

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

6. Jahrgang
Januar 1998

2/1998

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauVO § 1 Abs. 1 - Erbbaurecht an in Wohnungseigentum aufgeteiltem Grundstück
KO § 237 - Schweiz; Auslandskonkurs

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 513; GBO § 47 - Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Berechtigter bei Eintragung einer Vormerkung
BGB §§ 426 Abs. 1, 528 - Gesamtschuldnerausgleich bei Schenkungsrückforderung

BNotO §§ 15, 19; GG Art. 19 Abs. 4 - Untätigkeitsbeschwerde gegen Notar

BeurkG § 52; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2 - Ablehnung vollstreckbarer Ausfertigung bei Nachweis der Erfüllung

HGB §§ 131, 142, 143, 157 - Übertragung des Unternehmens durch die Komplementärin auf einzige Kommanditistin

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung und anderer Gesetze (BR-Drucks. 1002/97 vom 29.12.1997) - Rechtsanwalts-GmbH

Literatur

Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung

Der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder zur ersten Mitgliederversammlung am 20.03.1998 in Würzburg ein. Tagungsort ist das **Dorint Hotel Würzburg, Eichstraße/Ludwigstraße, 97070 Würzburg, Telefon: 0931/30540, Telefax: 0931/3054-455. Die Mitgliederversammlung beginnt um 16.00 Uhr.** Im Anschluß an die Versammlung wird **um 18.00 Uhr Prof. Dr. Dieter Schwab**, Universität Regensburg, den Festvortrag "Kindschaftsrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung" halten, zu dem wir auch Nichtmitglieder herzlich einladen. Die Tagesordnung der Mitgliederversammlung wird im nächsten DNotI-Report bekannt gegeben. Der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung würde sich über ein zahlreiches Erscheinen freuen und wäre für eine kurze Anmeldung dankbar (an: Deutsches Notarinstitut, Telefon: 0931/355760, Telefax: 0931/35576225).

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauVO § 1 Abs. 1 Erbbaurecht an in Wohnungseigentum aufgeteiltem Grundstück

I. Frage

Kann an einem nach § 8 WEG in Wohnungseigentumsrechte aufgeteilten Grundstück ein Erbbaurecht begründet werden?

II. Rechtslage

1. **Belastungsgegenstand** eines Erbbaurechtes kann nach § 1 Abs. 1 ErbbauVO **lediglich ein Grundstück im Ganzen** sein. Ideelle Grundstücksanteile aller Art scheiden als Belastungsgegenstand aus. Es kann also

weder ein Miteigentumsanteil einer Bruchteilsgemeinschaft noch ein Anteil am Gesamthandseigentum und auch kein Wohnungs- oder Teileigentum mit einem Erbbaurecht belastet werden (Ingenstau, Kommentar zum Erbbaurecht, 7. Aufl. 1997, § 1 ErbbauVO Rn. 21; MünchKomm-v. Oefele, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1 ErbbauVO Rn. 29; Palandt/Bassenge, BGB, 57. Aufl. 1998, § 1 ErbbauVO Rn. 2; RGRK-Räfle, BGB, 12. Aufl. 1997, § 1 ErbbauVO Rn. 11; Staudinger/Ring, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1 ErbbauVO Rn. 15; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Aufl. 1995, Rn. 2.90).

2. **Andererseits ist unerheblich, wer Grundstückseigentümer ist:** So kann ein Erbbaurecht auch an einem Grundstück bestellt werden, das mehreren Miteigentümern in Bruchteilsgemeinschaft oder einer Erbengemeinschaft gehört - und zwar nach § 1009 BGB

auch zugunsten eines der Miteigentümer des Grundstücks selbst (LG Düsseldorf DNotZ 1955, 155; Ingenstau, a. a. O., § 1 ErbbauVO Rn. 22 - ebenso die anderen vorstehend zitierten Literaturstellen).

Wohnungs- bzw. Teileigentum ist nach § 1 Abs. 1 - 3 WEG Miteigentum zu Bruchteilen am Grundstück, verbunden mit Sondereigentum an Räumen auf eben diesem Grundstück. Soweit es daher um den Miteigentumsanteil am Grundstück und nicht um das Sondereigentum an den Räumen geht, ist das Wohnungseigentum damit grundsätzlich nicht anders als sonstiges Miteigentum zu behandeln.

Von daher ist die Bestellung eines Erbbaurechtes auch an einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück unter der Voraussetzung möglich, daß Belastungsgegenstand das gesamte Grundstück und nicht etwa die einzelnen Wohnungseigentumsrechte sind. Dies setzt allerdings voraus, daß **das im Erbbaurecht errichtete Bauwerk und das in Wohnungseigentum aufgeteilte Bauwerk unterschiedliche Gebäude sind.** Innerhalb der Ausübungsfläche des Erbbaurechtes darf kein Sondereigentum eines Wohnungs- oder Teileigentümers bestehen. Auch dürfen an der Fläche, auf die sich der Ausübungsbereich des Erbbaurechtes erstreckt, weder ein Sondernutzungsrecht bestehen noch insoweit sonstige Regelungen der Gemeinschaftsordnung eingreifen. Denn ein derartiges Recht an der Ausübungsfläche widerspricht dem Rechtsgedanken des § 10 ErbbauVO, wonach die Bestellung eines Erbbaurechtes nur zur ausschließlich ersten Rangstelle zulässig ist - auch wenn ein Sondernutzungsrecht natürlich keine Grundstücksbelastung im Rechtssinn ist.

Bei der Bestellung des Erbbaurechtes sollten die Wohnungseigentümer die Geltung der Gemeinschaftsordnung für die vom Ausübungsbereich des Erbbaurechtes betroffenen Fläche ausschließen - ähnlich als würden sie diese Fläche unter Aufhebung des daran bestehenden Wohnungseigentums als eigenes Grundstück abschreiben.

3. Der **Eintragungsvermerk** über das Erbbaurecht würde seinem Inhalt nach ebenso lauten wie bei der Eintragung eines Erbbaurechtes an einem nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück.

Allerdings gibt es bei der Aufteilung in Wohnungseigentum kein Grundstücksgrundbuch mehr, sondern dieses ist vielmehr durch die einzelnen Wohnungseigentumsgrundbücher ersetzt. Die Eintragung einer zulässigerweise auf das gesamte Grundstück bezogenen Belastung - wie sie in der Literatur vor allem für Dienstbarkeiten am Grundstück diskutiert wird - hat daher **unter Bezeichnung des Gesamtgrundstücks als Belastungsgegenstand in sämtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbüchern zu erfolgen.** Auch muß sich aus der Eintragung ergeben, daß das Recht am Grundstück selbst und nicht an den einzelnen Miteigentumsanteilen besteht. Denn Rechte, die ihrer Natur nach nicht an einzelnen Wohnungseigentumseinheiten selbst bestehen können, sind in Spalte 3 jedes Wohnungseigentumsgrundbuchs mit einem Vermerk einzutragen, der die Belastung des gesamten Grundstücks deutlich macht (Bärmann/Pick/Merle, WEG, 7. Aufl.

1997, § 7 WEG Rn. 31; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2869 f.; Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, § 7 WEG Rn. 40).

Für das Erbbaurecht heißt dies, daß die verschiedenen Wohnungseigentumsgrundbücher in ihrer Gesamtheit das Grundstücksgrundbuch im Sinne des Erbbaurechtes darstellen. Das Erbbaurecht kann damit nur wirksam bestellt werden, wenn es zugleich (als Belastung des Grundstücks) in allen Wohnungseigentumsgrundbüchern **an erster Rangstelle** (§ 10 ErbbauVO) eingetragen wird. Dabei ist bei der Eintragung auf dem jeweiligen Wohnungseigentumsgrundbuchblatt zu vermerken, daß das Erbbaurecht zugleich auf den anderen Wohnungseigentumsgrundbuchblättern (Band ..., Blätter ... bis ...) eingetragen wurde.

4. Untereinander sollten die Wohnungseigentümer noch regeln, in welchem Verhältnis ihnen der **Erbbauzins** zusteht. Hierbei sind ähnliche Regelungsmöglichkeiten wie bei einem Gesamterbbaurecht möglich (vgl. etwa v. Oefele/Winkler, a. a. O., Rn. 3.49 und Muster S. 484), so daß die Wohnungseigentümer entweder Gesamtberechtigte nach § 428 BGB sein können oder Mitgläubiger nach § 432 BGB (wobei sich dann die Wohnungseigentümergeinschaft intern über die Verwendung oder Verteilung einigen müßte) bzw. auch je getrennte (gleichrangige) Erbbauzinsen für die verschiedenen Wohnungseigentumseinheiten bestellt werden können. Wahrscheinlich ist die Lösung nach § 432 BGB für die Beteiligten am angemessensten.

KO § 237

Schweiz; Auslandskonkurs

I. Sachverhalt

Über das Vermögen einer in der Schweiz (Kanton Graubünden) ansässigen Aktiengesellschaft wurde das Konkursverfahren nach schweizerischem Recht eröffnet. Die Gesellschaft besitzt in der Bundesrepublik Deutschland noch Grundbesitz, der nunmehr auf Betreiben des Globalgläubigers veräußert werden soll. In der Schweiz wurde ein Konkursverwalter bestellt. Das Betreibungs- und Konkursamt Chur steht auf dem Standpunkt, daß aufgrund des Territorialitätsprinzips der Konkursverwalter keine Verfügungsmacht über ausländischen Grundbesitz der AG habe.

II. Frage

1. Ist der schweizerische Konkursverwalter berechtigt, über den in der Bundesrepublik Deutschland vorhandenen Grundbesitz zu verfügen, und kann er eine in Deutschland ansässige Person hierzu bevollmächtigen?

2. Muß oder kann in Deutschland ein weiteres Konkursverfahren eröffnet werden?

III. Rechtslage

1. Anerkennung des ausländischen Konkursverfahrens im Inland

a) Staatsvertragliche Regelungen

Welche Wirkungen einem im Ausland geführten Konkursverfahren im Inland zukommen, richtet sich primär nach staatsvertraglichen Regelungen. Zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz sind derzeit

derartige Verträge noch nicht in Kraft getreten. Allerdings existiert eine "Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, ..., Graubünden, ... und dem **Königreich Bayern** über gleichmäßige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen" vom 11.5./27.6.1834 (Zürich GS 283.2). Dabei erklären beide Staaten:

"Daß in Insolvenzerklärungs- und Konkursfällen den Angehörigen der vorgenannten Kantone gleiche Konkurrenz und gleiches Qualifikationsrecht mit den Staatsangehörigen des Königreichs Bayern zustehen und daß von dem Augenblick der Insolvenzerklärung an, im Königreiche weder durch Arrest noch durch sonstige Verfügungen das bewegliche Vermögen des Zahlungsunfähigen zum Nachteil der Masse beschränkt werden soll, insofern auch den bayerischen Staatsangehörigen eine gleiche Konkurrenz und ein gleiches Qualifikationsrecht in den gedachten Schweizerkantonen versichert und daselbst überhaupt, von dem Augenblick der Insolvenzerklärung an, weder durch Arrest noch durch sonstige Verfügungen das bewegliche Vermögen des Zahlungsunfähigen zum Nachteil der Masse beschränkt wird."

Die schweizerische Erklärung hat spiegelbildlichen Inhalt (vgl. Bürgi, Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich, in: FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 175 ff.). Bereits der Wortlaut der Erklärung erschließt, daß Regelungsgegenstand der Übereinkunft lediglich die **Inländergleichbehandlung** und das Verbot nachteiliger Verfügungen über bewegliches Vermögen ist. Die Übereinkunft regelt dagegen nicht die Wirkungserstreckung ausländischer Konkursverfahren auf das Inland und damit auch nicht die Verfügungsmacht des Konkursverwalters über unbewegliches Vermögen im Ausland.

b) Innerstaatliches Recht

Auf der Grundlage der KO vom 10.2.1877 ging die h. M. in Deutschland lange Zeit im internationalen Konkursrecht vom Grundsatz der Territorialität aus. Der Konkurs als ein Akt staatlichen Generaleingriffs in das Vermögen einer Person sei grundsätzlich auf das Hoheitsgebiet des den Konkurs durchführenden Staates beschränkt. Denn die Hoheitsgewalt eines jeden Staates ende an seinen Grenzen (Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl., München 1994, S. 326).

In Abweichung von dieser früheren Rechtsauffassung hat der BGH mit Urt. v. 11.7.1985 (**BGHZ 95, 256** = NJW 1985, 2897) entschieden, daß die **Konkurseröffnung im Ausland grundsätzlich auch im Inland anzuerkennen sei und Rechtswirkungen entfalte**. Diese Rechtsprechung hat der BGH unlängst bestätigt (BGH WM 1993, 1389). § 237 KO stehe der Anerkennung des Auslandskonkurses nicht entgegen, da er eine ganz andere Frage regle. Außerdem verlange der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung grenzüberschreitende Wirkungen eines Konkursverfahrens.

Die Anerkennung des Auslandskonkurses erfolge im Inland jedoch nicht uneingeschränkt. Sie müsse vielmehr in das Gesamtgefüge der deutschen konkursrechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze eingebettet sein. Für die Anerkennung eines Auslandskonkurses nennt der

BGH folgende Voraussetzungen:

(1) Begrifflich muß ein Konkurs vorliegen, d. h. es muß sich überhaupt um ein Insolvenzverfahren handeln, das nicht einem anderen Zweck als der Vollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners dienen darf. Damit wird eine Abgrenzung zu Enteignung und Konfiskation geschaffen.

(2) Die den Konkurs eröffnende staatliche Stelle muß international zuständig sein, wobei sich die Zuständigkeit nach dem Spiegelbildprinzip gem. §§ 71 Abs. 1, 238 KO bestimmt.

(3) Die Konkurseröffnung muß nach der lex fori concursus wirksam sein.

(4) Das ausländische Recht muß die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Inlandsvermögen erstrecken wollen.

(5) Schließlich darf die Anerkennung nicht den deutschen ordre public verletzen.

Dagegen verlangt der BGH weder Gegenseitigkeit der Konkursanerkennung, noch ist ein förmliches Anerkennungsverfahren durchzuführen.

Der BGH hat jedoch auch klargestellt, daß ein **Konkurs über das Inlandsvermögen einem Auslandskonkurs grundsätzlich vorgeht**. Ein gleichzeitig durchgeführtes Konkursverfahren nach deutschem Recht im Inland suspendiert also die Wirkungen des Auslandskonkurses (vgl. Pierlorz, Auslandskonkurs und Disposition über Inlandsvermögen, 1977, S. 65). Darüber hinaus gilt auch nicht das Prioritätsprinzip. Ein nach Eröffnung des Konkursverfahrens im Ausland eröffnetes inländisches Konkursverfahren geht vor und läßt die Wirkungen des Auslandskonkurses ex nunc entfallen. Es ist also in jedem Fall möglich, ein weiteres Konkursverfahren im Inland zu eröffnen.

Im folgenden sollen die Voraussetzungen für die Anerkennung des Auslandskonkurses im einzelnen geprüft werden:

(1) "Konkurs"

Das schweizerische Konkursverfahren ist geregelt im 5. - 8. Titel des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11.4.1889/16.12.1994 (SR 281.1). Diese Bestimmungen sehen wie das deutsche Konkursrecht eine **Verwertung des gesamten vorhandenen Vermögens des Schuldners** zur grundsätzlich gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger vor (vgl. Amonn/Gasser, Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, S. 281 ff.). Wesensgleichheit der Konkursverfahren ist damit gegeben.

(2) Anerkennungszuständigkeit des schweizerischen Konkursamtes

Die Anerkennungszuständigkeit ist gegeben, wenn **bei spiegelbildlicher Anwendung der deutschen Zuständigkeitsvorschriften** durch einen (gedachten) schweizerischen Rechtsanwender die vom schweizerischen Recht in Anspruch genommene Zuständigkeit auch aus Sicht der deutschen

Zuständigkeitsvorschriften gegeben wäre (Spiegelbildprinzip). Gem. § 71 Abs. 1 KO ist für das Konkursverfahren dasjenige Gericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Der allgemeine Gerichtsstand einer juristischen Person (hier AG) wird gem. § 17 Abs. 1 ZPO bestimmt durch den Sitz der Gesellschaft. Bezüglich der in der Schweiz ansässigen AG ist damit die Anerkennungszuständigkeit gegeben.

(3) Wirksamkeit der Konkursöffnung nach der *lex fori concursus*

Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Konkursöffnung aus Sicht des schweizerischen Rechts liegen nicht vor.

(4) Wirkungserstreckung der ausländischen Konkursöffnung auf das Inlandsvermögen

Nach schweizerischer Rechtsvorstellung findet die Universalität des Konkurses ihre Grenzen grundsätzlich in der staatlichen Souveränität. Eine staatliche Zwangsmaßnahme könne grundsätzlich nur Wirkungen im Hoheitsgebiet des Staates haben. Diesen **Grundsatz der Territorialität** hat das schweizerische Bundesgericht mehrfach betont (BGE 102 III 71, 107 II 484).

Allerdings erfährt dieser Grundsatz auch im schweizerischen Recht Einschränkungen. Über die Landesgrenzen hinaus kann ein schweizerischer Konkurs - abgesehen von zwischenstaatlichen Vereinbarungen - dann Rechtswirkungen entfalten, wenn das Recht des Belegenheitsstaates es zuläßt, in seinem Hoheitsgebiet belegenes Schuldvermögen zur schweizerischen Konkursmasse zu ziehen (vgl. Amonn/Gasser, a. a. O., S. 314 f.). Davon geht auch § 62 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkurs-ämter (KOV) vom 13.7.1911/5.6.1996 (SR 281.32) aus. Bei der KOV handelt es sich um eine Rechtsverordnung, die das schweizerische Bundesgericht, gestützt auf die Ermächtigungsgrundlage Art. 15 SchKG, erlassen hat. § 62 KOV bestimmt:

“Wenn die Pfandobjekte zwar dem Gemeinschuldner gehören, aber im Ausland liegen und nach dem maßgeblichen Rechte nicht zur inländischen Konkursmasse gezogen werden können, so wird die auf die Forderung entfallende Dividende solange zurückbehalten, als das Pfand nicht im Ausland liquidiert worden ist, und nur soweit ausgerichtet, als der Pfandausfall reicht. Die auszureichende Dividende berechnet sich nach dem Pfandausfall.”

Daraus folgt, daß das schweizerische internationale Konkursrecht grundsätzlich einem schweizerischen Konkursverfahren auch Rechtswirkungen im Ausland beimessen will, dabei jedoch auf die Hoheitsinteressen ausländischer Staaten Rücksicht nimmt. Da das deutsche internationale Konkursrecht ausländischen Konkursverfahren grundsätzlich auch Wirkung im Inland beimißt, enthält das deutsche Recht derartige “nachgiebige Regelungen”.

(5) *Ordre public*

Anhaltspunkte für einen *ordre-public*-Verstoß, der einer Anerkennung des schweizerischen Konkursverfahrens entgegenstehen könnte, liegen nicht vor.

Daraus folgt: Der Schweizer Konkursverwalter ist sowohl

aus deutscher als auch aus schweizerischer Sicht berechtigt, über den in Deutschland belegenen Grundbesitz zu verfügen. Ein weiteres Konkursverfahren kann, muß aber nicht, in Deutschland eröffnet werden.

2. Vollmachtserteilung durch den Konkursverwalter

a) Auf die kollisionsrechtliche Frage, ob die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung durch den Konkursverwalter konkursrechtlich zu qualifizieren ist (dann Anknüpfung wie unter Ziff. 1 b beschrieben) oder sich nach einem eigenständigen Vollmachtsstatut beurteilt (bei Verfügungen über Grundstücke nach h. M. *lex rei sitae*; vgl. MünchKomm-Spellenberg, BGB, 2. Aufl. 1990, vor Art. 11 EGBGB Rn. 225 ff., 251 m. w. N.), soll nicht weiter eingegangen werden. Denn beide in Frage kommenden Rechtsordnungen, also das schweizerische und das deutsche Recht, lassen eine derartige Bevollmächtigung - allerdings mit Einschränkungen - zu.

b) Im **deutschen Recht** hat der Konkursverwalter die Möglichkeit, sich im Einzelfall durch einen Bevollmächtigten bei der Verwertung der Konkursmasse vertreten zu lassen (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 1988, 500 f.; LAG Schleswig-Holstein ZIP 1988, 250; AG Münster Rpfleger 1988, 501). Allerdings darf die Vollmacht nicht konkurspezifische, vom Konkursverwalter höchstpersönlich zu erledigende Aufgaben zum Gegenstand haben. Das schließt zum Beispiel aus, daß der Konkursverwalter eine Generalvollmacht an einen Erfüllungsgehilfen erteilt (AG Münster, a. a. O.; Hess, KO, 4. Aufl. 1993, § 6 KO Rn. 35). Zu den vom Konkursverwalter höchstpersönlich wahrzunehmenden Aufgaben gehört nach einem Beschluß des OLG Düsseldorf (a. a. O.) etwa auch die Ausübung des Wahlrechts nach § 17 KO.

Daraus folgt, daß nach deutschem Recht keine Bedenken gegen eine Bevollmächtigung durch den Konkursverwalter zur Veräußerung des in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Grundbesitzes bestehen, wenn der Konkursverwalter die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen hat. Das bedeutet, daß die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung um so eher anzunehmen ist, je präziser die Handlungsdirektiven für den Bevollmächtigten ausfallen.

c) Die Rechtsstellung der Konkursverwaltung nach **Schweizer Konkursrecht** ist eine ähnliche. Die Konkursverwaltung versieht ein öffentliches Amt (BGE 104 III 1). Wegen der auch nach schweizerischem Konkursrecht umfassenden Aufgabe einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung durch Verwertung des grundsätzlich gesamten Schuldnervermögens ist auch nach schweizerischem Konkursrecht die Konkursverwaltung nicht daran gehindert, sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Hilfskräfte zu bedienen (vgl. Amonn/Gasser, a. a. O., S. 359 ff.). Ein ausdrückliches Verbot der Bevollmächtigung besteht auch nach schweizerischem Recht nicht. Sind die Handlungsdirektiven für den Bevollmächtigten und der Umfang der Vollmacht entsprechend präzise zugeschnitten, ist davon auszugehen, daß auch nach schweizerischem Recht eine Bevollmächtigung zulässig ist.

Gutachten im Faxabruf

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

WEG § 3; BGB § 925

Begründung von Wohnungseigentum unter gleichzeitiger Veränderung der Miteigentumsanteile
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1164

EGBGB Art. 233 § 10

Personenzusammenschluß alten Rechts, "Vollbauern-genossenschaft", Vertretung
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1165

BauGB §§ 22, 233

Weitergeltung von Satzungen zur Sicherung des Fremdenverkehrs nach § 22 BauGB
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1166

BGB § 2222

Befugnisse des Nacherbentestamentsvollstreckers
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1215

EGBGB Art. 25, 26

Beteiligung eines niederländischen Staatsangehörigen an der BGB-Gesellschaft mit Grundstück im Gesamthandsvermögen und Anteilsvererbung nach deutschem Recht
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1441

Rechtsprechung

BGB § 513; GBO § 47

Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Berechtigter bei Eintragung einer Vormerkung

Wird zugunsten mehrerer Berechtigter ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt, auf das § 513 BGB Anwendung findet, kann bei der Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Berechtigten die Angabe des nach Ausübung des Rechts zwischen ihnen zustande kommenden Gemeinschaftsverhältnisses nicht verlangt werden. Gemäß § 47 GBO ist vielmehr in das Grundbuch einzutragen, daß § 513 BGB auf das Vorkaufsrecht Anwendung findet.

BGH, Beschl. v. 11.09.1997 - V ZB 11/97

Kz.: L II 3 - § 47 GBO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 639

Problem

Das Kammergericht wollte in dieser Frage von einer Entscheidung des BayObLG abweichen (BayObLGZ 1967, 275 = Rpfleger 1968, 52) und legte die Frage daher dem BGH im Wege eines **Vorlagebeschlusses** zur Klärung vor (KG DNotI-Report 11/1997, 128).

Entscheidung

Der BGH entschied die Frage im Sinne des BayObLG. Zwar gelte § 47 GBO auch für Vormerkungen, doch

regele § 513 BGB nicht nur die Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern bestimme darüber hinaus das Verhältnis der Vorkaufsberechtigten untereinander und zum Vorkaufsverpflichteten. Die Berechtigung mehrerer aus einem Vorkaufsrecht führe durch die in § 513 S. 2 BGB bestimmte Regelung zu einer besonderen gesamthandsartigen Berechtigung der Beteiligten an dem vereinbarten Vorkaufsrecht. Denn über einer der Berechtigten sein Vorkaufsrecht nicht aus oder sei sein Recht erloschen, so folge unmittelbar aus der Ausgestaltung des Vorkaufsrechtes durch § 513 S. 2 BGB die Erstreckung des Anspruches der übrigen Mitberechtigten auf Auflassung. Damit bestimme § 513 BGB das Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten, das im Grundbuch bei der Eintragung der Vormerkung gem. § 47 GBO zu verlautbaren sei.

Entgegen der Meinung des KG könne nicht verlangt werden, daß bei der Eintragung der Vormerkung bereits das Gemeinschaftsverhältnis angegeben werde, welches zwischen den Berechtigten nach Eintritt der dinglichen Rechtsänderung bestehen werde. Bei einem Vorkaufsrecht sei zwischen der Befugnis, das Vorkaufsrecht auszuüben, und dem schuldrechtlichen Anspruch, der durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes entstehe, zu unterscheiden. Stehe das Vorkaufsrecht mehreren zu, werde das Gemeinschaftsverhältnis hinsichtlich der Frage, zu welchen Anteilen sie bei Ausübung des Vorkaufsrechts Gläubiger des Übertragungsanspruches werden, von ihrer hierzu bei der Bestellung des Vorkaufsrechtes zwischen den Berechtigten und den Verpflichteten getroffenen Vereinbarung bestimmt. Fehle insoweit eine ausdrückliche Regelung und könne auch durch Auslegung des Vertrages kein anderer Wille festgestellt werden, greifen die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 741 ff. BGB ein. Der Anspruch der Vorkaufsberechtigten richte sich dann gem. § 742 BGB auf den Erwerb von Miteigentum zu gleichen Anteilen.

BGB §§ 426 Abs. 1, 528

Gesamtschuldnerausgleich bei Schenkungsrückforderung

1. Zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten besteht hinsichtlich des Rückgewähranspruches nach § 528 Abs. 1 BGB eine gesamtschuldnerartige Beziehung, die bei der Inanspruchnahme eines Beschenkten einen internen Ausgleichsanspruch entsprechend § 426 Abs. 1 BGB auslöst (im Anschluß an BGH, Urt. v. 13.02.1991, NJW 1991, 1824). Das gilt auch dann, wenn die ihnen jeweils zugewandten Gegenstände nicht gleichartig sind.

2. Der interne Ausgleich unter den Beschenkten wird nicht davon berührt, ob der Rückgewähranspruch von dem Schenker oder - aufgrund einer Überleitung durch Verwaltungsakt - von dem Träger der Sozialhilfe geltend gemacht wird.

3. Der Schenker kann nicht abschließend bestimmen, wer von den Beschenkten die Nachteile des auf seiner Seite eingetretenen Notbedarfs tragen soll. Der Rückgewähranspruch nach § 528 Abs. 1 BGB entsteht

mit dem Eintritt der Notlage des Schenkers; er ist nicht an eine Entscheidung des Schenkers geknüpft.

4. Dem Anspruch auf Rückgewähr nach § 528 Abs. 1 BGB kann grundsätzlich der Aufwand für freiwillige Pflege- oder Betreuungsleistungen gegenüber dem Schenker nicht entgegengewahrt werden.

BGH, Urt. v. 28.10.1997 - X ZR 157/96

Kz.: L I 1 - § 528 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 641

Problem

Die Eltern hatten einem Sohn ihr Hausgrundstück übertragen. Dafür mußte dieser an seinen Bruder einen Ausgleichsbetrag von 80.000,- DM zahlen. Nachdem die Eltern pflegebedürftig wurden und in ein Pflegeheim übersiedelten, leitete der Sozialhilfeträger den Rückgewähranspruch der Eltern nach § 528 Abs. 1 BGB auf sich über gem. § 90 BSHG und zog den mit der Geldzuwendung bedachten Bruder zur Erstattung der aufgewendeten Pflegekosten heran. Dieser will nun bei dem mit dem Hausgrundstück beschenkten Bruder Regreß nach § 426 BGB nehmen. Das Hausgrundstück hatte im Zeitpunkt der Zuwendung einen Wert von gut 170.000,- DM.

Entscheidung

Der BGH sah sowohl den mit dem Hausgrundstück beschenkten Sohn als auch dessen mit 80.000,- DM beschenkten Bruder infolge der Verarmung der Eltern als zur Rückgewähr nach § 528 Abs. 1 BGB verpflichtet an. Die im Gesetz geregelte gestaffelte Inanspruchnahme nach dem Zuwendungszeitpunkt (§ 528 Abs. 2 BGB) greife hier nicht ein, weil beide Schenkungen durch den gleichen notariellen Vertrag als Bestandteil eines einheitlichen und gleichzeitigen Rechtsgeschäftes zur Regelung der vorweggenommenen Erbfolge vorgenommen wurden. Eine zeitliche Verschiebung lasse sich nicht daraus ableiten, daß die Ausgleichszahlung an den Bruder erst nach sechs Wochen fällig sein sollte. Denn im Verhältnis zu den Schenkern war die Zuwendung mit der Begründung der Forderung zwischen den Brüdern bereits endgültig bewirkt.

Dem Gläubiger eines Anspruches aus § 528 Abs. 1 BGB stehe frei, welchen von mehreren Beschenkten er zunächst in Anspruch nehme. Würde einer der Beschenkten auf volle Zahlung des Notbedarfs in Anspruch genommen, tilge er damit zugleich ranggleiche Verpflichtungen der anderen Beschenkten. Zur Vermeidung einer zufälligen oder willkürlichen Inanspruchnahme ordne § 426 BGB einen den Haftungsanteilen mehrerer Schuldner entsprechenden internen Ausgleich an.

Da das Gesetz die Entstehung des Rückgewähranspruchs nicht an eine Entscheidung des Schenkers, sondern an den objektiven Eintritt des Notbedarfs knüpfe, **könne dem Schenker nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen solle.** Greife § 528 BGB ein, so nehme das Gesetz einer Schenkung die schuldrechtliche Wirkung, indem es den Beschenkten zur Herausgabe des Erlangten verpflichte, so als habe er dieses ohne Rechtsgrund erhalten. Das lasse es nicht zu, die Rangfolge der Heranziehung auch für den internen Ausgleich der Beschenkten in das Belieben des Schenkers zu stellen.

Die von der Ehefrau des mit dem Haus beschenkten Bruders erbrachten **Pflegeleistungen und Aufwendungen** könnten mit der Folge der Verringerung seines Haftungsanteils nicht berücksichtigt werden. Denn sie hätten einem Anspruch des Schenkers auf Ausgleich seines Notbedarfs durch Rückgewähr des Schenkungsgegenstandes nicht entgegengesetzt werden können. Damit schieden sie zugleich als Grundlage für eine von der Zweifelsregelung des § 426 Abs. 1 BGB abweichende Haftungsverteilung aus.

Dem Ausgleichsverlangen könne auch nicht entgegengewahrt werden, daß dann das mit der Schenkung verfolgte Anliegen der Eltern nicht mehr gewahrt werden könnte, das Hausgrundstück im Besitz der Familie zu halten. Dieses Ziel kann bei einer Inanspruchnahme nach § 528 Abs. 1 BGB keine Berücksichtigung finden.

**BNotO §§ 15, 19; GG Art. 19 Abs. 4
Untätigkeitsbeschwerde gegen Notar**

Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, daß auch die grundlose, fortwährende Untätigkeit des Notars beim Vollzug von ihm aufgenommenen Urkunden im Beschwerdewege gem. § 15 BNotO anfechtbar ist. Ein ablehnender "Bescheid" des untätigen Notars ist nicht erforderlich. Der Schadensersatzanspruch gemäß § 19 BNotO und die staatliche Dienstaufsicht allein bieten keinen ausreichenden Rechtsschutz gegen den den Vollzug einer Urkunde verweigernden Notar.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.1997 - 3 Wx 483/97

Kz.: L III 1 - § 15 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 642

Problem

Im Jahr 1994 und 1995 beurkundete der Notar Erbanteilsübertragungen, die im Grundbuch zu Grundbuchberichtigungen führen sollten. Der Notar kümmerte sich jedoch auch nach schriftlicher Aufforderung durch die Beteiligten nicht um die Einreichung der beurkundeten Willenserklärungen beim Grundbuchamt. Eine an den Präsidenten des LG gerichtete Dienstaufsichtsbeschwerde im Jahr 1996 löste zwar dienstaufsichtliche Maßnahmen aus, führte aber nicht zur erstrebten Tätigkeit des Notars. Die Beteiligten begehren daher mit der Beschwerde die Herausgabe der im Besitz des Notars befindlichen unterschrittsbeglaubigten Genehmigungserklärungen sowie von beglaubigten Abschriften der Niederschriften. Das LG hielt die Beschwerde für unzulässig, da § 15 BNotO einen ablehnenden Bescheid des Notars voraussetze. Der Notar äußerte sich auch im Beschwerdeverfahren trotz Aufforderung durch das LG nicht.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hielt die Beschwerde für zulässig und begründet. Zur Urkundstätigkeit im Sinne des § 15 BNotO gehöre auch die in § 53 BeurkG genannte Vollzugstätigkeit des Notars. Mit einer Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO sei nicht nur ein ablehnender Bescheid des Notars angreifbar. Vielmehr sei auch eine

durch andauernde Untätigkeit konkludent ausgedrückte Weigerung des Notars, eine der von § 15 BNotO erfaßten Amtshandlungen vorzunehmen, im Wege der Beschwerde angreifbar (unter Berufung auf Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 15 BNotO Rn. 46; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rn. 63). Dies ergebe sich insbesondere auch aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, die Anspruch auf effektiven und lückenlosen Rechtsschutz gebe.

BeurKG § 52; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2

Ablehnung vollstreckbarer Ausfertigung bei Nachweis der Erfüllung

Der Notar hat die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung abzulehnen, wenn die Käufer den Kaufpreis auf ein von ihm geführtes Treuhandkonto eingezahlt hatten und die Beträge entsprechend der notariellen Vereinbarung zur Lastenfreistellung des Kaufgegenstandes verwendet wurden.

BayObLG, Beschl. v. 08.10.1997 - 3 Z BR 300/97

Kz.: L II 1 - § 797 Abs. 2 ZPO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 643

Problem

Ein Grundstücksverkäufer beantragte vom Notar Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für zwei Kaufverträge, die vom Amtsvorgänger des Notars beurkundet worden waren. Der Notar verweigerte die Vollstreckungsklausel, da nach den ihm vom Amtsvorgänger überlassenen Unterlagen die Käufer den Kaufpreis auf ein Treuhandkonto des Amtsvorgängers eingezahlt hatten und die Beträge vereinbarungsgemäß zur Lastenfreistellung verwendet wurden. Dies bestritt der Verkäufer auch nicht, sondern begründete seinen Anspruch damit, daß der gezahlte Kaufpreisanspruch zu Unrecht zur Tilgung von Schulden verwandt worden sei, für die er nicht gehaftet habe.

Entscheidung

Das BayObLG hielt die Ablehnung der Erteilung der Vollstreckungsklausel für richtig. Zwar seien die formellen Voraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunden erfüllt. **Auch habe der Notar bei einem Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung grundsätzlich nur die formelle Berechtigung des Antragstellers zu prüfen.** Dennoch sei anerkannt, daß der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung **ausnahmsweise ablehnen könne, wenn durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werde oder für ihn sonst offenkundig sei, daß ein materieller Anspruch nicht mehr bestehe** (BayObLG MittBayNot 1995, 484, 485; OLG Frankfurt MittRhNotK 1997, 269). Ein solcher Fall sei anzunehmen, wenn der vom Schuldner zu zahlende Betrag laut notariellem Vertrag auf ein Treuhandkonto des beurkundenden Notars zu zahlen war und sich aus dessen Unterlagen ergebe, daß er gezahlt worden sei, oder wenn der Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren selbst zugestehende, daß er wegen des titulierten Anspruchs bereits befriedigt sei. Dies liege hier vor.

HGB §§ 131, 142, 143, 157

Übertragung des Unternehmens durch die Komplementärin auf einzige Kommanditistin

Die Übertragung des Unternehmens einer KG durch die Komplementärin auf die einzige Kommanditistin führt analog § 142 HGB zur Auflösung und Vollbeendigung der KG.

Die Vollbeendigung der Gesellschaft kann registerrechtlich in der Weise verlautbart werden, daß die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft mit dem Vermerk verbunden wird, eine Liquidation finde nicht statt und die Firma sei erloschen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.07.1997 - 3 Wx 94/97

Kz.: L V 1 - § 142 HGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 644

Problem

Bei einer GmbH & Co. KG hatte die Komplementärin ihre Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft auf die Kommanditistin übertragen und ist aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die Kommanditistin führte das Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven unter Ausschluß der Abwicklung fort. Es war nun fraglich, wie die Eintragung im Handelsregister erfolgen mußte.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf weist darauf hin, daß die einzige Kommanditistin das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven von der Komplementärin übernommen habe. Eine solche Übernahme sei unter entsprechender Anwendung des § 142 HGB möglich und stelle sich als Erscheinungsform der **Gesamtrechtsnachfolge** dar (BGHZ 48, 203). In diesem Fall trete eine Auflösung der Gesellschaft ein, die allerdings - liquidationslos - mit der Vollbeendigung der Gesellschaft zusammenfalle (Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 131 Rn. 3). Registerrechtlich lasse sich ein wesentlicher Teil dieses Vorgangs zutreffend durch die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft darstellen (OLG Köln DNotZ 1970, 747). Außerdem könne die Auflösung der Gesellschaft mit dem Vermerk verbunden werden, daß eine Liquidation nicht statfinde und die Firma erloschen sei. Hierin liege die registerrechtlich nicht zu beanstandende Dokumentation der Vollbeendigung der Gesellschaft (a. A. Schlegelberger/Schmidt, HGB, 5. Aufl., § 143 Rn. 4).

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung und anderer Gesetze (BR-Drucks. 1002/97 vom 29.12.1997) - Rechtsanwalts-GmbH

Der Entwurf regelt das Verfahren und die Voraussetzungen, unter denen die GmbH als **Rechtsanwalts-gesellschaften** bzw. Patentanwalts-gesellschaften zugelassen werden können. Außerdem wird § 8 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz geändert. Voraussetzung ist die

Durchführung eines Zulassungsverfahrens durch die zuständige Landesjustizverwaltung. Im Rahmen dieses Verfahrens wird geprüft, ob bestimmte Voraussetzungen eingehalten sind: Die Gesellschaft muß verantwortlich von Rechtsanwälten geleitet werden; anwaltliche Gesellschafter müssen die Mehrheit der Kapitalanteile oder Stimmrechte innehaben; unter den Geschäftsführern, den Prokuristen und den Handlungsbevollmächtigten müssen die Anwälte in der Mehrheit sein. Reine Kapitalbeteiligungen und die Beteiligung Dritter am Gewinn der Gesellschaft sind nicht zulässig.

Der Entwurf kann im **Fax-Abrufdienst** unter **Dokumentennr.: 142** abgerufen werden.

Berichtigung:

Zum Aufsatz von Dr. Stephan Schuck: Reaktion auf die mögliche Verfassungswidrigkeit der Grunderwerbsteuer, DNotI-Report 24/1997, 251 f.

In dem Formulierungsvorschlag der "Wichtigen Information zur Grunderwerbsteuer" ist das Aktenzeichen des Vorlagebeschlusses des Niedersächsischen Finanzgerichts versehentlich falsch wiedergegeben. Wie bereits im DNotI-Report 21/1997, S. 223, mitgeteilt, hat das Verfahren das Aktenzeichen III 90/91, nicht 93/91.

Literaturhinweise

Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, Handbuch des privaten Baurechts, 2. Aufl. 1997, Verlag C. H. Beck, 1697 Seiten, DM 238,-

Das in der Neuauflage noch gewichtigere Standardwerk behandelt umfassend und quellenreich alle Rechtsfragen des (reinen) Bauvertrages und des Bauprozesses. Für den Notar relevant dürfte vor allem die ausführliche Darstellung der Gewährleistung sein, wobei die Gewährleistung nach BGB, nach VOB und die beim Wohnungseigentum getrennt behandelt werden (insgesamt 350 der 1700 Seiten). Das Buch ist nicht speziell für den Notar geschrieben, so daß es etwa keine Darstellung zum Bauträgervertrag oder zur MaBV enthält. Aber für spezielle Fragen des Werkvertrages wird man hier reichlich Material finden - etwa wenn sich diese Fragen im Rahmen eines Bauträgervertrages oder eines Bauherrenmodelles stellen. Auch der Generalunternehmer- bzw. Generalübernehmervertrag wird dargestellt. Die Ausführungen zur VOB und zum Bauprozeß dürften hingegen für den Notar weniger von Interesse sein. Zu diesem Werk wird man greifen, sofern man bei der notariellen Vertragsgestaltung kompliziertere Fragen des Werkvertrages zu lösen hat.

Notar a. D. Christian Hertel

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg.