

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7. Jahrgang
November 1999
ISSN 1434-3460

21/1999

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018; WEG § 15 Abs. 1 - Sondernutzungsrecht als Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit

BGB §§ 1365, 181 - Zustimmung zu Gesamtvermögensgeschäft durch gesetzlichen Vertreter/ Ausschluß von der gesetzlichen Vertretung gem. § 181 BGB

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 1115 - Auszahlungszeitpunkt als Zinsbeginn

BeurkG §§ 4, 51; BNotO § 14 Abs. 2; BGB § 313 - Keine Ausfertigung bei formnichtiger Urkunde

HGB §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1, 24 - Fortführung eines unzutreffenden Rechtsformzusatzes bei Nachfolgezusatz

BGB § 1018; BauONW 1995 § 83 - Verhältnis von Grunddienstbarkeit und Baulast

GBO §§ 22, 29; GG Art. 103 Abs. 1 - Rechtliches Gehör für Vormerkungsberechtigten bei Abschreibung ohne Bewilligung

Aktuelles

Grunderwerbsteuer für durchschnittliches Einfamilienhaus

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018; WEG § 15 Abs. 1 Sondernutzungsrecht als Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit

I. Sachverhalt

Ein Teileigentum, bestehend aus einer Tiefgarage mit Sondernutzungsrechten unter anderem an der Zu- und Abfahrt, soll mit einer Benutzungsdienstbarkeit belastet werden. Die Dienstbarkeit soll dabei zur dinglichen Absicherung eines langfristigen Mietvertrages dienen.

II. Frage

Kann eine auf einem Teileigentum lastende Dienstbarkeit auch ein zum Teileigentum gehörendes Sondernutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum als Ausübungsbereich erfassen?

III. Rechtslage

1. **Belastungsgegenstand** einer Dienstbarkeit nach § 1018 BGB kann nach einhelliger Auffassung ein Wohnungs- oder Teileigentum sein – anders als ein bloßer Miteigentumsanteil an einem Grundstück. Ein Sondernutzungsrecht als solches kann nicht Belastungsgegenstand einer Dienstbarkeit sein.

2. Gehört zu dem Wohnungs- oder Teileigentum ein Sondernutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum, so ist die Belastung des Wohnungs- oder Teileigentums mit einer Dienstbarkeit nach einhelliger Auffassung jedenfalls dann zulässig, wenn sich der **Ausübungsbereich der Dienstbarkeit auf das Sondereigentum beschränkt**. Strittig ist hingegen, ob der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit sich auch oder ausschließlich auf ein dem Wohnungs- oder Teileigentum zugeordnetes Sonderrecht beziehen kann.

a) Von der **bisher herrschenden Meinung** wird dies ausdrücklich abgelehnt. So hat es die Rechtsprechung etwa abgelehnt, eine Dienstbarkeit an einem Wohnungs- oder Teileigentum einzutragen, wenn **alleiniger Ausübungsbereich** einer Benutzungsdienstbarkeit die Fläche des dem Wohnungs- oder Teileigentum als Sondernutzungsrecht zugeordneten Stellplatzes war (BayObLGZ 1974, 396 = NJW 1975, 59; DNotZ 1990, 496 = MittBayNot 1990, 110 = Rpfleger 1990, 197 = WE 1991, 79; DNotI-Report 1997, 155; KG Rpfleger 1976, 180) – entsprechend für die Dienstbarkeit an dem durch ein Sondernutzungsrecht zugeordneten Dachboden (OLG Düsseldorf OLGZ 1986, 413 = DNotZ 1988, 31 = Rpfleger 1986, 376). (Eine Ausnahme machte das OLG Hamm jedoch für Dienstbarkeiten nach § 1018 Var. 3 BGB - Ausschluß der Rechtsausübung -, die ohne weitere Beschränkung auch an einem einzelnen Wohnungseigentum zulässig seien - OLG Hamm Rpfleger 1980,

468; LG Bochum Rpfleger 1982, 372 je zum Bergschädenminderwertverzicht).

Ähnlich hatte das OLG Karlsruhe abgelehnt, eine in ihrem **Ausübungsbereich zugleich** auf das Sondereigentum wie auf das an einer gemeinschaftlichen Grundstücksfläche bestehende Sondernutzungsrecht bezogene Tankstellendienstbarkeit lediglich an einem einzelnen Wohnungs- und Teileigentum bestehen zu lassen (OLG Karlsruhe Rpfleger 1975, 356; ähnlich OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 149, 150).

In der **Literatur** wird diese Meinung teils dahin gehend formuliert, daß ein Sondernutzungsrecht "nicht Gegenstand" einer Dienstbarkeit sein könne (so insbesondere Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2952; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl. 1989, § 1018 BGB Rn. 39 b; Weitnauer/Hauger, WEG, 8. Aufl. 1995, § 3 WEG Rn. 116) – oder dahin gehend, daß die Belastung einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit mit einer Dienstbarkeit nur dann zulässig sei, wenn sich deren Ausübungsbereich auf das der Einheit zugehörige Sondereigentum beschränke (Pick, in: Bärmann/Pick/Merle, WEG, 7. Aufl. 1997, § 1 WEG Rn. 100; MünchKomm-Falckenberg, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1018 BGB Rn. 21; vgl. auch die Darstellung im Gutachten DNotI-Report 1997, 85).

b) Diese bisher h. M. wurde in den letzten Jahren jedoch durch **neuere Rechtsprechung** und Stellungnahmen in der Literatur zumindest erschüttert. So erkannte der BGH eine Dienstbarkeit an einem Wohnungseigentum an, Fenster ständig geschlossen zu halten – ausdrücklich ungeachtet der Frage, "ob die Fenster im vollen Umfang zum gemeinschaftlichen Eigentum oder mit der Innenseite zum Sondereigentum an der Wohnung gehören". Statt dessen stellte der BGH darauf ab, daß "die Befugnis des Wohnungseigentümers insoweit über diejenigen Gebäudeteile hinausgeht, die nur in seinem Sondereigentum stehen." Die Belastung des Wohnungseigentums durch die Dienstbarkeit betraf aber nur diese dem Wohnungseigentum zugeordneten Befugnisse (BGHZ 107, 289 = DNotZ 1990, 493 m. Anm. Amann = NJW 1989, 2391).

Ähnlich hatte das BayObLG bereits zuvor ein Terrassenalleinnutzungsrecht als Grunddienstbarkeit an einem Wohnungseigentum für zulässig gehalten (BayObLG Rpfleger 1985, 486 – von Pick zustimmend erwähnt, in: Bärmann/Pick/Merle, § 1 WEG Rn. 100). Anzuführen ist vor allem auch ein Beschluß des BayObLG vom 11.9.1997 (DNotI-Report 1997, 214 und 244). Darin hatte das BayObLG zwar zunächst seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt, daß Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit nicht das Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum sein kann. Jedoch sei bei der Bestellung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB die Nutzungsbefugnis auch an dem der Sondernutzung unterliegenden Teil des gemeinschaftlichen Eigentums auf den Wohnungsberechtigten vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung als gesetzliche Folge der Einräumung des Wohnungsrechts übergegangen – vergleichbar der Mitbenutzungsbefugnis des Wohnungsberechtigten an den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden und zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen (§ 1093 Abs. 3 BGB i. V. m. § 13 Abs. 2 S. 1 WEG). Eine Eintragung der Vereinbarung im

Grundbuch sei insoweit weder in dem einen noch im anderen Fall erforderlich.

In der **Literatur** sprachen sich mittlerweile mehrere gewichtige Stimmen für die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit an einem Wohnungs- und Teileigentum auch für den Fall aus, daß der Ausübungsbereich ausschließlich oder auch ein zugeordnetes Sondernutzungsrecht betrifft (Amann, DNotZ 1990, 498, 499 f.; von Oefele, in: Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 1999, AT V, Rn. 302; sowie Staudinger/Ring, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1018 BGB Rn. 7). Sie weisen insbesondere darauf hin, daß die Entscheidung des BGH zwar zu impliziten Eigentümerbefugnissen ergangen sei, ihrer Begründung nach aber auch auf dem Eigentümer ausdrücklich kraft eines Sondernutzungsrechts zustehende Befugnisse übertragen werden könne. Der BGH unterscheide zutreffend danach, ob die Dienstbarkeit nur dem jeweiligen Wohnungs- oder Teileigentümer zustehende Befugnisse belaste; ob dann der Ausübungsbereich selbst im Gemeinschafts- oder Sondereigentum stehe, könne dann dahinstehen.

3. Im vorliegenden Fall wäre damit nach der neueren Auffassung auch das zum Teileigentum zugeordnete Sondernutzungsrecht von der Bestellung einer Dienstbarkeit am Teileigentum mitumfaßt – ebenso nach dem zitierten Beschluß des BayObLG, sofern man die dort stark auf die rechtlichen Besonderheiten des Wohnungsrechtes (§ 1093 Abs. 3 BGB) abstellende Begründung auch auf andere Dienstbarkeiten überträgt.

BGB §§ 1365, 181

Z u s t i m m u n g z u Gesamtvermögensgeschäft durch gesetzlichen Vertreter/Ausschluß von der gesetzlichen Vertretung gem. § 181 BGB

I. Sachverhalt

Ehemann A veräußert an den Dritten B ein Grundstück, welches im wesentlichen sein ganzes Vermögen darstellt. Bezüglich der Ehefrau von A ist Betreuung angeordnet, da diese nicht mehr geschäftsfähig ist. Zum Betreuer ist der Ehemann A bestellt. Die beantragte Ersetzung der Zustimmung des Ehegatten durch das Vormundschaftsgericht wurde von diesem abgelehnt mit der Begründung, A könne für seine Ehefrau die Zustimmung nach § 1365 BGB erteilen, so daß eine Verhinderung der Ehefrau nicht gegeben sei; denn hierbei handle es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, für das § 181 BGB nicht gelte, wenn die Zustimmung gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt werde.

II. Frage

Kann der Ehemann als Betreuer der Ehefrau bei einer Veräußerung seines Grundstücks für diese die erforderliche Zustimmung nach § 1365 BGB erteilen? Handelt es sich bei § 1365 Abs. 2 BGB insbesondere nicht um eine Sonderregelung, welche der Zustimmung durch einen Betreuer vorgeht? Kann außerdem nicht wegen Sinn und Zweck des § 1365 BGB, die künftige Zugewinnausgleichsforderung zu sichern, die Anwendbarkeit des § 181 BGB bejaht werden?

III. Rechtslage

1. Zur Frage der Höchstpersönlichkeit der Zustimmung: Nach § 1365 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, durch das sich ein Ehegatte zur Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichtet, bzw. ein Rechtsgeschäft, das der Erfüllung eines ohne Einwilligung des anderen Ehegatten vorgenommenen Verpflichtungsgeschäftes dient, einwilligungsbedürftig. Wird der Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des anderen Ehegatten geschlossen, ist dieser schwebend unwirksam und kann noch durch Genehmigung gem. § 1366 Abs. 1 BGB oder durch Ersetzung der Einwilligung gem. § 1365 Abs. 2 BGB Rechtswirksamkeit erlangen.

Die Einwilligung i. S. v. § 1365 Abs. 1 BGB ist als vorherige Zustimmung i. S. v. § 183 BGB anzusehen (vgl. nur Staudinger/Thiele, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1365 Rn. 69). Bei der Einwilligung handelt es sich (wie auch bei der Genehmigung) um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, für die grundsätzlich die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln gelten (Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 69; RGRK-Finke, BGB, 12. Aufl. 1984, § 1365 Rn. 31). Für die Wirksamkeit der Zustimmung des anderen Ehegatten ist damit auch dessen (unbeschränkte) Geschäftsfähigkeit erforderlich; ist der andere Ehegatte wie im vorliegenden Fall i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig, kann er daher dem Gesamtvermögensgeschäft seines Ehegatten nicht wirksam zustimmen.

Der Geschäftsunfähige kann im Rechtsverkehr grundsätzlich durch seinen gesetzlichen Vertreter, im Falle der Volljährigkeit des Geschäftsunfähigen folglich durch seinen Betreuer vertreten werden, soweit die Angelegenheit von dessen Aufgabenkreis gedeckt ist (vgl. § 1902 BGB). Eine (gesetzliche wie gewillkürte) Stellvertretung kommt dabei grundsätzlich in allen Bereichen rechtsgeschäftlichen Handelns in Betracht. Die Stellvertretung ist bei familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften zum Teil allerdings durch gesetzliche Vertretungsverbote ausgeschlossen (oder eingeschränkt), z. B. in Fällen, in denen die persönliche Abgabe einer Erklärung verlangt wird (vgl. §§ 1311, 1626c Abs. 1, 2064, 2274 BGB). Aus diesen Sonderbestimmungen darf grundsätzlich keine verallgemeinernde Folgerung auch für andere familien- und erb- rechtliche Rechtsgeschäfte hergeleitet werden (vgl. RGZ 63, 113, 114).

Dennoch wird zum Teil in der Literatur davon ausgegangen, daß sich ein Vertretungsverbot in Ausnahmefällen auch aus der "Natur des Rechtsgeschäfts" ergeben könne, dort wo das Rechtsgeschäft seinem Wesen nach Ausdruck der Persönlichkeit des Erklärenden sei und dessen eigene Entscheidung verlangt werde (RGRK-Steffen, BGB, 12. Aufl. 1982, vor § 164 Rn. 23; Staudinger/Schilken, BGB, 13. Aufl. 1995, Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. 41). Ein solchermaßen anzuerkennendes Vertretungsverbot kraft "Natur des Rechtsgeschäfts" wird von *Schilken* (a. a. O.) gerade (und nur) für die Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten nach den §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 1 und 1369 BGB angenommen. Angesichts der Zulässigkeit der Stellvertretung selbst bei Abschluß eines Ehevertrages (§ 1410 BGB erfordert nur die gleichzeitige, nicht die persönliche Anwesenheit der Ehegatten) ist u. E. aber **die Anerkennung eines Vertretungsverbots kraft "Natur des Rechtsgeschäfts" abzulehnen** (so auch Soergel/

Leptien, BGB, 12. Aufl. 1987, vor § 164 Rn. 93). Außerdem ist gerade im Bereich der §§ 1365 ff. BGB zu berücksichtigen, daß diese Erklärungen einen starken vermögensrechtlichen Bezug haben, so daß auch im Vergleich zu den sonstigen familienrechtlichen Rechtsgeschäften, bei denen eine Stellvertretung ausgeschlossen (oder eingeschränkt) ist, die Annahme der Höchstpersönlichkeit der Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten in der Sache selbst nicht angezeigt erscheint.

Nach unserer Einschätzung kann auch aus § 1365 Abs. 2 BGB nicht hergeleitet werden, daß die erforderliche Zustimmungserklärung nicht durch einen gesetzlichen Vertreter des Ehegatten abgegeben werden kann. Für den Fall, daß das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, sieht § 1365 Abs. 2 BGB vor, daß das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Ehegatten die Zustimmung des anderen ersetzen kann, wenn dieser sie ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert ist **und** mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Für den Fall, daß der andere Ehegatte (wie im vorliegenden Fall) durch **Krankheit** an der Abgabe der Erklärung gehindert ist, kann folglich nicht ohne weiteres dessen Zustimmung durch das Gericht ersetzt werden, sondern nur, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Für den Fall, daß die Zustimmung **nicht erteilt werden kann**, ist folglich die Ersetzungsmöglichkeit - anders als in dem Fall, daß der andere Ehegatte die Zustimmung nicht erteilen will -, lediglich als "Eilmaßnahme" konzipiert. § 1365 Abs. 2 BGB setzt damit weder eine dauernde Verhinderung des anderen Ehegatten voraus, noch sieht er für diesen Fall allgemein die Möglichkeit vor, die Zustimmung des anderen Ehegatten zu ersetzen.

Im Ergebnis ist daher u. E. davon auszugehen, daß die nach § 1365 Abs. 1 BGB erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten **keine höchstpersönliche Willenserklärung** darstellt, da weder § 1365 Abs. 1 BGB nach seinem Wortlaut die persönliche Abgabe der Zustimmungserklärung erfordert, noch die Ersetzungsmöglichkeit nach § 1365 Abs. 2 BGB als Ausschlußnorm für die gesetzliche Vertretung des zustimmungspflichtigen Ehegatten interpretiert werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der gesetzliche Vertreter der geschäftsunfähigen Ehefrau grundsätzlich für diese die nach § 1365 Abs. 1 BGB erforderliche Zustimmungserklärung abgeben könnte (so im Ergebnis auch RGRK-Finke, § 1365 Rn. 35; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 35 IV 1 Fn. 1; vgl. auch Palandt/Diederichsen, BGB, 58. Aufl. 1999, § 1365 Rn. 24).

2. Zum Ausschluß der Vertretungsmacht nach § 181 BGB:

Hält man die Vertretung des anderen Ehegatten für zulässig und berücksichtigt man, daß die Zustimmung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, für die die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln gelten (vgl. oben), dann kann der gesetzliche Vertreter auch ohne weiteres nach § 181 BGB (i. V. m. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 Abs. 2 BGB) im konkreten Fall von der Vertretung ausgeschlossen sein (so auch ausdrücklich Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O.).

§ 181 BGB umfaßt grundsätzlich alle Arten von Rechtsgeschäften, nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie Kündigung, Rücktritt, Bevollmächtigung, Anfechtung oder aber die Zustimmung (vgl. nur Palandt/Heinrichs, § 181 Rn. 6 m. w. N.). Wegen § 181 BGB könnte der Ehemann daher im vorliegenden Fall nicht als Betreuer der Ehefrau **sich gegenüber** die Zustimmung zur Veräußerung seines Grundbesitzes erteilen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, daß § 182 Abs. 1 BGB, der auch auf die Einwilligung nach § 1365 Abs. 1 BGB Anwendung findet (vgl. nur Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 69), vorsieht, daß die Einwilligung sowohl gegenüber dem Ehegatten als **auch gegenüber dem Vertragspartner** des Ehegatten erklärt werden kann. Für den Fall, daß der Ehemann gegenüber seinem Vertragspartner als gesetzlicher Vertreter der Ehefrau deren erforderliche Zustimmung erklären würde, ist nach Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur die **Anwendung des § 181 BGB äußerst umstritten**.

So geht die eine Auffassung davon aus, daß § 181 BGB **nicht** Anwendung findet, wenn der Vertreter einem von ihm im eigenen Namen abgeschlossenen zustimmungsbedürftigen Vertrag namens des Vertretenen zustimmt, sofern die Zustimmung gegenüber dem Vertragsgegner erklärt wird (RGZ 46, 89, 92; BGHZ 94, 132, 137 = NJW 1985, 2409; im Anschluß an die Rechtsprechung auch Palandt/Heinrichs, § 181 Rn. 8; Soergel/Leptien, § 181 Rn. 31; MünchKomm-Schwab, BGB, 3. Aufl., § 1795 Rn. 11). Diese Auffassung hält in diesem Zusammenhang allein für entscheidend, daß bei der Abgabe der Erklärung der Vertreter nicht wie von § 181 BGB gefordert auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts tätig wird.

Eine andere Auffassung (insbesondere in der Kommentarliteratur) geht davon aus, daß § 181 BGB nach der ratio legis auch dann eingreift, wenn die Erklärung dem Dritten gegenüber abgegeben wird, da letztlich das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst sachlich betroffen wird und es sich hierbei offensichtlich um eine Wahrnehmung gegenläufiger Interessen handelt (MünchKomm-Schramm, BGB, 3. Aufl. 1993, § 181 Rn. 24; in diese Richtung tendieren auch Erman/Brox, BGB, 9. Aufl., § 181 Rn. 17; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 41; Damrau/Zimmermann, *Betreuung und Vormundschaft*, 2. Aufl., § 1795 Rn. 12). *Schramm* (a. a. O., Rn. 10) sieht hierin einen Fall, in dem die aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes **grundsätzlich formal zu handhabende Vorschrift** des § 181 BGB in ihrem Anwendungsbereich zum Schutz des Vertretenen **nach generell abstrakt formulierbaren Kriterien ebenso erweitert werden** könne, wie beispielsweise in den Fällen, in denen der Vertreter für sich einen Vertreter oder für den Vertretenen einen Untervertreter bestellt, um ein Auftreten auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts zu vermeiden.

Für einseitige Willenserklärungen, die nicht wie im vorliegenden Fall wahlweise gegenüber zwei verschiedenen Privatpersonen, sondern wahlweise gegenüber einer Behörde oder einer Privatperson abgegeben werden können (z. B. § 875 BGB), hat im übrigen auch der BGH die Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Abgabe der Erklärung gegenüber der Behörde bejaht, da sachlich betroffener Erklärungsempfänger hier nur die Privatperson nicht aber die Behörde sei (vgl. BGH DNotZ

1981, 22 f.).

Leptien (in: Soergel, § 181 Rn. 31) sieht hierin den entscheidenden Unterschied zu den Wahlerklärungen gegenüber verschiedenen Privatpersonen wie im vorliegenden Fall, da dann, wenn die Erklärung gegenüber dem Vertragspartner, nicht aber dem Vertreter selbst abgegeben werde, der gewählte Adressat auch **materiell betroffener** Erklärungsempfänger sei, was gegen den Ausschluß nach § 181 BGB spreche.

Andererseits wird in der Literatur aber beispielsweise für den Fall, daß der Vorerbe als gesetzlicher Vertreter des bzw. der Nacherben für eine nach § 2113 BGB zustimmungsbedürftige Verfügung die Zustimmung erteilen will, überwiegend davon ausgegangen, daß § 181 BGB die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht nur sich selbst gegenüber, sondern auch gegenüber dem Vertragspartner hindere (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3485 m. w. N.; MünchKomm-Grunsky, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2113 Rn. 15; Staudinger/Behrends/Avenarius, BGB, 13. Aufl., § 2113 Rn. 19). Das BayObLG (NJW-RR 1995, 1032, 1033 = DNotZ 1996, 50) hat in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit bei Zustimmung gegenüber dem Vertragspartner § 181 BGB eingreift oder nicht, für den von ihm zu entscheidenden Sachverhalt offengelassen.

Zusammenfassend betrachtet kann nach Durchsicht der Rechtsprechung und Literatur u. E. davon ausgegangen werden, daß die wohl herrschende Auffassung § 181 BGB für die hier vorliegende Problematik eher **formal handhaben** würde und einen Ausschluß von der Vertretung bei Erklärung der Zustimmung gegenüber den Vertragspartnern ablehnen würde. Nach unserer Einschätzung sprechen allerdings die besseren Argumente für eine (entsprechende) Anwendung des § 181 BGB, zumal hier ein Fall offensichtlicher Interessenskollision vorliegt und die Fälle der Wahlerklärung nach § 182 BGB eine generell zu fassende Gruppe sind, die eine vorsichtige Erweiterung des § 181 BGB rechtfertigen würde, zumal die Interessenskollision in diesen Fällen auch dem Vertragspartner selbst offensichtlich ist (so daß Verkehrsschutzgesichtspunkte zurückstehen können). Inwieweit sich aber die Rechtsprechung bzw. restliche Kommentarliteratur in der Zukunft dieser derzeit noch eher als Mindermeinung anzusehenden Auffassung anschließen wird, läßt sich derzeit schwer vorhersehen; eine verbindliche Entscheidung über die Frage, ob im vorliegenden Fall § 181 BGB eingreift, muß daher der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.

Nach unserer Einschätzung kann vom derzeitigen Standpunkt aus aber nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, daß sich die Rechtsprechung zukünftig eher der oben dargelegten vermittelnden Auffassung, die an einer formalen Interpretation des § 181 BGB im Grundsatz festhält, in den Fällen der offensichtlichen Interessenskollision bzw. des offensichtlichen Fehlens einer Interessenskollision aber für bestimmte Fallgruppen Ausnahmen zuläßt, anschließen wird. Dieses Risiko kann am besten dadurch vermieden werden, daß beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB beantragt wird, der in jedem Fall (auch wenn ein Vertretungsverbot nicht bestanden haben sollte) wirksam für die Ehefrau die Zustimmung erteilen (oder aber verweigern) kann.

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2/1997). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2
“Abgeleitete” Vormerkung und Fälligkeit nach der MaBV
Fax-Abruf-Nr.: **11074**

VerbrKrG § 9
Bauträgervertrag und Kreditvertrag als verbundenes Geschäft
Fax-Abruf-Nr.: **11075**

BGB § 1365
Umgehung des Zustimmungserfordernisses des Ehegatten durch Aufspaltung von Verträgen
Fax-Abruf-Nr.: **11076**

BGB § 1896 Abs. 2
Patientenverfügung; Unwirksamkeit wegen Zeitablaufs
Fax-Abruf-Nr.: **1228**

GmbHG §§ 3, 35, 46, 47
Sonderrechte eines GmbH-Gesellschafters; Geschäftsführerbestellung; Mehrstimmrechte
Fax-Abruf-Nr.: **1355**

AO §§ 172, 173, 227; GrEStG § 3 Nr. 6, 18, 20
Aufhebung eines Grunderwerbsteuerbescheides; Notar als Bevollmächtigter des Steuerpflichtigen
Fax-Abruf-Nr.: **1356**

Rechtsprechung

BGB § 1115
Auszahlungszeitpunkt als Zinsbeginn

Soll bei einer verzinslichen Sicherungshypothek der Tag der Auszahlung des Darlehens der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung sein, so liegt jedenfalls dann eine ausreichende Bestimmbarkeit vor, wenn dieser Tag kalendermäßig festgelegt ist. Er bestimmt dann den höchstmöglichen Umfang der gesicherten Zinsforderung, deren vom Zeitpunkt einer etwaigen späteren Auszahlung abhängiger tatsächlicher Umfang objektiv feststellbar ist (Fortführung von BayObLGZ 1995, 271).

BayObLG, Beschl. v. 15.7.1999 – 2Z BR 96/99
Kz.: L I 1 - § 1115 BGB
Fax-Abruf-Nr. **853**

Problem

Bei einer Hypothek zur Sicherung einer verzinslichen Forderung gehört zum Inhalt des einzutragenden dinglichen Rechts außer dem Zinssatz auch der Zeitpunkt des Beginns der Verzinsung. Während der Zinssatz gemäß § 1115 Abs. 1 BGB im Eintragungsvermerk selbst angegeben werden muß, kann im übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874 BGB). Der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung muß gleichwohl bestimmt oder noch bestimmbar sein. Das BayObLG hatte deshalb die Angabe, die Geldsumme sei ab dem Tag der Auszahlung des Darlehens zu verzinsen, für nicht ausreichend bestimmt gehalten (BayObLGZ 1995, 271 = DNotZ 1996, 96).

Entscheidung

Im vorliegenden Fall genügte dem BayObLG hingegen der Auszahlungstag als Zinsbeginn. Denn hier war der **Auszahlungstag in der Eintragungsbewilligung kalendermäßig festgelegt**. Damit war der frühestmögliche Zeitpunkt des Zinsbeginns und damit auch der höchstmögliche dinglich gesicherte Zinsbetrag bestimmt. Nach der Rechtsprechung genügt aber, daß die höchstmögliche Belastung aus der Eintragung selbst (oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung) für jeden Dritten ohne weiteres erkennbar ist. Für den Umfang der tatsächlichen Belastung genügt bloße Bestimmbarkeit aufgrund feststellbarer objektiver Umstände (BGHZ 35, 22).

BeurkG §§ 4, 51; BNotO § 14 Abs. 2; BGB § 313
Keine Ausfertigung bei formnichtiger Urkunde

Der Notar muß nach § 14 Abs. 2 BNotO die Erteilung von Ausfertigungen verweigern, wenn ihm nach der Beurkundung Ablehnungsgründe erkennbar werden, aufgrund derer er die Beurkundung nach § 4 BeurkG hätte ablehnen müssen (Leitsatz des Bearbeiters).

OLG Jena, Beschl. v. 4.11.1998 – 6 W 677/98
Kz.: L III 2 - § 51 BeurkG
Fax-Abruf-Nr.: **854**

Problem

Nach Beurkundung eines Kaufvertrages erstattete eine der Vertragsparteien Selbstanzeige gegenüber dem Finanzamt und erklärte, die Beteiligten hätten einen höheren Kaufpreis vereinbart und lediglich aus Kostengründen in die Urkunde einen geringeren Kaufpreis angegeben. Der Urkundsnotar weigert sich daraufhin, auf Antrag der anderen Kaufvertragspartei eine Ausfertigung des Grundstückskaufvertrages zu erteilen.

Entscheidung

Das Thüringer OLG ging zunächst von dem Grundsatz aus, daß der Notar die Erteilung einer Ausfertigung nach § 51 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich nicht von einer inhaltlichen Prüfung der Urkunde abhängig machen dürfe. Eine Ausnahme gelte indessen für den Fall, daß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes so offensichtlich sei, daß der Notar die Beurkundung nach § 4 BeurkG hätte ablehnen müssen; dann müsse er nach § 14 Abs. 2 BNotO auch die Erteilung der Ausfertigung verweigern (unter Berufung auf KGJ 38 A 8; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 51 BeurkG Rn. 6; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B BeurkG, 13. Aufl. 1997, § 51 BeurkG Rn. 7). Dies gelte auch und gerade dann,

wenn dem Notar Ablehnungsgründe im Sinn des § 4 BeurkG erst erkennbar werden, nachdem er die Beurkundung durchgeführt hat.

Von der Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts nach § 313 S. 1 BGB ist die mitbeurkundete **Auflassung** zwar nicht umfaßt. Doch könne der Notar auch diesbezüglich die Erteilung einer Ausfertigung verweigern. Ein schützenswertes Interesse des Antragstellers, durch die Grundbucheintragung die Heilung des Kaufvertrages nach § 313 S. 2 BGB herbeizuführen, sei nicht ersichtlich.

HGB §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1, 24 Fortführung eines unzutreffenden Rechtsformzusatzes bei Nachfolgezusatz

Im Falle der Firmenfortführung nach § 24 HGB durch eine Einzelkauffrau muß ein nicht mehr zutreffender Rechtsformzusatz (hier "OHG") nicht gestrichen werden, wenn die nunmehr gegebene Rechtsform durch einen Nachfolgezusatz mit der nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB erforderlichen Bezeichnung (etwa "e. K.") eindeutig festgelegt wird.

OLG Hamm, Beschl. v. 8.7.1999 – 15 W 102/99
Kz.: L IV 1 - § 19 Abs. 1 HGB
Fax-Abruf-Nr.: **855**

Problem

Eine OHG wurde nach dem Versterben eines Gesellschafters von der anderen Gesellschafterin als Einzelkaufmann fortgeführt. Sie wollte unter der bisherigen Firma mit dem Zusatz "Inhaber N. D." firmieren. Das Handelsregister hielt dies für unzulässig, da die Firma dann zwei Rechtsformzusätze enthielte und damit eine Täuschung des Rechtsverkehrs nach § 18 Abs. 2 HGB vorliege.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des OLG Hamm erfordert eine Firmenfortführung nach § 24 HGB nicht die Streichung eines in der fortgeführten Firma enthaltenen anderweitigen Rechtsformzusatzes. Jedoch müsse auch im Fall der Firmenfortführung die Firma nach dem Grundgedanken des § 19 HGB die tatsächliche Rechtsform eindeutig erkennen lassen. Dafür genüge es aber, wenn die **bisherige unveränderte Firma durch einen Nachfolgezusatz ergänzt** werde, der die nunmehr gegebene Rechtsform eindeutig offenlege. Das OLG Hamm kann sich dabei auf das bisherige, bis zum Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes maßgebliche Firmenrecht berufen (BGH NJW 1985, 736; BayObLG DB 1978, 1270 – ebenso die ganz überwiegende Literatur).

BGB § 1018; BauONW 1995 § 83 Verhältnis von Grunddienstbarkeit und Baulast

Bestand bei Bestellung einer Grunddienstbarkeit bereits Anlaß, auch eine Baulast zu erwägen, so steht das allein noch nicht der Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks entgegen, die

Baulast später zu bewilligen.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.4.1999 – 9 U 147/98
Kz.: L I 1 - § 1018 BGB
Fax-Abruf-Nr. **856**

Problem

Beim Verkauf eines Grundstücks bestellte die Verkäuferin zugunsten des verkauften Grundstücks an dem ebenfalls ihr gehörenden Nachbargrundstück eine Dienstbarkeit (Wegerecht sowie Leitungsrecht). Später veräußerte sie auch das belastete Grundstück. Als der Erwerber des begünstigten Grundstücks dieses bebauen wollte, verlangte die Baubehörde auch die Eintragung einer Baulast am mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstück.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf stellte zunächst fest, daß sich der Anspruch auf die Bestellung der Baulast nicht aus dem Vertrag mit der ursprünglichen Verkäuferin ergeben könne (vgl. hierzu BGH DNotI-Report 14/1994, S. 5), da der Erwerber des belasteten Grundstücks dessen schuldrechtliche Pflichten nicht übernommen habe. Nach der Rechtsprechung des BGH könne sich aber aus dem durch die Grunddienstbarkeit begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis (vgl. Amann, DNotZ 1989, 531) eine Verpflichtung zur Bestellung einer Baulast ergeben. Dies sei dann der Fall, wenn (1) die Grunddienstbarkeit bestellt wurde, um das begünstigte Grundstück baulich zu nutzen, (2) die Baulast zwingende Voraussetzung für die Bebauung ist und eine Befreiung vom Baulastzwang nicht in Betracht kommt, (3) bei Bestellung kein Anlaß bestand, die Baulastübernahme zu erwägen und (4) Inhalt und Umfang der geforderten Baulast der Dienstbarkeit entsprechen (BGH DNotZ 1989, 665 = NJW 1989, 1608; BGH DNotZ 1991, 250; BGH DNotZ 1993, 57 = NJW 1992, 2885 = WM 192, 1784).

Dabei hatte der BGH offengelassen, wie zu entscheiden sei, wenn zum Zeitpunkt der Grunddienstbarkeitsbestellung bereits eine Baulast erforderlich gewesen wäre. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist dieses Kriterium aber nicht dahin gehend zu verstehen, daß eine Baulastübernahme immer dann ausscheide, wenn gleichzeitig mit der Grundschuldbestellung auch die Übernahme der Baulast hätte bedacht werden können. Vielmehr sei darauf abzustellen, aus welchen Gründen die Baulastübernahme unterblieben sei, insbesondere ob die Parteien bewußt von der Baulastübernahme abgesehen hätten. Dies sei hier nicht der Fall; es sei vielmehr davon auszugehen, daß die Baulastübernahme entweder aus Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmung oder aus Versehen nicht mit in den Vertrag aufgenommen worden sei.

Darüber hinaus sah das Gericht in der Übernahme der Baulast keine praktisch spürbaren Nachteile für den Eigentümer des bereits mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks. Der einzige Nachteil liege darin, daß eine Aufhebung der Baulast nur mit Zustimmung der Verwaltungsbehörde möglich sei. Dies sei aber im Regelfall nicht praktisch relevant, da der Eigentümer des berechtigten Grundstücks normalerweise nicht auf die Grunddienstbarkeit verzichten werde, solange er ein Bedürfnis für die Inanspruchnahme habe.

GBO §§ 22, 29; GG Art. 103 Abs. 1
Rechtliches Gehör für Vormerkungsberechtigten bei Löschung ohne Löschungsbewilligung

1. Vor der lastenfreien Abschreibung eines von der Auflassungsvormerkung nicht betroffenen Grundstücksteils ohne Bewilligung des Vormerkungsberechtigten ist diesem rechtliches Gehör zu gewähren.

2. Der Nachweis, daß die abzuschreibende Grundstücksteilfläche von der Auflassungsvormerkung nicht betroffen ist, kann durch eine mit Unterschrift und Dienstsiegel versehene Bescheinigung des Vermessungsamts geführt werden.

BayObLG, Beschl. v. 17.6.1999 – 2Z BR 64/99
Kz.: L II 3 - § 29 GBO
Fax-Abwurf-Nr.: 857

Problem

Der Entscheidung zugrunde lag ein Standardfall aus der notariellen Praxis. Nach einem Teilflächenverkauf erfolgte eine Vermessung. Nach Grundbucheintragung der Vermessung sollte die Vormerkung auf den nicht betroffenen Teilgrundstücken ohne Löschungsbewilligung gelöscht werden. Das Grundbuchamt meinte, aufgrund der vorgelegten Lageskizzen nicht mit der erforderlichen zweifelsfreien Sicherheit feststellen zu können, ob sich die beiden verkauften Teilflächen nach dem Ergebnis der Vermessung überschneiden.

Entscheidung

Das BayObLG entschied zunächst, daß durch den mit Unterschrift und Dienstsiegel des Vermessungsamtes versehenen Veränderungsnachweis und die darin enthaltene Bemerkung, die neuen Flurstücke entsprächen den Teilflächen gemäß der Lageskizze im Kaufvertrag und berührten und überschritten nicht die mit dem zweiten Kaufvertrag verkaufte Teilfläche, dem Grundbuchamt gegenüber der Nachweis erbracht sei.

Für die Praxis von Belang ist insbesondere auch der erste Leitsatz der Entscheidung. Danach hat das Grundbuchamt dem Vormerkungsberechtigten auch dann **rechtliches Gehör** zu gewähren, wenn der **Unrichtigkeitsnachweis** erbracht wurde. Dies entspricht der Rechtsprechung etwa zur Anhörung des Nacherben bei einer Löschung des Nacherbenvermerks im Wege des Unrichtigkeitsnachweises nach einer entgeltlichen Verfügung des befreiten Vorerben (vgl. BayObLGZ 1994, 177, 179 = MittBayNot 1994, 447 = Rpfleger 1995, 105; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 666 = Rpfleger 1998, 156). Zur Verfahrensbeschleunigung empfiehlt sich daher, auch in diesen Fällen eine Löschungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten vorzusehen (für die der Notar eine Identitätsbescheinigung durch Eigenurkunde erstellen kann).

Aktuelles

Grunderwerbsteuer für durchschnittliches Einfamilienhaus

Mittlerweile liegt ein koordinierter Ländererlaß vom 10.9.1999 (BSStBl. I 1999, 834) vor, wonach die Ländererlasse vom 6.3.1998 und vom 1.7.1998 (vgl. DNotI-Report 1998, 167) mit sofortiger Wirkung aufgehoben werden. Grunderwerbsteuerbescheide, die den Erwerb eines durchschnittlichen Familieneigenheims betreffen, werden deshalb künftig nicht mehr vorläufig festgesetzt.

Literaturhinweise

Geyrhalter/Haß, Der EURO in der Wirtschaftspraxis, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999, Schriften des Betriebs-Beraters, Band 105, 134 Seiten, DM 42,—

Das vorliegende Werk ist ein weiteres von inzwischen schon zahlreich erschienenen **„Praktikerhandbüchern“** zur Euroeinführung. Einen Schwerpunkt bilden die vertraglichen Beziehungen des Unternehmens (Vertragsbeziehungen mit Lieferanten und anderen Leistungsbringern, Vertragsbeziehungen mit Kunden, Finanzierungsinstrumente, arbeitsvertragliche Entgeltabrechnung). Der zweite Teil setzt sich mit der gesellschaftsrechtlichen Umsetzung der Überleitung auf den Euro auseinander (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Personenhandelsgesellschaften). Alle Fragen werden durch zahlreiche weiterführende Literaturhinweise ergänzt. Die Publikation richtet sich ausweislich des Vorwortes insbesondere an **Rechtsabteilungen und Rechtsanwälte**. Daher fallen die notarspezifischen Problemerkörterungen, wie z. B. die Eintragung und Umschreibung von Grundpfandrechten, teilweise recht kurz aus oder fehlen sogar ganz, wie z. B. das gesamte Umwandlungsrecht oder die Führung von Anderkonten und des Verwahrungsbuches.

Dipl. Kfm. Dr. iur Andreas Heidinger

Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 5. Aufl. 1998, DM 238,—

Immobilienleasing gehört sicherlich nicht zu den Standardbeurkundungen im Notariat. Doch wirft die Gestaltung eines Immobilienleasingvertrages vielfältige immobilienrechtliche und steuerrechtliche Fragen auf. Auf diese wird man im **Standardwerk** von Westphalens eine sachkundige Antwort finden. Das Werk behandelt alle Formen des Leasing; von daher macht der speziell dem Immobilienleasing gewidmete Teil nur knapp 50 der insgesamt gut 800 Seiten aus. Doch dient er damit als knapper Einstieg und Verweis auf die im allgemeinen Teil behandelten Fragen. Auch konzentriert sich dieser Teil auf die dem Notar weniger vertrauten steuerrechtlichen Fragen, die der Notar in Grundzügen verstehen sollte, auch wenn er selbst nur mit der immobilienrechtlichen Gestaltung befaßt ist und die steuerliche Beratung anderweitig erfolgt.

Notar a. D. Christian Hertel

W. Böhringer, Sicherung von Rechtspositionen durch Widerspruchseintragungen in ostdeutschen Grundbüchern, VIZ 1999, 569

W. Böhringer, Wegfall liegenschaftsrechtlicher Besonderheiten in den neuen Ländern zur Jahrtausendwende, Rpfleger 1999, 425

A. Evers, Die neueste BGH-Rechtsprechung zur Verkäuferhaftung für unrichtige Angaben über finanzielle Belastungen beim Immobilienerwerb, DStR 1999, 421

R. Halaczinsky, Grunderwerbsteuer: Aktuelle Rechtsentwicklung durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, ZNotP 1999, 380

R. Maletz, Aufhebung einer Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung und Auswirkungen auf übliche Kaufverträge, VIZ 1999, 576

N. Plate, Die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft im Ehevertrag von Unternehmern, MittRhNotK 1999, 257

M. Quaas: Erschließungskosten in der Bauland- und Projektentwicklung, BauR 1999, 1113

R. Süß, Die Wahl deutschen Güterrechts für inländische Grundstücke, ZNotP 1999, 385

T. Wachter, Ausländer als GmbH-Gesellschafter und - Geschäftsführer, ZIP 1999, 1577

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,- 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

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