens eingetragen werden muß. Erforderlich, aber auch ausreichend ist allein die Eintragung des Unternehmensvertrages im Register der abhängigen Gesellschaft. Ob der Unternehmensvertrag im Register der herrschenden Gesellschaft überhaupt eingetragen werden kann, muß derzeit als offen bezeichnet werden.

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 1/2000). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung. Die nachfolgenden Urteile sind auch im Internet erhältlich (www.dnoti.de).

BGB § 1018

Bestimmtheitsgrundsatz bei Unterlassungsdienstbarkeit: Verbot kirchenfeindlicher Handlungen

Fax-Abruf-Nr.: **11138**

GBO § 6a

Gesamterbbaurecht über mehrere Grundbuchbezirke

Fax-Abruf-Nr.: **11139**

MRVG Art. 10 § 3

Vertragsbestätigung bei Verstoß gegen Koppelungsverbot

Fax-Abruf-Nr.: **11140**

Rechtsprechung

BGB §§ 242, 249; BeurkG § 13 **Nachholung der Unterschrift eines Notars**

Ein Notar kann seine Unterschrift nicht mehr nachholen, wenn die vermeintlich wirksame Urkunde von dem Notar in den Rechtsverkehr gegeben und mit Außenwirkung verwendet worden ist.

OLG Naumburg, Urt. v. 11.11.1999 - 2 U 184/98

Kz.: L III 2 - § 13 BeurkG

Fax-Abruf-Nr.: 946

Problem

In der Praxis ist seit langem umstritten, bis wann ein Notar, der die nach § 13 Abs. 3 BeurkG notwendige Unterschrift nicht gezeichnet hat, dies nachholen kann. Nach einem Teil der Literatur kann die vergessene Unterschrift auch noch dann nachgeholt werden, wenn bereits Ausfertigungen erteilt wurden (so Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 13 Rn. 71; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO, BeurkG, 2000, § 13 Rn. 22; Lischka, NotBZ 1999, 8, 10; LG Aachen DNotZ 1976, 428). Nach einer anderen Auffassung ist der späteste Zeitpunkt derjenige, in welchem der Notar die Urkunde dadurch aus seiner Verfügungsgewalt entlassen hat, daß sie nach außen in Erscheinung tritt, spätestens die Erteilung einer Ausfertigung (so Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 13 Rn. 30). Im vorliegenden Fall trug die Urkunde nach dem Sachverhalt keine Unterschrift des Notars, sondern der Notar hatte lediglich mit einer Abkürzung unterzeichnet. Später - nach Erteilung von Ausfertigungen - holte der Notar die Unterschriftszeichnung nach.

Entscheidung

Das OLG Naumburg weist zunächst darauf hin, daß die Unterzeichnung mit einer Abkürzung keine eigenhändige Unterschrift des Notars sei. Eine Unterschrift setze eine aus Buchstaben einer üblichen Schrift bestehendes Gebilde voraus, das zwar nicht lesbar zu sein braucht, jedoch das Vorliegen eines die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnenden, individuellen und einmaligen Schriftzug enthalten muß. Handzeichen, die erkennbar als bewußte und gewollte Namensabkürzung erscheinen, würden keine formgültige Unterschrift darstellen. Ob ein Schriftzeichen als Unterschrift oder nur als Paraphe zu werten sei, beurteile sich nach dem äußeren Erscheinungsbild. Schließlich ist das OLG Naumburg der Auffassung, daß eine Nachholung der Unterschrift jedenfalls dann nicht mit Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung zu vereinbaren sei, wenn die - vermeintlich wirksame - Urkunde von dem Notar in den Rechtsverkehr gegeben und mit Außenwirkung verwendet wurde.

BeurkG § 17 **Keine Belehrungspflicht des Notars über Änderungen zwischen Entwurf und Beurkundung**

Den Notar trifft keine Belehrungspflicht darüber, daß zwischen der protokollierten Urkunde und einem früheren Vertragsentwurf Änderungen stattgefunden haben.

OLG Frankfurt, Urt. v. 4.4.2000 - 13 W 13/00

Kz.: L III 1 - § 19 BNotO

Fax-Abruf-Nr.: 947

Problem

Im vorliegenden Fall wurde am 23.5.1996 ein notarieller Kaufvertrag errichtet. Der protokollierte Vertragstext wich von dem Kaufvertragsentwurf ab. Die Änderungen betrafen im wesentlichen den Zeitpunkt, zu dem zugunsten des Antragstellers der Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch gestellt werden sollte. Fraglich war, ob der Notar auf derartige Änderungen zwischen Vertragsentwurf und Urkunde hinweisen muß.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt ist der Auffassung, daß die Belehrungspflicht den Notar im Grundsatz nur für das beurkundete Geschäft trifft. Der Urkundsnotar könne davon ausgehen, daß die von ihm protokollierten Willenserklärungen dem Geschäftswillen der Urkundsbeteiligten entsprechen. Wenn zwischen Vertragsentwurf und zu protokollierendem Vertrag inhaltliche Unterschiede bestünden, dürfe der Notar in der Regel davon ausgehen, daß zwischen den Vertragsbeteiligten weitere Verhandlungen stattgefunden haben. Eine Hinweispflicht bzgl. derartiger Abweichungen treffe ihn nicht.

BGB §§ 166, 173; HWiG § 1 **Haustürgeschäft und geschlossener Immobilienfonds**

a) Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluß eines Darlehensvertrages kommt es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiderrufgesetz jedenfalls grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachterteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluß des Darlehensvertrages an.

b) Der in seinem Vertrauen auf eine ihm vorgelegte Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung geschützte Darlehensgeber hat grundsätzlich keine Veranlassung anzunehmen, der vertretene Darlehensnehmer sei bei Abgabe dieser Erklärung nicht über sein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG belehrt worden.

c) Der Treuhandvertrag und der vom Treuhänder für den Treugeber abgeschlossene Darlehensvertrag zur Finanzierung eines Immobilienfondsanteils bilden keine wirtschaftliche Einheit.

Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes auf einen Beitritt zu geschlossenen Immobilienfonds. Am 9.5.1990 unterzeichneten die Kläger in ihrer Wohnung auf Veranlassung eines Vermittlers einen "Zeichnungsschein" über eine Beteiligung von 100.000 DM an einer Immobiliengesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Zeichnungsschein enthielt das Angebot auf Abschluß eines Treuhandvertrages mit der Treuhänderin des Fonds, einer GmbH, den Auftrag an diese, für die Kläger den Beitritt zur GbR zu erklären, und die Bevollmächtigung der Treuhänderin zur Aufnahme der erforderlichen Finanzierungsdarlehen. In einer gesonderten Spalte wurden die Kläger über die Möglichkeit belehrt, Auftrag und Vollmacht binnen einer Woche zu widerrufen. Auf dieser Grundlage erfolgte dann der Beitritt zum Immobilienfonds. Es war nun fraglich, ob der Zeichnungsschein den Anforderungen des HWiG entsprechen muß.

Entscheidung

Der BGH ist der Auffassung, daß es für die Frage, ob eine Situation nach dem HWiG vorliegt, auf die Lage des Vertreters bei Abschluß des Vertrages ankommt. Die auf den Abschluß des Darlehensvertrag gerichteten Willenserklärungen haben nicht die Kläger, sondern für sie und die anderen Gesellschafter der Immobilienfondsgesellschaft die von ihnen beauftragte und bevollmächtigte Treuhänderin abgegeben. Die Treuhänderin - als Vertreterin - sei zur Abgabe dieser Erklärung nicht in oder aufgrund einer Verhandlungssituation im Sinne des § 1 Nr. 1 HWiG bestimmt worden. Aus dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB sei aber zu folgern, daß für die situationsbezogenen Voraussetzungen des Widerrufsrechts grundsätzlich allein die Person des Vertreters maßgebend sei.

BGB § 1191; AGBG § 3

Sicherungszweckerklärung bei Grundschuld

Bei der Grundschuld ist die formularmäßige Erstreckung der dinglichen Haftung sowie einer zusätzlichen persönlichen Haftungsübernahme auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des jeweiligen Sicherungsgebers nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG.

Problem

Die Entscheidung befaßt sich mit Sicherungszweckerklärungen bei Grundschuldbestellungen. Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt eine in einem Grundschuldbestellungsformular enthaltene Klausel, durch die der Eigentümer eines Grundstücks im Rahmen einer Grundschuldbestellung zur Sicherung von

Forderungen der Bank gegen einen Dritten die persönliche Haftung für die gesicherte Forderung übernimmt, gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (BGH DNotZ 1992, 91; vgl. DNotl-Report 1996, 221). Die Übernahme der persönlichen Haftung durch den mit dem Schuldner identischen Grundstückseigentümer enthält hingegen nach der Auffassung des BGH keinen Verstoß gegen §§ 3, 9, 11 Nr. 5 AGBG (BGH DNotZ 1987, 488). **Sind Schuldner und Grundstückseigentümer nicht identisch**, so kann im Hinblick auf die dingliche Haftung eine formularmäßige Zweckbestimmungserklärung im Sinne von § 3 AGBG überraschend sein, wenn die Zweckerklärung den Sicherungszweck über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus auf alle Verbindlichkeiten des Schuldners erweitert (BGH DNotZ 1989, 609; BGH DNotZ 1992, 62). Im Urteil aus dem Jahr 1997 (DNotZ 1998, 578) stellte der BGH fest, daß die formularmäßige Erstreckung des Sicherungszwecks einer Grundschuld auf alle künftigen Forderungen der kreditgebenden Bank gegen den mit dem Sicherungsgeber nicht identischen Kreditschuldner nicht gegen § 9 AGBG verstößt.

Im vorliegenden Fall schließlich war eine Grundschuld anläßlich eines konkreten Kredites bestellt worden "zur Sicherung aller bestehenden und künftigen ... Forderungen" aus der Geschäftsverbindung. Später unterzeichneten die Klägerin und ihr Ehemann ein als "Zweckerklärung für Grundschuld" bezeichnetes Formular, in dem bestimmt ist, daß die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Sparkasse gegen die Klägerin und ihren Ehemann oder gegen einen von ihnen dient. Die ursprünglichen Kredite sind mittlerweile getilgt, später aufgenommene Darlehen sind noch in erheblichem Umfang offen.

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, daß bei der Prüfung formularvertraglicher Vereinbarungen über den Umfang der durch eine Grundschuld gesicherten Forderungen zwischen Forderungen gegen den Sicherungsgeber und solchen gegen Dritte unterschieden werden müsse. Die formularmäßige Ausdehnung der dinglichen Haftung des Sicherungsgebers auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten eines Dritten sei in der Regel überraschend. Dies gelte auch dann, wenn der Dritte Ehegatte des Sicherungsgebers ist. Dagegen verstoße die Erstreckung der dinglichen Haftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers nicht gegen § 3 AGBG. Dasselbe gelte für Verbindlichkeiten, die den Sicherungsgeber als einen von mehreren Gesamtschuldnern treffen. Insbesondere die an der aus dem Jahr 1997 stammenden Entscheidung geäußerte Kritik (Volmer, WM 1998, 914; Weber, ZfR 1999, 2) gibt dem Senat keinen Anlaß, seine Rechtsprechung zu ändern. Die Erstreckung der dinglichen Haftung des Grundschuldbestellers auf alle bestehenden und künftigen eigenen Verbindlichkeiten sei insbesondere bei Geschäftskrediten so üblich, daß der Sicherungsgeber damit rechnen müsse. Dies gelte entsprechend für einen Sicherungsgeber, der eine Grundschuld durch die Übernahme der persönlichen Haftung verstärke, ohne selbst Eigentümer des belasteten Grundstücks zu sein.

BGB §§ 1795, 107, 883

Rechtlicher Vorteil bei Schenkung von Wohnungseigentum

Die Schenkung eines Wohnungseigentums begründet für den Minderjährigen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil, wenn sie mit dem Eintritt in den Verwaltervertrag verbunden ist (wie BayObLGZ 1979, 243, 248)

OLG Hamm, Beschl. v. 23.5.2000 - 15 W 119/00

Kz.: LI 1 - § 107 BGB

Fax-Abuf-Nr.: 950

Problem

Die Großmutter hatte im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Wohnungseigentum an ihre Enkelin übertragen. Bei der Schenkung handelte die Mutter der minderjährigen Enkelin als gesetzliche Vertreterin. Die Urkunde sieht vor, daß sich die Übergeberin neben einem lebenslänglichen Nießbrauch "das bei Schenkung bestehende gesetzliche Rückforderungsrecht für die gesetzlichen Fälle" vorbehält. Außerdem wurde eine Rückauffassungsvormerkung bewilligt. Es war nun fraglich, ob der Vertrag einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte.

Entscheidung

Das OLG Hamm weist darauf hin, daß der Ausschluß der gesetzlichen Vertretungsmacht der Mutter aus §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1929 Abs. 2 S. 1 BGB folgt. Danach kann ein Elternteil sein Kind nicht bei einem Rechtsgeschäft zwischen einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits vertreten, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Das Rechtsgeschäft könne daher nur wirksam werden, wenn es von einem vom Familiengericht zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) genehmigt wird (BayObLG Rpfleger 1998, 70). Das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB greife wie dasjenige des § 181 BGB nicht bei Rechtsgeschäften ein, die dem minderjährigen Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen (BayObLGZ 1998, 139). Im Falle einer Schenkung von Wohnungseigentum sei die Frage, ob die Schenkung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen.

Ob bereits der Eintritt des minderjährigen Erwerbers in das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer und die vom Gesetz damit verknüpften vielfältigen Verpflichtungen die Annahme des lediglich rechtlichen Vorteils ausschließen, hat der BGH offen gelassen (BGHZ 78, 28). Als nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtserwerb hat es der BGH angesehen, wenn durch die Gemeinschaftsordnung Regelungen getroffen worden sind, durch die die den einzelnen Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft worden sind. Solche Regelungen hat die Teilungserklärung hier zwar nicht enthalten. Allerdings führt der Erwerb des Wohnungseigentums zum Eintritt in den Verwaltervertrag und damit zu einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung der

Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 4 WEG (BayObLG Rpfleger 1998, 70). Das OLG schließt sich der Auffassung des OLG Celle (NJW 1976, 2214) sowie der des BayObLG (BayObLGZ 1979, 243) an, daß bereits der Eintritt des Minderjährigen in den Verwaltervertrag den rechtlichen Vorteil ausschließt.

Aktuelles

Verjährung der Ansprüche des "Besserberechtigten" bei Bodenreformgrundstücken

1. Nach Art. 233 § 14 EGBGB verjähren die Ansprüche des sog. "Besserberechtigten" mit Ablauf des 2.10.2000. Bis zu diesem Zeitpunkt ist nach Art. 233 § 13 EGBGB bei jeder Verfügung über ein solches Grundstück der Fiskus des Landes vom Grundbuchamt zu informieren. In der Praxis muß daher geprüft werden, ob Verfügungen nicht nach diesem Zeitpunkt vollzogen werden.

2. Wie bekannt wurde, gehen einige Länder zur Sicherung ihrer Ansprüche dazu über, nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB gesetzliche Vertreter für unbekannte Eigentümer zu bestellen, die dann die Bodenreformgrundstücke in Erfüllung eines etwaigen Anspruchs nach Art. 233 § 11 Abs. 3 i. V. m. § 12 EGBGB an das Land auflassen. Zuständig für die Bestellung ist der Landkreis oder die kreisfreie Stadt, in dessen Gebiet sich das Grundstück befindet. Voraussetzung ist, daß ein Bedürfnis besteht, die Vertretung des Eigentümers sicherzustellen. Die Rechte des Vertreters richten sich nach den Vorschriften über die Pflegschaft (Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 4 EGBGB, § 16 Abs. 4 VwVfG). Dementsprechend ist nach §§ 1821, 1822 BGB eine Genehmigung erforderlich, wobei unstritten ist, ob das Vormundschaftsgericht oder die Bestellungsbehörde für die Genehmigung zuständig ist. Eine Entscheidung des OLG Jena bejaht die Behördenzuständigkeit (DtZ 1996, 318 = Rpfleger 1996, 407, ebenso auf den vergleichbaren Tatbestand des § 11b Abs. 1 VermG: OLG Dresden VIZ 1995, 664; LG Berlin ZOV 1995, 472; KG VIZ 1997, 481). Dementsprechend haben sowohl der Vertreter als auch die Genehmigungsbehörde die Interessen des **unbekannten Eigentümers** wahrzunehmen. Da die Übertragungen unentgeltlich erfolgen, kann einziger Grund für ein Interesse des Betroffenen sein, daß ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Auflassung besteht. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob die behauptete Rechtspflicht wirklich besteht, bejahendenfalls ist die Genehmigung zu erteilen (KG JW 1939, 1600; MünchKomm-Schwab, 3. Aufl. 1992, § 1828 Rn. 20). Bereits dieser Punkt erscheint im vorliegenden Fall nicht unproblematisch, da die Prüfung, ob ein Auflassungsanspruch des Fiskus nach Art. 233 § 11 Abs. 3 i. V. m. § 12 EGBGB besteht, voraussetzt, daß bekannt ist, wer Erbe und ob dieser zuteilungsfähig ist, d. h. am 16.3.1990 als LPG-Mitglied in der Land-, Forst- oder Nahrungsgüterwirtschaft der DDR tätig war. Erfüllt der Vertreter einen nicht existenten oder nur vermeintlichen Anspruch, verletzt er seine Verpflichtung, das Interesse des Berechtigten zu wahren. Ein solches Geschäft dürfte nicht genehmigt werden.

3. Die vom gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind nach außen im gleichen Umfang wirksam wie die des Vertretenen; der Notar hat grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Vertreter sich im Innenverhältnis schadensersatzpflichtig macht. Auch die Genehmigung ist eine Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde (BayObLG MittBayNot 2000, 118), deren Rechtmäßigkeit ebenfalls vom Notar nicht zu überprüfen ist. Da der Landesfiskus allerdings in manchen Bundesländern die Auflassung einer Vielzahl von Grundstücken plant, könnte ein Hinweis durch den Notar angebracht sein, der dem Vertreter deutlich macht, daß er die Interessen des Berechtigten zu wahren hat und daß u. U. ein nicht genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft vorliegt.

Literaturhinweise

Scholz, GmbHG, Band 1 (§§ 1 - 44, Konzernrecht), 9. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2000, 398 DM

Der 1. Band der nun vorliegenden 9. Aufl. des *Scholz* berücksichtigt alle wesentliche Neuerungen des Rechts der GmbH in Rechtsprechung und Gesetzgebung. Auch die europarechtlichen Aspekte, insbesondere Entscheidungen des EuGH sind berücksichtigt. Die Neuauflage dieses Standardkommentars zum GmbHG ist wieder gekennzeichnet durch die gelungene Verbindung von wissenschaftlicher Durchdringung und praktischer Sichtweise. Der *Scholz* läßt in keiner Hinsicht Wünsche offen. Aus notarieller Sicht besonders hervorzuheben ist,

daß neben den gesellschaftsrechtlichen Aspekten auch immer die Randbereiche berücksichtigt werden, z. B. Beurkundungsrecht, Familien- und Erbrecht, Umwandlungsrecht usw. Diese Querschnittsverweise machen den Kommentar für die Praxis besonders wertvoll. Im Gesellschaftsrecht sollte daher der Blick in den *Scholz* nicht fehlen.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Auernhammer, Die Vorratsgründung und Mantelverwendung bei der GmbH, MittRhNotK 2000, S. 137

G. Brambring, Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto: Nur als Maßanzug kein Auslaufmodell, DB 2000, 1319

E. v. Heymann, Bankenhaftung bei Immobilienanlagen: Neueste Rechtsprechung, BB 2000, 1149

R. Kratzenberger, Die neue Verdingungsordnung für Bauleistungen, NZBau 2000, 265

J. Melchers, Die Société civile Immobilière, Qualifikationsversuch über ein Gestaltungsmittel des französischen Gesellschafters, BWNotZ 2000, 133

W. Reetz, Ehevertragliche Änderungen des Versorgungsausgleichs, NotBZ 2000, 169

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, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner,
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg.