

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11. Jahrgang  
März 2003  
ISSN 1434-3460

5/2003

*Mit Jahresregister 2001/2002*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1896 Abs. 3 – Voraussetzungen für die Bestellung eines sog. Vollmachtsüberwachungsbetreuers

FlurbG §§ 61, 68, 79; BGB §§ 892, 894, 925 – Kein Eigentumserwerb des Buchberechtigten durch Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplanes

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BGB § 139 – Salvatorische Klausel regelt nur Beweislast

BGB §§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, 307 Abs. 1 Satz 1; AGBG §§ 1 Abs. 2, 9 Abs. 1; ZPO § 138 – Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Wahlmöglichkeit der anderen Vertragspartei zwischen mehreren Alternativen

BNotO §§ 14 Abs. 2, 19; BeurkG § 17 – Belehrungspflicht des Notars über Unwirksamkeit eines vermeintlichen Vorkaufsrechtes

BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1, 24; BGB § 463 n. F. – Abgrenzung zwischen (haftungsrechtlich privilegierter) Urkundstätigkeit und selbständiger Betreuung bei Information des Vorkaufsberechtigten durch den Notar

BauGB § 11 Abs. 2; AGBG § 9 (= BGB n.F. § 307) – Einheimischenmodell: Aufzahlungsklausel bei Weiterveräußerung innerhalb von 10 Jahren zulässig

GmbHG § 8 Abs. 2 – Versicherung des Geschäftsführers bei der Gründung einer GmbH; Zeitpunkt der Richtigkeit

#### Aktuelles

PreisG § 2; PrKV §§ 1 ff.; BGB § 1105 – Änderung des Verbraucherpreisindex: Berechnungsprogramm des Statistischen Bundesamtes

Steuervergünstigungsabbaugesetz: Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (BT-Drucks. 15/480 vom 19.2.2003)

Haager Legalisationsabkommen: Monaco, St. Lucia, Dominikanische Republik und Andorra

#### Literatur

## Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer

Die Bundesnotarkammer wird ein elektronisches Register notarieller Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen erstellen. In das Register können Angaben zur Art der Verfügung, Vollmachtgeber, Bevollmächtigten und Urkundsnummer eingestellt werden. Das Register kann künftig von allen Vormundschaftsgerichten über Internet eingesehen werden (nur gesicherte Abfrage mit Passwort). Sowohl Erfassung wie Auskunft sind zunächst kostenfrei.

Ab sofort können der Bundesnotarkammer per Fax bereits Daten von Vorsorgeurkunden übermittelt werden (sofern das Einverständnis der Beteiligten vorliegt, das am einfachsten bereits im Rahmen der Beurkundung eingeholt wird). Faxformular für die Meldung (Fax-Abruf-Nr.: **5031**) sowie nähere Informationen enthält das BNotK-Rundschreiben 10/2003 (im Internet unter: [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de) oder beim DNotI unter Fax-Abruf-Nummer **5032**).

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 1896 Abs. 3

### Voraussetzungen für die Bestellung eines sog. Vollmachtsüberwachungsbetreuers

#### I. Sachverhalt

In einer notariell beurkundeten umfassenden Altersvorsorgevollmacht mit Betreuungsverfügung wurde ein Bevollmächtigter benannt. Das Vormundschaftsgericht erfährt von

der Betreuungsbedürftigkeit. Es ernennt trotz der Vollmacht einen sog. **Vollmachtsüberwachungsbetreuer**. Dieser bleibt für die ganze Zeit der Betreuung tätig – mit entsprechender Gebührenfolge. Sollten Meinungsverschiedenheiten auftreten, kann der Betreuer die Vollmacht widerrufen. Diese ist dann für immer beseitigt. Der Weg wäre frei für eine Fremdbetreuung.

Manchmal wird ein Widerruf allein damit begründet, dass der Vollmachtgeber die Vollmacht bereits vor Jahren erteilt und nicht alljährlich durch eine neue Urkunde bestätigt ha-

be. Der Vollmachtgeber habe sich im Falle der Nichtbestätigung der Vollmacht innerlich von der Vollmacht gelöst.

## II. Frage

Kann das Vormundschaftsgericht bei Vorsorgevollmachten routinemäßig einen gesonderten Betreuer zur Vollmächtsüberwachung einsetzen?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Möglichkeit der Betreuung nur zur Vollmächtsüberwachung

§ 1896 Abs. 3 BGB sieht vor, dass als Aufgabenkreis eines Betreuers auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden kann. Der Aufgabenkreis eines solchen Kontrollbetreuers, Vollmächtsbetreuers bzw. **Vollmächtsüberwachungsbetreuers** besteht folglich in der Geltendmachung etwaiger Ansprüche des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten. Dabei geht § 1896 Abs. 3 BGB von der Situation aus, dass der Betroffene einen Bevollmächtigten bestellt hat, ihn aber nicht mehr überwachen kann, so dass die Bestellung eines Betreuers mit dem speziellen Aufgabenkreis des § 1896 Abs. 3 BGB erforderlich werden kann.

Die Befugnisse des Vollmächtsüberwachungsbetreuers ergeben sich **aus dem der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis**, das in der Regel ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis sein wird. Dann stehen dem Vollmächtsüberwachungsbetreuer alle Kontrollrechte des Vollmachtgebers zu, so z. B. auf Auskunft gem. § 666 BGB, auf Einsicht in die Belege gem. § 667 BGB oder hinsichtlich der Entscheidung über die Abweichung von Weisungen gem. § 665 BGB.

**Umstritten** ist allerdings, ob der Vollmächtsüberwachungsbetreuer auch ohne weiteres die Vollmacht selbst **widerrufen** und das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (z. B. Auftrag) kündigen kann (so Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1896 Rn. 92 unter Berufung auf BayObLG FamRZ 1994, 1550) oder ob im Hinblick auf die **Endgültigkeit des Widerrufs** (der Vollmächtsbetreuer kann keine Ersatzperson bevollmächtigen) und den Subsidiaritätsgrundsatz des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB der **Widerruf nur aus wichtigem Grund** zulässig ist (so Müller, in: Bamberger/Roth, BGB, 2002, § 1896 BGB Rn. 28; Volmer, ZfIR 1999, 891, 892; vgl. auch BayObLG FamRZ 1994, 1550: „äußerstenfalls“ Recht zum Widerruf der Vollmacht).

### 2. Voraussetzungen einer Vollmächtsüberwachungsbetreuung

Das Hauptproblem des § 1896 Abs. 3 BGB besteht darin, dass dieser zwar die Möglichkeit vorsieht, einen sog. Vollmächtsüberwachungsbetreuer zu bestellen, aber nicht näher regelt, **unter welchen Voraussetzungen** die Bestellung eines solchen Vollmächtsüberwachungsbetreuers in Betracht kommt bzw. – mit anderen Worten – **erforderlich** ist. Demgemäß ist in Rechtsprechung und Literatur auch z. T. umstritten, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Gericht einen Vollmächtsüberwachungsbetreuer bestellen kann.

a) Unumstritten ist im Grundsatz, dass die Bestellung eines Vollmächtsüberwachungsbetreuers voraussetzt, dass die **Vollmacht wirksam erteilt ist und nicht wieder erloschen** ist (vgl. BayObLGZ 1993, 236 = FamRZ 1993, 1249; LG München I FamRZ 1998, 923; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1896 BGB Rn. 91; MünchKomm-

Schwab, BGB, 4. Aufl., § 1896 BGB Rn. 231; Palandt/Diederichsen, BGB, 62. Aufl. 2003, § 1896 BGB Rn. 21; Erman/Holzhauser, BGB, 10. Aufl., § 1896 BGB Rn. 46; Müller, in: Bamberger/Roth, § 1896 BGB Rn. 27; vgl. dazu nochmals unter 3).

b) Da der Aufgabenkreis des Vollmächtsüberwachungsbetreuers sich auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bezieht, wird des weiteren überwiegend verlangt, dass der **Vollmachtgeber den Bevollmächtigten nicht (mehr) hinreichend überwachen kann**, und zwar aufgrund des medizinischen Befundes i.S.v. § 1896 Abs. 1 BGB (vgl. LG Augsburg BtPrax 1994, 176, 177; BayObLG FamRZ 1994, 1550; LG München I FamRZ 1998, 923; Müller, in: Bamberger/Roth, § 1896 BGB Rn. 27). Das Unvermögen des Betroffenen, seinen Bevollmächtigten zu überwachen, muss folglich auf den Betreuungsgründen i. S. d. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB beruhen (vgl. LG München I FamRZ 1998, 700; MünchKomm-Schwab, § 1896 BGB Rn. 232). Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Betroffene seinen Kontrollanspruch aus § 666 BGB wegen seiner psychischen Erkrankung nicht mehr selbst wahrnehmen kann (vgl. BayObLG FamRZ 1999, 1302; ähnl. Soergel/Zimmermann, § 1896 BGB Rn. 91). Dabei wird sich die Unfähigkeit zur Überwachung des Bevollmächtigten regelmäßig darin zeigen, dass der **Vollmachtgeber (nachträglich) geschäftsunfähig** i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB geworden ist.

c) Nach Auffassung der amtlichen Begründung ist weitere Voraussetzung für die Bestellung des Vollmächtsüberwachungsbetreuers, dass eine derartige Kontrolle des Bevollmächtigten auch **konkret erforderlich** ist, etwa weil Umfang und Schwierigkeit der zu besorgenden Geschäfte oder ein vorangegangenes Verhalten des Bevollmächtigten dessen Überwachung angezeigt erscheinen lassen (BT-Drucks. 11/4528, S. 59, 123). Ein konkreter Verdacht des Missbrauchs bzw. Fehlgebrauchs der Vollmacht muss folglich nicht vorliegen, in jedem Falle aber zumindest ein **konkreter Überwachungsbedarf**, beispielsweise wegen des Umfangs und der Schwierigkeit der Verwaltung bzw. der Veräußerung von Grundbesitz des Vollmachtgebers (vgl. LG München I FamRZ 1998, 700; BayObLG FamRZ 1999, 1302). Auch bei einer **umfassenden Vollmacht** (Generalvollmacht) ist damit **nicht ohne weiteres die Anordnung einer Vollmächtsüberwachungsbetreuung erforderlich** (vgl. auch LG Augsburg BtPrax 1994, 176, 177; LG München I FamRZ 1998, 700; OLG Köln OLG-Report 2000, 91, 92), auch nicht ohne weiteres bei einer **Befreiung des Bevollmächtigten vom Selbstkontrahierungsverbot** oder wenn sich die Vollmacht **auch auf Angelegenheiten des § 1904 oder des § 1906 BGB erstreckt** (Müller, in: Bamberger/Roth, § 1896 BGB Rn. 27; ähnl. MünchKomm-Schwab, § 1896 BGB Rn. 234 f.).

Dies wird in Rechtsprechung bzw. Literatur jedoch z. T. anders gesehen, indem beispielsweise in den Fällen der Vollmächtserteilung betreffend Angelegenheiten des § 1904 bzw. § 1906 BGB (**ärztliche Maßnahmen** bzw. Unterbringung des Vollmachtgebers) die Bestellung eines Vollmächtsüberwachungsbetreuers für angezeigt gehalten wird (vgl. nur Staudinger/Bienwald, BGB, 13. Bearb. 1999, § 1904 BGB Rn. 84), obwohl dort ohnehin eine gerichtliche Kontrolle des Bevollmächtigten bei entsprechenden Entscheidungen erfolgt. Diese ausufernde Bestellung von Vollmächtsüberwachungsbetreuern widerspricht u. E. dem Zweck des Gesetzes sowie dem mit der gesetzlichen Rege-

lung verfolgten Ziel der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen durch Anerkennung von Eigenvorsorgemaßnahmen, wie sie die Vorsorgevollmacht darstellt.

In der amtlichen Begründung zu § 1896 Abs. 3 BGB heißt es: „Für die Bestellung eines Betreuers nach § 1896 Abs. 3 entfaltet der Erforderlichkeitsgrundsatz in zweierlei Hinsicht eine besondere Bedeutung. Zunächst darf der Aufgabenkreis des Betreuers nicht über den in § 1896 Abs. 3 vorgesehenen Rahmen ausgedehnt werden, es sei denn, dass dies erforderlich ist. (...) **Aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz ergibt sich aber auch, dass ein Betreuer nicht schon deshalb bestellt werden muss, weil der Betroffene seinen Bevollmächtigten nicht mehr hinreichend überwachen kann. Eine Betreuerbestellung ist vielmehr erst dann erforderlich, wenn auch eine solche Überwachung erforderlich ist.** Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der zu besorgenden Geschäfte oder ein vorangegangenes Verhalten des Bevollmächtigten eine Überwachung angezeigt erscheinen lassen.“ (BT-Drucksache 11/4528, S. 123).

Auch *Schwab* (in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 234) wendet sich dezidiert gegen die Auffassung, der **Eintritt der Geschäftsunfähigkeit** begründe regelmäßig auch den Bedarf für einen Kontrollbetreuer: „Dem steht indes bei Vorsorgevollmachten der Umstand entgegen, dass der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten gerade auch für diesen Fall Vertrauen schenken will; die Vorsorgevollmacht hat gerade den Sinn, staatliche Intervention auch für den Fall zu vermeiden und sich in gewisser Weise in die Hand des Bevollmächtigten zu begeben. **Das muss so lange respektiert werden, als keine konkreten Anzeichen dafür vorhanden sind, dass der Bevollmächtigte von seinen Befugnissen einen Gebrauch macht, der dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen oder seinem nach § 1901 Abs. 1, 2 begriffenen Wohl zuwider läuft.** Erst konkrete Indizien für einen solchen Fehlgebrauch der Vollmacht und der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Positionen rechtfertigt die Einleitung eines Betreuungsverfahrens, in dessen Rahmen die Tätigkeit des Bevollmächtigten auf die Notwendigkeit eines Kontrollbetreuers hin zu überprüfen ist.“

Nach Auffassung von *Schwab* (§ 1896 BGB Rn. 235) verstößt – sogar über die Motive hinausgehend – allein der Gedanke, schon der Umfang oder die Schwierigkeit der Geschäfte könnten die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung nach § 1896 Abs. 2 BGB begründen, gegen das Erforderlichkeitsprinzip: „Namentlich bei der Vorsorgevollmacht ist wiederum zu beachten, dass der Vollmachtgeber Ausmaß und Grenzen seines Vertrauens in den Bevollmächtigten selbst festgelegt hat. **Der Bedarf für eine Kontrollbetreuung kann also nicht allein aus der Schwierigkeit der Geschäfte hergeleitet werden,** sondern muss sich aus konkreten Anzeichen daraus begründen, dass der Bevollmächtigte wegen der von ihm nicht erfüllbaren fachlichen Anforderungen der Aufgabe nicht gewachsen ist.“

Abschließend bleibt noch anzumerken, dass ein Überwachungsbetreuer nach § 1896 Abs. 3 BGB selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dann nicht bestellt werden darf, wenn der **Überwachungsbedarf anderweitig gedeckt** ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn **zwei Personen bevollmächtigt** wurden, die sich gegenseitig kontrollieren oder ein spezieller Überwachungsbevollmächtigter bestellt wurde (BT-Drucksache 11/4528, S. 123; LG

Augsburg BtPrax 1994, 176). Als zweifelhaft muss allerdings angesehen werden, ob es in diesem Zusammenhang auch genügen kann, dass beispielsweise Familienangehörige oder sonstige Bekannte – rein tatsächlich – die Überwachungstätigkeit ausüben. Dies dürfte zu verneinen sein, weil diesen keine rechtlichen Möglichkeiten zusteht, bei Vollmachtsmissbräuchen einzuschreiten, z. B. indem sie die Vollmacht widerrufen (so zu Recht ablehnend daher Soergel/Zimmermann, § 1896 BGB Rn. 90; MünchKommSchwab, § 1896 BGB Rn. 236).

d) **Zusammenfassend betrachtet** lässt sich damit feststellen, dass eine etwaige Praxis der Vormundschaftsgerichte, routinemäßig bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers einen Vollmachtsüberwachungsbetreuer gem. § 1896 Abs. 3 BGB zu bestellen, nicht mit dem auch in diesem Zusammenhang geltenden Erforderlichkeitsprinzip im Einklang steht. Nach herrschender Auffassung muss neben der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers auch ein **konkreter Überwachungsbedarf** gegeben sein, beispielsweise weil konkrete Anhaltspunkte für einen Fehlgebrauch der Vollmacht bestehen. Daneben wird teilweise auch bereits aus dem Umfang bzw. der Art der von der Vollmacht umfassten Rechtsgeschäfte ein Überwachungsbedarf hergeleitet, was allerdings ebenfalls im Hinblick auf das Erforderlichkeitsprinzip eher restriktiv zu handhaben ist.

### 3. Wirksamkeit der Vollmacht

a) Wie bereits erwähnt, setzt die Bestellung eines (bloßen) Vollmachtsüberwachungsbetreuers voraus, dass die Vollmacht wirksam erteilt und zwischenzeitlich nicht widerrufen wurde. Hinsichtlich der Wirksamkeit der Erteilung kann vom Richter die Frage der **Geschäftsfähigkeit des Betroffenen** – gem. § 12 FGG – sorgfältig zu prüfen sein (vgl. MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 231). In diesem Zusammenhang bleibt zu berücksichtigen, dass die Vollmacht nicht dadurch erlischt, dass der Vollmachtgeber nach Erteilung geschäftsunfähig wird (vgl. §§ 168 S. 1, 672, 675 BGB).

b) Wurde die Vollmacht wirksam erteilt, dann kann ihre Wirksamkeit nicht allein dadurch in Frage gestellt werden, dass die Erteilung bereits mehrere Jahre zurückliegt. Denn eine Willenserklärung bleibt grundsätzlich so lange wirksam, bis sie durch einen (ggf. möglichen) **wirksamen actus contrarius** (im konkreten Fall Widerruf der Vollmacht) **wieder aus der Welt geschafft** worden ist. So ist beispielsweise nach der Rspr. auch eine im Zustand der Geschäftsunfähigkeit widerrufenen Vollmacht weiterhin im Rahmen des § 1896 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen (BayObLG Report 2002, 333 = BtPrax 2002, 214). Auch bei einem mehrere Jahre zuvor errichteten Testament käme im übrigen niemand auf die Idee, anzunehmen, dass es widerrufen worden ist, nur weil der Testator in der Zwischenzeit untätig geblieben ist und die fortbestehende Geltung des Testaments nicht immer wieder (Jährlich? Monatlich? Wöchentlich?) bekräftigt hat.

In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass sich die Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vorsorgevollmacht, die sich aus § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB ergibt, **nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die Vollmacht während oder kurz vor Einleitung des Betreuungsverfahrens erteilt worden ist.**

c) Wir halten daher im **Ergebnis** auch die **Praxis, die Wirksamkeit einer (Vorsorge-)Vollmacht allein deswegen in Frage zu stellen, weil sie nicht in regelmäßigen**



**Abständen bekräftigt worden ist, für contra legem.** Dabei sollte berücksichtigt werden, dass die Subsidiarität der Betreuung im Kontext der Verhältnismäßigkeit eines staatlichen Eingriffs in die Grundrechte des Betroffenen steht, mit anderen Worten auch **von Verfassungen wegen geboten** ist, um einen unverhältnismäßigen staatlichen Eingriff in die Rechte des Betroffenen abzuwehren (vgl. BayObLGZ 1994, 209 = FamRZ 1994, 1551 = BtPrax 1994, 209; Bienwald, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 1999, § 1896 BGB Rn. 85). Allein deswegen sind die Vormundschaftsgerichte (und Vollmachtsüberwachungsbetreuer) gehalten, auf die Einhaltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes besonderes Augenmerk zu richten und den gesetzlich angeordneten Grundsatz der Subsidiarität der Betreuung gegenüber der (Vorsorge-)Vollmacht nicht durch die Außerachtlassung wirksamer (Vorsorge-)Vollmachten auszuhöhlen.

## **FlurbG §§ 61, 68, 79; BGB §§ 892, 894, 925 Kein Eigentumserwerb des Buchberechtigten durch Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplanes**

### **I. Sachverhalt**

A wurde im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks Nr. 1 eingetragen. Dabei war jedoch sowohl im zugrunde liegenden Grundstückskaufvertrag (mit dem B an A veräußerte) als auch bei Auflassung eine **Parzellenverwechslung** erfolgt; tatsächlich veräußert werden sollte das Grundstück Nr. 2.

Später erfolgte eine **Flurbereinigung**. Anstelle des Grundstücks Nr. 1, für das A im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war, wurde A in einem Flurbereinigungsverfahren das Zuteilungsgrundstück Nr. 10 zugeteilt. A wurde für das Grundstück Nr. 10 in Ausführung des unanfechtbar gewordenen Flurbereinigungsplanes im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

### **II. Fragen**

Wurde der bisherige Nichtberechtigte A durch den unanfechtbar gewordenen Flurbereinigungsplan oder dessen Ausführung Eigentümer des Grundstücks Nr. 10, als dessen Eigentümer er nun im Grundbuch eingetragen ist?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Surrogationsprinzip bei Flurbereinigung, Umlegung und anderen Bodenneuordnungsverfahren**

a) Maßgeblicher Grundsatz sowohl für das Flurbereinigungsverfahren wie für die Umlegung nach §§ 45 ff. BauGB und andere Verfahren der Bodenordnung ist das Surrogationsprinzip: Anstelle des **Einlagegrundstücks** erhält der Eigentümer ein anderes (besser zugeschnittenes) Ersatzgrundstück bzw. **Zuteilungsgrundstück** zugeteilt. Es wird lediglich das Eigentumsobjekt ausgetauscht (§ 61 FlurbG). Die bisherigen Belastungen setzen sich am Ersatzgrundstück ohne weiteres fort (§ 68 Abs. 1 S. 1 FlurbG) (vgl. insbesondere Seehusen/Schwede, FlurbG, 7. Aufl. 1997, § 61 FlurbG Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 4030 ff., 4043 ff.; Tönnies, MittRhNotK 1987, 93, 94 f.).

Die Rechtsprechung hat diese dingliche Surrogation als ungebrochene Fortsetzung des Eigentums an dem „verwandelten“ Grundstück bezeichnet (BGHZ 86, 226, 230 = NJW 1983, 1661; ähnlich BVerwGE 12, 1, 5; BayObLGZ 1985, 372 = BayObLG DNotZ 1986, 354 f.; BayObLGZ 1972,

242, 243 f. = MittBayNot 1986, 20). Es tritt also **kein Wechsel des Eigentums, sondern nur ein Wechsel des Eigentumsobjekts** ein (BVerwGE 9, 288 = Bundesbaublatt 1960, 20 = RdL 1959, 330; Seehusen/Schwede, § 68 FlurbG Rn. 3).

b) Die Änderung tritt ohne weiteren Vollzugsakt zu dem in der Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt ein (§ 61 S. 2 FlurbG). Die nachfolgende Eintragung im Grundbuch ist lediglich **Grundbuchberichtigung** (vgl. § 79 Abs. 1 FlurbG; Seehusen/Schwede, § 61 GBO Rn. 3; Schöner/Stöber, Rn. 40, 46).

#### **2. Folgen bei Eintragung eines Nichtberechtigten als Eigentümer**

a) Da die Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplanes lediglich eine Änderung im Gegenstand des Eigentumsrechts bewirkt, nicht aber eine Änderung in der Person des Eigentümers, verbleibt dem wirklich Berechtigten sein Recht auch dann, wenn ein nicht Berechtigter wegen unrichtiger Grundbucheintragung zum Verfahren zugezogen war (BayObLG, MittBayNot 1993, 287 = BayVBl. 1994, 29; Seehusen/Schweden, § 68 FlurbG Rn. 10).

b) Dasselbe ist für **Umlegungsverfahren nach §§ 45 ff. BauGB** anerkannt, bei denen ebenfalls mit der Bekanntmachung des Umlegungsplanes der bisherige Rechtszustand durch den im Umlegungsplan vorgesehenen neuen Rechtszustand ersetzt wird (§ 72 Abs. 1 S. 1 BauGB). Auch hier ist anerkannt, dass die Eintragung eines Nichtberechtigten als Bucheigentümer für das Zuteilungsgrundstück nichts am Eigentum des wahren Berechtigten ändert, sondern dass der wahre Berechtigte nunmehr Eigentümer des Zuteilungsgrundstücks geworden ist. Streitig ist lediglich, ob der wahre Berechtigte seine Rechte im Zivilprozessverfahren geltend machen muss (so BVerwG, Urt. v. 20.12.1961, RdL 1962, 1190; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 48 BauGB Rn. 4, 19; Dieterich, Baulandumlegung – Recht und Praxis, 4. Aufl. 2000, Rn. 116; OLG Düsseldorf Baurecht 1973, 377; Seehusen, RdL 1954, 205, 208) oder ob er sein Recht im Umlegungsverfahren selbst geltend machen kann (so Ernst/Otte, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Jan. 2002, § 48 BauGB Rn. 10; Schrödter/Stang, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 48 BauGB Rn. 4 u. § 72 BauGB Rn. 2).

#### **3. Ergebnis**

a) War A daher nicht Eigentümer des Einlagegrundstücks, so ist er auch nicht durch die Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplanes Eigentümer des Ersatzgrundstückes geworden. Vielmehr wurde lediglich das Objekt des dem wahren Eigentümer B zustehenden Eigentums ausgetauscht, so dass das Eigentumsobjekt nunmehr nicht mehr das Grundstück Nr. 1 ist, sondern das Erwerbsgrund Nr. 10.

b) Jedenfalls nach Abschluss des Flurbereinigungsverfahrens kann B seine Rechte nurmehr durch einen Zivilprozess gegen A geltend machen – insbesondere den Anspruch auf **Grundbuchberichtigung** nach § 894 BGB.

## **Gutachten im Fax-Abruf**

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

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

**GBO §§ 13, 22, 82; GBVfg § 15; BGB §§ 1922 ff.**  
**Teilberichtigung des Grundbuchs, wenn die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer nur teilweise nachgewiesen werden kann**  
(Bezug auf Gutachten DNotI-Report 2000, 142)  
Fax-Abruf-Nr.: 11283

**BGB §§ 1770, 1925; AdoptG Art. 12 § 1**  
**Erbrechtliche Wirkungen einer Minderjährigenadoption nach altem Recht und Überleitung in Volljährigenadoption; Erbrecht der Adoptiv- und der leiblichen Eltern nach dem verstorbenen Adoptivkind; Vorversterben eines leiblichen Elternteils**  
(Bezug auf Gutachten DNotI-Report 1999, 11)  
Fax-Abruf-Nr.: 1283

**EGBGB Art. 25, 26**  
**Niederlande: Erbstatut, gemeinschaftliches Testament**  
Fax-Abruf-Nr.: 14130

**EGBGB Art. 15, 25, 26**  
**Türkei: Gesetzlicher Güterstand, gesetzliche Erbfolge, Abschluss eines Erbvertrages**  
Fax-Abruf-Nr.: 14131

**EGBGB Art. 21**  
**Türkei: Gesetzliche Vertretung minderjähriger Kinder; Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung**  
Fax-Abruf-Nr. 14132

## Rechtsprechung

### **BGB § 139** **Salvatorische Klausel regelt nur Beweislast**

Die weit verbreitete, in der Regel standardmäßig verwendete salvatorische Klausel, nach der ein nichtiges Rechtsgeschäft auch ohne die nichtige Klausel wirksam sein soll, entbindet nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Bedeutsam ist sie lediglich für die von § 139 BGB abweichende Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast; diese trifft denjenigen, der entgegen der Erhaltungsklausel den Vertrag als Ganzen für unwirksam hält (Aufgabe von BGH, Urt. v. 8.2.1994 – KZR 2/93, WuW/E 2909, 2913 – Pronuptia II).

BGH, Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01  
Kz.: L I 1 – § 139 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10258

#### **Problem**

Der "Mietvertrag" über die Verpachtung einer Tennishalle enthielt eine unwirksame Preisbindungsklausel. Fraglich war, ob infolge dessen der gesamte übrige Vertrag unwirksam war. Der Vertrag enthielt eine **salvatorische Klausel**, wonach die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des

Vertrages die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berühren sollte.

#### **Entscheidung**

Der BGH sieht in der **salvatorischen Klausel nur eine Bestimmung über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast** im Rahmen der bei § 139 BGB stets vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft nicht als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Nach § 139 BGB sei die Vertragspartei beweispflichtig, die das teilnichtige Geschäft aufrechterhalten will. Ist hingegen eine salvatorische Klausel vereinbart, so treffe die Beweislast denjenigen, der den ganzen Vertrag verwerfen will.

Der Senat gab damit seine eigene bisherige Rechtsprechung auf (BGH NJW 1994, 1651 – Pronuptia II) und schloss sich der Auslegung salvatorischer Klauseln durch die anderen Zivilsenate des BGH an.

### **BGB §§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, 307 Abs. 1 S. 1; AGBG §§ 1 Abs. 2, 9 Abs. 1; ZPO § 138** **Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Wahlmöglichkeit der anderen Vertragspartei zwischen mehreren Alternativen**

a) Bietet der Verwender **Allgemeiner Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei Alternativen an**, steht es einem Aushandeln nicht entgegen, dass die **Angebotsalternativen mit einem erhöhten Entgelt verbunden sind**.

b) Ob die **langfristige Bindung der anderen Vertragspartei in Allgemeinen Geschäftsbedingungen diese unangemessen benachteiligt**, ist anhand der **typischen Erfordernisse des Geschäfts und seiner rechtlichen Grundlagen zu beurteilen**; hierbei ist auf die **Wirtschaftlichkeit des Geschäfts insgesamt, nicht auf einzelne Daten (hier: Dauer der Abschreibung der Anschaffungs-/Herstellungskosten)** abzustellen.

c) **Beruft sich die andere Vertragspartei im Individualprozess auf die unangemessene Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen**, hat der Verwender die **sein Angebot bestimmenden Daten offenzulegen und ihre Marktkonformität darzustellen**; Sache der anderen Vertragspartei ist es, darzulegen und im Streitfalle zu beweisen, dass das Angebot des Verwenders **untypisch ist und ihn (deshalb) unangemessen benachteiligt**.

