

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar a.D. Herbert Staudenmaier,  
Ellwangen

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Heidelberg

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)

**1/2003**

Januar/Februar  
Seiten 1–24

## Inhalt

### Aufsatz

*Langenfeld*

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach  
Maßgabe der geänderten Rechtsprechung  
des BGH . . . . . 1

*Böhringer*

Neue Amtspflichten des Notars  
bei Verbraucherverträgen . . . . . 6

*Gehweiler*

Steuerrechtsecke XVII . . . . . 9

*Fröhler*

§ 181 BGB bei Rechtsgeschäften  
der Gemeinden . . . . . 14

**Buchbesprechung . . . . . 22**

# Wer pflegt mein Grab?

Eine Frage, die sich viele Menschen stellen, sei es nun, dass sie keine Angehörigen mehr haben oder dass diese in weiter Ferne leben.

## **Dauergrabpflege bei Ihrem Friedhofsgärtner ist eine gute und sichere Vorsorge**

Oft fällt es schwer, regelmäßig die Grabstätte der Angehörigen zu besuchen und zu pflegen. Alter oder Krankheit, Wegzug oder längerer Auswärtsaufenthalt lassen die laufende, notwendige Grabpflege erschwerlich oder unmöglich werden. Und Nachbarn oder Freunde möchte man auch nicht immer bitten. Deshalb bieten die Friedhofsgärtner in Verbindung mit den Treuhandstellen der Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G. und Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner e. G. eine Leistung, die als Dauergrabpflege schon bei einem Viertel aller Gräber angewandt wird: Die Betreuung

des Grabes für die gesamte Laufzeit der Grabstätte.

Dazu gehören die Bepflanzung nach Jahreszeit, die Erneuerung der Bepflanzung und die laufende Pflege, z. B. auch das Schneiden und Gießen der Pflanzen.

Bei Vertragsabschluss wird die Gebühr auf ein Treuhandkonto einbezahlt, das sicherstellt, dass die Leistungen während der gesamten Vertragsdauer fachgerecht und vertrauensvoll durchgeführt werden.

Ausführliche Information über die Dauergrabpflege erteilen die Genossenschaften in Karlsruhe und Stuttgart und alle angeschlossenen Fachbetriebe.



## **Zu Ihrer Sicherheit:**

Dauergrabpflegeverträge nur in Verbindung mit der

im Landesteil Baden

Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G.

Alte Karlsruher Straße 8, 76227 Karlsruhe

Telefon (07 21) 9 44 87-0

Telefax (07 21) 9 44 87 20

im Landesteil Württemberg

Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner e. G.

Neue Weinsteige 160, 70180 Stuttgart

Telefon (07 11) 6 44 95-22

Telefax (07 11) 6 40 97 39

## Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Maßgabe der geänderten Rechtsprechung des BGH

Von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Karlsruhe

### 1. Grundlegende Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats des BGH

Weitgehend unbemerkt von der juristischen Öffentlichkeit, die noch mit der Verarbeitung der Schuldrechtsreform beschäftigt ist, hat der mit dem Gesellschaftsrecht befasste 2. Zivilsenat des BGH in einer Reihe von Entscheidungen das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf neue Grundlagen gestellt. Für den Kautelarjuristen hat sich dadurch vieles geändert. Die GbR steht auf dem Prüfstand kautelarjuristischer Tauglichkeit. Durch die ihr jetzt zugesprochene Teilrechtsfähigkeit hat sich ihre Praxistauglichkeit insgesamt erhöht. Andererseits hat der BGH der GbR mit Haftungsbeschränkung eine Absage erteilt. Bei den vermögensverwaltenden Gesellschaften hat die GbR durch die seit 1998 zulässige rein vermögensverwaltende OHG/KG Konkurrenz bekommen. Die Haftungsbeschränkung auch im Rahmen der gewerblich geprägten Personengesellschaft i. S. von § 15 Abs. 3 Ziff. 2 EStG ist nur noch mit der vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG zu erreichen. Welche Bedeutung die reine GbR in der Zukunft noch haben wird, ist schwer abzuschätzen. Offen sind auch noch seit Zuerkennung der Registerfähigkeit die Fragen der Eintragung der GbR in den Registern, insbesondere im Grundbuch.

### 2. Zuerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil vom 29. 1. 2001<sup>1</sup> festgestellt, dass die Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Sie ist nicht juristische Person, sondern Gesamthandsgemeinschaft, aber i. S. von § 14 Abs. 2 BGB, der durch Gesetz vom 27. 6. 2000 in das BGB eingeführt wurde, mit der Fähigkeit ausgestattet, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Der BGH schließt sich damit der Auffassung von der Gesamthand als mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestatteter Personeneinheit<sup>2</sup> oder Gruppe<sup>3</sup> an. Über die gesamthänderische Vermögensbindung hinaus besitzt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eigene Rechtssubjektivität. Die daneben bestehende Haftung der Gesellschafter für die Geschäftsschulden ist eine gesetzliche und akzessorische Haftung, wie sie bei der OHG durch §§ 128 ff. HGB geregelt ist. Die Doppelvertretungslehre ist endgültig aufgegeben.<sup>4</sup> Die geschäftsführenden Gesellschafter verpflichten als Vertretungsorgane rechtsgeschäftlich nur die Gesellschaft, nicht

daneben und direkt auch die Gesellschafter. Deren Haftung tritt nicht kraft Vertretung durch die geschäftsführenden Gesellschafter, sondern kraft Gesetzes akzessorisch ein. Der BGH stellt fest, dass dieses Verständnis der Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft ein praktikables Modell für die vom Gesetz in den §§ 718–720 BGB gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter bietet. Als Vorteil dieses Modells sieht er insbesondere an, dass ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluss auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse hat.

Dass der BGH nur der Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit beilegt, erklärt sich problemlos, wenn man den Begriff der Außengesellschaft mit dem Vorhandensein von Gesamthandsvermögen ineins setzt.<sup>5</sup> Es besteht kein Anlass, in den Begriff Außengesellschaft mehr als dies hineinzulegen, wie es Ulmer<sup>6</sup> tut. Insbesondere die von Ulmer geforderte Identitätsausstattung erhöht zwar die Praktikabilität der Gesellschaft insbesondere im Hinblick auf die Grundbuchfähigkeit, ist aber kein unerlässliches Tatbestandsmerkmal der Außengesellschaft. Die geänderte Rechtsprechung hat Auswirkungen auf Dogmatik und Praxisfolgen von Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit, Vertretung, Publizität und Innenrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Das Bekenntnis des BGH zur Rechtssubjektivität der GbR beendet den alten Streit darüber, wer Vertragspartner und damit Schuldner der rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten wird, die Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst. Die traditionelle Gesamthandslehre<sup>7</sup> sah das Gesamthandsvermögen als unselbständiges Sondervermögen der Gesellschafter an und ging davon aus, dass nur die Gesellschafter selbst Vertragspartner und Schuldner werden können. Die Gruppenlehre<sup>8</sup> sieht die GbR als teilrechtsfähig in dem Sinne an, dass sie entsprechend § 124 HGB selbst Vertragspartner und Schuldner werden kann. Der BGH entscheidet sich für die Gruppenlehre, dies insbesondere auch aus Gründen der Bewältigung von Problemen des Wechsels im Mitgliederbestand und der identitätswahrenden Umwandlung in andere Gesellschaftsformen. Neuere gesetzliche Vorschriften wie die §§ 190 ff., 226 ff. UmwG, § 11 Abs. 2 InsO und § 14 Abs. 2 BGB sind nur auf der Grundlage einer Rechtssubjektivität der GbR verständlich.

Nach den Feststellungen des Urteils des BGH vom 29. 1. 2001 ist die prozessuale Parteifähigkeit der GbR die notwendige prozessrechtliche Konsequenz der Anerkennung der Rechtssubjektivität im Verhältnis zu Dritten. Dem steht

<sup>1</sup> II ZR 331/00; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DStR 1999, 1704 m.Anm. Goette = WM 2001, 408 = ZIP 2001, 330 m.Anm. Ulmer ZIP 2001, 585 = BB 2001, 374 = RNotZ 2001, 224 m.Anm. Brandini = DNotZ 2001, 234 m.Anm. Schemmann = MittBayNot 2001, 192 = DB 2001, 423 m.Anm. Römermann

<sup>2</sup> Otto Gierke, Deutsches Privatrecht I 1895, Nachdruck 1936, S. 671 ff.

<sup>3</sup> Flume ZHR 136, 1972, S. 177 ff.

<sup>4</sup> So zuletzt ausdrücklich Goette DStR 2002, 688

<sup>5</sup> Vgl. Abschnitt II. 4 Abs. 3 der Gründe

<sup>6</sup> Ulmer ZIP 2001, 585, 592; ablehnend hinsichtlich der Forderung Ulmers nach einer Identitätsausstattung Habersack BB 2001, 477, 478

<sup>7</sup> z. B. Zöllner, FS Gernhuber 1993, S. 563 ff.

<sup>8</sup> Flume ZHR 136, 1972, S. 177

§ 736 ZPO nicht entgegen. Die Verfahrenspraxis hat sich auf die Parteifähigkeit der GbR einzustellen.<sup>9</sup>

### 3. Auswirkungen der geänderten Rechtsprechung

Kraft der ihr durch die geänderte Rechtsprechung zugestandenen Rechtsfähigkeit wird die Außen-GbR aus vertraglichen und gesetzlichen Rechtsverhältnissen selbst berechtigt und verpflichtet, und nicht mehr die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.<sup>10</sup> Eine gemeinsame Anspruchsberechtigung der Gesellschafter gibt es nicht mehr. An die Stelle der gemeinsamen Verpflichtung der Gesellschafter ist ihre persönliche, akzessorische und gesamtschuldnerische Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend § 128 HGB getreten. Inhaber des Gesellschaftsvermögens ist jetzt die GbR; zwischen deren Vermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter ist zu unterscheiden.

Die geänderte Rechtsprechung hat Auswirkungen auf Dogmatik und Praxisfolgen von Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit, Vertretung, Publizität und Innenrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

## 4 Einzelfragen

### 4.1 Vertretung

Aus der Teilrechtsfähigkeit der GbR folgt, dass die Vertretungsmacht der Gesellschafter organschaftlichen Charakter hat.<sup>11</sup> Nach der gesetzlichen Regelung besteht Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter gemeinsam, §§ 714, 709 BGB. Der Gesellschaftsvertrag kann abweichend regeln, insbesondere Einzelvertretung, Gesamtvertretung durch je zwei Gesellschafter oder den Ausschluss von Gesellschaftern von der Vertretung vorsehen. Die Problematik abweichender Vertretungsregelungen besteht darin, dass die Vertretungsverhältnisse keinem öffentlichen Register entnommen werden können.<sup>12</sup> Der Geschäftspartner kann die von einem abweichend vom Gesetz vertretungsgefugten Gesellschafter abgegebene Willenserklärung gemäß § 174 S. 1 BGB zurückweisen, es sei denn

- der Gesellschafter legt eine Vollmacht der übrigen Gesellschafter vor, oder
- der Gesellschafter legt den Gesellschaftsvertrag mit der konkreten Vertretungsregelung vor, oder
- der Gesellschafter legt eine Erklärung aller oder der übrigen Gesellschafter über eine von §§ 709, 714 BGB abweichende Vertretungsregelung vor.<sup>13</sup>

Auch bei Anwendung dieser BGH-Grundsätze bleibt in den Fällen, in denen Vollmachten oder Erklärungen der übrigen Gesellschafter vorgelegt werden, die Schwierigkeit des Nachweises, wer Gesellschafter ist. Die angesichts der Teilrechtsfähigkeit der GbR adäquate Handhabung besteht in der Vorlage des Gesellschaftsvertrages. Dieser Gesellschaftsvertrag bleibt unabhängig von einem späteren Gesellschafterwechsel maßgeblich. Enthält er eine allgemeine vom Gesetz abweichende Vertretungsregelung – z. B.

Einzelvertretungsbefugnis aller Gesellschafter – oder eine personenbezogene abweichende Vertretungsregelung – z. B. Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter A und B –, so genügt seine Vorlage für Vertretungshandlungen der Gründungsgesellschafter bzw. der namentlich bezeichneten Gesellschafter.

### 4.2 Abschied von der GbR mit Haftungsbeschränkung

Die Urteile des BGH vom 27. 9. 1999<sup>14</sup> und vom 29. 1. 2001<sup>15</sup> bedeuten den endgültigen Abschied der Rechtsprechung von der Doppelverpflichtungstheorie und die Hinwendung zur Akzessorietätstheorie. Damit ist die dogmatische Grundlage für die außenwirksame Vereinbarung einer GbR mit Haftungsbeschränkung entfallen. Zudem hat der BGH im Urteil vom 27. 9. 1999 deutlich gemacht, dass er keine rechtspolitische Notwendigkeit für eine GbR mit Haftungsbeschränkung sieht, sondern im Gegenteil eine solche kautelarjuristische Gesellschaftsform mangels garantierten Mindestkapitals und mangels Registerpublizität rechtspolitisch unerwünscht ist.

Die Möglichkeit einer GbR mit Haftungsbeschränkung beruhte auf der Doppelverpflichtungstheorie, nach der die geschäftsführenden Gesellschafter bei rechtsgeschäftlichem Handeln sowohl die Gesellschaft als Gesamthand wie die Gesellschafter persönlich vertreten und verpflichten.<sup>16</sup> Diese Auffassung erlaubte es, die Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnis für die Gesellschafter persönlich im Gesellschaftsvertrag auszuschließen und damit die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.<sup>17</sup> Seine seit BGHZ 74, 240 ständig vertretene Doppelverpflichtungstheorie hat der BGH mit Urteil vom 27. 9. 1999<sup>18</sup> endgültig<sup>19</sup> zugunsten der Akzessorietätstheorie aufgegeben. Die im Namen der GbR begründeten Verbindlichkeiten führen zu einer gesetzlichen persönlichen Gesellschafterhaftung entsprechend § 128 HGB. Sie kann nicht generell durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, sondern nur durch individualvertragliche Vereinbarung mit dem jeweiligen Geschäftspartner. Damit hat der BGH der GbR mit Haftungsbeschränkung eine klare Absage erteilt.<sup>20</sup> Durch die Hinwendung des BGH zur Gruppenlehre und damit die Konzipierung der Rechtsfähigkeit der GbR hat sich auch die vorherige Hinwendung zur Akzessorietätstheorie verfestigt. Die Außen-GbR mit Rechtsfähigkeit i. S. von § 14 Abs. 2 BGB wird primär berechtigt und verpflichtet, während die persönliche Mitverpflichtung der Gesellschafter eine gesetzliche und akzessorische Folge des nur die GbR betreffenden Rechtsgeschäfts ist.

### 4.3 Ende der GbR mit Haftungsbeschränkung als gewerblich geprägte Personengesellschaft i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG

Seit dem Urteil des BGH vom 27.9.1999 ist die GmbH & Co. GbR mbH zivilrechtlich nicht mehr zulässig und steht damit als Gestaltung zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG nicht mehr zur Verfügung. Nach letzterer Vorschrift gilt eine lediglich vermögensverwaltende Personengesellschaft dann als Gewerbebetrieb, wenn aus-

<sup>9</sup> Hierzu Wertensbruch NJW 2002, 324; Bedenken bei Jauernig NJW 2001, 2232; vgl. auch die weitere Entscheidung BGH NJW 2002, 1207 in derselben Sache

<sup>10</sup> Pohlmann WM 2002, 1421 mit eingehender Darstellung der Folgerungen für Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit

<sup>11</sup> Ulmer MünchKomm BGB, 3. A., § 714 Rn. 5 ff.; BGH NJW 2002, 1194

<sup>12</sup> BGH NJW 2002, 1195

<sup>13</sup> So die Grundsätze von BGH NJW 2002, 1194

<sup>14</sup> BGHZ 142, 315

<sup>15</sup> BGHZ 146, 341

<sup>16</sup> Ulmer AcP 198, 1998, S. 113; Ulmer MünchKomm BGB, Bd. 5, 3. A. 1997, § 714 passim

<sup>17</sup> Vgl. Langenfeld, GbR, 4. Auflage 1997, 88

<sup>18</sup> BGHZ 142, 315

<sup>19</sup> Goette DStR 2002, 688

<sup>20</sup> Goette DStR 1999, 1707; Dauner-Lieb DStR 2001, 356

schließlich Kapitalgesellschaften persönlich haftende und geschäftsführende Gesellschafter sind. Seit Einführung dieser gewerblich geprägten Personengesellschaft in das EStG bediente man sich bevorzugt der GbR mit einer GmbH als haftendem und allein geschäftsführenden Gesellschafter und Haftungsbeschränkung für die übrigen Gesellschafter nach den Grundsätzen der Doppelvertretungstheorie, um die Effekte der gewerblichen Prägung zu erreichen. Deren Vorteile liegen einmal in der Erhaltung des Betriebsvermögens ohne Aufdeckung stiller Reserven bei Betriebsaufgaben und sonstigen Umstrukturierungen von Unternehmen,<sup>21</sup> zum anderen in der Schaffung von Betriebsvermögen durch Einbringung in die gewerblich geprägte Personengesellschaft zum Zweck der Erbschaftsteuerreduzierung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG.<sup>22</sup> Durch die Gewerbesteuerpflicht entstehen infolge der Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG keine Nachteile.

Da bis zum Handelsrechtsreformgesetz 1998 eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG nicht möglich war, war die gewerbliche Prägung nur über die GmbH & Co. GbR mbH zu erreichen. Seitdem ist nach § 105 Abs. 2 HGB n. F. die vermögensverwaltende KG zulässig. Die Umwandlung bestehender GmbH & Co. GbR in GmbH & Co. KG wurde von der Verwaltung befristet zugelassen.<sup>23</sup> Seitdem ist die gewerbliche Prägung i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG nur noch über die GmbH & Co. KG zu erreichen.<sup>24</sup>

#### 4.4 Exkurs: Sonderrechtsprechung für Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften

Mit Urteil vom 21. 1. 2002<sup>25</sup> hat der BGH seine Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Haftungsbeschränkungen bei der GbR<sup>26</sup> für geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften in sachgerechter und praxistauglicher Weise modifiziert und eingeschränkt. Dies betrifft drei Fallgruppen und Vertragstypen. Zum ersten dürfen sich Anlagegesellschafter bereits bestehender Immobilienfonds aus Gründen des Vertrauensschutzes für die vor der Rechtsprechungsänderung abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im GbR-Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der aufgegebenen Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.

Zum zweiten gilt für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen GbR-Immobilienfonds, dass die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Fonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften nicht nur durch Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, sondern auch durch wirksam in den Vertrag mit dem Vertragspartner einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.

Zum dritten haften künftige Wohnungseigentümer, die als Bauherrengemeinschaft eine Wohnungseigentumsanlage errichten, für die Herstellungskosten auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen, auch wenn sie im Verkehr als Außengesellschaften bürgerlichen Rechts auftreten.

Rechtsprechungsänderungen hinsichtlich dogmatischer Fragen haben nicht lediglich ex-nunc-Wirkung, sondern deklarierten aufgrund besserer Erkenntnis, was immer schon richtig war. Die Rechtslage ändert sich rückwirkend. Das Urteil vom 21. 1. 2002 beschreitet hier neue Wege, wenn es aus Gründen des Vertrauensschutzes den Gesellschaftern die Berufung auf die nach neuer Rechtsprechung unzulässige Haftungsbeschränkung unter der Voraussetzung gestattet, dass die Haftungsbeschränkung nach alter Rechtsprechung wirksam gewesen wäre. Der BGH bedient sich hier der im Bereich vertraglicher Vereinbarungen möglichen und segensreichen Ausübungskontrolle.<sup>27</sup> Neu ist, dass hier die Ausübungskontrolle nicht zum Ausschluss der Berufung auf eine wirksame Vertragsklausel führt, wie dies z. B. beim Verzicht auf nahehelichen Unterhalt hinsichtlich des Kindesbetreuungsunterhalts entschieden wurde,<sup>28</sup> sondern umgekehrt zur Zulassung der Berufung auf eine an sich unwirksame Vertragsklausel.

Diese Ausübungskontrolle ist zu begrüßen. Haftungsauschlüsse beim geschlossenen Immobilienfonds sind seit jeher üblich<sup>29</sup> und von den Vertragspartnern der Fonds-GbR wie Bauhandwerkern, Architekten und Finanzinstituten akzeptiert. Sie kommen in der Form der auf die Einlage begrenzten Haftung der Gesellschafter oder in der Form der höhenmäßig zwar unbegrenzten, aber nicht gesamtschuldnerischen, sondern lediglich quotalen, dem Gesellschaftsanteil entsprechenden Mitverpflichtung vor. Der BGH bezeichnet diese Klauseln zu recht als üblich und heißt sie angesichts des für den einzelnen Kapitalanleger kaum einzuschätzenden, ihn möglicherweise völlig überfordernden Haftungsrisikos gut.

Die Notwendigkeit von Haftungsbeschränkungen beim Immobilienfonds besteht auch für die Zukunft. Nur ist infolge der geänderten Rechtsprechung eine gesellschaftsvertragliche Haftungsbeschränkung mit Außenwirkung nicht mehr möglich. Der Gesellschaftsvertrag kann die akzessorische Haftung der Gesellschaft für Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber den Vertragspartnern der Gesellschaft nicht einschränken oder ausschließen. Dies ist nach den Grundsätzen des Urteils vom 27. 9. 1999<sup>30</sup> nur durch Individualvereinbarung möglich. Das Urteil vom 21. 1. 2002 lässt auf der Ebene des Vertrags mit dem Dritten jetzt über die Individualvereinbarung hinaus die formularmäßige Einbeziehung des der Haftungseinschränkung in den Vertrag zu, ohne dass dem grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners i. S. von § 307 BGB entgegenstünde. Für die Vertragsgestaltung bedeutet dies, dass der Gesellschaftsvertrag mit Innenwirkung zwischen den Gesellschaftern die auf die Einlage oder quotale beschränkte Haftung zu statuieren hat, ferner die Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der geschäftsführenden Gesellschafter dahingehend, dass sie bei jedem Vertrag mit Dritten die Haftungsbeschränkung durch Individualvereinbarung oder formularmäßig einbezogene Vereinbarung herzustellen haben.

Zum Schutz des einzelnen Mitglieds einer Bauherrengemeinschaft hatte der BGH in ständiger Rechtsprechung<sup>31</sup> die quotale, nur anteilige Haftung für die Herstellungskosten dekretiert. Der BGH nutzt im Urteil vom 21. 1. 2002 die Gelegenheit zu der erforderlichen Klarstellung, dass dies für

<sup>21</sup> Mohr GmbH-StB 1997, 44

<sup>22</sup> Stahl NJW 2000, 3100

<sup>23</sup> BMF-Schreiben vom 18.7.2000, BStBl I S. 1198

<sup>24</sup> V. Gronau/Konold DStR 2000, 1860

<sup>25</sup> BGH NJW 2002, 1642

<sup>26</sup> BGHZ 142, 315; BGHZ 146, 341

<sup>27</sup> Vgl. Langenfeld = FS Schippel, 1996, 251

<sup>28</sup> Vgl. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Auflage 2000, Rdn. 29

<sup>29</sup> Vgl. Langenfeld, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 5. Auflage 1999 S. 65

<sup>30</sup> BGHZ 142, 315F

<sup>31</sup> BGHZ 75, 26; BGH BB 1989, 378; BGH BB 1990, 108

als GbR organisierte Bauherrengemeinschaften auch angesichts der geänderten Rechtsprechung gilt. Dogmatisch vertretbar ist das angesichts dessen, dass die quotale Haftung keine Begrenzung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen i. S. des Urteils vom 27. 9. 1999 bedeutet. Es bleibt bei der akzessorischen Haftung aller Gesellschafter für die Verbindlichkeit in ihrer vollen Höhe. Nur haften die Gesellschafter nicht als Gesamtschuldner, sondern lediglich anteilig. Diese Einschränkung ist interessengerecht und entspricht dem spätestens seit 1979 allgemein akzeptierten Rechtszustand.

#### 4.5 Grundbuchfähigkeit und Grundbucheintragung der GbR

Nach der bisher herrschenden Auffassung<sup>32</sup> war die GbR mangels Rechtsfähigkeit nicht grundbuchfähig. Einzutragen als Eigentümer eines Grundstücks oder als sonst Berechtigte waren die Gesellschafter mit ihrem Namen. Da es sich um mehrere Berechtigte handelte, war nach § 47 GBO das Gemeinschaftsverhältnis zu bezeichnen. Es waren also die Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ einzutragen.<sup>33</sup>

Infolge der durch das Urteil des BGH vom 29. 1. 2001<sup>34</sup> festgestellten Rechtsfähigkeit ist die GbR jetzt auch grundbuchfähig. Sie selbst ist Eigentümerin der zu ihrem Vermögen gehörenden Grundstücke und ist als solche im Grundbuch einzutragen. Die Gesellschafter sind nicht unmittelbare Grundstückseigentümer, sondern Inhaber von Gesellschaftsanteilen an der GbR. Die GbR selbst ist Trägerin des Vermögens.<sup>35</sup>

Ein Wechsel im Gesellschafterbestand der GbR führt nicht mehr zur teilweisen Unrichtigkeit des Grundbuchs. Grundbuchunrichtigkeit tritt erst ein, wenn infolge des Ausscheidens aller Gesellschafter bis auf einen von ihnen die GbR erlischt und ihr Vermögen dem verbleibenden Gesellschafter anwächst.<sup>36</sup>

§ 47 GBO ist nicht mehr einschlägig, da nicht mehrere Personen gemeinschaftliche Berechtigte sind, sondern lediglich allein die insoweit rechtsfähige GbR.<sup>37</sup>

§ 15 Abs. 1 lit. b GBV kann dogmatisch problemlos auf die bisher nicht als rechtsfähig angesehene GbR mit der Folge angewendet werden, dass die nunmehr rechtsfähige GbR analog den dort unter Angabe des Namens oder der Firma und des Sitzes als eintragungsfähig bezeichneten juristischen Personen, Handels- und Partnerschaftsgesellschaften gleichgestellt wird.<sup>38</sup>

Schließlich ist es unstrittig, dass die GbR zwar keine handelsrechtliche Firma, aber einen ihr von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag gegebenen Namen führen kann.<sup>39</sup>

Auf der Grundlage der geänderten Rechtsprechung kann es nicht mehr streitig sein, dass die GbR als solche im Grundbuch einzutragen ist. Streitig ist aber, wie sie einzutragen

gen ist. Das Problem spitzt sich darauf zu, ob eine gesellschaftsvertraglich mit einem Namen ausgestattete GbR lediglich unter diesem Namen im Grundbuch eingetragen werden kann oder ob immer noch alle Gesellschafter einzutragen sind. Die Frage, ob die jetzt rechtsfähige GbR durch diesen Namen eine für die Grundbucheintragung lediglich unter diesem Namen ohne Anführung der einzelnen Gesellschafter ausreichende formellrechtliche Identität erhält, wird von der immer noch herrschenden Meinung unter den Grundbuchrechtlern strikt verneint. Sie berufen sich auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchrechts<sup>40</sup> und das „praktisch nicht überwindbare“<sup>41</sup> Hindernis, dass mangels eines öffentlichen Registers für die GbR weder deren Identität, noch deren Gesellschafterbestand, noch deren Vertretung in einem streng formalisierten Verfahren wie der GBO feststellbar seien.<sup>42</sup>

Stellt man auf die fehlende Registerpublizität und damit auf den bei Eintragung lediglich des Namens der GbR fehlende Identitätsnachweis ab, so ist die GbR weiterhin unter Angabe des Namens aller Gesellschafter mit einem auf die Rechtsform hinweisenden Zusatz einzutragen.<sup>43</sup> Der Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ ist dann allerdings nicht mehr korrekt, da er die Gesellschafter als Rechtsträger in den Vordergrund stellt. Tolerabel ist der Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, besser die Bezeichnung „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschafter A, B, C“. Hat die Gesellschaft einen Namen, so kann und sollte dieser auf Antrag ebenfalls eingetragen werden: „Gesellschaft bürgerlichen Rechts Parkstraße 11, Gesellschafter A, B, C“.

Der Wechsel der Gesellschafter führt, da er an der Rechtsinhaberschaft nichts ändert, genau genommen nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs, sondern zu einem Richtigstellungsbedarf in der Bezeichnung des Rechtsträgers. Die Richtigstellung erfolgt von Amtswegen.<sup>44</sup> Auch bei dieser Eintragung bleibt das Problem der organschaftlichen Vertretung durch nur einen oder einzelne Gesellschafter offen. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrag ein oder einzelne Gesellschafter wirksam vertreten oder verfügen können, ist diese Befugnis dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Auch hier fehlt die Registerpublizität der Vertretungsbefugnis. Im Zweifel wird das Grundbuch die Zustimmung aller eingetragenen Gesellschafter verlangen, damit formellrechtlich mehr als materiellrechtlich erforderlich.

Eine im Vordringen begriffene Meinung<sup>45</sup> sucht nach Möglichkeiten, die GbR lediglich unter ihrem Namen im Grundbuch einzutragen und dennoch dem Bestimmtheitsgrundsatz im Hinblick auf die Identität der Gesellschaft, ihrer organschaftlichen Vertretung und ihres Gesellschafterbestandes gerecht zu werden. Ulmer<sup>46</sup> hat den Begriff der „Identitätsausstattung“ für die Mindestanforderungen an eine im Rechtsverkehr unter ihrem Namen auftretende GbR geprägt. Für die Grundbucheintragung ohne Eintragung der Gesellschafter bedeutet dies,<sup>47</sup> dass die GbR einen im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Namen haben muss, und dass dem Grundbuchamt der Gesellschafterbestand und die

<sup>32</sup> Zusammengefasst von Demharter Rpfleger 2001, 329, 330

<sup>33</sup> BGHZ 45, 338, 348; BayObLG Rpfleger 1985, 353; OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 737

<sup>34</sup> BGHZ 146, 341

<sup>35</sup> BGH aaO. A I 2 a

<sup>36</sup> BGHZ 32, 307; BGH NJW 1993, 1194

<sup>37</sup> Heil NZG 2001, 1056, 1060; Demharter Rpfleger 2001, 329, 330; Ulmer/Steffek NJW 2002, 330, 322; Dümig Rpfleger 2002, 53, 58; Lautner MittBayNot 2001, 425, 430; Pohlmann WM 2002, 1421, 1429

<sup>38</sup> Demharter Rpfleger 2001, 329, 330; Ulmer/Steffek NJW 2002, 330/333; Pohlmann WM 2002, 1421, 1430

<sup>39</sup> Ulmer, GbR, § 705 Rdn. 225 ff.

<sup>40</sup> Dazu m.w.N. Ulmer/Steffek NJW 2002, 330/333

<sup>41</sup> Demharter Rpfleger 2001, 329, 330

<sup>42</sup> Demharter aaO.; Böhringer BWNNotZ 2002, 42

<sup>43</sup> Demharter Rpfleger 2001, 329, 330

<sup>44</sup> Zur Richtigstellung außerhalb des Verfahrens nach § 22 GBO vgl. Demharter, GBO, 23. A. 2000, § 22 Rdn. 22 f; Schöner/Stöber,

GrundbuchR 12. Aufl. 2001, Rdn. 290 f.; Dümig Rpfleger 2002, 533, 55

<sup>45</sup> Eickmann ZfIR 2001, 433; Ulmer/Steffek NJW 2002, 330; Dümig Rpfleger 2002, 53; Pohlmann WM 2002, 1421

<sup>46</sup> Ulmer/Ulmer ZIP 2001, 585

<sup>47</sup> Ulmer/Steffek NJW 2002, 330, 335 ff.; grundsätzlich ebenso Pohlmann WM 2002, 1421, 1430

Vertretungsverhältnisse in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO<sup>48</sup> nachzuweisen sind. Bei Gründung der GbR ist hierzu der Gesellschaftsvertrag, unterschrieben von allen Gesellschaftern und mit notarieller Beglaubigung von deren Unterschriften, vorzulegen. Er genügt zum Nachweis der Gründung, des Namens und bei richtiger Gestaltung auch der Vertretungsbefugnisse. Bei späteren Änderungen im Gesellschafterbestand ist eine Gesellschafterliste in derselben Form vorzulegen, bei Änderungen in der Vertretungsbefugnis ein Gesellschafterbeschluss ebenfalls in derselben Form.

#### 4.6 Neueste Entwicklung

Wie vorauszusehen war, sind die ersten Reaktionen der Rechtsprechung negativ. Das LG Dresden hat die Möglichkeit, die GbR unter ihren Namen im Grundbuch einzutragen, verneint.<sup>49</sup> Nach der ersten Konzeption dieses Aufsatzes wurde in DNotl Aktuell eine ausführliche ablehnende Entscheidung des BayObLG vom 31. 10. 2002<sup>50</sup> veröffentlicht. Der Leitsatz lautet: „Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden.“ Das Überraschende an der Entscheidung ist, dass der 2. Senat des BayObLG nicht nur aus Gründen des formellen Grundbuchrechts die Möglichkeit verneint, die rechtsfähige GbR lediglich unter ihrem Namen einzutragen, ohne dass gleichzeitig zu ihrer Identifizierung auch die Namen der Gesellschafter eingetragen werden, sondern für den Teilbereich des Grundbuchs die Grundbuchfähigkeit im Sinne der Rechtsfähigkeit überhaupt verneint. Er beruft sich dabei unter anderem auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der nicht ausgeschlossen wird, dass z.B. die Arbeitsgeberfähigkeit der GbR weiterhin verneint wird.<sup>51</sup> Der 2. Senat setzt sich bewusst in Gegensatz zu einer Entscheidung des 3. Senats des BayObLG vom 7. 5. 2002,<sup>52</sup> in der in einer Kostensache die

Auffassung vertreten wird, bei Eintragung der Gesellschafter einer GbR mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eines Grundstücks, sei die GbR als Eigentümerin eingetragen und damit Rechtsträger, nicht aber die einzelnen Gesellschafter in ihrer Verbundenheit durch das Gesamthandsvermögen. Schon dieser Widerspruch zwischen zwei Zivilsenaten des BayObLG macht deutlich, dass mit dem Beschluss des 2. Senats vom 31. 10. 2002 das letzte Wort noch nicht gesprochen sein kann.

Zur Begründung der Verneinung der Grundbuchfähigkeit im Sinne der Rechtsfähigkeit der GbR beruft sich der 2. Senat BayObLG auf die mangelnde Registerfähigkeit und damit Publizität der GbR, die im formellen Grundbuchrecht dazu führt, dass die Eintragung der GbR unter ihrem Namen nach der GBO nicht möglich ist. Weder das Grundbuch selbst noch die Grundakten könnten als Ersatz für ein fehlendes Register dienen. Der Nachweis des Bestehens und der Verfügungsbefugnis könne mangels Registerpublizität für eine GbR nicht geführt werden. Dies gelte auch, wenn die Gesellschaft weiterhin unter Anführung der Gesellschafter eingetragen würde. Die Vermutung des § 891 BGB würde dann nicht an die eingetragenen Gesellschafter anknüpfen, sondern an die Gesellschaft. Im übrigen würde ein guter Glaube an die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis nicht geschützt sein. Im Ergebnis könne nur der Gesetzgeber die Voraussetzung für die Eintragung der GbR als solcher im Grundbuch schaffen.

#### 4.7 Die grundbesitzende GbR: Ein Torso

Der BGH hat mit seiner geänderten Rechtsprechung der vermögensverwaltenden GbR mit Grundbesitz keine neuen Möglichkeiten eröffnet, sondern ihre bisherigen Defizite noch verschärft. Die fehlende Registerpublizität für Firma, Gesellschafter und Vertretungsbefugnisse lässt sich durch die Vertragsgestaltung nicht völlig ersetzen, auch wenn man den Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet. Ein GbR-Register wird der Gesetzgeber nicht einrichten.

BGH und BayObLG haben es im Ergebnis geschafft, die grundbesitzende GbR als praktische Gestaltung derzeit nicht empfehlenswert erscheinen zu lassen. Die Praxis sollte und wird auf die vermögensverwaltende OHK/KG nach § 105 Abs. 2 HGB übergehen, der alle Attribute eignen, die der GbR fehlen.

<sup>48</sup> Nicht § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, so richtig Dümig Rpfleger 2002, 53, 56

<sup>49</sup> LG Dresden NotBZ 2002, 384 mit ablehnender Anmerkung von Hammer

<sup>50</sup> ZZBR 70/02

<sup>51</sup> BGH NJW 2002, 1207

<sup>52</sup> Rpfleger 2002, 536 mit Anm. Demharter

# Neue Amtspflichten des Notars bei Verbraucherverträgen (§ 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG)<sup>1</sup>

Von Notar Professor Walter Böhlinger, Heidenheim/Brenz

Bei Immobiliengeschäften kam es in der Vergangenheit hin und wieder zu Versäumnissen auf Unternehmenseiten. Mancher Verbraucher erschien unvorbereitet zum Beurkundungstermin beim Notar. § 17 Abs. 2a S. 2 und 3 BeurkG verschafft dem Notar nunmehr neue Amtspflichten<sup>2</sup>, trägt zur Informationsstärkung des Verbrauchers bei, bedeutet aber auch einen tiefen Einschnitt in die Vertragsabschlussfreiheit.

## I. Normzweck

§ 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG will sicherstellen, dass der Verbrauch bei Immobiliengeschäften vor Übereilung und Überrumpelung geschützt wird. Der Verbraucher soll Zeit zur Vorbereitung des Verbrauchervertrags haben, sich informieren, sachverständigen Rat Dritter einholen, Finanzierungsfragen ohne Hektik klären können. Dabei soll die typisierte Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer ausgeglichen werden.

## II. Verbraucherverträge

### 1. Geltungsbereich der Norm

Die neuen Regelungen des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG gelten für Verbraucherverträge i. S. von § 310 Abs. 3 BGB. Verbrauchervertrag ist demnach der Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. Dabei ist es gleichgültig, ob der Verbraucher Käufer oder Verkäufer, Darlehensgeber oder Darlehensnehmer, Vermieter oder Mieter ist<sup>3</sup>. § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG gilt nicht für Verträge zwischen Unternehmern, zwischen Verbrauchern und auch nicht für rein einseitige Rechtsgeschäfte.

Die Begriffe „Unternehmer“ und „Verbraucher“ sind in §§ 13 und 14 BGB definiert. Unternehmer sind natürliche oder juristische Personen oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Dazu zählen Kapitalgesellschaften, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften. Eine nur vermögensverwaltende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist kein Unternehmer. Obwohl der Begriff Unternehmer auf Kommunen, Kirchen und die sonstigen Gebietskörperschaften nicht passt, ist im Zweifel davon aus-

zugehen, dass auch sie als Unternehmer i. S. von § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG zu gelten haben<sup>4</sup>. Nicht zu den Verbrauchern zählen Idealvereine und gemeinnützige Stiftungen. Auch ein Unternehmer ist als Verbraucher einzustufen, wenn er in seinen Privatbereich erwirbt. Wer erst künftig eine gewerbliche Tätigkeit aufnimmt, ist noch Verbraucher. Erwirbt z. B. eine zum Zwecke des Haltens und der Veräußerung von Grundstücken gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihr erstes Grundstück, so unterliegt lediglich das Existenzgründungsgeschäft den Regeln der §§ 13, 14, 310 BGB; danach ist die Gesellschaft kein Verbraucher mehr<sup>5</sup>.

### 2. Betroffene Verbrauchergeschäfte/Vertragstypen

Zu den Verbrauchergeschäften zählen: Kaufverträge, Bauträgerverträge, Tausch- und Übergabeverträge, Verträge zur Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Erfüllung einer Einlageverpflichtung. Auch der Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts ist ein Verbrauchervertrag, ebenso ein Vertrag über die Einräumung von beschränkten persönlichen Rechten an einem Grundstück, z. B. zur Bestellung von Dienstbarkeiten und Finanzierungsgrundschulden. Die Optionsgeschäfte wie die Bestellung eines Ankaufs-/Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts zählen zu den Verbraucherverträgen. Auch der Geschäftsbesorgungsvertrag für ein Grundstück mit Vollmacht für Verkäufer/Käufer unterfällt dem Begriff eines Verbrauchervertrags. Wenn der Vertragsabschluss aufgesplittet wird in Angebot und Annahme, handelt es gleichwohl sich um einen Verbrauchervertrag.

Nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen rein einseitige Erklärungen wie z. B. die Teilungserklärung nach § 8 WEG, die Gründung einer Ein-Personen-GmbH, reine Unterschriftsbeglaubigungen durch den Notar (z. B. Genehmigungserklärung zu einem Verbrauchervertrag), die freiwillige Grundstücksversteigerung durch den Notar. Auch Verträge zur Übertragung von Geschäftsanteilen, umwandlungsrechtliche Vorgänge und familien-/erbrechtliche Beurkundungen zählen nicht hierzu.

## III. Persönliches Handeln oder Vertrauensperson

### 1. Schutz des Verbrauchers

§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG stellt klar, dass der Notar das Beurkundungsverfahren in jedem Einzelfall idealtypisch gestalten soll. Der Verbraucher soll demnach persönlich den Beurkundungstermin wahrnehmen. Darauf hat der Notar hinzuwirken. Ist der Verbraucher verhindert, soll er einer Person seines Vertrauens Vollmacht erteilen.

Vertrauenspersonen sind Personen, die im „eigenen Lager“ des Verbrauchers stehen, also Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte, Freunde und Bekannte. Auch ihr Rechtsanwalt und Steuerberater fallen unter den Begriff der Vertrauensperson. Bei einer Erbengemeinschaft dürfte oftmals der handelnde Miterbe als Vertrauensperson gelten. Veräußert/erwirbt eine Wohnungseigentümergeinschaft eine Teil-

<sup>1</sup> Der Veröffentlichung liegt ein Redemanuskript zugrunde, das der Verfasser anlässlich eines Besuches des Präsidenten des Landgerichts Ellwangen bei der Versammlung des Notarsprengels Aalen am 27. November 2002 verwendet hat. Die Vortragsform wurde verändert.

<sup>2</sup> Literatur: Brambring, Sperrfrist für Beurkundungstermin, ZfIR 2002, 597; Bohrer, Notarsperre für Verbraucherverträge?, DNotZ 2002, 579; Grziwotz, (Verbraucher-)Schutz vor dem Notar oder durch den Notar, ZIP 2002, 2109; Hertel, Erste Anmerkungen zur Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG, ZNotP 2002, 286; Litzemberger, Der Notar als Verbraucherschützer – die Amtspflichten gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG, NotBZ 2002, 280; Maaß, Zur Auslegung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr.1 BeurkG – Sind Vollmachten in Grundstücksverträgen mit Verbrauchern weiterhin zulässig und können Mitarbeiter des Notars bei deren Vollzug aufgrund solcher Vollmachten weiterhin wirksam handeln, ZNotP 2002, 455; Mohnhaupt, Zur Änderung des Beurkundungsverfahrens durch das OLG-Vertretungsgesetz, NotBZ 2002, 248; Pützhoven, Die Verbraucher-Unternehmer-Eigenschaft in der notariellen Verhandlung, NotBZ 2002, 273; Schmucker, Die „Entstehungsgeschichte“ der Ergänzung von § 17 Abs. 2a BeurkG, DNotZ 2002, 510; Sorge, Die Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG, DNotZ 2002, 593; Solveen, Die Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG und ihre Folgen für die notarielle Praxis, RNotZ 2002, 318.

<sup>3</sup> Litzemberger, NotBZ 2002, 280.

<sup>4</sup> Dazu DNotI-Gutachten 2002, 52 Fax-Abuf Nr. 11246; Hertel, ZNotP 2002, 286, 289; Pützhoven, NotBZ 2002, 273, 277; Sorge, DNotZ 2002, 593, 598.

<sup>5</sup> Eingehend Pützhoven, NotBZ 2002, 273, 278.



fläche von oder zu der Anlage und handelt für alle Miteigentümer einer von ihnen, so kann von einer Vertrauensstellung ausgegangen werden. Für gesetzliche Vertreter und Vertreter kraft Amtes gilt der Begriff „Vertrauensperson“ nicht.

Erteilt der Verbraucher vorab einer Vertrauensperson eine General- oder Vorsorgevollmacht<sup>6</sup>, so ist der Bevollmächtigte Vertrauensperson. Bei einer Spezialvollmacht sollte der Notar, der den Verbrauchervertrag beurkundet, vorsorglich die Bestätigung des Verbrauchers einholen, dass der Vertreter eine Vertrauensperson des Vertreters ist; dies kann anlässlich der Übersendung des Vertragsentwurfs geschehen<sup>7</sup>. Ein Vermerk im Verbrauchervertrag hierüber ist nicht erforderlich, kann sich aber wegen der disziplinar- und haftungsrechtlichen Gefahren empfehlen<sup>8</sup>. Auch eine vollmachtlos handelnde Person kann Vertrauensperson sein<sup>9</sup>.

## 2. Ausgeschlossene Vertreter

Der Normzweck des § 17 Abs. 2 a S. 2 BeurkG ist das Fernhalten von Vertretern mit konkurrierenden Fremd- und/oder Eigeninteressen. Keine Vertrauenspersonen sind Angestellte des Bauträgers, Mitarbeiter des Notars, Treuhänder der Immobiliengesellschaft und die andere Vertragspartei selbst.

Künftig nicht mehr zulässig sind systematische Beurkundungen mit Vertretern ohne Vertretungsmacht oder beliebigen Bevollmächtigten. Auch die Beurkundung mit bevollmächtigten Vertretern aus dem „Lager“ des Unternehmers scheiden aus. In einem solchen Fall ist das Rechtsgeschäft aufzusplitten in ein vom Verbraucher abgegebenes Angebot und in eine Annahme des Angebots durch den Unternehmer. Ein umgekehrtes Verhältnis von Angebot und Annahme ist nicht mehr geduldet.

Der Unternehmer-Verkäufer kann künftig keine Finanzierungsgrundschuld mehr – auch – in Vollmacht des Verbraucher-Käufers bestellen<sup>10</sup>. Anders zu bewerten ist dagegen eine Vollmacht des Unternehmer-Verkäufers an den Verbraucher-Käufer zur Bestellung der Grundschuld. Zulässig bleibt auch die Vollmacht mehrerer Erwerber untereinander, sich bei der Grundschuldbestellung zu vertreten.

Bedenklich ist eine Vollmacht zur Änderung des Verbrauchervertrags an andere Personen als aus dem „eigenen Lager“. Eine Vollmacht für den Bauträger zur Änderung der Teilungserklärung oder Bestellung von Dienstbarkeiten für die Versorgung und Entsorgung der Wohnanlage ist möglich, wenn die Vollmacht Ausübungsbeschränkungen enthält<sup>11</sup> wie z. B. *„Die Vollmacht berechtigt nicht zur Änderung des Miteigentums, des Sondereigentums und des Sondernutzungsrechts des Verbrauchers, es sei denn, er stimmt zu. Die Vollmacht kann nur beim Urkundsnotar oder seinem Vertreter ausgeübt werden.“*

## 3. Handeln von Notar-Mitarbeitern

Künftig nicht mehr zulässig ist die Abgabe von Erklärungen im Namen des Verbrauchers durch Notar-Mitarbeiter. Dies gilt z. B. für den Abschluss oder die Änderung eines Verbrauchervertrages, zur Bestellung einer Finanzierungs-

grundschuld<sup>12</sup>. Weiterhin zulässig ist dagegen die Vornahme von Vollzugsgeschäften durch den Notar-Mitarbeiter. Dazu zählen die Erklärung der Auflassung, Anerkennung des Messungsergebnisses beim Teilflächenkauf, die Stellung von Eintragungsanträgen, Rangbestimmungen, Abgabe von Identitätserklärungen, Klarstellungen zum Grundbuchbestand und der Grundstücksbezeichnung sowie Mitteilung von Genehmigungen des Vormundschafts-/Familien-/Nachlassgerichts.

## IV. Erfüllung der Hinwirkens-Pflichten des Notars

Der Notar erfüllt seine Pflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 BeurkG durch entsprechende Termingestaltung und durch Übersendung eines Entwurfs bei beurkundungspflichtigen Grundstücksverträgen und beim Vertrag zur Bestellung eines Erbbaurechts. Der Verbraucher kann den Notar nicht von seiner Amtspflicht entbinden und keinerlei Verzichtserklärungen hierüber abgeben.

Die Regelfrist des § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 BeurkG ist für die Parteien nicht disponibel, ein Verzicht auf die Sperrfrist nicht möglich. Dem Notar können aber Gründe für das Vorliegen eines Ausnahmefalles dargelegt werden. Der Notar darf andererseits die Beurkundung nicht willkürlich hinausschieben oder dem Verbraucher einen Entwurf aufnötigen<sup>13</sup>. Auch der Notar hat das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht des Verbrauchers zu respektieren und die Beurkundungsverhandlung durchzuführen<sup>14</sup>.

## V. 2-Wochen-Wartefrist

### 1. Regelfrist

§ 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 BeurkG verpflichtet den Notar dazu, dem Verbraucher den Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts zuzuleiten und ihm eine ausreichende Überlegungsfrist einzuräumen, die in der Regel zwei Wochen betragen soll. Diese Frist ist eine Regelfrist, die im Einzelfall auch unterschritten, aber auch überschritten werden kann, wenn weitergehende Prüfungen anzustellen sind. Die Frist beginnt mit der Aushändigung des Entwurfs und endet mit dem Beurkundungstermin.

### 2. Fristunterschreitung

Dem Notar ist durch den Tatbestand der Regelfrist ein gewisses Ermessen im Einzelfall eingeräumt<sup>15</sup>. Die Regelfrist kann daher unterschritten werden, wenn dem Notar Gründe hierfür dargelegt werden<sup>16</sup>. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung. Kriterien hierfür können sein: Art, Umfang, Umstände und Schwierigkeitsgrad, Sachkunde des Verbrauchers, Gefährdungspotential z. B. eines steuerlichen Anlageprojekts, konkrete Gefahr eines Verkaufs an Dritte mangels Bindung des Unternehmers, Gefahr im Verzug (Abwendung nicht oder schwer wieder gutzumachender Schäden für den Verbraucher).

Eine Fristunterschreitung ist möglich bei Eilbedürftigkeit, z. B. wegen Urlaubsreise, längerer Abwesenheit oder drohender Heilbehandlung. Zu denken wäre auch an die „Neujahrsfalle“

<sup>6</sup> Dazu Sorge, DNotZ 2002, 593, 600.

<sup>7</sup> So Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>8</sup> Ebenso Litzemberger, NotBZ 2002, 280, 282.

<sup>9</sup> Sorge, DNotZ 2002, 593, 601.

<sup>10</sup> Sorge, DNotZ 2002, 593, 602; erhebliche Bedenken hat auch Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>11</sup> Dazu Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>12</sup> A.A. Maaß ZNotP 2002, 455.

<sup>13</sup> Litzemberger, NotBZ 2002, 280 283.

<sup>14</sup> Ebenso Bohrer, DNotZ 2002, 579, 593.

<sup>15</sup> Hertel, ZNotP 2002, 286, 290.

<sup>16</sup> Hertel, ZNotP 2002, 289; Mohnhaupt, NotBZ 2002, 248, 250.

bei der Eigenheimzulage. Stets muss aber der Notar den Eindruck gewinnen, dass trotzdem überlegtes Handeln des Verbrauchers möglich ist. Auch bei einem Vertrag über Häuser mit üblichen notariellen Standards oder bei vorausgegangenem Gespräch mit Notar oder einem unabhängigen Dritten ist eine Fristverkürzung möglich. Maßstab ist stets, ob der Verbraucher ausreichend Zeit zur Informationsstärkung hatte. Eine ähnliche Situation kennt der Notar bereits bei seiner Pflicht zur Einsicht in das Grundbuch. Die von den Parteien vorgebrachten Gründe zur Fristverkürzung müssen für den Notar nachvollziehbar sein. Der Notar muss den Eindruck erhalten, dass der Verbraucher ausreichende Überlegungszeit hatte.

### 3. Betroffene Rechtsgeschäfte

Betroffen von der 2-Wochen-Wartefrist sind Verbraucherverträge, die grundstücksbezogen<sup>17</sup> und nach § 311b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB zur beurkunden sind. Die Sperrfrist ist einzuhalten bei Bauträgerkaufverträgen, Bauherrenmodellen, Mietkaufmodellen, Leasingverträgen, mit einem Verbraucher-Darlehensvertrag gemäß § 358 Abs. 2 BGB verbundenen Geschäften. Von der Regelfrist ausgenommen sind isoliert beurkundete Auflassungen, Bestellung von Grundpfandrechten, beschränkten dinglichen Grundstücksrechten, familien-/erbrechtliche Vorgänge, Geschäftsanteilsübertragungsverträge, umwandlungsrechtliche Vorgänge und GmbH-Gründungen.

## VI. Übersendung eines Entwurfs

### 1. Inhalt des Entwurfs

Der Entwurf braucht kein Entwurf im kostenrechtlichen Sinne von § 145 KostO sein. Die Vollständigkeit des Entwurfs wird nicht vorausgesetzt. Der Entwurf muss aber Angaben (essentialia) enthalten über den Unternehmer, die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes, die voraussichtliche Höhe des Kaufpreises, die Zahlungsmodalitäten mit Angaben über Hinterlegung oder mittelbare Zahlung, ob Schuldübernahme oder Löschung von dinglichen Rechten. Auch Regelungen über die Sach- und Rechtsmängelhaftung sowie über die Verteilung von Erschließungskosten und anderen Kosten müssen ersichtlich sein. Beim Bauträgervertrag ist auch die Baubeschreibung und die Teilungserklärung mit zu übersenden, zu denken ist auch an Pläne. Fehlen dürfen im Entwurf noch konkrete Angaben zur Fälligkeit des Kaufpreises und der Übergabe des Vertragsgegenstandes, die Sonderwünsche des Verbrauchers und die genaue Angabe des oder der Verbraucher samt Gemeinschaftsverhältnis.

### 2. Übersendung des Entwurfs

Der Entwurf des Rechtsgeschäfts ist dem Verbraucher zu übersenden. Dies kann durch den Notar, den Unternehmer oder einen Makler geschehen. Die Übersendung kann in Papierform oder papierlos elektronisch erfolgen. Erstellt der Notar vor dem Beurkundungstermin noch einen individualisierten Entwurf (endgültige Urkundenfassung), so sollte der Notar dem Verbraucher diese Entwurfsfassung zusätzlich übersenden; dann läuft aber keine neue 2-Wochen-Wartefrist. Der Notar hat sich zu vergewissern, dass der vom

Unternehmer übersandte Entwurf mit dem individualisierten Entwurf des Notars und dem Urkundentext in den wichtigsten Angaben übereinstimmt.

### 3. Anschreiben an Verbraucher

Übersendet der Notar den Entwurf des Vertrages an den Verbraucher, so sollte er in einem Anschreiben darauf hinweisen<sup>18</sup>, dass der Notar für eine rechtliche Beratung vor dem Beurkundungstermin zur Verfügung steht und dass der Verbraucher sachverständigen Rat Dritter einholen kann wegen der Finanzierung des Kaufpreises, der wirtschaftlichen Ausgewogenheit des Vertrages, der Bonität des Unternehmers und wegen steuerlicher Aspekte. Mustertext: *„Vereinbaren Sie mit uns bitte einen passenden Beurkundungstermin. Gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG soll der Beurkundungstermin grundsätzlich erst 2 Wochen nach Erhalt dieses Entwurfs stattfinden, um Ihnen Gelegenheit zur Vorbereitung zu geben, z. B. für die Kaufpreisfinanzierung, Klärung steuerrechtlicher Aspekte, Prüfung der Bonität des Unternehmers und der Angemessenheit des Kaufpreises sowie der sonstigen wirtschaftlichen Ausgewogenheit durch Einholung von Rat Dritter wie Rechtsanwalt, Steuerberater, Gutachter, Schätzer, Banken. Es steht Ihnen allerdings frei, einen früheren Termin zu vereinbaren.“*

## VII. Dokumentation der Verhaltens des Notars

Der Gesetzgeber schreibt die Aufnahme eines Belehrungsvermerks oder einer Erklärung der Beteiligten in der Notarurkunde nicht vor. Weder bei der Einhaltung der Regelfrist noch bei Unter- oder Überschreitung der Wartefrist ist ein entsprechender Vermerk notwendig. Gleichwohl empfiehlt es sich für den Notar, den von ihm festgestellten Tatbestand wegen einer späteren Notarprüfung festzuhalten, damit er nicht in Erklärungsnot kommt. Einem Vermerk in der Notarurkunde kann eine gewisse Beweisfunktion zukommen. Wird lediglich ein Vermerk in der Nebenakte angebracht, so ist zu bedenken, dass diese einer kürzeren Aufbewahrungsfrist unterliegt und dadurch evtl. nicht mehr zur Verfügung steht, wenn disziplinar- oder haftungsrechtliche Fragen geprüft werden. Vor allem bei sofortiger Beurkundung oder enormer Verkürzung der Wartefrist ist ein Vermerk in der Urkunde dringend anzuraten<sup>19</sup>.

Bei einem Vermerk sollte der Notar Feststellungen zum Datum der Übersendung des Entwurfs treffen. Auch die von den Parteien vorgetragenen Gründe für eine Verkürzung der Wartefrist sind festzuhalten mit der Feststellung, dass der Verbraucher gleichwohl ausreichend Gelegenheit zur Vorbereitung des Notartermins hatte. Ein Verzicht des Verbrauchers auf die Amtspflichten des Notars ist allerdings nicht zulässig.

## VIII. Konsequenzen bei Verstößen

§ 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG enthält Soll-Vorschriften, die für den Notar aber als Amtspflichten gelten und von ihm zu beachten sind. Verstöße hiergegen hat die Notaraufsicht zu ahnden. Ein Verstoß stellt aber keinen Grund zu Amtsenthebung dar. Die Verletzung der Amtspflichten bewirkt allerdings keine materiell-rechtliche Unwirksamkeit des Verbrauchervertrags.

<sup>17</sup> Dazu zählt auch der Vertrag zur Bestellung eines Erbbaurechts.

<sup>18</sup> Ebenso Litzemberger, NotBZ 2002, 280, 283

<sup>19</sup> So auch Hertel, ZNotP 2002, 286, 290.

## Steuerrechtsecke (XVII)

Von Wolfgang Gehweiler<sup>1</sup>, Mittelsteinbach

Der nachfolgende Beitrag handelt Wissenswertes aus dem Steuerrecht ab. Auch der heutige Beitrag stellt eine Fortsetzung der bisher in dieser Zeitschrift erschienenen „Steuerrechtsecken“ dar und selbstverständlich ist auch die Auswahl wieder subjektiv geprägt.

### ABGABENORDNUNG

#### 1. Aufrechnung

Rechnet das Finanzamt eine bei Fälligkeit nicht entrichtete Steuerforderung gegen eine zum Zeitpunkt der Aufrechnung bereits entstandene Erstattungsforderung des Steuerpflichtigen auf, so bleiben die in der Zeit bis zum Fälligwerden der Erstattungsforderung entstandenen Säumniszuschläge bestehen.<sup>2</sup>

#### 2. Vorbehalt der Nachprüfung

Ein Steuerbescheid ist nur dann wirksam unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gestellt, wenn die Kennzeichnung des Vorbehaltes im Steuerbescheid für den Steuerpflichtigen eindeutig erkennbar ist.<sup>3</sup>

#### 3. Wirtschaftliches Eigentum

Wirtschaftliches Eigentum an einem Grundstück ist bereits vor Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten möglich. Das Finanzgericht entschied durch Urteil vom 18. 4. 2000, dass das Wirtschaftliche Eigentum am Grundstück bereits dann übergegangen sei, wenn der Käufer eine durch Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eintragung der Auflassungsvormerkung abgesicherte sachenrechtliche Position erhält. Auf den Zeitpunkt des Überganges von Nutzen und Lasten kommt es dann nicht mehr an.

#### 4. Steuergeheimnis

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet es der Finanzbehörde, Forderungen zu pfänden, ohne dass ein hinreichender Anhalt dafür besteht, dass die Pfändung zu ihrer Befriedigung führen kann. Dabei ist das Interesse des Steuerpflichtigen-Vollstreckungsschuldners zu berücksichtigen, dass anderen seine Steuerschulden nicht bekannt werden.<sup>4</sup>

Der Steuerpflichtige ist seit geraumer Zeit wegen diverser Steuerschulden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Finanzamtes ausgesetzt. Das Finanzamt hat gegen Banken und Pflegekassen Pfändungs- und Einziehungsverfügungen erlassen und in diesen angegeben, dass der Steuerpflichtige Steuerschulden in Höhe von DM ..... (der Betrag war genau angegeben) habe. Der Steuerpflichtige wendete gegen die Pfändungs- und Einziehungsverfügungen ein, dass er mit den meisten der

genannten Drittschuldner keine Geschäftsbeziehungen unterhalten habe. Außerdem hat der Steuerpflichtige Klage darüber erhoben, dass es dem Finanzamt untersagt sei, Drittschuldnern die genaue Höhe der Steuerschuld offenzulegen. Das Finanzgericht hat der Klage stattgeben unter Berufung auf EFG 1999, Seite 146. Hiergegen richtete sich die Revision des Finanzamtes. Der VII. Senat des BFH entschied, dass das Steuergeheimnis den Steuerpflichtigen insoweit nicht schützt und dass die Durchbrechung des Steuergeheimnisses durch die Angabe des geschuldeten Steuerbetrages in diesen Verfügungen zulässig gewesen wäre. Nach § 30 AO darf allerdings das Steuergeheimnis, das vom Finanzamt zu wahren ist, nur dann nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO durchbrochen werden, wenn dieses der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens in Steuersachen, also hier dem Vollstreckungsverfahren, bei verständiger Würdigung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten dient. Inhalt einer Pfändungsverfügung muss gem. § 309 Abs. 1 AO sein, dass bei Pfändung einer Geldforderung die Vollstreckungsbehörde dem Drittschuldner in der Verfügung zu verbieten hat, an den Steuerpflichtigen zu zahlen, und dem Steuerpflichtigen zu gebieten, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Dabei erstreckt sich die Pfändung grundsätzlich auf die gesamte Forderung und deshalb muss sie im Regelfall die Höhe der Forderung des Finanzamtes angegeben sein und wird somit zum notwendigen Inhalt der Pfändungsverfügung.

#### 5. Fristen

Wer einen fristgebundenen Schriftsatz mittels Telefax einlegt, muss mit der Übermittlung so rechtzeitig beginnen, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen vor Fristablauf abgeschlossen ist; so entschied der BFH durch Beschluss vom 28. 9. 2000, abgedruckt BStBl. 2001 Teil II Seite 32 ff.

#### 6. Ermessen

Es ist nach Ansicht des X. Senates des BFH<sup>5</sup> nicht ermessensfehlerhaft, wenn das Finanzamt einem Steuerpflichtigen gegenüber, der seine Steuererklärungen jahrelang unentschuldig mit erheblicher Verspätung abgegeben hat, den erneuten Wiederholungsfall zum Anlass nimmt, den Verspätungszuschlag auf den zulässigen Höchstbetrag festzusetzen.

<sup>1</sup> Lehrbeauftragter an der Notarakademie Stuttgart im Fachbereich Steuerrecht

<sup>2</sup> Vgl. § 240 Abs. 1 Satz 5 Abgabenordnung in der Fassung des Steuerbereinigungsgesetzes 1999; so auch Urteil des Bundesfinanzhofes vom 13. 1. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 246 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BFH vom 2. 12. 1999 – BStBl. 2000 Teil II Seite 284 ff.

<sup>4</sup> BFH-Urteil vom 18. 7. 2000 – BStBl. 2001 Teil II Seite 5 ff.

<sup>5</sup> Urteil vom 14. 6. 2002 – BStBl. 2002 Teil II Seite 60 ff.

## BILANZRECHT

### 1. Scheinbestandteilklausel

Wegen einer zivilrechtlich begründeten Verpflichtung des Pächters zur Entfernung oder zum Abbruch eines von ihm auf Grund und Boden des Verpächters errichteten Bauwerkes ist eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten auch dann zu bilden, wenn ungewiss ist, zu welchem Zeitpunkt das Nutzungsverhältnis enden wird. Errichtet also der Pächter im Rahmen einer sog. Scheinbestandteilklausel eines gewerblichen Miet-/Pachtvertrages Bauwerke auf eigene Kosten auf dem Grund und Boden des Eigentümers/Verpächters, so kann er bilanziell einerseits auf der Aktivseite die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten ausweisen und als Kontrapunkt auf der Passivseite die Rückstellung für die latente Verbindlichkeit der Entfernung bzw. des Abbruchs dieser Gebäude.<sup>6</sup>

## EINKOMMENSTEUER

1. Werden Wertpapiere als Floating-Rate-Notes ausgegeben, die in Bonds umgetauscht werden können, bedeutet der Umtausch jedenfalls dann keine Anschaffung im Sinne von § 23 Abs. 1 EStG, wenn Emitent, Inhaber, Nennbetrag und Laufzeit unverändert bleiben, das Umtauschrecht zum Bezug der Bonds bereits mit dem Kauf der Floating-Rate-Notes erworben wird und im Falle eines Umtausches die Floating-Rate-Notes gelöscht und die nicht gesondert handelbaren Bonds neu ausgegeben werden.<sup>7</sup>

### 2. Verlustausgleichsbeschränkung gem. § 15 a EStG

Mit Urteil vom 14. 12. 1999 entschied der Bundesfinanzhof<sup>8</sup>, dass die Beschränkung des erweiterten Verlustausgleichs und -abzugs nach § 15 a Abs. 1 Satz 2 EStG auf den Fall der Haftung des Kommanditisten nach § 171 Abs. 1 HGB keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

### 3. Private Nutzung eines betrieblichen Autos

Der Bundesfinanzhof entschied mit Urteil vom 24. 2. 2000<sup>9</sup>, dass die Regelung in § 6 Abs. 1 BStG, wonach die private Nutzung eines betrieblichen KFZ's für jeden Kalendermonat mit 1% des inländischen Listenpreises im Zeitpunkt der Erstzulassung zuzgl. Sonderausstattungen einschl. Umsatzsteuer anzusetzen ist, wenn nicht u. a. das Verhältnis der privaten zu den übrigen Fahrten durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen wird (sog. 1%-Regelung), nicht gegen das Grundgesetz verstößt, sondern sich diese Festlegung im Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers bei sog. Typisierungen hält.

### 4. Familienleistungsausgleich

Die Ausgabe Nr. 10 des Teiles I des Bundessteuerblattes 2000 enthält komplett (Seite 636 bis Seite 785) die Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleiches.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu BFH-Urteil vom 28. 3. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 612 ff.

<sup>7</sup> Haben Sie, lieber Leser, dies verstanden? – Ich nicht! –; Trotzdem: vgl. Urteil des Bundesfinanzhofes vom 30.11.1999 – BStBl. 2000 Teil II Seite 262 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BStBl. 2000 Teil II Seite 265 ff.

<sup>9</sup> BStBl. 2000 Teil II Seite 273 ff.

## 5. Schuldzinsenabzug bei Vermietungen und Verpachtungen

Nehmen Eheleute gemeinsam ein gesamtschuldnerisches Darlehen zur Finanzierung eines vermieteten Gebäudes auf, das einem von ihnen allein gehört, sind die Schuldzinsen in vollem Umfang als Werbungskosten bei den Einkünften für Vermietungen und Verpachtungen des Eigentümer-Ehegatten abziehbar.

Nimmt ein Ehegatte allein ein Darlehen zur Finanzierung eines vermieteten Gebäudes auf, das dem anderen Ehegatten gehört, sind die Schuldzinsen nicht abziehbar, es sei denn, der Eigentümer-Ehegatte hat sie aus eigenen Mitteln bezahlt (Anschluss an die Beschlüsse des Großen Senates des BFH vom 23. 8. 1999 – BStBl. 1999 Teil II Seite 778 ff.).

Haben Ehegatten zur Finanzierung einer vermieteten Eigentumswohnung, die der Ehefrau gehört, zunächst ein gemeinsames Darlehen aufgenommen, dieses später aber in der Weise umgeschuldet, dass nur noch der Ehemann Darlehenschuldner ist, sind die von ihm gezahlten Schuldzinsen für die Zeit nach der Umschuldung grundsätzlich auch dann nicht abziehbar, wenn die Ehefrau für das neue Darlehen eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen und die auf ihre Eigentumswohnung lastenden Grundpfandrechte als Sicherheit eingesetzt hat.<sup>10</sup>

## 6. „Telefonsex“ führt zu Einkünften aus Gewerbebetrieb<sup>11</sup>.

## 7. Steuerberatungs-/Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Eine in das Handelsregister eingetragene Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-KG, die nur Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt, kann kein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr bilden.<sup>12</sup>

## 8. Partiarisches Darlehen

Die für die Nutzungsüberlassung eines Partiarischen Darlehens gezahlte erfolgsabhängige Vergütung kann gewinn- aber auch umsatzabhängig sein. Diese Vergütung unterfällt den Begriff „Zinsen“ im Sinne von § 43 EStG, und damit auch der Kapitalertragsteuer.<sup>13</sup>

## 9. Gewerblicher Grundstückshandel

Der BFH entschied mit Urteil vom 15. 3. 2000, abgedruckt im BStBl. 2001 Teil II Seite 530, dass Objekte im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten sog. 3-Objektgrenze zur Abgrenzung einer privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel auch ein Mehrfamilienhaus sein kann.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Vgl. das Urteil des BFH vom 2. 12. 1999 und 24. 2. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 310 bis Seite 314

<sup>11</sup> BFH-Urteil vom 23. 2. 2000 – DStR aktuell 31/2000

<sup>12</sup> Vgl. hierzu BFH-Urteil vom 18. 5. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 498 ff.

<sup>13</sup> BFH-Urteil vom 13. 9. 2000 – BStBl. 2001 Teil II Seite 67 ff. – und damit Fortführung der Rechtsprechung vom 25. 3. 1992 – BStBl. 1992 Teil II Seite 889

<sup>14</sup> Vgl. BFH-Urteil vom 18. 5. 1999 – BStBl. 2000 Teil II Seite 28; anderer Ansicht: Textziff. 9 des BMF-Schreibens vom 20. 12. 1990, abgedruckt im BStBl. 1990 Teil I Seite 884 sowie BMF-Schreiben vom 21. 1. 2000, abgedruckt im BStBl. 2000 Teil I Seite 133

War das verkaufte Grundstück im Wege der Erbfolge auf den Veräußerer übergegangen, ist hinsichtlich der Frage des sachlichen und zeitlichen Zusammenhanges zwischen Anschaffung und Veräußerung die Besitzdauer des Erblassers grundsätzlich nicht wie eine eigene Besitzzeit des Veräußerers zu werten.<sup>15</sup>

### 10. Einkommensteuerrichtlinien

Die Einkommensteuerrichtlinien 2001 sind abgedruckt in der Sondernummer 2/2001 des BStBl. Teil I.

## ERBSCHAFTSTEUER / SCHENKUNGSTEUER

### 1. Testamentsvollstreckung

Die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung setzt nicht voraus, dass die Erben vom Finanzamt aufgefordert worden sind, eine Erbschaftsteuererklärung abzugeben: Beschluss vom BFH vom 07. Dezember 1999 – Bundessteuerblatt 2000 Teil II Seite 233 ff..

### 2. Ansprüche gem. 2287 BGB

Erwerb des Schlusserben eines Berliner Testamentes aufgrund des Anspruches nach § 2287 BGB gegen den vom letztsterbenden Ehegatten in der Absicht Beschenkten, den Schlusserben zu benachteiligen, unterliegt gem. § 3 Abs. 2 Nr. 7 ErbStG der Erbschaftsteuer.<sup>16</sup>

Die Eheleute errichteten am 17. 9. 1978 ein Berliner Testament, worin die Nichte des Erblassers zur Schlusserbin eingesetzt wurde. Nach dem Tode seiner 1982 verstorbenen Ehefrau verschenkte der Erblasser sein eigenes und das durch den Erbanfall nach dem Tod seiner Frau auf ihn übergegangene Vermögen an Dritte (Beschenkte). Am 12. 10. 1993 verstarb der Erblasser. Die Nichte machte als Erbin gegen die Beschenkte Ansprüche der wegen sie benachteiligenden Schenkungen des Erblassers entsprechend § 2287 BGB geltend. Am 27. 9. 1995 kam es zwischen der Nichte und der Beschenkten zum Abschluss eines notariell beurkundeten Vergleiches.

Hierin verpflichtet sich die Beschenkte, „zur Abgeltung sämtlicher gegenseitiger Ansprüche aus dem Nachlass sowie etwa weitergehende Ansprüche gem. §§ 2271, 2287, 2288 BGB“ an die Nichte DM 450.000,- zu zahlen. Das Finanzamt legte diesen Vergleichsbetrag der Erbschaftsteuerfestsetzung zugrunde. Sowohl Einspruch als auch Klage sowie die Revision wurden vom Bundesfinanzhof zurückgewiesen, denn sowohl Finanzamt als auch Finanzgericht gingen nach Ansicht des BFH richtigerweise von einem unentgeltlichen Erwerb der Nichte aus, wonach dem Bereicherungsprinzip des Erbschaftsteuergesetzes stellt dies ein steuerpflichtigen Erwerb im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes dar.

### 3. Vermächtnis

Ein formunwirksames Vermächtnis kann der Besteuerung nur dann zugrundegelegt werden, wenn feststeht, dass – vom Formmangel abgesehen – eine Anordnung des Erblassers von Todes wegen vorliegt und der Beschwerte (Erbe) den Begünstigten das diesem zugedachte Vermögen überträgt, um dadurch den Willen des Erblassers zu vollziehen.<sup>17</sup>

### 4. Künftige gesetzliche Erben

Schließen künftige gesetzliche Erben einen Vertrag gem. § 312 Abs. 2 BGB, wonach der eine auf seine künftigen Pflichtteilergänzungsansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrages verzichtet, stellt die Zahlung eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar. Die Steuerklasse richtet sich nach dem Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger, also Verzichtenden, zum künftigen Erblasser.<sup>18</sup>

### 5. Wahlvermächtnis

Der BFH entschied mit Urteil vom 6. 6. 2001, dass ein Wahlvermächtnis, bei dem das Wahlrecht dem Bedachten zusteht, sich bereits vom Erbfall an ausschließlich auf den Gegenstand richtet, für den sich der Bedachte entscheidet. Allein dieser Gegenstand ist nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt des Erfalles gem. § 12 ErbStG zu bewerten.<sup>19</sup>

Der Erblasser war Eigentümer eines unbebauten Grundstückes mit einem erhöhten Einheitswert von DM 33.460,-. Alleinerbe des „E“ ist „X“. „E“ hat in einem privatschriftlichen Testament vom 26.02.1993 zugunsten des „Y“ folgendes bestimmt:

„..... „Y“ hat die Wahl zwischen 2 Möglichkeiten:

- a) entweder er erhält DM 25.000,- oder
- b) er erwirbt das Grundstück Flurstück 1000 der Gemarkung „Z“, Grundbuchheft 1000 BV-Nr. 1, gegen Zahlung von DM 150.000,-.“

Der Erbe erfüllte das Wahlvermächtnis vom 15. 2. 1996 dahingehend, dass er „Y“ das Grundstück übertrug unter Zahlung des Betrages von DM 150.000,-. Der Verkehrswert des Grundstückes betrug DM 368.500,-. Das Finanzamt setzte durch Erbschaftsteuerbescheid vom 27. 1. 1997 aus DM 368.500,- Erbschaftsteuer in Höhe von DM 68.960,- fest. Hierauf erhob „Y“ Einspruch, dem nicht stattgegeben wurde. Auch das Finanzgericht schloss sich der Meinung des Finanzamtes an.

Der BFH führte folgendes aus:

- a) Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u. a. der Erwerb durch Vermächtnis. Nach § 2154 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Erblasser ein Vermächtnis in der Art anordnen, dass der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll. Um ein derartiges sog. Wahlvermächtnis handelt es sich bei der vom Erblasser zugunsten des „Y“ getroffenen letztwilligen Verfügung.

<sup>15</sup> Anderer Ansicht: Textziff. 2 des BMF-Schreibens, abgedruckt im BStBl. 1990 Teil I Seite 884

<sup>16</sup> Vgl. hierzu BFH-Urteil vom 8. 8. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 587

<sup>17</sup> Vgl. hierzu BFH-Urteil vom 15. 3. 2000 – BStBl. 2000 Teil II Seite 589 ff.

<sup>18</sup> BFH-Urteil vom 25. 1. 2001 – abgedruckt im BStBl. 2001 Teil II Seite 456 ff.

<sup>19</sup> BStBl. 2001 Teil II Seite 725 ff.

b) Der Bewertung eines Vermächtnisses gem. § 12 ErbStG hat die Bestimmung dessen voranzugehen, was der Bedachte durch Vermächtnis mit dem Tod des Erblassers erworben hat. Soweit sich das Vermächtnis auf das zum Nachlass gehörende Grundstück bezog, war nicht dieses selbst, sondern nur ein darauf gerichtetes sog. Übernahmerecht Gegenstand der Anordnung. Die von „E“ gewählten Formulierungen stehen dieser Auslegung nicht entgegen. Macht der Erblasser den Erwerb eines zum Nachlass gehörenden Gegenstandes von einer Leistung des Bedachten abhängig, so kann dieser den Gegenstand nur erwerben, wenn er sich dazu verpflichtet, die vom Erblasser verlangte Leistung zu erbringen. Ob er diese Verpflichtung eingeht, unterliegt seiner freien Entscheidung. Diese Interessenlage spricht gegen die Annahme eines Sachvermächtnisses unter Auflage gem. § 1940 BGB. Bei dem danach durch letztwillige Verfügung verfügte Übernahmerecht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, dass es dem Bedachten ermöglicht, einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Gegenstandes, wie er sich im Nachlass befindet, gegen Zahlung des vom Erblasser festgelegten Preises zu begründen. Das Übernahmerecht als solches und nicht der erst durch diese Ausübung entstehende Übertragungsanspruch ist Gegenstand des Vermächtnisses. Liegt der Preis, wie im Streitfall unter dem Verkehrswert des Gegenstandes, so ist der Bedachte bereits durch den Erwerb des Übernahmerechtes i. S. v. § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG bereichert, weil ihm dadurch eine Rechtsposition zufällt, die im Hinblick auf den Wertunterschied zwischen dem Anspruch auf Übertragung des Gegenstandes und der Zahlungsverpflichtung ein wirtschaftlichen Vorteil verkörpert. Für die Bewertung folgt daraus, dass das Übernahmerecht nicht mit dem Steuerwert (Einheitswert) für den Gegenstand, auf den es sich bezieht, angesetzt werden kann, sondern nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewertG mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist. Für den Ansatz des Übernahmerechtes mit dem gemeinen Wert spricht zudem, dass der Anspruch auf Übertragung des Nachlassgegenstandes und die Verpflichtung zur Zahlung des Übernahmepreises ebenso miteinander verknüpft sind, wie ein Sachleistungsanspruch und eine Zahlungsverpflichtung aus einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Soweit bisher anders lautende BFH-Urteile eine andere Rechtsauffassung verlautbarten, hält der Senat nicht mehr daran fest.

## 6. Vorempfänger

Der BFH entschied mit Urteil vom 17. 10. 2001 – BStBl. 2002 Teil II Seite 250 ff. –, dass § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbStG keine Festsetzung einer negativen Erbschaftsteuer erlaubt. Die Steuer für den letzten Erwerb innerhalb des 10-Jahres-Zeitraumes beträgt vielmehr auch höchstens DM 0,00, wenn die für den frühen Erwerb zu entrichtenden Erwerb höher war als die Steuer nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG.

## FINANZVERWALTUNG

Durch Verordnung des Finanzministeriums über das Rechenzentrum der Steuerverwaltung vom 18. Januar 2000<sup>20</sup> wurde geregelt, dass das Rechenzentrum der Steuerverwaltung (Zentrum für Informationsverarbeitung) als Teil der Oberfinanzdirektion Stuttgart eingerichtet wird. Das Zentrum für Informationsverarbeitung übernimmt für die Steuerverwaltung des Landes den Rechenzentrumsbetrieb, das Netzwerkmanagement sowie den Druck und Versand von Verwaltungsakten.

Insbesondere erledigt das Rechenzentrum folgende Aufgaben:

Rechnung von Steuern und steuerlichen Nebenleistungen, Steuervergütung und Steuererstattungen sowie der zugehörigen Verwaltungsakte;

die Berechnung von gesondert festzustellenden Besteuerungsgrundlagen, von Steuermessbeträgen und Zerlegungsanteilen sowie zugehörigen Verwaltungsakte;

Fertigung entsprechend der Verwaltungsakte zur Unterstützung der Vollstreckungsstellen und Betriebsprüfungsstellen (sog. Kontrollmitteilungen);

die Buchführung über die von den Finanzkassen anzunehmenden oder auszuzahlenden Beträge sowie der hierzu zu erstellenden Unterlagen;

die Verarbeitung von Zahlungen;

die Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen sowie

die Erstellung von Statistiken und deren Auswertung.

Die Verordnung tritt am 1. Februar 2000 in Kraft.

## GRUNDERWERBSTEUER

### 1. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Wurde die für einen im Jahr 1996 abgeschlossenen Kaufvertrag erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst im Jahre 1997 erteilt, so unterliegt der Kaufvertrag dem erhöhten Grunderwerbsteuersatz von 3,5 %, weil bis zur wirksamen Erteilung der Genehmigung der Erwerbsvorgang i. S. v. § 23 GrEStG 1983 noch nicht verwirklicht worden ist. Ein Erwerbsvorgang, der der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist auch dann nicht vor deren Erteilung verwirklicht, wenn die Vertragsbeteiligten den beurkundenden Notar beauftragen und ermächtigen, die Genehmigung für den Vormund als gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen entgegenzunehmen und den anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen sowie zugleich diese Mitteilung für die anderen Vertragsbeteiligten zu empfangen (sog. Doppelermächtigung). Dieses Urteil stellt eine Bestätigung des BFH-Urteiles vom 18. 5. 1999 dar.<sup>21</sup>

### 2. 5-Jahres-Frist

Wird eine GmbH mit Grundbesitz in eine BGB-Gesellschaft umgewandelt und nachfolgend ein Grundstück auf eine mit der BGB-Gesellschaft gesellschafteridentische Kommanditgesellschaft übertragen, ist die

<sup>20</sup> BStBl. 2000 Teil I Seite 473 ff.

<sup>21</sup> BFH-Urteil vom 8. 2. 2000 - BStBl. 2000 Teil II Seite 318 ff. bzw. BStBl. 1999 Teil II Seite 606 ff.

Grunderwerbsteuerbegünstigung des § 6 Abs. 3 gem. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG ausgeschlossen, wenn die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft ihre durch Umwandlung erlangten Anteile innerhalb von 5 Jahren vor dem Erwerbsvorgang erhalten haben. Die Zeit ihrer Beteiligung an der GmbH kann dem Gesellschafter nicht fiktiv als Beteiligung an der BGB-Gesellschaft angerechnet werden; die 5-Jahres-Frist des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG beginnt erst mit Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister; (BFH-Urteil vom 4. 4. 2001 – BStBl. 2001 Teil II Seite 587 ff.).

**3. 5-Jahres-Frist**

Die 5-Jahres-Frist des § 6 Abs. 4 GrEStG beginnt mit dem für die Steuervergünstigung in Frage stehenden Erwerbsvorgang und ist von diesem aus zurückzuberechnen. Auf diese Frist sind die Vorschriften der §§ 186 ff. BGB entsprechend anzuwenden. Für die Frage, ob der Gesellschafter einen Anteil an der Gesamthand innerhalb dieser Frist erworben hat, ist auf die mit dem Erwerb der Gesellschafterstellung verbundene dingliche gesamthänderische Mitberechtigung am Grundstück abzustellen. Der Zeitpunkt eines ggf. vorangegangenen Erwerbs eines schuldrechtlichen Anspruches auf Einräumung einer Gesellschafterstellung ist nicht maßgeblich.<sup>22</sup>

**3. Ehegatten**

Die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 4 GrEStG erfasst nur Grundstückserwerbe zwischen Partner eine Ehe i. S. d. Bürgerlichen Rechtes. Grundstücksübertragung zwischen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind danach nicht von der Grunderwerbsteuer befreit. Die Nichtgewährung einer Grunderwerbsteuerbefreiung für Grundstücksübertragungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft – auch wenn aus dieser gemeinsame Kinder hervorgegangen sind – verstößt nicht gegen das Grundgesetz, so entschied der BFH am 25. 4. 2001.<sup>23</sup>

**LOHNSTEUER**

Die Lohnsteuerrichtlinien 2002 sind abgedruckt in der Sonder-Nr. 1/2001 des BStBl.

**SCHMUNZELECKE**

**1. Meistergeige**

Der BFH entschied mit Urteil vom 26. 1. 2001<sup>24</sup>, dass eine über 300 Jahre alte Meistergeige, die im Konzertalltag regelmäßig bespielt wird, technischem Verschleiß unterliegt und damit auch eine AfA gerechtfertigt sei, wenn es wirtschaftlich zu einem Wertzuwachs kommt. Bei Instrumenten, die bereits über 100 Jahre alt sind und die regelmäßig im Konzertalltag bespielt werden, kann die Restnutzungsdauer mit 100 Jahren angesetzt werden, sofern der Steuerpflichtige keine kürzere Nutzungsdauer darlegt und nachweist bzw. zumindest glaubhaft macht.

Die Steuerpflichtige war als Erste Konzertmeisterin im Philharmonischen Orchester tätig. Sie hatte im Jahre 1988 in Genf eine Geige „STRADIVARI“ zum Preis von umgerechnet DM 247.280,- erworben. In einer Bescheinigung ihres Arbeitgebers benutzte sie die Geige in den Spielzeiten durchschnittlich 190 mal pro Spielzeit in Ausübung ihres Berufes. Nach einem Gutachten beträgt der Wert der Geige (später) DM 392.000,-. Dieser Wert liegt auch der für das Instrument abgeschlossenen Versicherung zugrunde. Die Geige wird regelmäßig von einem Fachmann gewartet, was zur Erhaltung der Klangeigenschaft des Instrumentes erforderlich ist. Die Steuerpflichtige machte in der Einkommensteuererklärung geltend, dass die Restnutzungsdauer des Instrumentes 30 Jahre betragen würde. Das Finanzamt unterstellte eine 50-jährige Nutzungsdauer. Das Finanzgericht schloss sich der Nutzungsdauer von 50 Jahren des Finanzamtes an, der VI. Senat des BFH jedoch ging wesentlich darüber hinaus und setzte eine Restnutzungsdauer von 100 Jahren an und begründete dies damit, dass die Geige bereits bei Erwerb über 300 Jahre alt gewesen und in tadellosem Zustand und für den täglichen Gebrauch im Konzertalltag hervorragend geeignet sei. Deshalb sei bei solchen Meistergeigen, die kunstgegenstandsvergleichbar sind, von zumindest weiteren 100 Jahren Spielzeit auszugehen.

**STEUERÄNDERUNGSGESETZ**

Das Steueränderungsgesetz vom 20. 12. 2001 ist abgedruckt im BStBl. 2002 Teil I. Seite 4 ff.

**STEUER-/EUROGLÄTTUNGSGESETZ**

(Gesetz zur Umrechnung und Glättung steuerlicher Euro-Beträge)

Dieses Gesetz ist abgedruckt im BStBl. 2001 Teil I Seiten 3 bis 22 und beinhaltet die durch die Euroeinführung jetzt umgerechneten, in Steuergesetzen bisher beinhalteten DM-Beträge, in Euro-Beträge.

**UNTERNEHMENFORTENTWICKLUNGSGESETZ**

Das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmensteuerrechts vom 20.12.2001 ist abgedruckt im BStBl. 2002 Teil I. Seite 35 ff.

**ZIVILRECHT**

**1. Betriebsübergang i. S. v. § 613 a BGB**

Das Bundesarbeitsgericht entschied mit Urteil vom 28.03.2000, dass ein Betriebsübergang i. S. v. § 613 a BGB, und damit auch der Übergang von Arbeitsverhältnissen nur zu bejahen ist, und „altes“ und „neues“ Unternehmen weitgehend identisch sind. Ob diese Identität gewahrt ist, hängt von der Gesamtwürdigung aller Umstände ab – entscheidend können dabei das Warensortiment, die Betriebsform, die Übernahme der Räumlichkeiten und die Übernahme von Personal sein.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> BFH-Urteil vom 6. 9. 2001, abgedruckt im BStBl. 2002 Teil II Seite 96 ff.

<sup>23</sup> BStBl. 2001 Teil II Seite 610 ff.

<sup>24</sup> BStBl. 2001 Teil II Seite 194 ff.

<sup>25</sup> vgl. DStR Seite 1101 ff.

## 2. Grundpfandrecht

Bei der Grundsuld ist die formularmäßige Erstreckung der dinglichen Haftung sowie einer zusätzlichen persönlichen Haftungsübernahme auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des jeweiligen Sicherungsgebers nicht überraschend i. S. v. § 3 AGB-Gesetz.<sup>26</sup>

## 3. Formwirksame Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes durch Computerfax

Durch Beschluss des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes<sup>27</sup> wurde fixiert, dass

in Prozessen mit Vertretungszwang die Stimme der Schriftsätze formwirksam durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichtes übermittelt werden können.

Der Senat führt hierzu aus, dass es der langjährigen Entwicklung der Rechtsprechung entspricht, dem technischen Fortschritt auf dem Gebiet der Telekommunikation Rechnung zu tragen und deshalb die Übermittlung bestimmter Schriftsätze auch durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichtes zuzulassen.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> BGH-Urteil vom 23.05.2000 – DStR aktuell 2000 Seite X.

<sup>27</sup> Betriebsberater 2000 Seite 1645 ff.

<sup>28</sup> vgl. hierzu auch Aufsatz Betriebsberater 2000 Seite 1640 ff. von Dr. Römermann und van der Molen

# Anwendbarkeit und Reichweite der Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei Rechtsgeschäften, die Gemeinden betreffen

Eine zivilrechtliche Analyse unter Berücksichtigung des baden-württembergischen Kommunalverfassungsrechts<sup>1</sup>

Von Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten, Notar in Titisee-Neustadt

## 1. Problemstellung

Rechtsgeschäftliche Erklärungen, insbesondere Grundstücksveräußerungsverträge, an denen Gemeinden als Verkäufer, Käufer oder tauschende Partei – mitunter auch verschiedene Gemeinden auf beiden Seiten<sup>2</sup> – beteiligt sind, haben in der notariellen Beurkundungspraxis eine erhebliche Bedeutung. Dabei ergeben sich häufig Konstellationen, in denen der zuständige Bürgermeister als Gemeindeorgan für die Gemeinde und zusätzlich für die andere Vertragspartei, die andere Vertragspartei für sich selbst und zusätzlich für die Gemeinde oder ein Dritter, insbesondere ein Angestellter eines Notariats, für beide Vertragsbeteiligten aufgrund Vollmacht oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht rechtsgeschäftliche Erklärungen abgibt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und bejahendenfalls inwieweit die Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB anwendbar ist. Antworten hierauf werden in der nachfolgenden zivilrechtlichen Abhandlung erarbeitet, die u. a. die kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen nach baden-württembergischem Landesrecht<sup>3</sup> berücksichtigt, die für die Rechtsfolgen bei Zuständigkeitsüberschreitungen von Gemeindeorganen maßgeblich sind.<sup>4</sup>

## 2. Anwendungsbereich und Reichweite des § 181 BGB im Allgemeinen

Der Tatbestand des § 181 BGB erfasst ausdrücklich eine grundsätzliche Wirksamkeitsbeschränkung des Selbstkontrahierens („im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen“), bei dem der Vertreter für den Geschäftsherrn und zugleich im eigenen Namen für sich selbst handelt, sowie der Mehrvertretung („im Namen des Vertretenen ... als Vertreter eines Dritten“), bei der der Vertreter zugleich für zwei unterschiedliche Geschäftsherrn auftritt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift betrifft dabei nicht nur vertragliche Willenserklärungen, sondern auch einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte – wie z. B. Kündigungen, Anfechtungen, Zustimmungen, Vollmachterteilungen oder Gestattungen zum Insichgeschäft<sup>5</sup> – sowie geschäftsähnliche Handlungen (etwa Mahnungen etc.)<sup>6</sup>. In jedem Fall ist jedoch Voraussetzung, dass sich die Vertretenen als Geschäftsgegner und nicht gemeinsam als eine Partei einer anderen Partei gegenüber stehen<sup>7</sup>. § 181 BGB verfolgt im Interesse der Verkehrssicherheit den Zweck, den Vertretenen vor Gefahren zu schützen, die sich aus regelmäßig vorhandenen generell-abstrakten Interessenkollisionen unabhängig davon ergeben, ob der Vertretene im konkreten Einzelfall tatsächlich benachteiligt wird.<sup>8</sup> Dementsprechend wird entgegen dem Wortlaut eine teleologische Tatbestandsreduktion bzw. über den Wortlaut hinaus eine analoge erweiternde Auslegung bejaht, soweit die Gefahr einer Interessenkollision generell-abstrakt ausgeschlossen ist

<sup>1</sup> Der Verfasser war langjährig Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht der Universität Freiburg.

<sup>2</sup> Es sind auch Konstellationen vorstellbar, in denen gemäß § 63 GemO derselbe Bürgermeister Organ verschiedener benachbarter kreisangehöriger – meist in einer Verwaltungsgemeinschaft zusammengeschlossener – Gemeinden ist, die sich als Parteien (z. B. als Verkäufer einerseits und Käufer andererseits bei einem Kaufvertrag) gegenüberstehen. Dazu und zu Verträgen zwischen Gemeinden und örtlichen Stiftungen bzw. zwischen verschiedenen örtlichen Stiftungen vgl. Württemberger, VBIBW 1984, 171.

<sup>3</sup> Soweit nachfolgend landesrechtliche Normen ohne ausdrücklichen Hinweis auf ein bestimmtes Bundesland zitiert sind, handelt es sich um solche des Landes Baden-Württemberg.

<sup>4</sup> Dazu und zu wesentlichen Abweichungen zur Rechtslage in Bayern vgl. unten im Text unter „8“.

<sup>5</sup> BGHZ 58, 115 (118).

<sup>6</sup> BGHZ 47, 352 (357) zur entsprechenden Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen auf geschäftsähnliche Willensäußerungen im Allgemeinen.

<sup>7</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnrn. 12 bzw. 14.

<sup>8</sup> So die ganz herrschende Meinung, vgl. Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 3; unter Rdnr. 5 ff. ebenda findet sich auch eine Übersicht zu abweichenden Ansichten.



bzw. vorliegt. So ist § 181 BGB im Hinblick auf die Regelung des § 107 BGB dann nicht anwendbar, wenn der Vertretene durch das in Rede stehende Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.<sup>9</sup> Auf Insichgeschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers als Organ einer Einmann-GmbH findet § 181 BGB ausschließlich aufgrund der am 1. 1. 1981 in Kraft getretenen<sup>10</sup> ausdrücklichen Anordnung nach § 35 Abs. 4 GmbHG Anwendung, ohne die mangels generell-abstrakter Interessenkollision kein Insichgeschäftsverbot gelten würde<sup>11</sup>. Umgekehrt gilt § 181 BGB über seinen Wortlaut hinaus analog<sup>12</sup>, wenn der Vertreter zur Vermeidung eines verbotenen gleichzeitigen Auftretens auf beiden Seiten für den Vertretenen einen Untervertreter<sup>13</sup> oder für sich selbst einen Vertreter<sup>14</sup> bestellt, da in derartigen Fällen generell-abstrakt die Gefahr einer Interessenkollision besteht und kein Vertreter seine ihm eingeräumte Vertretungsmacht selbst dadurch mittelbar erweitern kann, dass er auf einen Dritten mehr Rechte überträgt, als ihm selbst zustehen<sup>15</sup>. Dies gilt konsequenterweise nicht nur für die Tatbestandsvariante des Selbstkontrahierens, sondern auch im Falle der Mehrvertretung<sup>16</sup>. Der persönliche Anwendungsbereich des § 181 BGB erfasst neben den rechtsgeschäftlichen Erklärungen des gewillkürten Vertreters insbesondere auch solche des gesetzlichen und des organschaftlichen Vertreters sowie des Verwalters fremden Vermögens<sup>17</sup>. Insichgeschäfte sind neben der oben genannten teleologischen Reduktion des Tatbestandes bei lediglich rechtlichen Vorteilen bereits gemäß Wortlaut nach vorheriger Gestattung oder zur ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit ohne Weiteres wirksam. Wird jedoch gegen eine einschlägige Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB verstoßen, so ist das betroffene Rechtsgeschäft analog § 177 BGB bis zu einer etwaigen analog § 184 BGB auf den Zeitpunkt seiner Vornahme zurückwirkenden nachträglichen Genehmigung schwebend unwirksam, keinesfalls jedoch gemäß § 134 BGB nichtig, da § 181 BGB lediglich eine Wirksamkeitsbeschränkung und kein gesetzliches Verbot statuiert<sup>18</sup>. Die für die Regelung des § 181 BGB vielfach verwendete Bezeichnung als Insichgeschäftsverbot weckt daher auf der Rechtsfolgenseite falsche Erwartungen, ist insoweit nicht hinreichend präzise und sollte zutreffender durch die Umschreibung als Insichgeschäftsbeschränkung ersetzt werden. Die Genehmigung ist durch den bei Doppel- bzw. Mehrvertretung durch jeden<sup>19</sup> – Vertretenen gegenüber dem Vertreter – bei Doppel- bzw. Mehrvertretung wahlweise<sup>20</sup> gegenüber dem Vertreter oder jedem anderen Vertretenen –

als empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch schlüssig abgegeben werden kann und ihrerseits den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegt<sup>21</sup>, zu erteilen.

### 3. Zur Anwendbarkeit des § 181 BGB bei organschaftlicher Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts

§ 181 BGB gilt auch für rechtsgeschäftliche Erklärungen organschaftlicher Vertreter juristischer Personen. Zwar erfasst der Wortlaut zunächst nur die gewillkürte bzw. gesetzliche Stellvertretung. Der Regelungszweck des § 181 BGB, jeden Vertretenen vor Risiken zu schützen, die sich aus generell-abstrakten Interessenkollisionen ergeben, erfordert jedoch eine Ausdehnung der Insichgeschäftsbeschränkung auch zugunsten organschaftlich vertretener juristischer Personen bzw. anderer Personen, die mit juristischen Personen Rechtsgeschäfte abschließen<sup>22</sup>. Die oben dargestellte analoge Anwendung des § 181 BGB bei Unterbevollmächtigung gilt dabei uneingeschränkt auch für Fälle der Mehrvertretung<sup>23</sup>. § 181 BGB findet auch auf rechtsgeschäftliche Erklärungen organschaftlicher Vertreter juristischer Personen des öffentlichen Rechts Anwendung.<sup>24</sup> Soweit Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts ein Privatrechtsgeschäft vornehmen und damit auf der Ebene der Gleichordnung am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen, untersteht dieses Rechtsgeschäft – ausgenommen bleiben jedoch nachwievordem öffentlichen Recht zuzuordnende Legitimations- und Aufsichtsfragen – in allen Teilen dem bürgerlichen Recht.

### 4. Keine Tatbestandsreduzierung bei Unterbevollmächtigung durch organschaftlichen Vertreter zur Mehrvertretung

Das Landgericht München I hat durch Beschluss vom 20. 3. 1989 entschieden, dass § 181 BGB bei Mehrvertretung aufgrund einer durch ein Organ einer GmbH erteilten Unterbevollmächtigung nicht (analog) anwendbar<sup>25</sup> und damit insoweit eine Erklärung, die durch einen für mehrere Parteien gleichzeitig auftretenden Vertreter abgegeben wird, nicht gemäß § 181 BGB bis zur Erteilung einer Genehmigung schwebend unwirksam sei. Wäre diese Ansicht zutreffend, fände § 181 BGB aus o. g. Gründen konsequenterweise auch in anderen Fällen organschaftlicher Vertretung und damit auch bei der Vertretung von

<sup>9</sup> BGHZ 59, 236 (240); BGHZ 94, 232 (235); BGH NJW 1989, 2542 (2543).

<sup>10</sup> BGBl. 1980 I, 836 (839).

<sup>11</sup> BGHZ 56, 97 (Urteil vom 19.04.1971).

<sup>12</sup> Eine direkte Anwendung des § 181 BGB kommt wegen des Wortlauts „Ein Vertreter kann ... nicht vornehmen“ nicht in Betracht, vgl. Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnrn. 10 bzw. 24.

<sup>13</sup> KG NJW-RR 1999, 168; Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 10; differenzierend Kanzleiter, MittRhNotK 1987, 128, der bei Bevollmächtigung des Verkäufers durch den Käufer und alleinigem Auftreten des Bevollmächtigten des Verkäufers danach unterscheidet, ob der alleine Handelnde für den Verkäufer als Hauptbevollmächtigter auftritt (dann sei § 181 BGB formell nicht anwendbar) oder als direkter Vertreter des Käufers neben seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Verkäufers (dann sei § 181 BGB formell anwendbar, letztlich mangels Interessenkollision gleichwohl ausgeschlossen).

<sup>14</sup> OLG Hamm NJW 1982, 1105; Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 26.

<sup>15</sup> BGHZ 64, 72 (74).

<sup>16</sup> Vgl. dazu unten im Text unter „4“.

<sup>17</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnrn. 36, 37 und 38.

<sup>18</sup> BGHZ 65, 123 (126); BGH NJW-RR 1994, 291 (292).

<sup>19</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 41.

<sup>20</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 45.

<sup>21</sup> BGHZ 58, 115 (118).

<sup>22</sup> BGHZ 33, 189 (190).

<sup>23</sup> Vgl. dazu unten im Text unter „4“. Für Aktiengesellschaften ist anerkannt, dass eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB analog § 78 Abs. 3 AktG wegen der Regelung des § 112 AktG ausschließlich für Mehrvertretungen, nicht jedoch bei Selbstkontrahieren möglich ist, vgl. dazu Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. 2002, § 78 AktG, Rdnr. 6 f.

<sup>24</sup> So erstmals speziell BayObLG DJZ 1922, 699; BayObLG DNotZ 1974, 226; OLG Hamm Rpfleger 1974, 310; die dabei mitunter – vgl. etwa Schneeweiß MittBayNot 2001, 341 – vorgenommene Verweisung auf die vorstehend in Fn. 22 zitierte Rechtsprechung des BGH ist formell nicht zu beanstanden, trifft jedoch nicht den Kern des Problems, da der BGH dort anlässlich rechtsgeschäftlicher Erklärungen organschaftlicher Vertreter juristischer Personen des Privatrechts die Anwendbarkeit bei juristischen Personen im Allgemeinen, nicht aber bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Speziellen bejaht hat.

<sup>25</sup> LG München I NJW-RR 1989, 997; ähnlich Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 54, der diese Ansicht ebenfalls nicht begründet, diese Ausnahme jedoch scheinbar auf die Befugnisse des GmbH-Geschäftsführers beschränkt und die analoge Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Unterbevollmächtigung im Fall der Mehrvertretung eindeutig bejaht – vgl. ebenda, Rdnrn. 26 und 54.

Gemeinden als öffentlich-rechtlichen Körperschaften durch Bürgermeister keine Anwendung. Nach dem Sachverhalt, der dem Beschluss zugrunde lag, gründeten mehrere Gesellschafter, die ihrerseits jeweils als GmbH organisiert waren, eine GmbH. Die Gesellschafter waren bei Beurkundung der GmbH-Gründung allesamt durch denselben Rechtsanwalt vertreten, der jeweils durch jeden Geschäftsführer jeder Gesellschafter-GmbH ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde, obschon keiner dieser Geschäftsführer seinerseits gegenüber der von ihm vertretenen GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden war. Das Landgericht München I hält eine analoge Anwendung des § 181 BGB mangels Umgehung dessen Schutzzwecks für unzulässig, da der unterbevollmächtigte Rechtsanwalt nicht zum Vertragsschluss mit dem Geschäftsführer (Selbstkontrahieren), sondern mit Dritten (Mehrvertretung) bevollmächtigt worden sei, „mit denen der Vollmachtgeber selbst ohne weiteres hätte kontrahieren können“. Der Grundsatz, ein nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Bevollmächtigter könne einen Unterbevollmächtigten nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, gelte allenfalls<sup>26</sup> bei rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung, nicht jedoch für einen Geschäftsführer einer GmbH, da dessen Vertretungsmacht organschaftlich begründet sei. Diese dogmatisch nicht weiter begründete Ansicht überzeugt nicht, da § 181 BGB eine Ungleichbehandlung seiner beiden ausdrücklich normierten Tatbestände des Selbstkontrahierens einerseits und der Mehrvertretung andererseits gesetzlich nicht vorsieht und eine Anwendbarkeit des § 181 BGB auf organschaftliche Vertretung uneingeschränkt anerkannt ist<sup>27</sup>. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, den generell-abstrakten Gefährdungsgrad für den jeweils Vertretenen bei Mehrvertretung durch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte einerseits (laut o. g. Beschluss werde insoweit eine Anwendung des § 181 BGB erwogen) und organschaftliche Vertreter andererseits (laut o. g. Beschluss sei § 181 BGB nicht anwendbar) oder bei organschaftlicher Vertretung im Falle des Selbstkontrahierens einerseits (laut o. g. Beschluss sei § 181 BGB anwendbar) und im Falle einer Mehrvertretung andererseits (laut o. g. Beschluss sei § 181 BGB nicht anwendbar) unterschiedlich zu bewerten. Die Anwendbarkeit des § 181 BGB hängt abweichend von der Ansicht des Landgerichts München I bei der Variante der Mehrvertretung aus o. g. Gründen auch nicht davon ab, ob der Vertretene das Rechtsgeschäft selbst hätte vornehmen können, sondern ergibt sich im hier zu entscheidenden Fall aus dem Schutzzweck, generell-abstrakte Gefahren von Interessenkollisionen zu vermeiden, die bei Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch denselben Unterbevollmächtigten mehrerer Parteien typischerweise bestehen. Schließlich dürfte bei der Einordnung der o. g. Ansicht des Landgerichts München I weiter von Bedeutung sein, dass dieser Beschluss zeitlich vor der diesbezüglich maßgebenden Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 26. 2. 1993 ergangen ist, in der die aus der Einschaltung eines mehrvertretenden Untervertreters u. a. durch einen organschaftlichen Vertreter resultierenden Gefahren für den durch § 181 BGB zu schützenden Vertretenen – in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine GmbH & Co. KG vertreten – verdeutlicht und hervorgehoben wurde<sup>28</sup>. Vielmehr gilt die Inanspruchnahme der Beschränkung des § 181 BGB analog uneingeschränkt auch bei Mehrvertretung auf-

grund Unterbevollmächtigung durch organschaftliche Vertreter.<sup>29</sup>

##### 5. Keine Tatbestandsreduzierung durch formelle Zwischenschaltung des vertretenen Geschäftsherrn

Das Landgericht Bayreuth hat durch Beschluss vom 27. 1. 1981 entschieden, § 181 BGB finde keine Anwendung, wenn der von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreite Vertreter einer Partei, für die er auftrete, nicht gleichzeitig als Vertreter der anderen Partei auftrete, sondern den Vertretenen selbst für die andere Partei auftreten lasse.<sup>30</sup> Laut zugrundeliegendem Sachverhalt war zwischen einer GmbH als Verkäuferin und einem Ehepaar als Käufer ein Grundstückskaufvertrag beurkundet worden. Die GmbH wurde dabei von einem rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten, der jedoch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, vertreten, die Käufer erschienen persönlich. Der Kaufvertrag enthielt eine Aufassungsvollmacht der Käufer an den Verkäufer. Bei Beurkundung der Aufassung trat der o. g. Vertreter des Verkäufers für den Verkäufer auf, der seinerseits sowohl für sich selbst als auch für die Käufer handelte. Die Aufassung sei nach Ansicht des Landgerichts Bayreuth nicht bis zur Erteilung einer Genehmigung durch den Verkäufer schwebend unwirksam, da § 181 BGB dann keine Anwendung finde, wenn – wie im hier zu entscheidenden Fall – nicht der Vertreter mehrvertretend tätig werde, sondern der Vertretene selbst für sich und für die andere Partei handele. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar führt der o. g. Beschluss dann zum richtigen Ergebnis, wenn die Aufassung ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient, da § 181 BGB nach seinem Wortlaut in derartigen Fällen keine Anwendung findet. Wäre der von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreite Bevollmächtigte des Verkäufers jedoch – ungeachtet der Frage, ob die hier in Rede stehende Aufassung ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit diene<sup>31</sup> – bereits bei der die Verbindlichkeit begründenden Kaufvertragsbeurkundung nicht nur für die vertretene GmbH aufgetreten, sondern hätte er diese zusätzlich entsprechend der dem Beschluss zugrundeliegenden Konstellation für sich (die GmbH) selbst als Verkäuferin und zugleich für den – dann nicht anwesenden – Käufer handeln lassen, wäre § 181 BGB für den Kaufvertrag gleichwohl anwendbar gewesen. Der durch § 181 BGB garantierte Schutz vor generell-abstrakter Gefährdung aus typischen Interessenkollisionen kann nicht dadurch in das Belieben desjenigen gestellt werden, vor dessen Tätigkeit werden geschützt werden soll, dass dieser den Vertretenen durch willkürliche Zwischenschaltung (auch) als Vertreter der anderen Partei instrumentalisiert. Andernfalls wäre ein effektiver Schutz durch § 181 BGB für die gesetzlich ausdrücklich geregelte Tatbestandsvariante der Mehrvertretung nicht gewährleistet, sie wäre vielmehr beliebig umgehbar. Trotz Fehlens einer förmlichen Personenidentität von Erklärendem und Erklärungsempfänger ist der Vertreter im hier in Rede stehenden Fall zumindest sachlich mittelbar mehrvertretungsähnlich tätig. § 181 BGB findet damit auch bei der

<sup>29</sup> Im Ergebnis ebenso – ohne jedoch auf die o. g. Entscheidung des LG München I einzugehen – BayObLG Rpfleger 1993, 441 und LG Stuttgart BWNNotZ 1995, 166.

<sup>30</sup> LG Bayreuth, Rpfleger 1982, 17, das – es lag ein Grundstückskaufvertrag zugrunde – von einer gleichzeitigen Vertretung kraft Vollmacht für den Verkäufer und kraft Untervollmacht für den Käufer spricht. Ähnlich Kanzleiter, MittRhNotK 1987, 128.

<sup>31</sup> Das LG Bayreuth führt – ebenda – aus, das Rechtsgeschäft bestehe nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit; die Einzelheiten des Inhalts der Urkunde sind in der o. g. Fundstelle jedoch nicht wiedergegeben.

<sup>26</sup> Wörtlich – NJW-RR 1989, 997 (998) – heißt es: „... mag ... zutreffen ...“.

<sup>27</sup> Vgl. dazu oben im Text unter „3“.

<sup>28</sup> BayObLG Rpfleger 1993, 441.

formellen Zwischenschaltung des Vertretenen als Vertreter der anderen Partei analog Anwendung<sup>32</sup>.

## 6. Keine Tatbestandsreduzierung zu Lasten von Gemeinden, die durch Bürgermeister in Wahrnehmung eigener Organzuständigkeit vertreten werden

Das Landgericht Stuttgart hat durch Beschluss vom 10. 1. 1995 entschieden, der Bürgermeister einer baden-württembergischen Gemeinde sei bei Geschäften der laufenden Verwaltung im Sinne des § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Dies ergebe sich daraus, dass zum einen die dort gewährte Kompetenz bereits begrifflich eine derartige Befreiung beinhaltet und zum anderen kein Organ existiere, das, wäre § 181 BGB dennoch anwendbar, dagegen verstoßende Rechtsgeschäfte genehmigen könne (der Bürgermeister könne sich die Befreiung nicht selbst erteilen und der Gemeinderat, der für die Sachentscheidung keine Organkompetenz habe, dürfe nicht mittelbar über die Gestattung nach § 181 BGB Zuständigkeiten unterlaufen).<sup>33</sup> Laut zugrundeliegendem Sachverhalt hatte eine Gemeinde an eine GmbH ein noch nicht vermessenes Grundstück verkauft. Bei der nach Vermessung vorgenommenen Beurkundung der Auflassung, anlässlich derer zusätzlich das Messergebnis als richtig anerkannt und möglicherweise der Kaufpreis an die endgültige Grundstücksgröße angepasst wurde, wodurch nicht ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt worden ist<sup>34</sup>, wurden beide Parteien durch denselben Bevollmächtigten vertreten. Träfe die Ansicht des Landgerichts Stuttgart zu, fände § 181 BGB nicht nur bei Geschäften der laufenden Verwaltung, sondern auch in anderen Fällen eigener Organzuständigkeit des Bürgermeisters, etwa bei der Wahrnehmung vom Gemeinderat übertragener Aufgaben<sup>35</sup>, keine Anwendung.<sup>36</sup> Die Entscheidung überzeugt jedoch nicht, da sich der Schutzzweck des § 181 BGB und die kommunalverfassungsrechtliche Organzuständigkeit nicht gegenseitig ausschließen, sondern vielmehr ergänzen. Das Landgericht Stuttgart bejaht selbst an anderer Stelle des Beschlusses die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Mehrvertretung durch einen Bürgermeister<sup>37</sup>. Während die öffentlich-rechtliche Organzuständigkeit regelt, welches Organ zunächst im Innenverhältnis eine in Rede stehende Sachentscheidung treffen und welches Organ sodann diese Entscheidung nach außen vollziehen darf, stellt § 181 BGB darüber hinaus sicher, dass der handelnde Organvertreter nicht nach Belieben gleichzeitig verschiedenen Parteien mit gegenläufigen Interessen dient und – soweit ein derartiges Auftreten nicht gestattet wird – nicht

den Anschein begründet, er habe seine originäre Aufgabe, für die Gemeinde das bestmögliche Ergebnis zu erzielen, nicht erfüllt. Abweichend von der Ansicht des Landgerichts Stuttgart beinhaltet die Kompetenz, Geschäfte der laufenden Verwaltung – im Innenverhältnis durch Sachentscheidungskompetenz – eigenständig wahrzunehmen, begrifflich daher gerade nicht die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>38</sup> Ebensowenig überzeugt das im o. g. Beschluss hilfsweise angeführte Argument, da keinem Organ das Recht zustehe, dem § 181 BGB unterliegende Rechtsgeschäfte zu genehmigen, derartige Geschäfte jedoch zustande kommen können müssten, finde (die eigentlich einschlägige Regelung des) § 181 BGB (doch) keine Anwendung. Das Kommunalverfassungsrecht weist dem Gemeinderat die Organzuständigkeit für die interne inhaltliche Sachentscheidung sowie zur internen Entscheidung über eine vorherige Gestattung und nachträgliche Genehmigung von Rechtsgeschäften zu, die der Regelung des § 181 BGB unterliegen, und sieht vor, dass der Bürgermeister bzw. im Verhinderungsfall dessen gesetzlicher Vertreter diese Entscheidung nach außen umsetzt.<sup>39</sup> Letzteres gilt unabhängig von der Frage, welche Art von Geschäften betroffen ist und ob diese der inhaltlichen Sachentscheidungskompetenz des Bürgermeisters oder des Gemeinderats unterliegen. Die seitens des Landgerichts Stuttgart befürchtete Unterlaufung der kommunalverfassungsrechtlichen Organzuständigkeiten durch die Hintertür des § 181 BGB kann zunächst dadurch vermieden werden, dass von vorneherein keine der Regelung des § 181 BGB unterfallende Mehrvertretung stattfindet. Wurde die Problematik des § 181 BGB – was in der Praxis häufig geschieht – jedoch übersehen, ist ein durch einen Bürgermeister abgeschlossenes Rechtsgeschäft der laufenden Verwaltung im Sinne des § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO<sup>40</sup> von der Regelung des § 181 BGB erfasst. Spricht sich der Gemeinderat gegen einen Genehmigungsbeschluss aus und wird demnach durch den Bürgermeister bzw. dessen Verhinderungsvertreter nach außen keine Genehmigung erteilt<sup>41</sup> bzw. das Rechtsgeschäft aufgrund dessen nicht wirksam, kann es der Bürgermeister, soweit dieser es nunmehr mehrvertretungsfrei bzw. ohne Selbstkontrahieren unter Beteiligung der anderen Partei wiederholt, ohne mittelbare Bindung an die interne Mitwirkung des Gemeinderats wirksam abschließen.<sup>42</sup> Schließlich wird der o. g. Beschluss des Landgerichts Stuttgart auch nicht durch die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. 11. 1973 gestützt, die dort als direkter Beleg für die Nichtanwendbarkeit des § 181 BGB bei Wahrnehmung von Aufgaben der laufenden Verwaltung bei Mehrvertretung durch Bürgermeister zitiert wird. Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte in dem zitierten Beschluss dargelegt, der Residenzialbischof der römisch-katholischen Kirche sei als Vertretungsorgan rechtlich-selbstständiger Träger des Kirchenvermögens seiner Diözese, indem er nach dem hierarchischen Aufbau der römisch-katholischen Kirche gemäß Codex Iuris Canonici in seinem Diözesanbereich in allen geistlichen, personellen und sachlichen Angelegenheiten die ungeteilte monarchi-

<sup>32</sup> Im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, MittBayNot 1999, 470 (diese Entscheidung wird – vgl. dortigen Leitsatz – regelmäßig zur dort bejahten Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht – vgl. dazu unten im Text unter „7“ – zitiert, sie bejaht jedoch im Ergebnis – ohne sich mit der oben im Text unter „5“ kritisch erörterten Entscheidung des LG Bayreuth, Rpfleger 1982, 17 auseinanderzusetzen – die Anwendbarkeit des § 181 BGB auch bei förmlicher Zwischenschaltung des Vertretenen als Vertreter der anderen Partei); ebenso ohne Begründung DNotI in DNotI-Report 1998, 65; zu anderen Fällen analoger Anwendung des § 181 BGB trotz Fehlens der o. g. Personenidentität Schramm, in: Münchener Kommentar 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 28 ff.

<sup>33</sup> LG Stuttgart BWNNotZ 1995, 166 f.

<sup>34</sup> Dazu Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (343).

<sup>35</sup> Der Bürgermeister handelt auch bei der Wahrnehmung übertragener Aufgaben in eigener Zuständigkeit, vgl. Gern, Kommunalrecht, 7. Aufl. 1998, Rdnr. 208.

<sup>36</sup> Zurecht Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (343), der jedoch nicht zu erkennen gibt, ob er diese Ansicht für zutreffend hält.

<sup>37</sup> LG Stuttgart BWNNotZ 1995, 166.

<sup>38</sup> Im Ergebnis ebenso Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>39</sup> Dazu sogleich unten im Text unter „8“.

<sup>40</sup> Zur Frage, wann Grundstücksengeschäfte insbesondere nach Größe des betroffenen Grundstücks und Häufigkeit derartiger Geschäfte der laufenden Verwaltung unterfallen, vgl. BGH NVwZ-RR 1997, 725.

<sup>41</sup> Zu den Folgen einer Genehmigungserklärung nach außen ohne Genehmigungsbeschluss des Gemeinderats im Innenverhältnis vgl. unten im Text unter „8“.

<sup>42</sup> Ebenso Joas, BWNNotZ 1995, 167.

sche Gewalt der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung ausübe, und daher von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.<sup>43</sup> Beide Entscheidungen betreffen gänzlich unterschiedliche und im Hinblick auf die Kontrollfunktion des § 181 BGB nicht vergleichbare Sachverhalte, da ein Bürgermeister im Gegensatz zu einem Residenzialbischof insbesondere demokratisch gewählt bzw. legitimiert und nicht Träger des Vermögens der von ihm vertretenen Körperschaft ist. Zudem unterliegt ein Bürgermeister – wenn auch nicht im Sinne der Gewaltenteilungslehre<sup>44</sup> – gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 GemO der Überwachung bei der Ausführung der Gemeinde-ratsbeschlüsse und der Kontrolle der Gemeindeverwaltung durch den Gemeinderat, dem Hauptorgan der Gemeinde. Selbst wenn der hierarchische Aufbau der katholischen Kirche die Befreiung des – laut Bayerischem Obersten Landesgericht – mit ungeteilter monarchischer Gewalt ausgestatteten Residenzialbischofs als selbstständigem Träger des Diözesanvermögens von den Beschränkungen des § 181 BGB gebieten sollte<sup>45</sup>, bedarf eine demokratisch verfasste Gemeinde als eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten bei der Vertretung durch den demokratisch gewählten Bürgermeister des Schutzes vor Gefahren aus generell-abstrakten Interessenskollisionen bei Insichgeschäften. Der zitierte Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts verkörpert somit nicht nur entgegen der Formulierung des Landgerichts Stuttgart keinen direkten Beleg für die Nichtgeltung des § 181 BGB bei der Wahrnehmung von Geschäften der laufenden Verwaltung durch Bürgermeister, sondern eignet sich – was das Landgericht Stuttgart in seinem o. g. Beschluss noch nicht einmal abzuleiten versucht – auch nicht dazu, als Entscheidungsmaßstab sinngemäß auf Insichgeschäfte von Bürgermeistern angewendet zu werden.

### 7. Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Auftreten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob die Regelung des § 181 BGB auch dann Anwendung findet, wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt, der den Vertretenen ohne dessen Genehmigung noch nicht rechtsgeschäftlich zu binden vermag. Diesbezüglich ist bei zweiseitigen Rechtsgeschäften insbesondere zwischen den Auswirkungen auf Seiten eines durch einen ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Bevollmächtigten, der die andere Vertragspartei selbst oder unter Zwischenschaltung des Vollmachtgebers<sup>46</sup> als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertritt, einerseits und den Auswirkungen auf Seiten des durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht Vertretenen andererseits, der entweder mehrvertretend als Bevollmächtigter bzw. wiederum als Vertreter ohne Vertretungsmacht auch für die andere Partei handelt oder selbstkontrahierend andere Partei ist, zu unterscheiden.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat durch Beschluss vom 13. 2. 1986 entschieden, § 181 BGB schütze auch den Vollmachtgeber, dessen von den Insichgeschäftsbeschränkungen nicht befreiter Bevollmächtigter zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die andere Partei mehrvertretend handle. Der Entscheidung lag ein entsprechender Grundstückskaufvertrag zugrunde.<sup>47</sup> Auch der

Vertreter ohne Vertretungsmacht sei „Vertreter“ im Sinne des § 181 BGB. Durch die Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen werde die Gefahr einer unwissentlichen Benachteiligung ausschließlich auf Seiten des Genehmigenden, nicht jedoch für den Vollmachtgeber beseitigt. Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht Düsseldorf durch Beschluss vom 30. 11. 1998 entschieden, § 181 BGB finde zum Schutz des Vollmachtgebers, der durch einen von den Insichgeschäftsbeschränkungen nicht befreiten Bevollmächtigten vertreten werde, auch dann Anwendung, wenn der Bevollmächtigte zugleich den Vollmachtgeber als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die andere Partei auftreten lasse, selbst wenn die andere Partei den Vorgang genehmige.<sup>48</sup> Laut zugrundeliegendem Sachverhalt war zwischen einer veräußernden Gemeinde und einer erwerbenden Aktiengesellschaft ein Grundstückskaufvertrag beurkundet worden. Der von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreite Bevollmächtigte der Aktiengesellschaft trat für diese auf und ließ sie zugleich als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für die Gemeinde handeln. Namens der Gemeinde wurde der Vertrag genehmigt. Mangels Erteilung einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die Aktiengesellschaft sei – so das Oberlandesgericht Düsseldorf – der Vertrag nicht wirksam geworden. Ob und inwieweit aufgrund der Regelung des § 181 BGB die namens der Gemeinde erteilte Genehmigung nicht wirksam geworden ist, untersucht das Gericht nicht. Gegen beide Entscheidungen wird von Teilen der Literatur vorgetragen, § 181 BGB finde in derartigen Fällen keine Anwendung, da in der hier maßgebenden Konstellation der Vertrag anders als bei der jeweils durch Vertretungsmacht begründeten Mehrvertretung zunächst noch schwebend unwirksam ist bzw. erst mit der Genehmigung der anderen vertretenen Partei zustande kommt und die abstrakte Benachteiligungsgefahr für einen vollmachtlos Vertretenen dabei nicht größer sei, als wenn ein nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Bevollmächtigter direkt gegenüber der anderen Vertragspartei, ohne zugleich Vertreter ohne Vertretungsmacht derselben zu sein, aufträte, auf den die Regelung des § 181 BGB dann unbestrittenmaßen keine Anwendung findet.<sup>49</sup> Diese Kritik überzeugt jedoch nicht. Die Insichgeschäftsbeschränkung ist vielmehr auch in der hier in Rede stehenden Konstellation einschlägig. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in der o. g. Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, dass die Kontrollfunktion der Genehmigungsbedürftigkeit bei Vertretung ohne Vertretungsmacht ausschließlich die Interessen des vollmachtlos Vertretenen, nicht jedoch diejenigen des gebundenen Vollmachtgebers schützt. Darüber hinaus ist die abstrakte Gefährdung eines durch einen Bevollmächtigten Vertretenen, der zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die andere Partei handelt, größer als diejenige eines Vollmachtgebers, der durch einen Bevollmächtigten, dem gegenüber die andere Partei persönlich auftritt, vertreten wird. Dies ergibt sich daraus, dass sich bei gleichzeitiger Wahrnehmung gegenläufiger Interessen zwangsläufig ein Vorteil der einen vertretenen Partei zu Lasten der anderen vertretenen Partei entwickelt, während bei einseitigem rechtsgeschäftlichen Auftreten ausschließlich für eine Partei dieser erst dann Nachteile widerfahren, wenn – ausnahmsweise bzw. systemwidrig – Vertretungsmacht missbraucht wird. Aus diesem Grund beinhaltet § 181 BGB unzweifelhaft

<sup>43</sup> BayObLG Rpfleger 1974, 65.

<sup>44</sup> BVerfG NVwZ 1989, 46.

<sup>45</sup> Dazu kritisch Joas, BWNotZ 1995, 167.

<sup>46</sup> Dazu ausführlich oben im Text unter „5“.

<sup>47</sup> BayObLG Rpfleger 1988, 61.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470.

<sup>49</sup> Lichtenberg, MittBayNot 1999, 470 f.; derselbe, MittBayNot 2000, 434 f.; Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341; Fertl, Rpfleger 1988, 61 f.

eine ausdrückliche Inschlagbeschränkung für Fälle echter Mehrvertretung in Form einer Bevollmächtigung desselben Vertreters durch mehrere Parteien und verweist nicht darauf, ein derartiger Schutz sei überflüssig, da die Gefährdung des Vollmachtgebers bei einem persönlichen Auftreten des Vertragspartners identisch (gering) sei. Aus Sicht des Vollmachtgebers A besteht hinsichtlich des abstrakten Gefährdungsgrades zwischen einem gleichzeitigen Handeln desselben Vertreters für diesen Vollmachtgeber A und einen vollmachtlos Vertretenen B (unecht mehrvertretend) einerseits sowie für Vollmachtgeber A und Vollmachtgeber B (echt mehrvertretend) andererseits keinerlei Unterschied. Insbesondere führt die Kontrollbefugnis des durch § 177 Abs. 1 BGB geschützten vollmachtlos Vertretenen B allenfalls dazu, dass er die Erteilung seiner Genehmigung von einer möglichst guten (einseitigen) Interessenwahrnehmung zu seinen Gunsten durch den Vertreter abhängig macht. Der Anwendung der Inschlagbeschränkung bei unechter Mehrvertretung zugunsten des Vollmachtgebers, dessen Bevollmächtigter die andere Partei als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertritt, stehen auch keine sonstigen Gründe entgegen. Zwar wurde die Problematik des Schutzes vor Interessenkollisionen durch § 181 BGB bei Vertretung ohne Vertretungsmacht während der Beratungen der Kommission für den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht erörtert.<sup>50</sup> Dies lässt jedoch nicht den zwingenden Schluss zu, § 181 BGB solle insoweit unanwendbar sein. Im Hinblick auf Wortlaut und Gesetzssystematik könnte die Anwendbarkeit des § 181 BGB möglicherweise als evident erschienen sein. Der Wortlaut des § 181 BGB deckt sich mit dem Wortlaut der Regelungen zur Vertretung ohne Vertretungsmacht in den §§ 177, 178 und 179 BGB, da in allen vorgenannten Vorschriften ein Handeln des „Vertreters“ benannt wird, und spricht daher für eine Anwendbarkeit des § 181 BGB auch bei Vertretung ohne Vertretungsmacht. Indem die Regelungen zur Vertretung ohne Vertretungsmacht innerhalb des Fünften Titels des Dritten Abschnitts des Ersten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches unmittelbar zwischen dem rechtsgeschäftlichen Handeln unter Vollmacht und den Inschlagbeschränkungen nach § 181 BGB plazierte wurden, zeigt die Gesetzssystematik, dass der Schutz bei Vertretung ohne Vertretungsmacht vor Interessenskollisionen durch § 181 BGB nicht weniger stark sein darf als der entsprechende Schutz bei Bevollmächtigung.

Gleiches gilt aus denselben Gründen zum Schutze des vollmachtlos Vertretenen unabhängig davon, ob ein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt, indem der Vertreter ohne Vertretungsmacht zugleich andere Partei ist, oder der Vertreter ohne Vertretungsmacht die andere Partei zugleich mehrvertretend als Bevollmächtigter bzw. wiederum als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertritt. In allen vorstehend genannten Konstellationen ist der vollmachtlos Vertretene vor generell-abstrakten Interessenskollisionen zu schützen, die sich daraus typischerweise ergeben können, dass dieselbe Person gleichzeitig den regelmäßig gegenläufigen Interessen zweier Parteien dienen soll. So hat das Landgericht Saarbrücken durch Beschluss vom 15. 3. 2000 insoweit zurecht entschieden, § 181 BGB sei zum Schutz des vollmachtlos Vertretenen anwendbar, wenngleich – was anschließend noch kritisch zu untersuchen sein wird – die Inschlagbeschränkung nicht für die dann erforderliche

Genehmigungserklärung des gesetzlichen Vertreters des Vertretenen gelten soll.<sup>51</sup> Bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages zwischen einer verkaufenden Gemeinde und einem erwerbenden Ehepaar war der miterwerbende Ehemann nicht nur in eigenem Namen, sondern zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die veräußernde Gemeinde aufgetreten. Namens der Gemeinde wurde anschließend die Genehmigung zu diesem Vertrag durch den Bürgermeister erklärt. Die Entscheidung bejaht zurecht die Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen des § 181 BGB auf vollmachtlose Vertretung, auch von Gemeinden, da ungeachtet der Frage, ob in einer Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB (konkludent) auch die Genehmigung nach § 181 BGB enthalten ist und welches Organ auf seiten der beteiligten Gemeinde für eine Genehmigung nach § 181 BGB zuständig ist – dazu jeweils sogleich –, generell-abstrakt dasselbe o. g. Schutzbedürfnis besteht.

#### **8. Die Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde für die Erteilung einer Genehmigung nach § 181 BGB**

Soweit der Tatbestand des § 181 BGB zum Schutz einer Gemeinde, z. B. als Partei eines Kaufvertrages, dadurch eröffnet ist, dass der Bürgermeister ohne vorherige wirksame Gestattung persönlich für beide Parteien aufgetreten ist, persönlich alleine namens der Gemeinde gehandelt hat, diese jedoch zugleich für die andere Partei hat auftreten lassen oder die Erklärungen eines Vertreters der anderen Partei, der zugleich für die Gemeinde als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist, genehmigt hat, bleibt das in Rede stehende Rechtsgeschäft bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 181 BGB – soweit für die Gemeinde ein Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist, zusätzlich bis zur Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB – durch die Gemeinde schwebend unwirksam. Fraglich ist nun, wer innerhalb der Gemeinde für die Erteilung dieser Genehmigung nach § 181 BGB zuständig ist. Dabei ist nach baden-württembergischem Kommunalverfassungsrecht zwischen der Kompetenz zur Willensbildung im Innenverhältnis einerseits und der Vollzugszuständigkeit zur Erteilung der Genehmigung im Sinne des § 181 BGB nach außen andererseits zu differenzieren. Zusätzlich muss im Innenverhältnis weiter zwischen der Zuständigkeit zur Entscheidung über eine förmliche Genehmigung nach § 181 BGB einerseits und der inhaltlichen Sachentscheidungskompetenz bezüglich des betroffenen Rechtsgeschäfts – etwa hinsichtlich der Frage, ob eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB erteilt werden soll – andererseits streng unterschieden werden.

Die gemeindeinterne Entscheidungskompetenz für eine Genehmigung nach § 181 BGB, die nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, steht alleine dem Gemeinderat zu.<sup>52</sup> Der Gemeinderat ist gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO als Hauptorgan der Gemeinde für alle diejenigen Entscheidungen zuständig, die durch Gesetz nicht ausdrücklich anderweitig zugewiesen worden sind. Für den Gemeinderat besteht danach eine grundsätzliche Zuständigkeitsvermutung. Diese wird keineswegs dadurch ausgeschlossen, dass der Bürgermeister, dessen Handeln in Rede steht, –

<sup>51</sup> LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433. Diesbezüglich offen Kuhn RNotZ 2001, 305 (327).

<sup>52</sup> Würtenberger, VBIBW 1984, 171 (172 f.); Grziwotz, BayBgm 2001, 272 (273); Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (344).

<sup>50</sup> Vgl. Nachweise bei Kuhn, RNotZ 2001, 305 (326 f.).

anders als die vom Gemeinderat bestellten weiteren Bürgermeister<sup>53</sup> – nicht vom Gemeinderat, sondern direkt von den Gemeindebürgern gewählt wird<sup>54</sup>, da das Bestellorgan<sup>55</sup> nur dann über die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB entscheiden darf, wenn der Vertretene nicht anderweitig handlungsfähig ist<sup>56</sup>. Hier ist die Handlungsfähigkeit der vertretenen Gemeinde jedoch durch die o. g. Auffangzuständigkeit des Gemeinderates sichergestellt und damit ein Rückgriff auf ein etwaiges Bestellorgan entbehrlich. Dieses Ergebnis wird ergänzend dadurch gestützt, dass die Entscheidung über eine Vorabgestattung im Sinne des § 181 BGB, die pauschal durch die Hauptsatzung oder konkret durch Einzelentscheidung erfolgen kann, unzweifelhaft ausschließlich der Zuständigkeit des Gemeinderates unterfällt, und kein Grund dafür ersichtlich ist, dies für eine nachträgliche Genehmigung anders zu handhaben.<sup>57</sup> Von der gemeindeinternen Kompetenz zur Willensbildung hinsichtlich einer Genehmigung im Sinne des § 181 BGB ist die interne Sachentscheidungskompetenz bezüglich des dem Schutzbereich des § 181 BGB unterfallenden Rechtsgeschäfts streng zu unterscheiden.<sup>58</sup> Ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft – unabhängig von der förmlichen Vertretungskonstellation – inhaltlich abgeschlossen bzw. nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt werden soll, hängt maßgebend davon ab, ob die vermutete Allzuständigkeit des Gemeinderates nach § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO durch eine ausdrückliche Sonderzuweisung an den Bürgermeister verdrängt wird. Häufigster diesbezüglicher Ausnahmetatbestand ist die inhaltliche Sachentscheidungskompetenz des Bürgermeisters bei Geschäften der laufenden Verwaltung nach § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO. Wurde etwa ein Kaufvertrag beurkundet, der ein Geschäft der laufenden Verwaltung betrifft, und ist dabei ein Bevollmächtigter der anderen Vertragspartei zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gemeinde aufgetreten, so ist das Rechtsgeschäft zunächst doppelt schwebend unwirksam. Es bedarf einmal der Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB und zum Anderen der Genehmigung nach § 181 BGB. Ob die Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB erteilt werden soll, entscheidet der Bürgermeister in einem derartigen Fall ohne Beteiligung des Gemeinderates kraft eigener Sachentscheidungskompetenz, wenn ein Geschäft der laufenden Verwaltung betroffen ist. Insoweit prüft alleine der Bürgermeister, ob der Vertrag inhaltlich den Interessen der Gemeinde entspricht. Ob die Genehmigung nach § 181 BGB erteilt werden soll, entscheidet unabhängig von der inhaltlichen Sachentscheidungskompetenz nach § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO ausschließlich der Gemeinderat nach § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO, da insoweit keine Inhaltskontrolle erfolgen soll, sondern ausschließlich entschieden wird, ob die Gefahren generell-abstrakter Interessenkollisionen durch das Handeln derselben Person für beide Parteien, die gegenläufige Interessen haben, in Kauf genommen werden sollen. Derartige Gefahren könnten etwa in einem

Verschweigen von bei Beurkundung mitgeteilten Mängeln an dem an die Gemeinde verkauften Objekt liegen. Diese Willensbildungskompetenz des Gemeinderates bezüglich einer Entscheidung nach § 181 BGB besteht dabei sogar dann, wenn an Stelle des Gemeinderates für die inhaltliche Sachentscheidung z. B. nach § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO der Bürgermeister zuständig ist. Selbst wenn der Gemeinderat seine Prüfungskompetenz nach § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO insoweit missbrauchen würde, als er seine Entscheidung nach § 181 BGB unzulässigerweise unter Zugrundelegung inhaltlicher Erwägungen trifft und, obschon der Bürgermeister die Erteilung einer Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB nach inhaltlicher Überprüfung bejaht hat, deshalb eine Genehmigung nach § 181 BGB verweigert, wäre ein entsprechender Kaufvertrag damit nicht endgültig gescheitert.<sup>59</sup> Indem sowohl für die Gemeinde als auch für die andere Partei jeweils ein gesonderter Vertreter auftritt, könnte der Vertrag von vorneherein unabhängig von einer Entscheidung nach § 181 BGB wirksam geschlossen werden.<sup>60</sup> Willensbildungskompetenz zur Entscheidung über eine Genehmigung nach § 181 BGB und Zuständigkeit zur inhaltlichen Sachentscheidung für eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB sind daher gesondert zu überprüfen und können unterschiedlichen Organen – soweit dem Gemeinderat jedoch auch die inhaltliche Sachentscheidungskompetenz zukommt, ist er für die Entscheidung über beide Genehmigungen zuständig – zustehen. Der Gemeinderat muss seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein, da er Vertreter im Willen ist und keine Genehmigung nach außen erklärt.<sup>61</sup>

Die Genehmigung nach § 181 BGB kann gemäß § 182 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vertreter oder dem Geschäftspartner erklärt werden. Erfolgt die Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner, was analog § 177 Abs. 2 BGB nach entsprechender Aufforderung durch diesen zwingend ist, kommt ihr zweifellos Außenwirkung zu. Gleiches gilt bei einer Genehmigung gegenüber dem Vertreter, wenn als Vertreter nicht der Bürgermeister, sondern eine andere Person als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gemeinde gehandelt hatte. Der Genehmigungserteilung dürfte selbst dann Außenwirkung zukommen, wenn sie gegenüber dem Bürgermeister als Vertreter erfolgt, der nicht nur für die Gemeinde, sondern zusätzlich auch für die andere Vertragspartei aufgetreten war oder wenn er die Erklärungen einer Person, die als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gemeinde gehandelt hatte, bereits genehmigt hat, da – obschon der Bürgermeister ebenfalls Gemeindeorgan ist – das genehmigte Rechtsgeschäft Bedeutung für Dritte hat.<sup>62</sup> Bei der Genehmigung nach § 181 BGB ist streng zwischen der internen Willensbildungskompetenz darüber, ob überhaupt eine Genehmigung nach § 181 BGB erteilt werden soll, und der Vollzugszuständigkeit zu unterscheiden. Die Vollzugszuständigkeit regelt, wer die Genehmigung nach außen übermittelt. Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 GemO vertritt der Bürgermeister die Gemeinde im Rahmen der kommunalen Verbandskompetenz unbeschränkt und unbeschränkbar nach außen. Fraglich ist, ob der Bürgermeister demnach auch zur Erteilung der Genehmigung nach § 181 BGB – somit sich selbst gegenüber – zuständig ist. Die empfangsbedürftige Erteilung der Genehmigung nach § 181 BGB

<sup>53</sup> Auf die unzweifelhafte Zuständigkeit des Gemeinderates als Bestellorgan der Bürgermeisterversammlung nach §§ 48 ff. GemO für die Erteilung einer Genehmigung nach § 181 BGB gegenüber einem Bürgermeisterversammlungsteilnehmer weist zurecht Grziwotz, BayBgm 2001, 272 (273) hin.

<sup>54</sup> So aber Manssen, BayBgm 2000, 136 (153), der daraus – ohne dies ausdrücklich auszusprechen – eine plebiszitäre Sachentscheidungskompetenz der Gemeindebürger, für die es keinerlei gesetzliche Grundlage gibt, abzuleiten versucht.

<sup>55</sup> Zu diesem Begriff BFH WM 1975, 456 (457).

<sup>56</sup> Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (344).

<sup>57</sup> Würtenberger, VBIBW 1984, 171 (173).

<sup>58</sup> Eben diese wesentliche Unterscheidung berücksichtigt das LG Saarbrücken in seiner o. g. Entscheidung – s. o. Fn. 50 – nicht.

<sup>59</sup> Dies übersieht das LG Stuttgart, BWNNotZ 1995, 166, das zu Unrecht nicht zwischen inhaltlicher Sachentscheidungskompetenz und Willensbildungskompetenz für die förmliche Entscheidung nach § 181 BGB differenziert.

<sup>60</sup> Ähnlich zu Recht Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>61</sup> So BGHZ 33, 189 (191) für die Gesellschafterversammlung einer GmbH.

<sup>62</sup> Im Ergebnis ebenso Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (344).

unterliegt ihrerseits den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>63</sup> Soweit der Gemeinderat die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nach § 181 BGB beschließt, ist darin jedoch konkludent auch die Befreiung des Bürgermeisters von den Beschränkungen des § 181 BGB für die Erteilung der Genehmigung gegenüber sich selbst und – soweit der Bürgermeister zugleich für den Geschäftsgegner bevollmächtigt ist – gegenüber dem Geschäftsgegner enthalten. Darüber hinaus ist der Bürgermeister gemäß § 52 i. V. m. § 18 GemO an der Vertretung der Gemeinde nach außen sowie an der Mitwirkung bei der Beschlussfassung im Gemeinderat gehindert, wenn die Genehmigungserteilung ihm selbst oder den in § 18 GemO genannten Personen einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Ein Verstoß gegen diese Befangenheitsregelung macht die Erklärungen des Bürgermeisters bzw. den Gemeinderatsbeschluss gemäß § 52 i. V. m. § 18 Abs. 6 GemO – diese Normen sind anderweitige Regelungen im Sinne des § 134 BGB – mit der Folge heilbar rechtswidrig, dass sie nach Ablauf eines Jahres als gültig angesehen werden, soweit der Bürgermeisterstellvertreter bzw. die Rechtsaufsichtsbehörde nicht vor Ablauf dieser Frist widersprochen bzw. die Erklärungen beanstandet hat. Soweit der Bürgermeister persönlich unter Verstoß gegen die Regelung des § 181 BGB rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben hat, sei es mehrvertretend jeweils für die Gemeinde und den anderen Vertragspartner oder für die Gemeinde, die er wiederum für den anderen Vertragspartner hat auftreten lassen, – nicht jedoch für den Fall, dass der Bürgermeister das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB genehmigt, die Genehmigung wegen § 181 BGB schwebend unwirksam ist und der falsus procurator selbst zu haften droht –, kann ihm die Genehmigung nach § 181 BGB jeweils zum Vorteil gereichen, da er, würden die von ihm abgegebenen Willenserklärungen wegen § 181 BGB nicht wirksam, der anderen Vertragspartei gegenüber schadenersatzpflichtig wäre.<sup>64</sup> Eine Haftung des Bürgermeisters begründet sich in derartigen Konstellationen regelmäßig aus § 839 BGB, wobei mangels hoheitlicher Tätigkeit keine Überleitung nach Art. 34 Satz 1 GG auf die Gemeinde stattfindet<sup>65</sup>, sowie aus § 179 BGB<sup>66</sup>. Daher ist zur Erteilung der Genehmigung im Sinne des § 181 BGB grundsätzlich der Bürgermeistervertreter zuständig. Soweit der Bürgermeister jedoch namens der Gemeinde abgegebene Erklärungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt, ist der Bürgermeister auch zur Genehmigungserteilung im Sinne des § 181 BGB – gegenüber dem Geschäftsgegner oder gegenüber sich selbst – zuständig.

<sup>63</sup> Vgl. BGHZ 33, 189 (191) zum Geschäftsführer einer GmbH.

<sup>64</sup> Ähnlich Schneeweiß MittBayNot 2001, 341, 344 f., der jedoch zwischen direktem beidseitigem Auftreten des Bürgermeisters namens beider Parteien und ausschließlichem Handeln für die Gemeinde unter Zwischenschaltung derselben als Vertreterin der anderen Partei unterscheidet und lediglich im erstgenannten Fall von einer Befangenheitsverhinderung ausgeht.

<sup>65</sup> BGH RNotZ 2001, 446, 448 f.

<sup>66</sup> Nach dem der Entscheidung BGH RNotZ 2001, 446 zugrunde liegenden Sachverhalt wurde ein mit dem Bürgermeister der betroffenen Gemeinde namens der Gemeinde mündlich vereinbarter Jagdpachtvertrag nicht wirksam, da die von § 54 Abs. 1 GemO vorgeschriebene Schriftform nicht eingehalten worden war. Eine persönliche Haftung des Bürgermeisters über § 839 BGB hinaus aus § 179 BGB auf das Erfüllungsinteresse wurde nur deshalb verneint, da § 54 GemO – obschon formell mangels Gesetzgebungskompetenz des Landes für zivilrechtliche Formvorschriften als Vertretungsregelung gewertet – inhaltlich einer Formvorschrift entspreche und bei Nichteinhaltung einer Formvorschrift anders als bei Nichteinhaltung einer Vertretungsregelung keine Haftung aus § 179 BGB begründet sei.

Im Falle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht ist der Grundsatz, eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB erfasse üblicherweise konkludent auch die wirksame Genehmigung nach § 181 BGB<sup>67</sup>, auf die Vertretung einer Gemeinde nicht uneingeschränkt anwendbar, da insoweit – wie vorstehend dargelegt – unterschiedliche Organkompetenzen bestehen und bei einer Genehmigung nach § 181 BGB insbesondere das Vollzugsorgan an die Willensbildung des Gemeinderates gebunden ist, der die Vertretungsmacht um das in Rede stehende Insichgeschäft erst konstitutiv erweitert.

Die Genehmigung im Sinne des § 181 BGB kann nach außen jedoch nur dann wirksam erteilt werden, wenn dies der internen Willensbildung zu dieser förmlichen Vertretungsfrage durch den dazu zuständigen Gemeinderat entspricht und das Organ, das die Genehmigung nach außen erklärt, selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden ist, da die Genehmigung nach § 181 BGB die Vertretungsmacht für das in Rede stehende Insichgeschäft konstitutiv begründet. Hat sich der Gemeinderat mit der Genehmigungserteilung nicht befasst oder hat er sich gegen die Erteilung der förmlichen Genehmigung nach § 181 BGB ausgesprochen, wäre eine gleichwohl durch den Bürgermeister bzw. Bürgermeistervertreter nach außen erteilte Genehmigung unwirksam.

Anders verhält es sich bei der Genehmigungserteilung nach § 177 Abs. 1 BGB, die von einer inhaltlichen Bewertung des Rechtsgeschäfts abhängt. So ist nach baden-württembergischem Kommunalverfassungsrecht anerkannt, dass die Vertretungsbefugnis eines Bürgermeisters im Außenverhältnis nicht durch die kommunalverfassungsrechtliche interne inhaltliche Aufgabenverteilung, sondern allenfalls nach den Grundsätzen über den Missbrauch von Vertretungsmacht oder kollusiven Zusammenwirkens beschränkt ist<sup>68</sup>. Für die Wirksamkeit von Erklärungen namens der Gemeinde nach außen ist damit insoweit nach baden-württembergischem Kommunalverfassungsrecht ausschließlich maßgebend, ob die Vollzugszuständigkeit eingehalten wurde, nicht jedoch, ob die Vollzugshandlung von der internen inhaltlichen Sachentscheidung gedeckt und ob ein entsprechender Sachentscheidungsbeschluss im Außenverhältnis als Nachweis vorgelegt worden ist. Anders als in Bayern ist daher in Baden-Württemberg zum Vollzug des Eigentumswechsels im Grundbuch aufgrund eines Grundstückskaufvertrages unter Beteiligung einer durch einen Bürgermeister vertretenen Gemeinde selbst dann, wenn der Vertrag nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne des § 44 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GemO eingestuft werden kann, die Vorlage eines den Kaufvertrag inhaltlich deckenden Gemeinderatsbeschlusses nicht erforderlich, soweit der Schutzbereich des § 181 BGB nicht betroffen ist. Im Gegensatz dazu werden die Regelungen der bayerischen Gemeindeordnung dahingehend ausgelegt, dass ein der Sachentscheidungskompetenz des Gemeinderates unterliegender Vorgang – beispielsweise rechtsgeschäftliche Willenserklärungen außerhalb der laufenden Verwaltung – durch den Bürgermeister ohne Vorlage eines Nachweises für einen entsprechenden Auftrag des Gemeinderates – in der Regel durch Vorlage einer Ausfertigung des betreffenden Gemeinderatsbeschlusses<sup>69</sup> – nicht wirksam nach außen vollzogen werden kann.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> DNotI in DNotI-Report 1998, 65.

<sup>68</sup> BGH BB 1966, 603; VGH Mannheim NVwZ 1990, 892; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3660.

<sup>69</sup> BayObLG BayVBl 1972, 24 (25).

<sup>70</sup> BayObLG MittBayNot 1997, 383.

Bei Erklärung einer Genehmigung nach § 181 BGB durch den Bürgermeister bzw. dessen Stellvertreter ist – zumal dessen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB praktisch selten erfolgt<sup>71</sup> – dem Grundbuchamt zum Grundbuchvollzug stets eine Ausfertigung des entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses – Gleiches gilt bei vorheriger Gestattung durch Gemeinderatsbeschluss; bei genereller Gestattung durch Hauptsatzung ist der Satzungswortlaut – vorzulegen, um die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB glaubhaft zu machen. Eine derartige Glaubhaftmachung ist beispielsweise auch bei Vertretung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts, deren Vertretungsmacht nicht durch Handelsregisterauszug nachweisbar ist, anerkannt.<sup>72</sup>

Die unterschiedliche Behandlung von Genehmigungen nach § 181 BGB einerseits und nach § 177 BGB andererseits begründet sich darin, dass die Befreiung nach § 181 BGB die Vertretungsmacht des Bürgermeisters konstitutiv erweitert, während bei der Genehmigung nach § 177 BGB lediglich inhaltliche Sachfragen innerhalb bestehender Grenzen der Vertretungsmacht betroffen sind.

## 9. Zusammenfassung

§ 181 BGB ist auch bei der Vertretung von Gemeinden anwendbar.

Der Schutzbereich des § 181 BGB wird dabei weder durch Unterbevollmächtigung zur Mehrvertretung noch durch

<sup>71</sup> Vgl. Neumeyer, RNotZ 2001, 249 (265).

<sup>72</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3635 für im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Vertretungsregelungen, die von den gesetzlichen Vertretungsvorschriften abweichen.

formelle Zwischenschaltung der vertretenen Gemeinde bzw. deren Vertragsgegners als Vertreter der jeweils anderen Partei eingeschränkt. Gemeindeinterne inhaltliche Sachentscheidungskompetenzen führen zu keiner Tatbestandsreduzierung des § 181 BGB.

Gemeinden bzw. deren Vertragsgegner sind vor Inanspruchnahme auch bei Vertretung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschützt. Dies gilt sowohl zugunsten derjenigen Partei, die bei einem Rechtsgeschäft durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten wurde, als auch zugunsten derjenigen Partei, die durch einen Vertreter mit Vertretungsmacht vertreten wurde, der zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die andere Partei aufgetreten ist.

Innerhalb der Gemeinde ist der Gemeinderat unabhängig von Art und Inhalt des betroffenen Rechtsgeschäfts intern zuständig zu entscheiden, ob eine Genehmigung im Sinne des § 181 BGB nach außen erteilt werden soll. Für den Vollzug dieser Entscheidung durch Erteilung der Genehmigung nach § 181 BGB ist grundsätzlich der Bürgermeistervertreter zuständig. Soweit der Bürgermeister jedoch namens der Gemeinde abgegebene Erklärungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß § 177 Abs. 1 BGB genehmigt, ist der Bürgermeister auch zur Erteilung der Genehmigung nach § 181 BGB – gegenüber dem Geschäftsgegner oder gegenüber sich selbst – zuständig.

Eine Genehmigung nach § 181 BGB kann – anders als eine Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB – nach außen nur dann wirksam erteilt werden, wenn intern ein dies deckender Gemeinderatsbeschluss existiert. Dies ist gegenüber dem Grundbuchamt durch Vorlage einer Ausfertigung des maßgeblichen Gemeinderatsbeschlusses glaubhaft zu machen.

## Buchbesprechung

**Das Handbuch „Erbbaurecht und Erbbauzins“** von Linde/Richter liegt nunmehr in 3. Auflage (2001) vor und ist im juristisch renommierten Aschendorf Rechtsverlag, Münster (Dr. Otto Schmidt, Köln), erschienen, nachdem die beiden Voraufagen im Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, publiziert worden. 408 Seiten, DM 98,-.

Gleichgeblieben ist die Grundkonzeption des Werkes, eine auch für den Laien verständliche Darstellung der komplizierten und wenig anschaulichen Rechtsmaterie vorzulegen. Dabei verfährt auch die Neuauflage nach dem bewährten Muster, den Gesamtkomplex übersichtlich in einzelne Themenbereiche zu unterteilen – gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts, vertragsmäßiger Inhalt, Erbbauzins, schuldrechtliche Vertragsvereinbarungen, Grundbuchverfahren, Beendigung, Erbbaurecht in der Zwangsversteigerung, das Wohnungserbbaurecht und das von Dipl.-Finanzwirt (FH) bearbeitete Steuerkapitel. Diese Themenbereiche sind noch um die „Erbbaurechte in Ostdeutschland“ erweitert; alle Kapitel beinhalten eine je eigene, in sich geschlossene und verständliche Darstellung.

Dabei ist auch die bewährte Art der Darstellung beibehalten, einzelne besonders praxisrelevante Probleme umfassender und auch in der juristischen Argumentation intensiver darzustellen (z.B. Rdz. 63 zur Belastung des sog. Hammerstielgrundstücks, Rdz. 64, 65 zum Gesamt- und Nachbarerbbaurecht); andere Fragen werden mehr cursorisch angesprochen oder gar ausgeklammert, wie z.B. bei Rdz. 243, wo die Frage der notariellen Beurkundungsbedürftigkeit der Aufhebungsvereinbarung gar nicht gestellt, sondern die Beurkundung einfach als gegeben (im Widerspruch zum Wortlaut des § 11 Abs. 2 ErbbRVO) behauptet wird. Davon abgesehen finden sich jedoch regelmäßig Hinweise auf die Problemlagen und insbe-

sondere auf die weiterführende Literatur bzw. Rechtsprechung in den Fußnoten.

Besonders hervorzuheben ist das Literaturverzeichnis im Vorspann, das nun auf 12 (!) Seiten angewachsen ist, davon allein mehr als 10 Seiten für Aufsätze. Bei ca. 260 Textseiten (einschl. Steuerkapitel, jedoch ohne Muster- und Gesetzestexte) eine ganz erstaunliche Relation und für die Autoren der Ausweis besonderer wissenschaftlicher Gründlichkeit, für den Leser eine wahre Fundgrube zur Weiterführung! (Zumal schon das Literaturverzeichnis für die Rechtslage im Beitrittsgebiet eigene Unterabschnitte enthält)

Den für ein „Handbuch“ so wichtigen Aspekten der Anschaulichkeit und Verständlichkeit kommt sehr entgegen, dass eigene Kapitel mit Mustertexten sowie den aktuellen Gesetzes- und Verordnungstexten (z.B. auch Auszüge aus der GBO und dem ZVG) aufgenommen sind – darüber hinaus auch, dass im jeweiligen Sachkapitel bei einzelnen Problemerkörungen die relevante Gesetzespassage wiederholt wird und insbesondere häufig auch frühere Textfassungen (z.B. Rdz. 154 für die Bestimmtheit des Erbbauzinses) wiedergegeben werden, die u.U. für die damals begründeten Rechtsbeziehungen weiterhin Auswirkungen haben können. Für die Lektüre bedeutet es eine große Erleichterung, dass das Handbuch diese Gesetzesinformationen „aus einer Hand“ bereit hält.

Inhaltlich ist die 3. Aufl. auf dem neuesten Gesetzesstand, jedenfalls hinsichtlich der ErbbauRVO (was Nebengesetze angeht, ist der Hinweis in Rdz. 60 hinsichtlich der Genehmigungspflicht der Grundstücksteilung nach der Bad.-Württ. LBO überholt, da § 8 LBO zum 1. 2. 2001 aufgehoben ist, GBl. 2000, S. 760). Gerade in der



ErbRVO selbst haben sich seit der 2. Auflg. von 1992 mit Nachtrag 1994 zum Thema Erbbauzins ganz gravierende Veränderungen ergeben. Die durch Art. 2 § 1 SachRÄndG (BGBl. 1994 I, S. 2457) erfolgte Neufassung des § 9 Abs. 3 ErbRVO mit der Möglichkeit der vollstreckungsfesten Reallast ist breit im Zusammenhang erörtert (Rdz 197 ff, aber bei Rdz. 151 a.E. fehlt ein Hinweis auf die neue Rechtslage).

Zu sogar wiederholten Gesetzesänderungen ist es im Bereich der Anpassung des Erbbauzins (§ 9 Abs. 2 ErbRVO) gekommen. Hier ist es schade, dass gerade die Problemdarstellung dieses sehr komplexen und komplizierten Bereichs keine vollständige Übersicht der gesetzlichen Konstrukte enthält:

Zwar werden die „materiellen Grundelemente“ der Anpassungsproblematik – Anpassungsgrund (Rdz. 157) und Anpassungshöhe (Rdz. 158 ff) – umfassend erörtert, einschließlich der Anpassungsbegrenzung bei Wohnungserbbaurechten durch § 9a ErbRVO ausführlich (Rdz. 164 ff). Wiederholt wird auch auf die Problematik der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit (Rdz. 161) vor allem wegen der Sicherung durch Reallast (Rdz. 154 zur Rechtslage bis 30. 9. 94) hingewiesen. Bei den gesetzlichen Konstrukten, in welche diese Elemente jeweils integriert sind, fehlt jedoch der sog. dingliche Anpassungsanspruch gemäss der ab 1. 10. 94 bis zum Beginn des 9. 6. 98 geltenden Fassung von § 9 Abs. 2 ErbRVO (auch der betr. Text der Norm findet sich im Handbuch nicht), was jedoch wegen des Interimscharakters dieser Rechtsfigur verzeihlich erscheint. Da aus den damals begründeten dinglichen Anpassungsvereinbarungen weiterhin Vollzug verlangt werden kann, sei es im Rahmen dieser Rezension gestattet, die diversen Rechtszustände kurz darzustellen; der Reihe nach:

Nach der ursprünglichen Fassung von § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbRVO musste der Erbbauzins nach Zeit und Höhe im Voraus bestimmt sein, was jedoch weder eine von vorneherein konkret bestimmte Anpassung, z.B. gestaffelte (Rdz. 154), ausschloss noch der dinglichen Absicherung als Reallast (§ 1105 Abs. 1 BGB a.F.) im Wege stand. Ab 1. 10. 94 hat das SachRÄndG durch die (zwischenzeitlich wieder geänderte) Fassung von § 9 Abs. 2 ErbRVO die Möglichkeit eröffnet, als „Inhalt des Erbbauzins eine Verpflichtung zur Anpassung zu begründen, wenn diese nach Zeit und Wertmaßstab bestimmbar“ ist. Obwohl die demgemäß vereinbarten Anpassungsklauseln auch heute noch aktuell geltendes Recht sind (Palandt-Bassenge, 61. Auflg. Rdz. 9 zu § 9 ErbRVO), wird dieses Rechtsinstitut im Handbuch vergessen. Mit dem EuroEinfG vom 9. 6. 98 wurde zwar der dingliche Anpassungsanspruch wieder abgeschafft, jedoch der frühere Rechtszustand nicht mehr hergestellt, vielmehr schweigt jetzt § 9 Abs. 2 ErbRVO zur Frage, ob und auf welche Weise eine Anpassung zulässig ist. Freilich hat das EuroEinfG die Regelung der Reallast im BGB, worauf ja in Abs. 1 von § 9 ErbRVO verwiesen wird, durch Satz 2 von 1105 Abs. 1 BGB ergänzt. Danach kann als Inhalt der Reallast auch vereinbart werden, dass die zu entrichtenden Leistungen sich „ohne weiteres“ an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung bestimmt werden können. Die gesetzliche Formulierung dieses sog. gleitenden Leistungsumfangs hat für das Recht der Reallast insofern im Grunde nicht Neues gebracht als die Rechtsprechung schon bisher in diese Richtung ging (BGH NJW 1995, 2780; BGH DNotZ 91, 803).

Der gleitende Leistungsumfang darf nicht mit dem dinglichen Anpassungsanspruch verwechselt werden (vgl. bei Rdz. 192). Zwar sind beide Institute dinglicher Natur und wirken damit auch gegen Einzelrechtsnachfolger im Erbbaurecht. Bei dem gleitenden Leistungsumfang tritt die Anpassung bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen von sich aus – ohne weiteres – ein, wobei je nach Vereinbarung zu diesen Voraussetzungen auch ein einseitiges Erhöhungsverlangen des Reallastgläubigers gehören kann. Demgegenüber bedarf der dingliche Anpassungsanspruch bei Vorliegen der Ausübungsvoraussetzungen noch der Erfüllung in Form von Einigung (bzw. entsprechender Verurteilung des Erbbauberechtigten) und Grundbucheintragung. Der dingliche Anpassungsanspruch mit seiner Besonderheit, dass der Einzelrechtsnachfolger im Erbbaurecht unmittelbar anpassungsverpflichtet wird, stellt dogmatisch ein Konstrukt sui generis dar – und ist im Hinblick auf die Vormerkungswirkung des

§ 888 Abs. 1 BGB völlig überflüssig, da dasselbe Ergebnis auch auf dem Weg einer Vormerkung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Inhaltsänderung der Reallast erreicht werden kann. Es erstaunt, dass die sonst sehr findige Kautelarpraxis von dieser Möglichkeit – 3. Alternative des § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB – bisher anscheinend nicht Gebrauch gemacht hat und statt dessen in den Fällen, wo der für den gleitenden Leistungsumfang der Reallast erforderliche Bestimmtheitsgrad nicht gegeben ist (zur einschränkenden Anwendung von § 1105 Abs. 1 BGB vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Auflg. 2001, Rdz 1297b), den Weg über die Vormerkung auf Eintragung einer neuen Reallast wählt, der im Handbuch (Rdz. 192: Vormerkung zur Bestellung jeweils zusätzlicher Reallasten) und auch sonst in der Literatur (z.B. Räfle, BGB-RGRK, ErbRVO, 1986, Rdz 57 zu § 9) empfohlen wird. Die – für die Altfälle durchaus noch relevante – Vormerkung auf Inhaltsänderung der Reallast führt dazu, dass bei Anpassungsvollzug die Identität der Reallast mit den Vorteilen bei ihrer Verwaltung und Verwertung (BayObLG DNotZ 96, 144 ff) gewahrt bleibt. Dass § 9a ErbRVO, der bei Wohnungserbbaurechten den Umfang der Anpassung regelt (ausführlich behandelt in Rdz. 163-176), auch auf den dinglichen Anpassungsanspruch durchschlägt, sei der Vollständigkeit halber noch erwähnt.

Zur Aktualität des Handbuchs stellt sich noch die Frage, ob und inwieweit die Materie Erbbaurecht durch die neuesten zivilrechtlichen Gesetzesänderungen betroffen wird, z.B. durch die gerade auf die typische Konstellation Grundstückseigentümer-Erbbauberechtigter meist passende Rollenzuweisung „Unternehmer“ und „Verbraucher“ mit der entsprechenden Legaldefinition in §§ 13, 14 BGB (Gesetzesfassung vom 27. 6. 2000, BGBl I S. 897) und insbesondere durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) vom 26. 11. 2001, BGBl I S. 3138. Die Auswirkungen dieser Gesetzesänderungen scheinen wegen der primär sachenrechtlichen Zuordnung der ErbRVO freilich marginal und kommen auch bei den schuldrechtlichen Komplexen gar nicht oder eher am Rande zum Tragen:

Soweit schon früher der Verbraucherbegriff im VerbrKrG verankert gewesen war, kamen dessen Vorschriften trotz § 1 Abs. 2 VerbrKrG – hier: Gewährung eines Zahlungsaufschubs für den Verbraucher – auch hinsichtlich des Erbbauzins nicht zur Anwendung, da es sich bei dem Erbbauvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die Gegenleistung des Erbbauzins über die Laufzeit des Vertrages verteilt ist, so dass kein entgeltlicher Zahlungsaufschub vorlag (vgl. hierzu BGH NJW-RR 93, 181).

Für die Praxis eher ein Randproblem sollte der Paradigmenwechsel des Rechts der Leistungsstörungen im SMG trotz der Zuordnung der Erbbaurechtsbestellungsverpflichtung zur Fallgruppe „Rechtskauf“ (vgl. Rdz. 225) sein. Allerdings ist der Fall der anfänglichen Unmöglichkeit bei öffentlich-rechtlicher Unbebaubarkeit des Grundstücks zum Zeitpunkt der Erbbaurechtsbestellungsverpflichtung (vgl. BGH NJW 1986, 1606) jedenfalls theoretisch interessant: Konnte früher vom Grundstückseigentümer allenfalls das negative Interesse gefordert werden (§§ 306, 307 BGB a.F.), so droht jetzt voller „Schadensersatz statt der Leistung“ gemäß § 311a Abs. 2 BGB, wenn man – entsprechend der früheren Rechtsprechung (BGH NJW 1886, 1605 f) zur Rechtsmängelhaftung in dieser Fallgruppe – die Verantwortung und damit das „Zu-Vertreten-Haben“ der fehlenden Bebauung dem Grundstückseigentümer zuweist, weil dann trotz fehlender Kenntnis der fehlenden Bebauungsmöglichkeit auf Seiten des Eigentümers der Ausschlussbestand von Satz 2 dieser Vorschrift nicht gegeben ist. Dass diese weitgehende Rechtsfolge der Billigkeit entspricht, wage ich nicht nur für den Fall zu bezweifeln, wo der „Erbbauberechtigte“ ein Bauträger ist (also Unternehmer), der nach Bebauung das Erbbaurecht weiterveräußern will, und der Grundstückseigentümer bloßer „Privatmann“ (also Verbraucher). Zu Wertungswidersprüchen führt die gesetzliche Neuregelung dann, wenn bei von Anfang an fehlender Bebauungsmöglichkeit der Erbbauberechtigte den Schadensersatz erst nach der Übergabe geltend macht: Gemäss dem Wortlaut der §§ 453 Abs. 3, 437 Ziff. 3 iVm 311a BGB scheint der Sachverhalt dann den Mängelansprüchen zu unterfallen, wo es für den Schadensersatz statt der Leistung noch darauf ankommt, dass dem Erbbauberechtigten bei Vertragsschluss die fehlende Bebaubarkeit nicht bekannt war und auch nicht infolge gro-

ber Fahrlässigkeit unbekannt, sofern auf Seiten des Eigentümers weder Arglist vorlag noch eine Beschaffenheitsgarantie gegeben wurde (§ 442 Abs. 1 BGB). Diese differenzierte Lösung, die für die Maximalfolge des Schadensersatz statt der Leistung auf zusätzliche Kriterien abstellt, ist im Verhältnis zur unmittelbaren Anwendung des § 311 a BGB jedenfalls vorzugswürdig – auch wenn hier noch Fragen offen bleiben sollten. Diese Problematik ist freilich allgemeiner Natur und nicht speziell auf das Erbbaurecht bezogen und kann auch wegen der in der Praxis wohl äußerst seltenen Fallgestaltung die Aktualität des Handbuchs natürlich nicht in Frage stellen. Dies gilt auch für den Hinweis in Rdz. 226 zum Zeitpunkt der Übergabe, wo durch das SMG die Fiktion des § 446 Abs. 2 BGB a.F. entfallen ist, die angesichts der Vertragserrichtung in notariell beurkundeter Form mit dem regelmäßig ausdrücklich genannten Übergabetermin ohne praktische Relevanz war.

Jeder, der sich mit der Materie des Erbbaurechts vertraut machen oder bestimmte Probleme vertiefen will, wird im Handbuch fündig werden, sei es auch nur durch Weiterverweisung. Die Anschaffung kann daher nicht nur dem „interessierten Laien“ und dem Studenten, sondern auch jedem Praktiker – gleich welcher Funktion – empfohlen werden.

Georg Ludwig, Notar in Radolfzell

**Der Erbvertrag.** Von Rechtsanwalt Hans-Helmut Fensterer. Reihe „Schenken und Vererben“, Band 4. VSRW-Verlag, Bonn 2002, 56 Seiten, broschiert, 15,80 €.

Die Broschüre widmet sich einleitend erbrechtlichen Grundlagen und legt Bedeutung, Inhalt sowie die Vor- und Nachteile eines Erbvertrages im Vergleich zu anderen erbrechtlichen Instrumentarien dar. Die Bindungswirkung und deren Beseitigung sind neben weiteren Einzelthemen gut lesbar erläutert. Zahlreiche Formulierungsmuster werden dargestellt und von praktischen Hinweisen begleitet.

**Der Bank- und Versicherungskunde im Erbfall.** Von Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Helmut Schuhmann. Reihe „Schenken und Vererben“, Band 5. VSRW-Verlag, Bonn 2002, 78 Seiten, broschiert, 19,80 €.

Die Broschüre zeigt dem Bank- und Versicherungskunden – neben erbschaftsteuerlichen Grundlagen –, welche Probleme im Erbfall im

Umgang mit Banken und Versicherungen auf ihn zukommen. Hierbei werden die jeweiligen Kontoarten, z.B. „und-“ sowie „oder“-Konto, Sparbücher auf den Namen eines Dritten, usw., aber auch die Lebensversicherungen und die Bezugsberechtigungen erörtert. Die jeweilige Handhabung von Konten und Anlagen im Todesfall wird dargestellt. Desweiteren sind für die Banken und Versicherungen die Anzeigepflichten bei Erbfällen erläutert. Die Vorgehensweise der Finanzverwaltung bei der Erbschaftssteuer schließt die Darstellung ab.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Karlsruhe

**Darlehensverträge der GmbH mit ihren Geschäftsführern.** Von Rechtsanwalt Jürgen F. Berners. Reihe „GmbH-Musterverträge“, Band 5. VSRW-Verlag, Bonn 2002, 29 Seiten, broschiert, mit CD-ROM, 15,80 €.

Der Autor zeigt in der vorgenannten Broschüre die zivil- und steuerlichen Grundvoraussetzungen von Darlehensverträgen der GmbH mit ihren Gesellschaftern und Geschäftsführern auf. Die Problematik solcher Darlehen unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 43a GmbHG oder der verdeckten Gewinnausschüttung wird dargestellt. Praxisbewährte Formulierungshilfen werden in einem Mustervertrag angeboten und erläutert.

**GmbH & Still.** Von Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsbeistand Robert Ahrens. Reihe „GmbH-Musterverträge“, Band 6. VSRW-Verlag, Bonn 2002, 25 Seiten, broschiert, mit CD-ROM, 15,24 €.

In diesem Band wird ein Mustervertrag für die typische sowie die atypische stille Gesellschaft vorgestellt. Bei der typischen stillen Gesellschaft ist der Stille lediglich am Gewinn und Verlust der GmbH beteiligt, bei der atypischen auch am sonstigen Vermögen. Von einer atypischen stillen Gesellschaft spricht man auch, wenn der stille Gesellschafter auf die Gesellschaft maßgeblichen Einfluß nehmen kann. Entsprechende praxismgerechte Vertragsklauseln werden im einzelnen erläutert und mit gestalterischen und steuerlichen Hinweisen versehen.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Karlsruhe

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61/56 08 66) und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70).

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Str. 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).

