

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22/1994 · November 1994

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG §§ 3 Nr. 4; 16 - Rückgängigmachung eines Erwerbsvorganges, Steuervergünstigung

BGB § 1018 - Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Anbaurechts

Rechtsprechung

BGB §§ 125, 139, 313; BeurkG §§ 9 I, 13 I; KostO § 16 I - Umfang der Formpflicht bei Verweisung

BGB §§ 133, 164; WEG § 10 Abs. 1; GBO § 19 - Teilungserklärung, Änderung, Vollmacht

HTWG § 1; BGB §§ 123, 1190; AGBG § 3 - Zweckbestimmungserklärung und Grundschuld

BGB § 177 - Aufforderung gem. § 177 Abs. 2 BGB durch den zum Vollzug des Vertrages beauftragten Notar - mit Anm. Brambring

EGBGB Art. 235 § 2; BGB §§ 2270, 2287; ZGB § 390 - Bindung bei gemeinschaftlichem Testament in der DDR

GmbHG § 13; AktG §§ 302, 303 - Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern

BGB §§ 138, 157, 723, 738 - Abfindungsklausel in Gesellschaftsvertrag

BNotO § 15 - Einseitiger Widerruf der Hinterlegungsanweisung

BNotO § 15; BeurkG § 53 - Einseitiger Widerruf der Anweisungen zum Urkundenvollzug

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG §§ 3 Nr. 4; 16

Rückgängigmachung eines Erwerbsvorganges, Steuervergünstigung

I. Sachverhalt

a) Mit Urkunde vom 07.03.1994 hat Verkäufer A eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 820.000,-- DM an Käufer 1 verkauft. Auf nachträgliche Beratung des Käufers durch den Steuerberater, wonach nicht der Ehemann (Käufer 1), sondern die Ehefrau (Käufer 2) von Beginn an Käufer zu sein habe, und dies durch **Nachtrag mit Käuferauswechslung** zu regeln sei, wurde am 21.03.1994 ein Nachtrag durch Verkäufer und Käufer sowie dessen Ehefrau beurkundet. Darin wurde auszugsweise erklärt, daß die Auflassung noch nicht erklärt sowie eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch bisher nicht eingetragen worden sei. Daneben hoben in diesem Nachtrag die Vertragsteile die ursprüngliche Urkunde auf. Das Vertragsobjekt der Vorurkunde wurde nunmehr mit allen Rechten und Pflichten und den gesetzlichen Bestandteilen und dem Zubehör von dem Verkäufer an die Ehefrau - Käuferin 2 - zu Alleineigentum veräußert.

b) Das Grunderwerbsteuerfinanzamt hat später unter gleichem Datum zwei Grunderwerbsteuerbescheide über je 2 % aus dem Gesamtkaufpreis von 820.000,-- DM erlassen, und zwar

- zum einen wegen des Kaufvertrages vom 07.03.1994 gegen den Ehemann, unter dem Hinweis darauf, daß eine Rück-

abwicklung im Sinne des § 16 GrEStG nicht stattgefunden habe, sowie

- wegen des Nachtrags vom 21.03.1994 gegen die Ehefrau, als der erneuten Erwerberin.

II. Frage

1. Fällt **doppelte Grunderwerbsteuer** für den Gesamtkaufpreis an, wenn bei einem Immobilienverkauf an den Ehemann als den Käufer **durch Nachtrag der Käufer dahin gehend ausgewechselt wird, daß anstelle des Ehemannes die Ehefrau als Käuferin eintritt?**

2. Empfiehlt sich eine zusätzliche Steuerklausel, wonach im Falle mangelnder steuerlicher Anerkennung der Gestaltung der Nachtrag als steuerfreie Weiterveräußerung des Ehemanns an die Ehefrau zu werten ist?

III. Rechtslage

Zu Frage 1:

1. Nach § 3 Nr. 4 GrEStG ist von der Besteuerung der Grundstückserwerb durch den Ehegatten des Veräußerers ausgenommen. Die Befreiung wird Ehegatten für jeden Grundstückserwerb gewährt. Motiv und Rechtsgrund der Veräußerung sind dabei unerheblich (vgl. dazu Boruttau/Egly/Sigloch, GrEStG, 13. Aufl., § 3 Rn. 356 f.). Sofern vorstehend durch den zweiten Grundstückskaufvertrag die Immobilie von Käufer 1 (Ehemann) auf Käufer 2 (Ehefrau) übertragen worden wäre, wäre diese Gestaltung nach § 3 Nr. 4 GrEStG steuerbefreit gewesen.

2. Ausweislich der Nachtragsurkunde wurde jedoch die Vorurkunde aufgehoben. Es fand somit keine Weiterveräußerung

vom Ehemann auf seine Ehefrau statt. In Betracht kommt eine Steuervergünstigung (Nichtfestsetzung bzw. Aufhebung der Steuer) nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wird auf Antrag die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, sofern ein **Erwerbsvorgang rückgängig** gemacht wird, bevor das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist und die Rückgängigmachung durch Vereinbarung, durch Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder eines Wiederkaufsrechts innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet. Die Zweijahresfrist ist vorstehend eingehalten worden, da der Nachtrag und damit die Aufhebung des ersten Vertrages 14 Tage später erfolgten.

3. Eine **Rückgängigmachung** im Sinne des § 16 GrEStG setzt nach der **Rechtsprechung des BFH** grundsätzlich voraus, daß die Vertragspartner des Vertrages, der rückgängig gemacht werden soll, **derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen werden, daß die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt** (vgl. z. B. BFH/NV 1991, 413 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung ist es zur Erfüllung des Tatbestands des § 16 Abs. 1 GrEStG **nicht ausreichend**, wenn das den Steuertatbestand erfüllende Rechtsgeschäft nur zivilrechtlich (formal) aufgehoben wird. Wenn der Käufer das Grundstück weiterhin so in der Hand behalte, daß er - und nicht der Verkäufer - über den anschließenden Verkauf an einen Dritten bestimme, dann komme das Ganze einem Weiterverkauf des Grundstücks durch den Käufer an den Dritten gleich (vgl. Boruttau/Egly/Sigloch, a.a.O., § 16 Rn. 61 m.w.N.).

Die **tatsächliche Rückgängigmachung** des Vertrags ist demnach an **zwei Voraussetzungen** geknüpft: den **Wegfall der Verfügungsmöglichkeit** des Erwerbers über das Grundstück einerseits und die **Wiedererlangung der ursprünglichen Rechtsstellung des Veräußerers andererseits** (vgl. BFH BStBl II 1988, 296). *Sack* (in: Boruttau/Egly/Sigloch, a.a.O., § 16 Rn. 61 a)) verweist darauf, daß die Frage der Rückgängigmachung dann besonders problematisch sei, wenn nach Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags sogleich ein neuer Kaufvertrag über dasselbe Grundstück mit einem Dritten abgeschlossen werde. Nach Auffassung des BFH kommt hier der Interessenlage der ursprünglichen Vertragsbeteiligten am Abschluß des neuen Vertrags ausschlaggebende Bedeutung zu. Ist dem (ursprünglichen) Käufer das weitere Schicksal des Grundstücks gleichgültig, so hindert eine "Auswechslung" des ursprünglichen Käufers gegen einen Dritten nicht die Anwendung des § 16 GrEStG (BStBl II 1986, 271). Die Abtretung der Rechte des Käufers an einen Dritten hindert nach Ansicht des BFH (ebenda) auch dann nicht die Anwendung des § 16 GrEStG, wenn dieser Käufer aus dem Vertrag freikommen will, der Verkäufer das Grundstück aber auf jeden Fall verkaufen will und daher vom Käufer die Präsentierung eines *Erstkaufers* verlangt.

4. **Hat der Käufer** dagegen durch den anschließenden Verkauf des Grundstücks an einen Dritten **wirtschaftliche Vorteile**, die über eine Vermittlungsprovision hinausgehen, so steht dies der Anwendung des § 16 GrEStG entgegen (BFH BStBl II 1987, 826).

a) Im Falle des Urteils vom 06.10.1976 (BFH BStBl II 1977, 253) hatten Eheleute ein unbebautes Grundstück in Miteigen-

tum zunächst je zur Hälfte erworben. Nachdem nur der Ehemann - weil alleiniger Inhaber des Gewerbebetriebs - die zur Grunderwerbsteuerfreistellung erforderliche Bescheinigung erhalten hatte, bewirkten die Eheleute ohne sonstige Änderungen die Änderung des Kaufvertrags insoweit, als nur der Ehemann allein Käufer des Grundstücks sein solle. Der BFH verneinte trotz insoweit formaler Vertragsaufhebung die Rückgängigmachung des Erwerbs der Ehefrau, da diese zwar vom Vertrag freikommen wollte, es ihr aber nicht gleichgültig war, wer an ihrer Stelle in den Vertrag eintrat, der Verkäufer also nicht seine freie ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt hatte.

b) Hatte zunächst der Ehemann durch notariell beurkundeten Kaufvertrag ein Grundstück erworben, so führt die nachträgliche - notariell beurkundete - Vereinbarung zwischen ihm, seiner Frau und der Grundstücksverkäuferin, daß der Kaufvertrag **von Anfang an als zwischen den Eheleuten und der Verkäuferin abgeschlossen gelten solle**, und zwar in der Weise, daß die Eheleute je zur Hälfte Eigentümer werden sollten, nach der Rechtsprechung des BFH (BFH/NV 1991, 482/483) **zu einem der Grunderwerbsteuer unterliegenden Erwerb des Hälfteanteils an dem Grundstück durch die Ehefrau**. Der BFH stellt in dieser Entscheidung fest, daß hier weder eine Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrages im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG noch eine Schenkung des Ehemannes an seine Ehefrau vorliege. Dem Erfordernis der Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs sei nämlich nur Genüge getan, wenn die Vertragsparteien derart aus ihren vertraglichen Verbindungen entlassen werden, daß die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibe, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlange (a.a.O., 482). Der BFH verneint, daß eine Schenkung des Ehemannes an seine Ehefrau vorliege. Denn aufgrund des Vertrages sei die Verkäuferin und nicht etwa der Ehemann der Klägerin verpflichtet gewesen, der Klägerin das hälftige Miteigentum an dem Kaufobjekt zu verschaffen.

Für die Miteigentumshälfte, die zunächst durch A und später durch seine Ehefrau erworben wurde, fällt daher zweimal Grunderwerbsteuer an, obwohl bei einer unmittelbaren Übertragung von A auf seine Ehefrau Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 4 GrEStG eingetreten wäre (Verfügung der OFD Nürnberg vom 03.06.1991 - DB 1991, 1419 ff.). Bei einer "unechten" Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs, die zu einer Versagung des § 16 GrEStG führt, sind Steuerbefreiungen, die im Verhältnis des Ersterwerbers zum Zweiterwerber begründet sind, auf die Grundstücksübertragung zwischen dem Veräußerer und dem Zweiterwerber nicht anzuwenden (BFH BStBl II 1988, 547). Der BFH knüpft dabei - wie es dem Wesen der Grunderwerbsteuer als einer Rechtsverkehrssteuer entspricht - formal an die tatsächlich gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung (neuer Vertragsabschluß zwischen Veräußerer und Zweiterwerber) an. Er lehnt eine entsprechende Anwendung des § 42 Satz 2 AO ab, weil § 42 AO ausgeschlossen sei, soweit der Anwendungsbereich des § 16 GrEStG reiche (vgl. Verfügung der OFD Nürnberg, a.a.O., 1420).

c) Nach Auffassung des BFH genügt es für die Vergünstigung des § 16 GrEStG nicht, wenn der ursprüngliche Erwerber - wenn auch im Einvernehmen mit dem ursprünglichen Veräuße-

rer - das Grundstück an einen Dritten weiterverkauft (BFH/NV 1991, 625). Die Vergünstigung des § 16 GrEStG sei nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der ursprüngliche Käufer ein eigenes Interesse an dem Weiterverkauf an den Dritten besitze. Erkläre der vom Verkäufer durch notarielle Vollmacht ermächtigte Käufer zu notarieller Urkunde die "Aufhebung" des ursprünglichen Grundstückskaufvertrages, verkaufe er aber gleichzeitig namens des Verkäufers das Grundstück an einen von ihm ausgewählten neuen Interessenten, so scheitere auch in diesem Fall die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG daran, daß trotz der Formulierung "Vertragsaufhebung" eine Rückgängigmachung des Kaufvertrages im Sinne dieser Vorschrift nicht vorliege.

d) Der BFH hat in einem neueren Urteil vom 09.03.1994 (DStR 1994, 751 ff. = MittRhNotK 1994, 188) die dargestellten Grundsätze noch einmal bestätigt. Danach liegen die Voraussetzungen für eine Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs im Sinne von **§ 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG dann nicht vor**, wenn bei einer vom Verkäufer im Zusammenhang mit dem Rücktritt vorgenommenen Weiterveräußerung an einen Dritten der Erwerber wie ein Zwischenhändler auftritt und im Ergebnis selbst wie ein Veräußerer das Grundstück an den Dritten verkaufen läßt. Die **begünstigte Rückgängigmachung nach § 16 GrEStG setze voraus, daß der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlange** (a.a.O., 751).

5. Angewendet auf die vorliegende Fallkonstellation kann vorstehend nicht von einer Rückgängigmachung im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ausgegangen werden, da durch die Aufhebung des Kaufvertrages entsprechend den vom BFH aufgestellten Kriterien der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung nicht wiedererlangt hatte. Dies ergibt sich daraus, daß trotz formaler Rückgängigmachung der ursprüngliche Käufer (Ehemann) über den weiteren Verkauf an einen Dritten (seine Ehefrau) bestimmte, ihm also keineswegs gleichgültig war, an wen der Verkäufer die Immobilie verkaufen würde.

Der vorstehende Sachverhalt weist mit den von der OFD Nürnberg dargestellten Beispielfällen die Gemeinsamkeit auf, daß in Anbetracht der von den Parteien gewählten Abwicklung (Aufhebung des Vertrags zwischen Veräußerer und Ersterwerber, neuer Vertrag zwischen Veräußerer und Zweiterwerber) und unter Berücksichtigung der BFH-Rechtsprechung eine höhere Grunderwerbsteuer entsteht, als wenn der unmittelbare Weg (Übertragung des Grundstücks vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber) gewählt worden wäre. Ausweislich der OFD-Verfügung haben die Verkehrssteuerreferenten sich überwiegend dagegen ausgesprochen, für die Fälle der vorliegenden Art eine Billigkeitsregelung zu treffen. Dies schließe jedoch in besonders gelagerten Einzelfällen eine Billigkeitsmaßnahme nicht aus, etwa wenn aus zwingenden Gründen ausschließlich die gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung möglich gewesen sei. Ob eine derartige Billigkeitsmaßnahme vorstehend in Betracht kommen kann, kann von uns ohne nähere Kenntnis aller Einzelumstände nicht abschließend beurteilt werden.

Zu Frage 2:

Eine zusätzliche vertragliche Steuerklausel würde an den Grunderwerbsteuerlichen Folgen nichts ändern können. Wie vorstehend im einzelnen dargelegt, würde ein Vertragseintritt

eine Rückgängigmachung im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nur dann darstellen, wenn der ursprüngliche Veräußerer die volle Rechtsstellung und Verfügungsbefugnis über den Gegenstand wiedererlangt hätte, was nach der Rechtsprechung ausscheiden dürfte, wenn im Interesse des Ersterwerbers an einen Zweiterwerber veräußert wird.

BGB § 1018

Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Anbaurechts

I. Sachverhalt

Die Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke trafen folgende Vereinbarung:

"Außerdem räumt der Eigentümer der Fl.Nr. 1/7 dem jeweiligen Eigentümer der Fl.Nr. 1/9 das Recht ein, einen Anbau (Grenzbebauung) an das auf die Fl.Nr. 1/7 zu erstellende Gebäude durchzuführen. Für diesen Fall verzichtet der Eigentümer der Fl.Nr. 1/7 auf die Einhaltung des Grenzabstandes. Das Recht kann ganz oder teilweise ausgeübt werden. Bei jeder Bebauung sind die Gebäude mit einer eigenen Abschlußmauer (Grenzmauer) zu erstellen."

Zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte der Eigentümer der Fl.Nr. 1/7 zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Fl.Nr. 1/9 eine Grunddienstbarkeit und bewilligte und beantragte die Eintragung im Grundbuch. Das Grundbuchamt hat unter Hinweis auf einen Beschluß des LG Augsburg vom 25.01.1967 den Eintragungsantrag zurückgewiesen.

II. Frage

Ist ein Anbaurecht laut obiger Formulierung eine durch Grunddienstbarkeit sicherbare Duldungsverpflichtung?

III. Rechtslage

1. Das LG Augsburg hat in seinem Beschluß vom 25.01.1967 die Eintragungsfähigkeit einer Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Anbaurechtes entsprechend obiger Formulierung verneint. In den Gründen geht das Gericht nur auf die Frage ein, ob das Anbaurecht als **Benutzungsdienstbarkeit** im Sinne von § 1018, 1. Alt. BGB in das Grundbuch eingetragen werden kann: Für die Fälle, in denen eine sog. "halbscheidige Kommunnmauer", bei der die Mauer eines Neubaus bis zur Hälfte auf das beiderseitige Besitztum gestellt wird, errichtet werden soll, liege "selbstverständlich" ein Benutzen des fremden Grundstücks vor. Als weiteren Fall der Benutzungsdienstbarkeit sieht es das Gericht an, wenn der Grundstückseigentümer dem Nachbarn das Recht einräumt, die von ihm auf seinem Grundstück errichtete Wand als eigene zu benutzen, sei es als Stütze oder zumindest als Verschuß des anzubauenden Hauses. Für die Fälle allerdings, in denen nach dem Inhalt der Bestellsurkunde jedes Gebäude auf dem eigenen Grundstück eine eigene Wand erhalten soll, die Wand des Nachbargrundstücks also nicht mitbenutzt wird (auch nicht als Stütze), liege keine Verpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstücks vor, die Benutzung seines Grundstücks in bestimmten Beziehungen zu dulden.

Den Ausführungen des LG Augsburg für den Fall des Anbaurechtes bei getrennten Grenzgebäuden ist insoweit zuzustim-

men. Ein Benutzen im Sinne von § 1018, 1. Alt. BGB liegt nur vor, wenn das dienende Grundstück fortgesetzt oder wiederholt gebraucht wird, d. h. tatsächlich in Anspruch genommen wird (allgemein zur Benutzungsdienstbarkeit siehe Palandt/Bassenge, 53. Aufl., § 1018 Rz. 14; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., § 1018 Rz. 11; MünchKomm-Falkenberg, 2. Aufl., § 1018 Rz. 27; Staudinger/Ring, 12. Aufl., § 1018 Rz. 44). Ein solches Benutzen liegt in dem hier geschilderten Fall der getrennten Grenzmauern auf dem jeweiligen Grundstück nicht vor.

2. Das LG Augsburg ist in seiner Entscheidung allerdings nicht auf die Frage eingegangen, ob es sich bei einem Anbaurecht der fraglichen Art um eine **Duldungsdienstbarkeit** im Sinne von § 1018, 3. Alt. BGB handelt.

a) Die Eintragung einer Dienstbarkeit des Inhalts, daß der **Eigentümer des dienenden Grundstücks auf die Einhaltung des Grenzabstandes verzichtet bzw. der Eigentümer des Nachbargrundstücks berechtigt sein soll, bis an die Grundstücksgrenze zu bauen**, wird in Literatur und Rechtsprechung einhellig als eintragungsfähige Duldungsdienstbarkeit angesehen (Soergel/Stürmer, a.a.O., Rz. 36; MünchKomm-Falkenberg, a.a.O., Rz. 39; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rz. 1137; OLG Celle, DNotZ 58, 421 = NJW 58, 1096; OLG Düsseldorf, DNotZ 78, 353 = Rechtspfleger 78, 16). Danach ist unter dem Gesichtspunkt des Verzichts auf die Einhaltung des Grenzabstandes von der Eintragungsfähigkeit des Anbaurechtes laut obiger Formulierung auszugehen.

b) Ausgangspunkt für die Frage der Eintragungsfähigkeit eines Anbaurechtes als Verzicht auf die Einhaltung des Grenzabstandes ist nach dem Wortlaut des § 1018, 3. Alt. BGB der Ausschluß eines Rechtes, "das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt". Grundsätzlich umfaßt § 1018, 3. Alt. BGB die Duldung nach §§ 903 ff. BGB nicht zu duldender Einwirkungen vom herrschenden Grundstück (BayObLG, DNotZ 91, 253). Es können nur solche Befugnisse ausgeschlossen werden, die sich ohne weiteres aus dem Eigentumsrecht selbst ergeben, nicht aber selbständige andere Rechte, die dem Grundstückseigentümer außerdem zustehen (Soergel/Stürmer, a.a.O., Rz. 31, 33). Daß ein Recht aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück betroffen sein muß und nicht nur sonstige Rechte des Eigentümers, ergibt sich aus dem Charakter der Grunddienstbarkeit als Eigentumsbeschränkung. Die Rechte müssen Ausfluß des Eigentums sein (MünchKomm-Falkenberg, a.a.O., Rz. 37). Die in den §§ 906 ff. BGB geregelten Rechte und Pflichten des Nachbarrechtes sind deshalb der Hauptanwendungsbereich des § 1018, 3. Alt. BGB (MünchKomm-Falkenberg, a.a.O., Rz. 38).

Nicht eintragungsfähig sind dagegen Grunddienstbarkeiten, die inhaltsgleiche gesetzliche Beschränkungen zum Gegenstand haben (Palandt/Bassenge, a.a.O., Rz. 6, 26; MünchKomm-Falkenberg, a.a.O., Rz. 49). **Nicht eintragungsfähig** sind deshalb insbesondere Grunddienstbarkeiten, **die die Vorschriften des gesetzlichen Nachbarrechtes (§§ 906 ff. BGB) lediglich wiederholen** (Soergel/Stürmer, a.a.O., Rz. 7). Wenn Bestehen oder Umfang der gesetzlichen Beschränkung allerdings zweifelhaft ist oder weitergehende Pflichten vereinbart

werden sollen, ist eine entsprechende Grunddienstbarkeit eintragungsfähig (Palandt/Bassenge, a.a.O., Rz. 6 m.w.N.).

c) Die Verpflichtung jedes Grundstückseigentümers, bei der Bebauung seines Grundstücks bestimmte Abstandsflächen gegenüber dem Grundstücksnachbarn einzuhalten, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus den §§ 906 ff. BGB. Vielmehr handelt es sich bei den Abstandsflächenvorschriften um solche des öffentlichen Baurechts, die jedoch in starkem Maße schutzwürdige nachbarliche Interessen hinsichtlich der Belichtung, Belüftung, Besonnung, des Wohnfriedens und des Brandschutzes berühren (siehe hierzu Simon, BayBauO, Stand: August 1993, Art. 6 Rz. 52). Den Abstandsflächenvorschriften der Artt. 6 und 7 BayBauO kommt nach übereinstimmender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich nachbarschützende Wirkung zu (vgl. hierzu Simon, a.a.O., Rz. 53 a). Dem Nachbarn erwachsen daher aus diesen Vorschriften zum einen subjektiv-öffentliche Rechte gegenüber den Bauaufsichtsbehörden. Zum anderen sind die Abstandsflächenvorschriften der BayBauO aber auch Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (Simon, a.a.O., Rz. 56 a, m.w.N.). Danach räumen die Abstandsflächenvorschriften der BayBauO dem Nachbarn auch privatrechtliche Ansprüche ein. Ein Anspruch auf Beseitigung wegen Eigentumsbeeinträchtigung (§§ 823 Abs. 2, 1004 BGB) kann wegen der die Nachbarn schützenden Abstandsflächenvorschriften bestehen, wenn eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung vorliegt (Simon, a.a.O.). Steht einem Grundstückseigentümer bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Abstandsflächenvorschriften ein Abwehranspruch gegen den Grundstücksnachbarn zu, so kann im Rahmen einer Duldungsdienstbarkeit nach § 1018, 3. Alt. BGB der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf Abwehrrechte verzichten, sprich der Eigentümer kann auf die Einhaltung nachbarschützender Bestimmungen des Baurechts wie etwa des Bauwuchs verzichten (MünchKomm-Falkenberg, a.a.O., Rz. 39).

d) Für die Frage der Eintragungsfähigkeit einer entsprechenden Duldungsdienstbarkeit kann es dabei nicht darauf ankommen, ob tatsächlich ein Abwehranspruch des Eigentümers des dienenden Grundstücks bei Nichtbeachtung der Abstandsflächenvorschriften besteht. Es ist im Einzelfall nicht zu prüfen, ob das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Recht, an die Grundstücksgrenze anzubauen, im Widerspruch zu den öffentlich-rechtlichen Abstandsflächenvorschriften steht und ob im Einzelfall die gegen eine Grenzbebauung sprechenden öffentlich-rechtlichen Abstandsflächenvorschriften auch drittschützende Wirkung haben, sprich dem Grundstücksnachbarn einen entsprechenden Abwehranspruch geben. Denn die Eintragungsfähigkeit der Grunddienstbarkeit ist schon mit Rücksicht auf die Zweifel, die über den Umfang nachbarrechtlicher Befugnisse bestehen oder sich ergeben können, zu bejahen

(siehe hierzu OLG Celle, DNotZ 58, 423; MünchKomm-Falckenberg, a.a.O., Rz. 50; Soergel/Stürner, a.a.O., Rz. 7; Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1137).

e) Dementsprechend ist es in Literatur und Rechtsprechung ganz einhellige Auffassung, daß eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer des Nachbargrundstückes be-rechtigt sein soll, bis an die Grenze zu bauen, als Duldungs-dienstbarkeit eintragungsfähig ist.

Rechtsprechung

**BGB §§ 125, 139, 313; BeurkG §§ 9 I, 13 I; KostO § 16 I
Umfang der Formpflicht bei Verweisung**

1. Ein durch den Notar beurkundeter Kaufvertrag, der auf die Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebes gerichtet ist und in welchem zur Bezeichnung u. a. des beweglichen Betriebsvermögens auf ein Gutachten verwiesen wird, ist trotz einer salvatorischen Klausel insgesamt form-nichtig, wenn das Gutachten der Niederschrift über die Beurkundung nicht beigefügt ist und es dem Erwerber auf eine schnelle und vollständige Betriebsübernahme an-kommt.

2. Eine derartige Formnichtigkeit stellt eine unrichtige Sachbehandlung des beurkundenden Notars im Sinne des § 16 I KostO dar und führt zu dem vollständigen Verlust seines Gebührenanspruches.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.08.1994 - 10 W 93/94
Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Problem

Bei der Beurkundung von Verträgen muß der gesamte Vertrag in die Niederschrift aufgenommen werden, also alles, was nach dem Willen der Vertragsteile miteinander "stehen oder fallen" soll (BGH DNotZ 1976, 783). Probleme kann es erfahrungsgemäß bei der Behandlung von Anlagen geben. Hier stellt sich auch die Frage, inwieweit bei der Beurkundung auf Schriftstücke Bezug genommen werden kann. Hier ist immer zuerst die Frage zu klären, wie weit der Beurkundungszwang des § 313 BGB reicht, und dann, wie diesem genügt werden kann. Hierbei wird zwischen sog. echten und unechten Verweisungen unterschieden (vgl. Soergel/Wolf, § 313, Rz. 78; Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., S. 47 ff.). **Echte Verweisungen** sind dadurch gekennzeichnet, daß sie eine rechtsgeschäftliche Regelung enthalten, die über den Inhalt der Haupturkunde hinausgeht, indem sie diese ergänzt oder konkretisiert (vgl. Brambring, DNotZ 1980, 282). **Solche echten Verweisungen unterliegen den Formvorschriften des BeurkG und müssen mitbeurkundet werden.** Das in Bezug genommene Schriftstück muß vorgelesen, genehmigt und beigefügt werden. Nur unter den Voraussetzungen von § 13 a BeurkG können die Beteiligten jedoch auf das Vorlesen und Beifügen verzichten. Dies setzt allerdings voraus, daß es sich um eine andere notarielle Niederschrift handelt. Eine sog. **unechte Verweisung**

liegt hingegen vor, wenn sie lediglich **erläuternde oder identifizierende** Bedeutung hat, ohne daß die in der Niederschrift getroffene Regelung verändert oder erweitert wird. Für unechte Verweisungen gelten die Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 BeurkG nicht. Die Verweisung ist deshalb auch ohne Einhaltung der dort niedergelegten Erfordernisse wirksam.

Im vorliegenden Fall war Gegenstand der notariellen Urkunde ein Kaufvertrag eines landwirtschaftlichen Betriebes mit allen Vermögensgegenständen. Zur Konkretisierung des Vertragsgegenstandes wurde auf ein Gutachten verwiesen mit folgenden Worten:

"Es handelt sich um das Gutachten vom 17.02.1990, welches jedoch bei der Beurkundung nicht vorliegt. Die Erschienenen erklären jedoch, daß ihnen der Inhalt dieses Gutachtens bekannt ist, und verzichten auf die Beifügung zu dieser Verhandlung."

Lösung

Das OLG war der Auffassung, daß der Kaufvertrag formnichtig gewesen sei. Das Gutachten hätte zur genauen Bestimmung des von den Parteien erfaßten Betriebsinventars gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG i.V.m. der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Gesamtniederschrift beigefügt werden müssen. Es handele sich um eine echte Verweisung, da sie nicht nur eine erläuternde Funktion innehab, sondern das Gutachten konstitutiver Bestandteil der schuldrechtlichen Einigung der Vertragsparteien sein sollte.

**BGB §§ 133, 164; WEG § 10 Abs. 1; GBO § 19
Teilungserklärung, Änderung, Vollmacht**

Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer (Bau-träger) ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, "soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist", ist ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergibt, daß der Bau-träger nur zu solchen Änderungen nicht ermächtigt ist, durch welche die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden (Abgrenzung zu BayObLGZ 1993, 259).

BayObLG, Beschl. v. 25.08.1994 - II Z BR 80/94
Kz.: L I 4 - Allg.

Problem

Der Bau-träger erklärt die Teilung eines Grundstücks und begründet dabei Sondernutzungsrechte. In den Kaufverträgen über das Wohnungseigentum läßt sich der Bau-träger jeweils Vollmacht erteilen, die "Teilungserklärung zu ändern, soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist". Nunmehr soll einem Käufer ein weiteres Sondernutzungsrecht eingeräumt werden, indem der Bau-träger im eigenen Namen und namens der Berechtigten von Auflassungs-vormerkungen an anderen Wohnungseigentumsrechten aufgrund der Vollmacht die Teilungserklärung entsprechend ändert. Problematisch ist, ob eine solche Vollmacht für den Bau-träger hinreichend bestimmt ist und deshalb die Bewilligungen der Vormerkungsberechtigten nicht erforderlich sind.

Lösung

Das **BayObLG** hat in seinem Beschluß vom 24.06.1993 - II Z BR 56/93 (vgl. hierzu DNotI-Report 11/1993, S. 4/5; DNotZ 1994, S. 233) eine **Vollmacht des Inhalts, daß der Bauträger zur Änderung der Teilungserklärung bevollmächtigt sein soll, solange "dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird"**, als dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und dem Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen **nicht genügend angesehen**: Die in einer Vollmachtserteilung verwendeten unbestimmten Begriffe würden zur Ausfüllung eine Wertung durch das Grundbuchamt unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände erfordern, die vielfach nur nach einer Beweisaufnahme möglich sei. Eine solche **unbestimmte Vollmacht** sei deshalb als Grundlage für eine Eintragung grundsätzlich ungeeignet, so daß zur Änderung der Gemeinschaftsordnung die Erklärung der Zustimmung in der von § 29 GBO vorgeschriebenen Form durch sämtliche Erwerber erforderlich sei. Die Entscheidung ist insoweit auf Kritik gestoßen (vgl. Röll, DNotZ 1994, 237).

In dem vorliegenden Beschluß hat das BayObLG ausdrücklich an seiner damaligen Entscheidung festgehalten, aber dennoch abweichend entschieden. Die in dem damals entschiedenen Fall vorliegende Vollmacht sei in ihrer Gesamtheit zu beurteilen gewesen, was insgesamt zur Unbestimmtheit geführt habe. Die damalige Entscheidung entbinde jedoch nicht davon, **in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine dem Bauträger erteilte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit erfülle**. Im vorliegenden Fall erschöpfe sich die Vollmacht darin, daß eine Änderung zulässig sei, soweit das Sondereigentum des Erwerbers nicht unmittelbar betroffen werde. Die hier vorliegende Vollmacht erschien dem Senat ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergäbe als nächstliegende Bedeutung, daß alle Änderungen der Teilungserklärung vorgenommen werden könnten, sofern dadurch nicht die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert würden. Die Vollmacht ermächtige damit zu außerordentlich weitreichenden Änderungen der Teilungserklärung, die von der Schaffung weiterer Wohnungseigentumsrechte in einem auf dem gemeinschaftlichen Grundstück zu errichtenden Gebäude bis zu einer Änderung des Kostenverteilungsschlüssels reichen. Gleichwohl lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die aufgrund der Vollmacht erklärte Eintragungsbewilligung wegen Verstoßes gegen § 138 oder § 242 BGB nichtig oder unwirksam sei. Der weite Umfang berühre die Frage der Bestimmtheit der Vollmacht nicht. Die Wertung, ob Lage und Größe der im Sondereigentum stehenden Räume durch die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung verändert würden, könne das Grundbuchamt anhand der urkundlichen Eintragungsunterlagen abschließend vornehmen.

HTWG § 1; BGB §§ 123, 1190; AGBG § 3 Zweckbestimmungserklärung und Grundschuld

Die formularmäßige Ausdehnung des Haftungsumfanges einer Zweckbestimmungserklärung für eine Grundschuld auf alle zukünftigen Verbindlichkeiten ist dann nicht

überraschend nach § 3 AGBG, wenn in einer gesonderten, kurzen, vom Kunden unterschriebenen Erklärung auf die möglichen Folgen der Zweckbestimmungserklärung (Verlust des Eigentums) ausdrücklich hingewiesen wurde.

OLG München, Urt. v. 10.08.1994 - 15 U 1763/94 (n. rkr.)
Kz.:L I 1 - § 1190 BGB

BGB § 177

Aufforderung gem. § 177 Abs. 2 BGB durch den zum Vollzug des Vertrages beauftragten Notar

Ist in einem notariellen Vertrag, bei dessen Abschluß für eine Vertragspartei ein vollmachtloser Vertreter gehandelt hat, der beurkundende Notar mit dem Vollzug des Vertrages beauftragt und bevollmächtigt, die zu dem Vertrag notwendigen Genehmigungen einzuholen und namens der Vertragsschließenden entgegenzunehmen, so folgt daraus regelmäßig seine Bevollmächtigung, den Vertretenen zur Genehmigung der Erklärung aufzufordern und dessen Erklärung hierüber entgegenzunehmen.

OLG Köln, Beschl. v. 26.05.1994 - 18 W 14/94 (MittRhNotK 1994, 168)

Anmerkung:

Es ist beängstigend, mit welcher Leichtigkeit Oberlandesgerichte Rechtssätze zur notariellen Alltagspraxis aufstellen, die, wären sie richtig, katastrophale Folgen hätten. Besonders erstaunt, daß die Genehmigung des vollmachtlos vertretenen Vertragsteils Gegenstand richterlicher Begierde ist.

1. Für eine erhebliche Verunsicherung hatte das OLG Karlsruhe (NJW 1988, 2050) gesorgt, das erkennen ließ, sich der Literaturmeinung anschließen zu wollen, nach der eine teleologische Reduktion von § 182 Abs. 2 BGB erforderlich gehalten wird, daß die Genehmigung eines gem. § 313 S. 1 BGB formbedürftigen Rechtsgeschäfts ebenfalls der notariellen Form bedürfe. Dem ist der BGH (NJW 1994, 1344) mit großer Entschiedenheit entgegengetreten. Er hat sich insbesondere auf die Praxis der Notare berufen, die sich auf die Rechtsprechung eingestellt hat, nach der der Vertretene den Grundstückskaufvertrag formlos genehmigen kann. Er hat vor allem auf die (in der Tat verheerenden) Folgen einer Änderung der Rechtsprechung hingewiesen, da bei einer Formunwirksamkeit der Genehmigung in vielen Fällen auch die Wirksamkeit der Auflassung ergriffen und somit zweifelhaft wäre, ob eine Heilung nach § 313 S. 2 BGB eintreten könnte.

Nicht gefolgt werden kann dem OLG Karlsruhe auch insoweit, als es für das Wirksamwerden des Kaufvertrages auf den Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung abstellt und nicht auf den Zugang dieser Erklärung beim anderen Vertragsteil (oder bei dem zur Entgegennahme bevollmächtigten Notar). Vor Vorlage der Genehmigung (in der Form des § 29 GBO) kann der Notar weder den Kaufpreis fällig stellen noch den Vertrag abwickeln. Hier hilft sich die notarielle Praxis, indem sie im Vertrag klarstellt, daß die Genehmigung erst mit Eingang beim Notar wirksam wird und der Notar bevollmächtigt ist, diese für den anderen Vertragsteil entgegenzunehmen.

2. Zu einer "Folgenabschätzung" ist das OLG Köln erst gar nicht gelangt, da es nicht erkannt hat, daß die Fälle nicht einmal annähernd geschätzt werden können, in denen mangels eines rechtzeitigen Zugangs der Genehmigung Grundstückskaufverträge und die mit ihnen erklärte Auflassung nach § 177 Abs. 2 S. 2 BGB unheilbar nichtig sind, also auch nicht nach § 313 S. 2 BGB durch Eigentumsumschreibung geheilt werden können.

Nicht nur in meiner Urkundensammlung gibt es unzählige Kaufverträge, bei denen nachweisbar die Genehmigung des vertretenen Vertragsteils erst nach Ablauf von zwei Wochen nach Eingang der Vertragsurkunde erklärt worden ist. Vom OLG Köln habe ich allerdings erstmals erfahren, daß der mir erteilte Auftrag zum Vollzug des Kaufvertrages, insbesondere die notwendige Genehmigung des Vertretenen einzuholen und entgegenzunehmen, dahin zu verstehen ist, daß ich bevollmächtigt bin, den Vertretenen zur Erklärung der Genehmigung i.S.d. § 177 Abs. 2 S. 1 BGB "aufzufordern", und dies bereits durch Übersendung einer Vertragsabschrift nebst Genehmigungserklärung mit der Bitte um Rückgabe tue.

Dem Urteil des OLG Köln liegt ein doppeltes Mißverständnis zugrunde, zum einen hinsichtlich der Aufforderung, zum anderen hinsichtlich des Umfangs der Bevollmächtigung des Notars, für den Vollzug des Vertrages zu sorgen.

a) § 177 Abs. 2 BGB gibt dem Vertragsgegner die Möglichkeit, nach Abschluß des Vertrages den Vertretenen zur Beseitigung des Schwebezustandes verbindlich aufzufordern, den Vertrag innerhalb von zwei Wochen zu genehmigen. § 177 Abs. 2 S. 2 BGB begründet (wie die Parallelvorschriften der §§ 108 Abs. 2, 1366 Abs. 3, 1829 Abs. 2 BGB) eine Ausschlußfrist. Gilt die Genehmigung nach Ablauf der Frist kraft Gesetzes als verweigert, ist der Vertrag endgültig unwirksam. Er wird auch durch eine spätere Genehmigung nicht wirksam. Wollen die Beteiligten am Vertrag festhalten, bedarf es eines Neuabschlusses. Der anwesende Vertragsteil weiß bei Abschluß des Vertrages, daß dieser erst mit der Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen wirksam wird. Der Auftrag an den Notar, eine Abschrift des Vertrages (mit oder ohne Entwurf der Genehmigung) dem anderen Vertragsteil zu übersenden, beinhaltet nicht mehr, als er inhaltlich besagt. Der andere Vertragsteil kann den Vertrag erst genehmigen, wenn ihm eine Abschrift vorliegt, denn vor einer Prüfung des Inhalts des Vertrages kann er keine Entscheidung treffen, ob er sein Einverständnis findet oder nicht. § 177 Abs. 2 BGB besagt gerade nicht, daß bereits der Zugang des zu genehmigenden Vertrages eine Erklärungsfrist in Lauf setzt. Die Vorschrift stellt auf die Situation ab, daß der vertretene Vertragsteil, nachdem er die Möglichkeit erhalten hat, den Vertrag zu genehmigen oder die Genehmigung zu verweigern, sich nicht äußert. Der Vertragspartner möchte nun endlich Klarheit haben, ob der Vertrag gilt oder nicht. Jetzt macht er von der Möglichkeit der Aufforderung Gebrauch, weil er die Ungewißheit über das Schicksal des Vertrages nicht länger hinnimmt. Bei Abschluß des Vertrages geht der anwesende Vertragsteil fast ausnahmslos davon aus, daß die Genehmigung erteilt wird, weil vor der Beurkundung der Vertragsinhalt abgestimmt ist und der andere Vertragsteil nur deshalb vollmachtlos vertreten wird (z. B. von einem Mitarbeiter des Notars), weil er eine weite Anreise

vermeiden möchte, oder z. B. als Gemeinde die Genehmigung als öffentliche Urkunde selbst ausstellen kann. In all diesen Fällen fehlt es an der "quälenden" Ungewißheit des einen Vertragsteils, ob der andere Vertragsteil den Vertrag genehmigt oder nicht. Ist dagegen ein Zeitraum vergangen, in dem regelmäßig mit dem Zugang der Genehmigung gerechnet werden kann (dieser wird weit länger bemessen sein, wenn die Genehmigung im Ausland bei einem deutschen Konsul erteilt werden muß), wird der eine Vertragsteil von der Möglichkeit der Aufforderung (unter Hinweis auf die Frist zur Erklärung der Genehmigung) Gebrauch machen.

b) Das OLG Köln sieht den Notar, der mit dem Vollzug des Vertrages beauftragt und bevollmächtigt ist, auch als bevollmächtigt an, den vollmachtlos vertretenen Vertragsteil i.S.d. § 177 Abs. 2 BGB zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern. Ein derartiges Verständnis vom Umfang der Bevollmächtigung entspreche "dem Interesse der Vertragsparteien"; ihm stehe nicht entgegen, daß der Notar unparteiischer Betreuer der Beteiligten ist. Ich wage die These, daß kein Notar bisher auf die Idee gekommen ist, in dem Schreiben an den vollmachtlos vertretenen Vertragsteil eine "Aufforderung" i.S.d. § 177 Abs. 2 BGB zu sehen. In der einschlägigen Notarliteratur gibt es nicht eine Fundstelle, die diese Möglichkeit überhaupt erörtert. Hätte das OLG Köln recht, wären die Notare wohl als verpflichtet anzusehen, auf die Ausschlußfrist von zwei Wochen nicht nur den vertretenen Vertragsteil hinzuweisen, sondern auch bei Abschluß des Kaufvertrages den anwesenden Vertragsteil darüber zu belehren, daß nur der rechtzeitige Zugang der Genehmigung den Vertrag wirksam werden läßt. Dies würde in aller Regel dazu führen, daß eine Verlängerung der Frist vereinbart würde. Denn um die Frist von zwei Wochen einzuhalten, bedarf es eines sehr schnellen Handelns des Genehmigenden, eines kurzfristigen Termins bei dem Notar und unverzüglicher büromäßiger Abwicklung, letztlich auch eines reibungslosen Postwegs. Für eine vernünftige Überlegungsfrist, gegebenenfalls auch eine rechtliche Beratung, bleibt hier keine Zeit. All dies wird in einem Formularbuch nicht nur angesprochen, eben weil bisher niemand auf die Idee gekommen ist, in dem Schreiben des Notars eine "Aufforderung" zu sehen. Dem OLG Köln ist auch nicht zuzustimmen, wenn es meint, die Pflicht zur unparteiischen Amtsführung verbiete es dem Notar nicht, "für die Vertragsparteien nach dem Inhalt des Vertrages notwendige Erklärungen und Genehmigungen einzuholen und entgegenzunehmen". Zunächst ist die Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB keine nach dem Inhalt des Vertrages notwendige Erklärung, sie ist allenfalls eine Erklärung, die den Vertrag sehr schnell notleidend werden läßt. Der Notar würde nicht für den Vollzug des Vertrages, sondern in den meisten Fällen für dessen Scheitern sorgen.

Das OLG Düsseldorf (DNotZ 1985, 766) hat entschieden, daß die Mitteilung des Notars an den Käufer, der Kaufpreis sei fällig, nicht als Mahnung i.S. von § 284 BGB zu sehen ist. Die Fälligkeitsmitteilung ist notarielle Betreuungstätigkeit und eben keine Erklärung, die der Notar für den Verkäufer abgibt. Nach dem Urteil des KG (DNotZ 1987, 32) verstößt ein Notar, der einer Partei des von ihm beurkundeten Kaufvertrages eine Mahnung sowie eine Nachfristsetzung i.S. des § 326 BGB setzt, gegen das Gebot der Unparteilichkeit. Der

Vollzugauftrag an den Notar ist notarielle Betreuungstätigkeit i.S. des § 24 BNotO, die ihm jede Erklärung verbietet, die die gegensätzlichen Interessen der Urkundsbeteiligten betrifft. Der vom OLG Köln entschiedene Fall (insoweit nicht abgedruckt in MittRhNotK 1994, 168) zeigt, daß auch nach Ablauf der Frist schon deshalb ein Interesse des vollmachtlos vertretenen Vertragsteils am Zustandekommen des Vertrages bestand, weil er gesellschaftsvertraglich verpflichtet war, dem Kaufvertrag zuzustimmen. Durch die Aufforderung i.S. des § 177 Abs. 2 BGB hat der Notar im Ergebnis das Wirksamwerden des Kaufvertrages, den beide Teile wollten, zunichtegemacht.

Notarielle Urkunden werden länger und länger. Ich wehre mich aber dagegen, aufgrund der (verfehlten) Entscheidung des OLG Köln nun in meine Verträge eine weitere Klausel aufzunehmen, die wohl lauten müßte: "Die Beteiligten beauftragen und bevollmächtigen den Notar mit dem Vollzug des Vertrages, insbesondere die zu dem Vertrag notwendigen Genehmigungen einzuholen und namens der Vertragsschließenden entgegenzunehmen. Zu den zum Vollzug des Vertrages erforderlichen Erklärungen gehört jedoch nicht die Aufforderung an den vollmachtlos vertretenen Vertragsteil i.S. des § 177 Abs. 2 BGB."

Prof. Dr. Günter Brambring, Köln

**EGBGB Art. 235 § 2; BGB §§ 2270, 2287; ZGB § 390
Bindung bei gemeinschaftlichem Testament in der DDR**

Das ZGB stellt den überlebenden Ehegatten bei Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments freier als das BGB. Eine analoge Anwendung der Rechtsprechung des BGH zu § 2287 BGB kommt daher für Testamente, die bis zum 03.10.1990 errichtet wurden, auch wenn der Erbfall erst nach dem 03.10.1990 eingetreten ist, nicht in Betracht.

Art. 235 § 2 Abs. 2 S. 2 EGBGB verweist hinsichtlich der Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments auch auf die Regelung des § 390 Abs. 2 ZGB, wenn das Testament bis zum 03.10.1990 errichtet wurde.

OLG Dresden, Urt. v. 31.05.1994 - 7 U 1326/93 (nicht rechtskräftig)
Kz.: L VI 6

Problem

Ein gemeinschaftliches Testament nach dem BGB führt auch zu gewissen Bindungen unter Lebenden. Grundsätzlich ist § 2286 BGB entsprechend anwendbar (BGH DNotZ 1951, 345; DNotZ 1965, 357). Insbesondere ist das Verbot beeinträchtigender Schenkungen anerkannt, bei denen kein lebzeitliches Eigeninteresse des Erbers erkennbar ist (vgl. BGH NJW 1992, 564 ff.). Demgegenüber sah § 390 Abs. 2 ZGB vor, daß der überlebende Ehegatte über den Nachlaß frei verfügen konnte (vgl. zum gemeinschaftlichen Testament der DDR DNotI-Report 13/1994, S. 1).

Im vorliegenden Fall war fraglich, ob eine Grundstücksschenkung, die einem in der DDR errichteten gemeinschaftlichen Testament widersprach, wirksam war.

Lösung

Das OLG ist der Auffassung, daß nach Art. 235 § 2 EGBGB auch die Frage der Bindung unter Lebenden an das gemeinschaftliche Testament dem Erbrecht der DDR unterliege. Das Recht der DDR ging eindeutig dahin, den Testierenden möglichst lange vor endgültigen Bindungen zu bewahren. Die freie Stellung des überlebenden Ehegatten bei Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments nach dem ZGB spreche daher gegen eine analoge Heranziehung der Rechtsprechung zu § 2287 BGB, nach dem lebzeitige Verfügungen des Erblassers einem lebzeitigen Eigeninteresse entsprechen müßten. Die Grundstücksschenkung war mithin wirksam.

GmbHG § 13; AktG §§ 302, 303

Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern

Die Unternehmenseigenschaft und damit auch die Haftung begründende anderweitige unternehmerische Betätigung eines GmbH-Gesellschafters kann auch in der Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit bestehen.

Wird einer abhängigen GmbH innerhalb eines Konzerns lediglich eine begrenzte Einzelfunktion zugewiesen, so begründet dies allein keine konzernrechtliche Haftung, solange die Gesellschaft unter Wahrung ihres Eigeninteresses geleitet wird.

BGH, Urt. v. 19.09.1994 - II ZR 237/93

Kz.: L V 2 - § 13 GmbHG

Problem

In einer Reihe von Urteilen hat der BGH die Haftung im qualifizierten GmbH-Konzern entwickelt (vgl. DNotI-Report 1/1993, S. 3; DNotZ 1985, 358; BGHZ 115, 187). Die Folge dieses von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandes ist eine **Haftung des GmbH-Gesellschafters mit seinem Privatvermögen**. Diese tritt ein, wenn der Gesellschafter **außerhalb der GmbH unternehmerisch tätig ist und das Eigeninteresse der GmbH nachhaltig beeinträchtigt** wird. Im vorliegenden Fall waren Architekten an einer BauGmbH zu je 50 % beteiligt und waren außerdem als Architektengemeinschaft in einer BGB-Gesellschaft verbunden. Die Ehefrauen der Gesellschafter waren an einer Bau-OHG beteiligt, wobei allerdings wirtschaftlich die Architekten die OHG beherrschten. Es war nun fraglich, ob zum einen die freiberufliche Tätigkeit außerhalb der GmbH die Haftung begründen und ob die Tätigkeit der Ehefrauen in der OHG den Ehemännern zugerechnet werden konnte.

Lösung

Der BGH ist der Auffassung, daß **auch die freiberufliche Tätigkeit eines Architekten außerhalb der GmbH geeignet sei, einen Interessenkonflikt zu begründen**, der zur Haftung nach Konzernrecht führen könne. Der BGH ist weiter der Ansicht, daß auch die Tätigkeit der Ehefrauen in der OHG dann den Gesellschaftern zugerechnet werden könne, wenn diese "wirtschaftlich betrachtet, die wahren Inhaber" des von der OHG betriebenen Unternehmens waren. Entscheidend sei, ob die Ehefrauen lediglich "**Strohfrauen**" oder **Treuhänderinnen** der Beklagten gewesen seien. Schließlich entscheidet der BGH, daß auch die Tatsache, daß die beiden Gesellschafter jeweils nur zu 50 % an der GmbH beteiligt waren, die Haftung

nicht ausschließen, da ein beherrschender Einfluß im Sinne von § 17 AktG auch von mehreren gleichgeordneten Unternehmen ausgehen könne.

BGB §§ 138, 157, 723, 738

Abfindungsklausel in Gesellschaftsvertrag

Enthält ein Vertrag, durch den Gesellschafter einer oder mehrerer Kapitalgesellschaften auf unbestimmte Zeit eine Schutzgemeinschaft in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesamthandsvermögen eingehen, eine Regelung, nach der ein Mitglied, das seine der Vertragsbindung unterliegenden Kapitalgesellschaftsanteile an einen Dritten veräußern möchte, diese zuvor allen übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft anzubieten hat, liegt darin weder ein unzulässiger Ausschluß noch eine gesetzeswidrige Beschränkung des Kündigungsrechts i. S. des § 723 Abs. 3 BGB.

Eine Bestimmung, die den Preis regelt, den die Gesellschafter für die Übernahme der Gesellschaftsanteile zu zahlen haben, ist nichtig, wenn bei Vertragsschluß ein grobes Mißverhältnis zwischen dem Übernahmepreis und dem Verkehrswert der Anteile besteht.

Ist ein grobes Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen Übernahmepreis und dem Verkehrswert erst nach Vertragsschluß eingetreten und besteht es noch in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter die Anteile veräußern möchte, haben die übernehmenden Gesellschafter einen entsprechend §§ 157, 242 BGB den veränderten Umständen angepaßten Preis zu bezahlen. Für dessen Ermittlung kann der von den Parteien bei Vertragsschluß der Bemessung zugrunde gelegte Maßstab ein wesentlicher Anhaltspunkt sein.

BGH, Urt. v. 13.06.1994 - II ZR 38/93

Kz.: L V 1 - § 738 BGB

Problem

Der BGH hat einen Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft ohne Gesamthandsvermögen zu beurteilen, in dem die Gesellschafter bei Ausscheiden aus der Gesellschaft verpflichtet waren, Anteile, die die Gesellschafter im Privatvermögen hatten, an einer Aktiengesellschaft den anderen Gesellschaftern zum Verkauf anzubieten, wobei als Entschädigung ein Betrag zu zahlen war, der unter dem Verkehrswert lag. Gegenstand des Vertrages war eine Schutzgemeinschaft von Aktionären, deren Zweck die Koordinierung der gemeinsamen Interessen in der Aktiengesellschaft war. Die Aktien waren nicht Gesamthandsvermögen, sondern blieben im Alleineigentum der Gesellschafter. Durch das Ankaufsrecht sollte eine Überfremdung der Gesellschaft verhindert werden. Bekanntlich hat der BGH seine Rechtsprechung zur Abfindungsklausel in zwei neueren Urteilen erheblich geändert (vgl. BGH ZIP 1993, 1160; ZIP 1993, 1611).

Lösung

Der BGH ist zunächst der Auffassung, daß **das Ankaufsrecht ohne weiteres zulässig sei**, da damit im Ergebnis nichts anderes hergestellt werde, als wenn die Beteiligten von Anfang an die Aktien in das Gesamthandsvermögen überführt hätten. Eine **Ankaufsklausel** ist damit nach Auffassung des BGH **unproblematisch**.

Fraglich war, wie die Abfindungsklausel beurteilt werden muß. Der BGH folgt bei der Beurteilung von Abfindungsklauseln nach der neuen Rechtsprechung nunmehr einer **doppelten Prüfung**:

* Zunächst ist zu prüfen, wie der **Abfindungspreis im Verhältnis zum Verkehrswert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** ist. Bestand bereits in diesem Zeitpunkt ein **grobes Mißverhältnis** zwischen diesen beiden Werten, dann führt dies nach Auffassung des BGH zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB. Differenzen zwischen 20 bis 30 % sind nach Auffassung des BGH allerdings kein grobes Mißverhältnis.

* Ist eine Klausel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam vereinbart worden, so kann sich dennoch der **Anspruch** des ausscheidenden Gesellschafters **auf Zahlung eines höheren Betrages als in der Abfindungsklausel vereinbart**, ergeben, wenn **im Zeitpunkt des Ausscheidens** zwischen dem Abfindungsbetrag und dem realen Wert des Anteils ein **erhebliches Mißverhältnis** besteht. Dann ist die Abfindungsklausel zwar nicht nichtig, aber entsprechend §§ 157, 272 BGB den veränderten Umständen anzupassen. In einem solchen Fall sind Abfindungsmaßstab und Abfindungsbetrag durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entsprechend den veränderten Verhältnissen neu zu ermitteln. Der BGH hat bisher die Annahme einer starren Wertgrenze, von der an das Festhalten an der vertraglichen Regelung dem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann, abgelehnt. Im vorliegenden Fall betrug der Übernahmepreis im Verhältnis zum realen Wert lediglich einen Bruchteil, so daß die Annahme eines außergewöhnlichen Mißverhältnisses gerechtfertigt war und damit auch der Abfindungsergänzungsanspruch nach der neueren Rechtsprechung bestand. Welcher Betrag dann für die Abfindung angemessen ist, hat der BGH nicht entschieden. Er hat allerdings darauf hingewiesen, daß er einen Betrag für angemessen halte, für dessen Ermittlung der Maßstab einen wesentlichen Anhaltspunkt geben könne, den die Parteien bei Vertragsschluß zugrunde gelegt hätten. Dieser Betrag müsse nicht unbedingt dem Verkehrswert entsprechen.

BNotO § 15

Einseitiger Widerruf der Hinterlegungsanweisung

1. Zu den Amtspflichten des Notars bei Auszahlung des hinterlegten Kaufpreises.

2. Der Notar hat auch im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis von der Ausführung einer unwiderruflichen Auszahlungsanweisung abzusehen,

- wenn sich ernsthafte Bedenken gegen die Wirksamkeit bzw. den Vollzug des Kausalgeschäfts ergeben, oder

- wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Notar bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, oder

- wenn dem Käufer durch die Auszahlung des Kaufpreises ein unwiederbringlicher Schaden droht. (Zweiter Leitzatz nicht amtlich)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.1994 - 3 Wx 211/93 (= MittRhNotK, 1994, 185)

Kz.: L III 1 - § 15 BNotO

BNotO § 15; BeurkG § 53

Einseitiger Widerruf der Anweisung zum Urkundenvollzug

1. Weigert sich der Notar nach Beurkundung eines Vertrages, der des Vollzuges durch Grundbucheintragung bedarf, die Weisung eines der Vertragsschließenden zu befolgen und die Vertragsurkunde nicht zum Vollzug beim GBA einzureichen bzw. den schon gestellten Grundbuch-

antrag zurückzunehmen, ist die Beschwerde nach § 15 BNotO statthaft.

2. Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Vertragsurkunde beim GBA nicht schon dann absehen, wenn nur ein Vertragsschließender die Vollzugsvollmacht widerruft.

3. § 53 BeurkG enthebt den Notar der Verpflichtung, die Wirksamkeit des Widerrufs zu prüfen, jedenfalls dann, wenn dieser auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage des beurkundeten Vertrages geschützt wird.

4. Nur wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß der beurkundete Vertrag unwirksam ist und durch seinen Vollzug das Grundbuch unrichtig würde, darf er daran nicht mitwirken.

OLG Hamm, Beschl. v. 01.02.1994 - 15 W 38/94

Kz.: L III 2 - § 53 BeurkG

Literaturhinweise

Weirich, Hans-Armin, Erben und Vererben, Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge, 3. Aufl., Verlag Neue Wirtschaftsbrieft Herne, 1991, 557 S., 78,- DM

Die mittlerweile dritte Auflage des praxisbezogenen Handbuchs informiert über alle Fragen des Erbrechts. Für den Notar von Interesse sind die Checklisten, die jedem Kapitel beigelegt sind, sowie die vielfältigen Gestaltungsüberlegungen. Ebenfalls zu begrüßen sind die Muster für Verfügungen von Todes wegen im Anhang.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -

97070 Würzburg, Kaiserstraße 23

Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg, Tel.: 09 31/2 00 38 0, Fax.: 09 31/2 00 38 38