BGH, Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02  
Kz.: L I 1 – § 305 Abs. 1 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10259

#### **Problem**

Ein Grundstückseigentümer hatte mit einer **Kabel-Service-Gesellschaft** einen Gestattungsvertrag mit einer Laufzeit von 25 Jahren abgeschlossen. Der Grundstückseigentümer sah in der Laufzeit eine unwirksame unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (früher § 9 Abs. 1 AGBG).

#### **Entscheidung**

Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert war, war in

An das  
Deutsche Notarinstitut  
Gerberstraße 19

97070 Würzburg

Fax-Nr. **0931/35576225**

**Einbanddecke für DNotI-Report 2001/2002**  
**10-Jahres-Register „DNotI-Report“**

(Beides in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck gebunden)

**Sammelordner für den DNotI-Report**

(zum Abheften, falls DNotI-Report nicht gebunden wird)

(Geeignet für jeweils zwei Jahrgänge Reportausgaben)

<b>Einbanddecke</b>	<b>10.00 €</b>	<b>Lieferung:</b>	<b>April 2003</b>
<b>10-Jahres-Register</b>	<b>12.00 €</b>	<b>Lieferung:</b>	<b>April 2003</b>
<b>Sammelordner</b>	<b>12.50 €</b>	<b>Lieferung:</b>	<b>sofort</b>

(Alle Preise verstehen sich jeweils inkl. Verpackung und Versand)

---

Hiermit bestelle/n ich/wir

..... Stck. **Einbanddecken**

..... Stck. **10-Jahres-Register**

..... Stck. **Sammelordner**

---

Name, Vorname

---

Straße/Postfach

---

PLZ, Wohnort

---

Datum

---

Unterschrift

**WERBESSEITE**

der Revision nicht angegriffen. Der BGH befasste sich jedoch mit der Frage, ob die Klausel möglicherweise ausgehandelt war und deshalb keine Allgemeine Geschäftsbedingung vorlag (§ 1 Abs. 2 AGBG; jetzt § 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Der BGH bekräftigte seine bisherige Rechtsprechung, dass eine vorformulierte Vertragsbedingung bereits dann **ausgehandelt** sein kann, **wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet**, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl hat. Es darf sich allerdings nicht nur um Änderungen lediglich unselbstständiger Art handeln (z. B. das Anfügen von Namen und Vertragsobjekt) (BGHZ 115, 391, 394 = NJW 1992, 746). Auch darf die Wahlfreiheit nicht durch Einflussnahme des Verwenders überlagert sein, etwa durch die Gestaltung des Formulars (BGH NJW 1996, 1676; NJW 1998, 1066).

In der jetzigen Entscheidung bekräftigte der BGH, dass dies auch gilt, wenn die **Wahlmöglichkeiten mit unterschiedlichen Entgelten verbunden** sind.

Vorliegend hatte der Klauselverwender den Nachweis für ein Aushandeln nicht erbracht. Die Klausel unterlag daher der AGB-Kontrolle. Der BGH entschied aber nicht über die Unangemessenheit, sondern verwies insoweit an das Berufungsgericht zurück, das nur eine unvollständige Interessenabwägung vorgenommen hatte.

---

### **BNotO §§ 14 Abs. 2, 19; BeurkG § 17 Belehrungspflicht des Notars über Unwirksamkeit eines vermeintlichen Vorkaufsrechtes**

**Muss der Urkundsnotar erkennen, dass das Vorkaufsrecht eines Dritten, der mit Rücksicht auf dieses Recht zu der Verhandlung über die Veräußerung eines Grundstücks hinzugezogen wurde, entgegen der Annahme sämtlicher Beteiligten nicht wirksam ist, hat er den vermeintlich Vorkaufsberechtigten über die Unwirksamkeit des Rechts zu belehren.**

BGH, Urt. v. 9.1.2003 – IX ZR 422/99  
Kz.: L III 1 – § 14 Abs. 2 BNotO  
Fax-Abruf-Nr.: 10260

#### **Problem**

Testamentsvollstrecker hatten Nachlassgrundstücke verpachtet. In dem privatschriftlichen Pachtvertrag wurde den Pächtern ein dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt, das bei Grundbucheintragung als schuldrechtliches Vorkaufsrecht behandelt werden sollte.

Kurz danach veräußerten die Testamentsvollstrecker die Grundstücke. In der Vorbesprechung beim Notar nahm auch ein Vertreter des (vermeintlich) vorkaufsberechtigten Pächters teil. Nach Beurkundung des Kaufvertrages erklärte der Pächter, sein Vorkaufrecht auszuüben. Die Testamentsvollstrecker wiesen dies zurück, da sie mittlerweile erkannt hatten, dass die Vorkaufrechtseinräumung formunwirksam war.

Der Vorkaufsberechtigte begehrte vom Notar Schadensersatz aus Amtshaftung.

#### **Entscheidung**

Der BGH bejahte einen Amtshaftungsanspruch. Der Notar hätte den Pächter darauf hinweisen müssen, dass sein ver-

meintliches Vorkaufsrecht nicht formwirksam bestellt war. Der Betroffene sei als Pächter und (vermeintlich) Vorkaufsberechtigter mittelbar Beteiligter der Beurkundung gewesen. Eine Hinweispflicht des Notars ergebe sich jedenfalls aus der analog § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG bestehenden erweiterten ("**betreuenden**") **Belehrungspflicht**. Danach darf es der Notar als Amtsträger der vorsorgenden Rechtspflege nicht untätig geschehen lassen, dass ein Beteiligter in die Gefahr eines folgenschweren Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten mögliche Belehrung zu vermeiden ist (BGH DNotZ 1954, 330, 331). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH erwachsen demgemäß für den Notar Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles Anlass zur Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche das beurkundete Rechtsgeschäft für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (BGHZ 58, 343, 348 = NJW 1972, 1422; DNotZ 1982, 384 = NJW 1982, 337; DNotZ 1998, 452 = NJW 1998, 586; DNotZ 1994, 485 = NJW 1993, 2744).

Vorliegend hatten die Beteiligten offenbar noch nicht erkannt, dass das Vorkaufsrecht formunwirksam war. Bis zum Kaufvertragsschluss bestand aber noch die – nach den Umständen des Falles nicht unwahrscheinliche – Möglichkeit, dass die Testamentsvollstrecker doch noch ein wirksames Vorkaufsrecht (durch notarielle Urkunde) bestellen würden.

Auch die notarielle **Neutralitätspflicht** (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) stand nach Ansicht des BGH der Warnung nicht entgegen.

---

### **BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1, 24; BGB § 463 n. F.**

**Abgrenzung zwischen (haftungsrechtlich privilegiert) Urkundstätigkeit und selbständiger Betreuung bei Information des Vorkaufsberechtigten durch den Notar**

**Erhält der beurkundende Notar bei einem Kaufvertrag über ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück (nur) den Auftrag, dem Vorkaufsberechtigten eine Ausfertigung des Kaufvertrages zu übersenden und gegebenenfalls dessen Freigabeerklärung entgegenzunehmen, so betrifft dies eine im Zusammenhang mit der Beurkundung stehende "unselbständige" Betreuungstätigkeit, für die im Verhältnis zu den Kaufvertragsparteien das Haftungsprivileg des Notars eingreift; dies gilt auch dann, wenn der Notar in dem Übersendungsschreiben an den Vorkaufsberechtigten von sich aus – unzutreffende – Hinweise auf die im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts einzuhaltende Frist gibt.**

BGH, Urt. v. 9.1.2003 – III ZR 46/02  
Kz.: L III 1 – § 19 BNotO  
Fax-Abruf-Nr.: 10261

#### **Problem**

Eine Teilfläche eines mit einem dinglichen Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks wurde verkauft. Bei der Vorkaufrechtsbestellung war eine **Frist von einem Monat** für die Vorkaufrechtsausübung **vereinbart** worden. Der Notar teilte den Vorkaufsberechtigten im Auftrag der Verkäufer



den Kaufvertrag mit. Dabei bat er sie, ihm "innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Monaten" mitzuteilen, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt werde.

Die Vorkaufsberechtigten übten ihr Vorkaufsrecht aus, allerdings nicht innerhalb der vereinbarten Monatsfrist. Sie beriefen sich jedoch auf die falsche Fristmitteilung durch den Notar. Daraufhin verglichen sich Verkäufer und Vorkaufsberechtigte in einem Prozess auf einen Kauf des gesamten Grundstücks durch die Vorkaufsberechtigten.

Die Verkäufer verklagten darauf den Notar auf Schadensersatz.

### Entscheidung

Der BGH hielt einen von den Verkäufern (möglicherweise) durch den Vergleich erlittenen Schaden der falschen Fristmitteilung durch den Notar **zurechenbar**. Denn die durch den Vergleich beendete Unsicherheit war durch die falsche Mitteilung des Notars verursacht worden.

Der Amtshaftungsanspruch gegen den Notar bestand jedoch **nur subsidiär**, sofern keine anderweitige Ersatzmöglichkeit bestand. Diese Subsidiarität der Notarhaftung gilt bei Urkundstätigkeit, nicht hingegen bei notarieller Verwahrung oder selbstständiger Betreuungstätigkeit im Sinne der §§ 23, 24 BNotO. Die bloße Übersendung einer Ausfertigung des Kaufvertrages an die Vorkaufsberechtigten sah der BGH **noch als Teil der Urkundstätigkeit** an. Sie sei noch keine selbstständige Betreuungstätigkeit im Sinne des § 24 BNotO.

---

## BauGB § 11 Abs. 2; AGBG § 9 (= BGB n. F. § 307) Einheimischenmodell: Aufzahlungsklausel bei Weiterveräußerung innerhalb von 10 Jahren zulässig

a) **Privatrechtliche städtebauliche Verträge, mit denen Grundstücke zur Deckung des Wohnbedarfs an Ortsansässige veräußert werden ("Einheimischenmodelle"), unterliegen – jedenfalls bei Vertragsschluss vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die EG-Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen am 31. Dezember 1994 – nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG, sondern sind an dem – jetzt in § 11 Abs. 2 BauGB geregelten – Gebot angemessener Vertragsgestaltung zu messen.**

b) **Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung ermöglicht nicht nur eine Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses, sondern auch eine Überprüfung der einzelnen Vertragsklauseln. Hierbei erlangen – unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage bei Einheimischenmodellen – auch die den §§ 9 bis 11 AGBG zugrundeliegenden Wertungen Bedeutung. Es ist jedoch – weitergehend als nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Kompensation von Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag möglich.**

c) **Eine Regelung bei Verkauf eines Grundstücks im Rahmen eines Einheimischenmodells, die die Käufer im Fall einer Weiterveräußerung innerhalb von zehn Jahren nach Vertragsschluss zur Abführung der Differenz**

**zwischen Ankaufspreis und Bodenwert verpflichtet, stellt keine unangemessene Vertragsgestaltung dar. Die Gemeinde hat jedoch bei ihrer Ermessensentscheidung über die Einforderung des Mehrerlöses auch die persönlichen Verhältnisse der Käufer zu berücksichtigen.**

BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02  
Kz.: L VII 1 – § 11 Abs. 2 BauGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10262

### Problem

Im Rahmen eines Einheimischenmodells kauften Ehegatten 1988 ein Baugrundstück für ca. 160.000 DM (einschließlich anteiliger Erschließungskosten). Sie verpflichteten sich, das Grundstück selbst zu nutzen und bei einem Verkauf innerhalb von 10 Jahren nach Kaufvertragsschluss "die Differenz zwischen dem erzielten Verkaufspreis und dem Ankaufspreis an die Stadt ... abzuführen". Bei einer Bebauung des Grundstücks sollte sich der Abführungsbeitrag aus der Differenz zwischen dem vom Gutachterausschuss festgestellten oberen Bodenwert und dem Ankaufspreis ergeben.

Im Jahr 1993 verkauften die Ehegatten das mittlerweile bebaute Grundstück. Nach einer Verkehrswertermittlung des Gutachterausschusses belief sich die Differenz zwischen Verkehrswert und seinerzeit gezahltem Ankaufspreis auf ca. 130.000 DM.

Die Gemeinde verlangte von den Ehegatten Zahlung von ca. 65.000 DM, da sie den Aufzahlungsbetrag für jedes Jahr bestehenden Eigentums der Ehegatten um 10 % reduzierte. Die Vorinstanzen hatten die Aufzahlungsklausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG als unwirksam angesehen.

### Entscheidung

Der BGH hält die Aufzahlungsklausel für wirksam. Prüfungsmaßstab sei das Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wie es ab 1993 in § 6 Abs. 3 BauGBMaßnG und ab 1998 in § 11 Abs. 2 BauGB kodifiziert sei. Es gelte aber bereits zuvor als allgemeiner Rechtsgrundsatz.

Diese Angemessenheitsprüfung **gehe als speziellere Norm der Inhaltskontrolle nach §§ 9 - 11 AGBG** (nunmehr §§ 307 - 309 BGB) **vor**. Insoweit entschied der BGH gegen die bisher vorliegenden instanzgerichtlichen Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit. Denn anders als ein privater Klauselverwender unterliege die Gemeinde bereits öffentlich-rechtlichen Bindungen. Der Unterschied zur Klauselkontrolle nach AGBG liege vor allem darin, dass Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag kompensiert werden können. Der BGH ließ offen, inwieweit Gemeinden nach Umsetzung der EG-Klauselrichtlinie als Unternehmer im Sinne von §§ 14, 310 BGB anzusehen seien.

Die konkrete Aufzahlungsklausel hielt der Inhaltskontrolle nach § 11 Abs. 2 BauGB stand. Die Gemeinde sei nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des – den verbilligten Grundstücksverkauf allein rechtfertigenden – Zieles der Einheimischenförderung Sorge zu tragen. Eine Bindungsfrist könne jedenfalls für einen der regelmäßigen Geltungsdauer eines Bebauungsplanes entsprechenden **Zeitraum von etwa 15 Jahren** wirksam vereinbart werden. Die Verpflichtung zur Abführung des Mehrerlöses könne auch über die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Verkehrswert des Grundstücks hi-

naus noch eine nachfolgende Steigerung des Bodenwerts bis zur Weiterveräußerung des Grundstücks erfassen.

Allerdings müsse die Gemeinde im Rahmen der von ihr zu treffenden **Ermessensentscheidung** berücksichtigen, ob und inwieweit der Anspruch auf Zahlung des Mehrerlöses geltend gemacht werden solle. Dabei müsse sie insbesondere auch die persönlichen Umstände der Erwerber und den Grund für die Weiterveräußerung in Betracht ziehen.

---

## **GmbHG § 8 Abs. 2 Versicherung des Geschäftsführers bei der Gründung einer GmbH; Zeitpunkt der Richtigkeit**

**Maßgebender Zeitpunkt für die Richtigkeit der Angaben in der Versicherung des Geschäftsführers über die Leistung der Stammeinlage und die freie Verfügung über den Gegenstand der Leistung ist der Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrages beim Registergericht (Leitsatz des Bearbeiters).**

LG Gießen, Beschl. v. 15.10.2002 – 6 T 9/02  
Kz.: L V 2 – § 8 Abs. 2 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: **10263**

### **Problem**

In der notariellen Praxis wird sowohl bei der Gründung als auch bei der Kapitalerhöhung regelmäßig mit der Beurkundung der Gründungssatzung bzw. des Kapitalerhebungsbeschlusses bereits die Anmeldung zum Handelsregister und die erforderliche Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG unterzeichnet. Vor diesem Zeitpunkt kann allerdings die versicherte Einlageleistung (selbst) noch nicht problemlos auf das Konto der noch nicht existierenden GmbH bzw. bei der Kapitalerhöhung auf eine noch nicht bestehende Verbindlichkeit eingezahlt werden (Problem der nicht schuldtilgenden Voreinzahlung). Daher erfolgt die Einzahlung der Stammeinlage nach der allgemein anerkannten notariellen Praxis auf ein Konto der GmbH erst nach dem Beurkundungstermin und wird dem Notar ohne erneuten Termin für den Mandanten durch Einreichen des Einzahlungsbeleges nachgewiesen. Um zu vermeiden, dass die Anmeldung und die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG schon vor der tatsächlichen Einlageleistung zum Handelsregister gelangt, treffen die Gesellschafter, die Geschäftsführer und der Notar eine Treuhandabrede, dass dieser die Anmeldung mit der dazugehörigen Versicherung erst nach dem Nachweis der tatsächlichen Einzahlung der Stammeinlage zum Handelsregister beglaubigt oder doch jedenfalls erst danach einreicht.

Diese Vorgehensweise wird immer wieder von einzelnen **Registergerichten** und sogar einzelnen **Staatsanwaltschaften** zum Anlass genommen, die abgegebene Versicherung des Geschäftsführers mit dem Argument als inhaltlich falsch anzusehen, dass zum Zeitpunkt der Anfertigung der Versicherung diese noch unrichtig sei, da die Einlageleistung tatsächlich noch nicht erfolgt war (so jüngst auch Fritzsche, Rpfleger 2002, 552, der Amtsrichter des AG Friedberg, der den hier aufgehobenen Beschluss erlassen hat).

Im hier vorliegenden Fall war der Eintragungsantrag der GmbH vom 18.4.2002 am 30.4.2002 beim Amtsgericht eingegangen. Die Gutschrift auf dem Konto der GmbH erfolgte am 23.4.2002. Das AG Friedberg lehnte die Eintragung der GmbH wegen eines Eintragungshindernisses mit der Begründung ab, dass die Versicherung des Geschäftsführers gem. § 8 Abs. 2 GmbHG zu der Zeit ihrer Abgabe falsch gewesen sei, weil die Einzahlung der Stammeinlage zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt war.

### **Entscheidung**

Das LG Gießen hob das Urteil des AG auf und wies es an, die beantragte Eintragung vorzunehmen. Mit der ganz herrschenden Meinung sah das LG als maßgebenden Zeitpunkt für die Richtigkeit der Angaben in der Versicherung den **Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrages beim Registergericht** an (Verweis auf Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 8 Rn. 27; Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 8 Rn. 21; OLG Köln Rpfleger 1988, 317; ebenso Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003 § 8 Rn. 20; Langenfeld, GmbH-Vertragspraktikum, 4. Aufl. 2003, Rn. 190; Heidenhain/Meister, Münchner Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, IV.3 Anm. 13; MünchHdb-GesR/Heinrich, Bd. 3, GmbH, 2. Aufl. 2003 § 8 Rn. 11). Denn die Anmeldung sei eine Verfahrenshandlung im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die erst mit dem Eingang beim Registergericht wirksam werde. Auch die Versicherung werde nicht gegenüber dem Notar abgegeben, sondern mit dem Eintragungsantrag gegenüber dem Registergericht. Nur wenn im Einzelfall begründete Zweifel gegenüber der Richtigkeit der Versicherung bestünden, könne das Registergericht weitere Nachweise verlangen (Verweisung auf OLG Frankfurt MDR 1992, 855).

## **Aktuelles**

### **PreisG § 2; PrKV §§ 1 ff.; BGB § 1105 – Änderung des Verbraucherpreisindex: Berechnungsprogramm des Statistischen Bundesamtes**

Das Statistische Bundesamt hat den (allein noch fortgeführten) allgemeinen Verbraucherpreisindex (VPI) nunmehr auf das **neue Basisjahr 2000** umgestellt und die rückwirkend ab dem Jahr 2000 berechneten Indexreihen veröffentlicht (vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2003, 9).

Zur Umrechnung von Wertsicherungsklauseln, die auf alte, nicht mehr fortgeführte Indizes abstellen (oder auf alte Basisjahre), hat das Statistische Bundesamt im Internet ein interaktives **Rechenprogramm** zur eigenständigen Berechnung von Schwellenwerten eingestellt ([www.destatis.de/wsk/](http://www.destatis.de/wsk/) – auch durch Link zugänglich über [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) – unter Arbeitshilfen/Beurkundungsverfahren). Eine Anleitung zur Berechnung kann auch aus dem Internet ausgedruckt werden ([http://www.destatis.de/download/d/preis/anl\\_wsk.pdf](http://www.destatis.de/download/d/preis/anl_wsk.pdf)).

Ferner bietet das Statistische Bundesamt auch an, gegen Kostenerstattung von 30,- € den Schwellenwert für eine Anpassung auszurechnen. (Der Fragebogen ist im Internet erhältlich unter: [http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2003/Fragebogen\\_WSK.pdf](http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2003/Fragebogen_WSK.pdf).)

## **Steuervergünstigungsabbaugesetz: Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (BT-Drucks. 15/480 vom 19.2.2003)**

Der Finanzausschuss des Bundestages hat verschiedene Änderungen zum Regierungsentwurf des Steuerbegünstigungsabbaugesetzes (vgl. DNotI-Report 2002, 191) vorgeschlagen. Die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses ist neben der Internetseite des Bundesfinanzministeriums ([www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de)) auch auf der Internetseite des DNotI abrufbar ([www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) – unter Gesetzesänderungen).

Eine Übersicht der wichtigsten Änderungen ist auch abrufbar unter Fax-Abruf-Nr.: **5026**.

## **Haager Legalisationsabkommen: Monaco, St. Lucia, Dominikanische Republik und Andorra**

Das Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl. 1965 II, S. 875) ist für **St. Lucia** am 31. Juli 2002 und für **Monaco** am 31.12.2002 in Kraft getreten (BGBl. 2002 II, S. 2503 und 2003 II, S. 63). Es gilt ferner seit dem 12.11.2002 für die **Dominikanische Republik** und seit dem 21.10.2002 für **Andorra**. Im Verhältnis zu diesen Staaten bedarf es daher zum Echtheitsnachweis keiner Legalisation mehr, sondern lediglich einer **Apostille**.

Die vollständige Liste der mittlerweile 78 Beitrittsstaaten kann im **Fax-Abruf-Dienst** unter **Nr. 2000** abgerufen werden (ebenso im Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) – unter Arbeitshilfen/IPR). (Im Anschluss an DNotI-Report 2002, S. 143).

## Literaturhinweise

**Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297 – 2385 BGB, Verlag C. H. Beck, München 2002, 2900 Seiten, 170,- € (Gesamtwerk ca. 495,- €, Abnahmeverpflichtung für alle drei Bände)**

Anzuzeigen ist ein neuer "zweibändiger" BGB-Kommentar, der den Bearbeitern unter der Hand zu einem **dreibändigen Werk** angewachsen ist. Ungewöhnlich, aber durch die Schuldrechtsreform verständlich ist, dass zunächst der dritte Band zum **Familien- und Erbrecht** publiziert wurde, der auch das EGBGB und jetzt das CISG umfasst. Das Autorenteam umfasst neben Richtern (vor allem an verschiedenen Oberlandesgerichten) und Professoren auch ein paar Notare. So stammen die nach den Entscheidungen des BVerfG zu Eheverträgen von Schwangeren besonders aktuellen Ausführungen zur Ehevertragsfreiheit von *J. Mayer*, die Kommentierung zum Betreuungsrecht von *G. Müller* oder die zu den Testamentsformen (einschließlich einer Kurzkommentierung des BeurkG) von *W. Litzburger*. Im EGBGB kommentiert *K. Otte* (Universität Mannheim) das Ehe- und Güterstatut, *S. Lorenz* (Universität München) das Erbstatut.

Vom Gesamteindruck wirkt der neue Kommentar wie der **kleine Bruder des Münchener Kommentars** (der auch einmal mit sieben Bänden begonnen hatte). Manche Kommentierungen sind sogar ausführlicher und nur kleiner ge-

druckt, als im Münchener Kommentar. Der vorliegende dritte Band macht daher gespannt auf die noch ausstehenden beiden ersten Bände.

**Notar a. D. Christian Hertel**

**W. Arens/K. Rinck, Anwaltformulare Gesellschaftsrecht. Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2002, 1584 Seiten, mit CD-Rom, 122,- €**

Als Arbeitsmittel für die tägliche Praxis will das **Formularbuch "Gesellschaftsrecht"** des Deutschen Anwaltverlags dem Benutzer sowohl für den beratenden und gestaltenden als auch für den prozessualen Teil seiner Tätigkeit praxisgerechte und präzise Erläuterungen unter Berücksichtigung auch der **steuerlichen** Aspekte zum gesamten Gesellschaftsrecht geben. Das in diesem Buch enthaltene Themenspektrum reicht von der Rechtsformwahl über die Darstellung der verschiedenen Gesellschaftsformen, des **Umwandlungsrechts** und Umwandlungssteuerrechts bis hin zu Unternehmensverträgen, zum **Unternehmenskauf**, internationalen Schiedsvereinbarungen, grenzüberschreitenden Beherrschungsverträgen, Joint Venture-Vereinbarungen sowie schließlich zum Handelsregisterverfahren. Allein diese Themenauswahl zeigt, dass die insgesamt – ganz überwiegend aus der Anwaltschaft stammenden – 22 Autoren bestrebt waren, eine umfassende Darstellung des gesamten Gesellschaftsrechts einschließlich seiner steuerrechtlichen Verknüpfungen vorzulegen. Daher kann man nicht erwarten, in diesem Buch eine Antwort auf sämtliche Detailfragen zu den verschiedensten gesellschaftsrechtlichen Problemen zu finden. Gleichwohl ist es den Autoren gelungen, in dieser Erstauflage eine **weitgehend geschlossene Gesamtdarstellung des Gesellschaftsrechts** vorzulegen. Daher wird das Werk sicher seinen Platz neben den zum Gesellschaftsrecht bereits vorliegenden Formularbüchern finden.

**Notar a. D. Dr. Adolf Reul**

**G. Roth/H. Altmeppen, GmbHG-Kommentar, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2003, 1063 Seiten, 60,- €**

In seiner 4. Auflage ist der vorliegende "Praktiker-Kommentar" nicht nur wieder auf den aktuellen Stand gebracht, sondern auch weiter gereift. Er ist zwar der **kürzeste GmbH-Kommentar** am Markt. Dennoch nehmen sich die Autoren relativ breiten Raum für die Darstellung einzelner neuer oder noch offener Problemkreise. Hierzu gehören z. B. das Haftungskonzept nach "Bremer Vulkan", das die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern abgelöst hat, sowie die Darstellung eines eigenen neuen Konzepts der kapitaleretzenden Darlehen bei verbundenen Unternehmen. Auch wenn der Kommentar nach der Programminformation des C. H. Beck Verlag sich gar nicht an Notare "wendet", ist er für Notariate, die nur wenig mit GmbH-Recht zu tun haben, als **kurze Gesamtkommentierung mit einzelnen Vertiefungen** durchaus geeignet. Für auf Gesellschaftsrecht spezialisierte Notariate bietet er immer wieder überraschende neue Aspekte bei einzelnen Streitfragen.

**Dr. Andreas Heidinger**

**H. Bartsch/M. B. Bartsch**, Das verschenkte Sparbuch – Beweisfragen bei angeblichen freigebigen Zuwendungen des Erblassers, ZEV 2003, 17

**G. Brambring**, Wer schützt den Verbraucher vor dem Verbraucherschutz?, ZNotP 2003, 42

**L. Bergner**, Was nun? Entscheidungs- und Verfahrensmöglichkeiten bis zum In-Kraft-Treten einer (vorläufigen) Neuregelung des Versorgungsausgleichs, FamRZ 2003, 65

**W. Böhringer**, Bestellung einer Dienstbarkeit in der Verkehrsflächenbereinigung aus grundbuchrechtlicher Schau, VIZ 2003, 55

**M. Busch**, Adoptionswirkungsgesetz und Haager Adoptionsübereinkommen – von der Nachadoption zur Anerkennung und Wirkungsfeststellung, IPRax 2003, 13

**N. Carstensen**, Ausgewählte Probleme des notariellen Disziplinarrechts, ZNotP 2003, 26

**C. Clemente**, Kostenüberlegungen bei der Bestellung einer Grundschuld, ZfR 2003, 94

**H. Fabian**, Der Gang des (nichtförmlichen und des förmlichen) Disziplinarverfahrens im Überblick mit ausgewählten Schwerpunkten, ZNotP 2003, 14

**S. Frank**, Erbrechtliche Regelungen des OLGVertrÄndG, NotBZ 2003, 8

**O. Fröhler**, § 181 BGB bei Rechtsgeschäften der Gemeinde, BWNotZ 2003, 14

**R. Gaier**, Grundpfandgläubiger als Schuldner eines Ausgleichsanspruchs wegen des Eigentumsverlustes durch Grundstücksverbindung, ZfR 2003, 45

**J. Götz**, Corporate Governance multinationaler Konzerne und deutsches Unternehmensrecht, ZGR 2003, 1

**A. Heidinger**, Die Haftung und die Vertretung in der Gründungsphase der GmbH im Vergleich zur (kleinen) AG, GmbHR 2003, 189

**C. Keim**, Die notarielle Vorlagesperre – Begründung einer Vorleistungspflicht oder Sicherungsinstrument im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung, MittBayNot 2003, 21

**C. Keim**, Das Gebot der höchstpersönlichen Erbenbestimmung bei der Testamentsgestaltung, FamRZ 2003, 137

**P. Kindler**, "Anerkennung" der Scheinsauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit, IPRax 2003, 41

**G. Langenfeld**, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Maßgabe der geänderten Rechtsprechung des BGH, BWNotZ 2003, 1

**F. Lappe**, Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 2002, NJW 2003, 559

**M. Leistner**, Notarielle Prioritätsverhandlungen im Urheber- und Computerrecht, MittBayNot 2003, 3

**M. A. Pappmehl**, Der unerreichbare GmbH-Gesellschafter, MittBayNot 2003, 28

**T. Reich**, Ausgewählte steuerliche Maßnahmen nach dem Regierungsentwurf zum "Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen", NotBZ 2003, 14

**C. Reithmann**, Substitution bei Anwendung der Formvorschriften des GmbH-Gesetzes, NJW 2003, 385

**M. Rohner**, Gesetzliche Fortführungsmöglichkeiten einer Apotheke nach dem Tod des Erlaubnisinhabers, ZEV 2003, 15

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Christian Hertel, 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 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.  
Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.  
Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg