

# 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 Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

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

**5-6/2006**

September/Oktober  
Seiten 97-128

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Fröhler*

§ 181 BGB in der notariellen Praxis . . . . . 97

*Böhringer*

Neue Entwicklungen im Grundstücksrecht . . 118

## § 181 BGB in der notariellen Praxis<sup>1</sup>

von Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten

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

#### 1. Grundsatzfragen

##### a) Die Handlungsvarianten des Selbstkontrahierens und der Mehrvertretung

Nach dem Wortlaut des § 181 BGB unterliegen als Insichgeschäfte

- das Selbstkontrahieren, bei dem der Vertreter für den Geschäftsherrn und zugleich im eigenen Namen für sich selbst handelt,

„ ... im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ... “

sowie

- die Mehrvertretung, bei der der Vertreter zugleich für mehrere unterschiedliche Geschäftsherrn auftritt,

„ ... im Namen des Vertretenen ... als Vertreter eines Dritten ... “.

einer Wirksamkeitsbeschränkung.

##### b) Gegenstand der Wirksamkeitsbeschränkung

Der Anwendungsbereich des § 181 BGB betrifft dabei nicht nur vertragliche Willenserklärungen, sondern auch einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte – wie z.B. Kündigungen, Anfechtungen, Zustimmungen, Vollmachtenerteilungen oder Gestattungen zum Insichgeschäft<sup>2</sup> – sowie über den Wortlaut hinaus geschäftsähnliche Handlungen (etwa Mahnungen etc.)<sup>3</sup>.

##### c) Schutzzweck

§ 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>4</sup>.

##### d) Gegenüber statt Nebeneinander der Beteiligten

In jedem Fall ist jedoch Voraussetzung, dass sich die Beteiligten als Geschäftsgegner und nicht gemeinsam als eine Partei

einer anderen Partei gegenüberstehen<sup>5</sup>. § 181 BGB findet daher grundsätzlich etwa auf mehrere Verkäufer, von denen einer zugleich für die anderen handelt, keine Anwendung. Etwas anderes gilt jedoch beispielsweise dann, wenn die Verkäufer besondere Vereinbarungen untereinander treffen, etwa in Erbengemeinschaft verkaufen und der Kaufpreis laut Kaufvertrag nicht auf das Erbengemeinschaftskonto, sondern im Wege einer diesbezüglichen Teilerbauseinandersetzung<sup>6</sup> unter den verkaufenden Miterben anteilig auf deren jeweiliges Einzelkonto fließen soll.

##### e) Reduktion und Ausweitung des Tatbestandes

###### aa) Allgemeines

Nach dem o.g. Schutzzweck des § 181 BGB 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 bzw. vorliegt.

###### bb) Teleologische Reduktion

So ist § 181 BGB im Hinblick auf die Regelung des § 107 BGB insbesondere dann nicht anwendbar, wenn der Vertretene durch das in Rede stehende Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.<sup>7</sup> Auf Insichgeschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers als Organ einer Einpersonen-GmbH findet § 181 BGB daher ausschließlich aufgrund der am 01.01.1981 in Kraft getretenen<sup>8</sup> ausdrücklichen Anordnung nach § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG Anwendung, ohne die mangels generell-abstrakter Interessenkollision kein Insichgeschäftsverbot gelten würde<sup>9</sup>.

###### cc) Analoge Ausweitung

Umgekehrt gilt § 181 BGB über seinen Wortlaut hinaus analog<sup>10</sup>, wenn der Vertreter zur Vermeidung eines verbotenen gleichzeitigen Auftretens auf beiden Seiten für den Vertretenen einen Untervertreter<sup>11</sup> oder für sich selbst einen Eigenvertreter<sup>12</sup> bestellt, da in derartigen Fällen generell-abstrakt

<sup>1</sup> Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Verfassers anlässlich zweier Sonderveranstaltungen der Notarakademie Baden-Württemberg am 02.05.2006 und 19.05.2006 in Stuttgart. Der Verfasser steht dem Notariat Titisee-Neustadt vor und ist Leiter der südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V.

<sup>2</sup> BGHZ 58, 115, 118.

<sup>3</sup> BGHZ 47, 352, 357 zur entsprechenden Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen auf geschäftsähnliche Willensäußerungen im Allgemeinen.

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

<sup>5</sup> MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 12 bzw. 14.

<sup>6</sup> Zur Anwendung des § 181 BGB bei Erbauseinandersetzungen BGHZ 21, 229, 231 bzw. BGHZ 50, 8, 10, dort auch zur Frage der Auswirkungen einer Teilnichtigkeit nach § 139 BGB.

<sup>7</sup> BGHZ 59, 236, 240; BGHZ 94, 232, 235; BGH NJW 1989, 2542, 2543.

<sup>8</sup> BGBl. 1980 I, 836, 839.

<sup>9</sup> BGHZ 56, 97 (Urteil vom 19.04.1971).

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

<sup>11</sup> KG NJW-RR 1999, 168; MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 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>12</sup> OLG Hamm NJW 1982, 1105; MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 26.

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>13</sup> Dies gilt konsequenterweise nicht nur für die Tatbestandsvariante des Selbstkontrahierens, sondern auch im Falle der Mehrvertretung.<sup>14</sup> § 181 BGB findet jedoch keine (analoge) Anwendung, wenn anstelle eines Unter- bzw. Eigenbevollmächtigten ein Prokuriert auftritt, da dieser seine Aufgabe in eigener Verantwortung wahrnimmt.<sup>15</sup>

#### f) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des § 181 BGB erfasst neben den rechtsgeschäftlichen Erklärungen des

- gewillkürten Vertreters (insbesondere des Bevollmächtigten)

auch solche des

- gesetzlichen Vertreters (vor allem der Eltern für ihr Kind sowie des Betreuers, Vormundes bzw. Pflegers für sein Mündel), des
- organschaftlichen Vertreters (etwa des Geschäftsführers einer GmbH) und des
- Verwalters fremden Vermögens (insbesondere des Testamentsvollstreckers, Insolvenz-, Nachlass- und Zwangsverwalters und Nachlasspflegers)<sup>16</sup>.

#### g) Kraft Gesetzes wirksame Insichgeschäfte

##### aa) Allgemeines

Insichgeschäfte sind unabhängig von der oben genannten teleologischen Reduktion des Tatbestandes bei lediglich rechtlichen Vorteilen bereits nach dem Wortlaut des § 181 BGB ohne weiteres wirksam, wenn sie vorab gestattet wurden oder der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen.

##### bb) Vorherige Gestattung

Ein Insichgeschäft kann bereits vor seiner Vornahme gestattet sein und daher wirksam geschlossen werden, ohne dass es dann noch auf eine nachträgliche Genehmigung ankäme. Dies kann entweder generell – dabei wiederum ohne jede inhaltliche Beschränkung oder gegenstandsbezogen beschränkt – oder einmalig einzelfallbezogen erfolgen.

##### cc) Ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit

###### (1) Allgemeines

Ein Insichgeschäft ist nach dem Wortlaut des § 181 BGB ausdrücklich auch dann wirksam, wenn es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Dabei muss die Verbindlichkeit uneingeschränkt wirksam, fällig und darf nicht einredebehaftet sein. Nicht ausreichend ist daher eine erst durch das Erfüllungsgeschäft eintretende Heilung eines formunwirksam geschlossenen Kausalgeschäftes, insbesondere nach § 518 Abs. 2 BGB im Falle einer Schenkung bzw. nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB bei einem Grundstücksveräußerungsvertrag.<sup>17</sup> Eine Leistung an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber ist nicht ausreichend.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> BGHZ 64, 72, 74.

<sup>14</sup> Vgl. dazu unten im Text unter A 7.

<sup>15</sup> BGHZ 91, 334.

<sup>16</sup> MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 36, 37 und 38.

<sup>17</sup> RGZ 94, 150.

<sup>18</sup> Palandt/Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 181 BGB, Rz. 22.

#### (2) Bei Auflassung

In der notariellen Praxis hat hierbei insbesondere die Beurkundung von Auflassungen eine erhebliche Bedeutung. Um eine nochmalige persönliche Mitwirkung aller Vertragsbeteiligten zu vermeiden, werden häufig Auflassungsvollmachten entweder durch beide Parteien an Notariatsangestellte oder durch die Käufer- an die Verkäuferseite erteilt. Im erstgenannten Fall steht die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung, im letztgenannten Fall diejenige des Selbstkontrahierens in Rede. Dies kann insbesondere dann problematisch sein, wenn für eine der Parteien, insbesondere für eine juristische Person oder wegen Bestehens eines vormundschafts-, familien- bzw. nachlassgerichtlichen Genehmigungsbefürfnisses, keine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann. Hierbei ist zu klären, ob derartige Insichgeschäfte auch ohne Vorabgestattung bzw. nachträgliche Genehmigung auf Verkäuferseite wegen ausschließlicher Erfüllung einer Verbindlichkeit bzw. auf Käuferseite als lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft wirksam sind. Für die weitere Betrachtung ist zwischen Auflassungen bei Beurkundung des schuldrechtlichen Kaufvertrages über bereits vermessene Grundstücksflächen einerseits und zu diesem Zeitpunkt noch nicht vermessenen Grundstücksflächen andererseits zu unterscheiden.

##### (2.1) Kaufverträge über unvermessene Teilgrundstücke

War das Kaufobjekt bei Abschluss des Kaufvertrages noch nicht vermessen, so wird neben der Auflassung zusätzlich über das Anerkenntnis des Messergebnisses und ggfs. auch über die Anpassung des Kaufpreises zu entscheiden sein. Nach allgemeiner Auffassung stellen derartige Erklärungen auf Verkäuferseite keine ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit dar.<sup>19</sup> Ebenso ist eine diesbezügliche Erklärung für den Käufer nicht zwangsläufig lediglich rechtlich vorteilhaft, insbesondere bei einer Abweichung der tatsächlich vermessenen von der ursprünglich zugrundegelegten Flächengröße bzw. bei Abweichungen im genauen Grenzverlauf. § 181 BGB stünde daher in derartigen Fällen sowohl auf Verkäufer- als auch auf Käuferseite der Wirksamkeit einer Auflassung entgegen, soweit die jeweilige Partei nicht wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden kann. Ist dabei – wie praktisch häufig – ein Bestimmungsrecht einer Partei nach billigem Ermessen vereinbart, stellt sich die gleiche Problematik, da die Bestimmung gemäß § 315 Abs. 2 BGB durch empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der anderen Partei ausgeübt werden muss und ihrerseits den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegt. Soweit Notariatsangestellte ohne systematische Umgehung der den Parteien gegenüber bestehenden Belehrungspflichten bevollmächtigt sind, kann die Problematik des § 181 BGB zudem dadurch umgangen werden, dass Verkäufer und Käufer – die ihr Einverständnis zu dem Messergebnis gegenüber dem Notar im Innenverhältnis einfachschriftlich erklärt haben – durch verschiedene Angestellte, die dann nicht mehrvertretend handeln, vertreten werden. Denkbar ist zur weiteren Reduzierung des notariellen Haftungsrisikos auch, dass der Verkäufer persönlich auftritt und der Käufer durch einen Notariatsangestellten vertreten ist.

##### (2.2) Kaufverträge über bereits vermessene Teilgrundstücke

Wird eine Auflassung über ein bei Kaufvertragsabschluss bereits vermessenes Grundstück später isoliert beurkundet, so ist die namens des Käufers abgegebene Erklärung lediglich

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470; Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 17; Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 343.

rechtlich vorteilhaft und wird von § 181 BGB nicht erfasst. Auf Verkäuferseite liegt eine ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit dann vor, wenn – wie in den meisten derartigen Fällen üblich – die Eigentumsübertragung von der vorherigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird und der Kaufpreis beglichen ist. Nach Kaufpreiszahlung ist die Auflassung damit im Hinblick auf § 181 BGB wirksam erklärt. Den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO wird jedenfalls dadurch genügt, dass im Falle der Bevollmächtigung des Verkäufers dieser den Erhalt des Kaufpreises in der Auflassungsurkunde ausdrücklich selbst bestätigt bzw. bei Bevollmächtigung von Notariatsangestellten die Vollmacht auf die Bestätigung des Kaufpreiseingangs beim Verkäufer erweitert und diese Bestätigung ebenfalls in der Auflassungsurkunde abgeben wird. Im Übrigen dürfte auch ohne ausdrückliche Erwähnung in der Auflassungsurkunde ein allgemeiner Erfahrungssatz dafür bestehen, dass der Verkäufer – noch dazu nach notarieller Beratung – bzw. ein durch diesen bevollmächtigter Notariatsangestellter die Auflassung nur nach vollständiger Erfüllung der Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers erklären wird. Besteht ein allgemeiner Erfahrungssatz, so ist anerkannt, dass das Grundbuchamt lediglich tatsächlich begründeten, ernsthaften Zweifeln am Vorliegen der für die Eintragung erforderlichen Tatsachen nachzugehen hat (so z.B. im ähnlich gelagerten Fall für den Nachweis der Tatsache, dass sich ein Testamentsvollstrecker bzw. befreiter Vorerbe in den Grenzen seiner Verfügungsmacht gehalten und daher nicht unentgeltlich verfügt hat;<sup>20</sup> das Bayerische Oberste Landesgericht begnügt sich in einer Entscheidung vom 26.05.1982 für die Feststellung, dass ein nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Testamentsvollstrecker, dem ein Nachlassgrundstück vermächtnisweise zugewendet worden ist, sich dieses wirksam in ausschließlicher Erfüllung einer Verbindlichkeit selbst übertragen kann, mit einer Vermächtnisanordnung, die offensichtlich in einem eigenhändigen Testament erfolgt war und für die somit kein öffentlich beglaubigter Nachweis vorlag<sup>21</sup>). Soweit Notariatsangestellte ohne systematische Umgehung der den Parteien gegenüber bestehenden Belehrungspflichten bevollmächtigt sind, kann die Problematik des § 181 BGB zudem dadurch umgangen werden, dass Verkäufer und Käufer durch verschiedene Angestellte, die dann nicht mehrvertretend handeln, vertreten werden. Denkbar ist zur weiteren Reduzierung des notariellen Haftungsrisikos auch, dass der Verkäufer persönlich auftritt und der Käufer durch einen Notariatsangestellten vertreten ist.

### (3) Bei Bestellung einer Kaufpreisfinanzierungsgrundschuld

Liegt bei Beurkundung eines Kaufvertrages noch kein Grundschuldbestellungsformular vor, wird in den Kaufvertrag häufig eine Vollmacht zur Bestellung von Kaufpreisfinanzierungsgrundschulden aufgenommen. Dabei ist in der Regel der Käufer durch den Verkäufer bevollmächtigt, in Ausnahmefällen werden – soweit dadurch die den Parteien gegenüber bestehenden Belehrungspflichten nicht systematisch umgangen werden – durch beide Vertragsparteien Notariatsangestellte bevollmächtigt. Zugleich verpflichtet sich der Verkäufer zur Mitwirkung bei derartigen Kaufpreisfinanzierungsgrundschulden. Die Grundschuldbestellung verkörpert damit aus Sicht des Verkäufers eine ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit und unterliegt demnach nicht den Beschränkungen des § 181 BGB. Auch aus Sicht des Käufers liegt kein unzulässiges Insichgeschäft vor, da sich Verkäufer und Käufer hier ausschließlich im Rahmen der Einschränkung der Si-

cherungsabrede, der Kostenfreistellung und der Abtretung der Rückgewähransprüche nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises bzw. nach Eigentumsumschreibung im Sinne des § 181 BGB gegenüberstehen und der Käufer hierbei teils in ausschließlicher Erfüllung seiner bereits im Kaufvertrag entsprechend übernommenen Verpflichtungen zur Freistellung des Verkäufers handelt, teils (bei Abtretung der Rückgewähransprüche) einen lediglich rechtlichen Vorteil erhält. Bei der eigentlichen Grundschuldbestellung samt dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung und persönlicher Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung werden die Erklärungen gegenüber dem Grundschuldgläubiger bzw. dem Grundbuchamt, nicht jedoch gegenüber dem Verkäufer abgegeben. Selbst wenn eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auf Verkäufer- oder Käuferseite nicht möglich ist, kann die Finanzierungsgrundschuld entweder durch den Verkäufer für den Käufer oder durch Notariatsangestellte für beide Kaufvertragsparteien im Hinblick auf § 181 BGB wirksam bestellt werden. Soweit Notariatsangestellte ohne systematische Umgehung der den Parteien gegenüber bestehenden Belehrungspflichten bevollmächtigt sind, kann die Problematik des § 181 BGB zudem dadurch umgangen werden, dass Verkäufer und Käufer durch verschiedene Angestellte, die dann nicht mehrvertretend handeln, vertreten werden. Denkbar ist zur weiteren Reduzierung des notariellen Haftungsrisikos auch, dass der Käufer persönlich auftritt und der Verkäufer durch einen Notariatsangestellten vertreten ist.

### h) Erkennbarkeit des Insichgeschäfts

Ein Insichgeschäft kann zum Schutz des Rechtsverkehrs grundsätzlich nur dann wirksam sein, wenn es nach außen erkennbar vorgenommen wird.<sup>22</sup> Hierfür gelten strenge Anforderungen. Insbesondere bei einer Einpersonen-GmbH, deren alleiniger Geschäftsführer der Alleingesellschafter ist, wird es für erforderlich gehalten, den Inhalt des Rechtsgeschäfts und den Zeitpunkt dessen Vornahme schriftlich zu manifestieren.<sup>23</sup> Gleiches gilt für Insichgeschäfte des geschäftsführenden Gesellschafters bei Mehrvertretung.<sup>24</sup> Im Gegensatz zur Regelung des § 35 Abs. 4 Satz 2 GmbHG handelt es sich bei dem Publizitätserfordernis nach § 181 BGB um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für das in Rede stehende Rechtsgeschäft.<sup>25</sup>

### i) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 181 BGB

Wird 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>26</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.<sup>27</sup> Die Genehmigung ist durch den – bei Doppel- bzw. Mehrvertretung durch jeden<sup>28</sup> – Vertretenen gegen-

<sup>22</sup> BGH NJW 1991, 1730.

<sup>23</sup> BGH GmbHR 1980, 166, 167 f.

<sup>24</sup> FG Baden-Württemberg GmbHR 1994, 198 f.

<sup>25</sup> Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 199.

<sup>26</sup> BGHZ 65, 123, 126; BGH NJW-RR 1994, 291, 292.

<sup>27</sup> Fröhler, BWNNotZ 2003, 14, 15.

<sup>28</sup> MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 41.

<sup>20</sup> Demharter, 25. Aufl. 2005, § 29 GBO, Rz. 64 mwN.

<sup>21</sup> BayObLG DNotZ 1983, 176.

über dem Vertreter – bei Doppel- bzw. Mehrvertretung wahlweise<sup>29</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>30</sup>, zu erteilen.

Während der schwebenden Unwirksamkeit können neben den zivilrechtlichen Risiken erhebliche steuerliche Nachteile entstehen. Insbesondere werden Vergütungen, die ein Alleingesellschafter-Geschäftsführer als Vertreter einer Einpersonengesellschaft aufgrund eines mit sich selbst geschlossenen Anstellungsvertrages erhält, bei einem Verstoß gegen § 181 BGB als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt, durch die erhöhte Körperschafts- und Gewerbesteuerbeträge für die Folgejahre ausgelöst werden können.<sup>31</sup> In dem der vorstehend zitierten BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt wurde eine Notarhaftung aufgrund eines Abwicklungsfehlers bei der Registeranmeldung einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für eine Einpersonengesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter zugleich alleiniger Geschäftsführer gewesen ist, bejaht. Der Notar hatte bei Beurkundung einer Gesellschafterversammlung nach Vollzug einer Geschäftsanteilsübertragung die Abberufung des bisherigen Geschäftsführers und die Neubestellung des neuen Geschäftsführers protokolliert. Dabei wurde der neue Alleingesellschafter und zugleich Allein-Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, obwohl die zugrundeliegende Satzung keine entsprechende Befreiungsermächtigung im Sinne des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbH-Gesetz vorsah. Nachdem auf die Registeranmeldung die Eintragung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB im Handelsregister mangels Satzungsermächtigung nicht vollzogen worden war, nahm der Notar den Eintragungsantrag ohne Rücksprache mit den Beteiligten bzw. ohne Aufklärung über die Folgen der Rücknahme zurück. Anschließend schloss der Allein-Gesellschafter und zugleich Allein-Geschäftsführer mit sich selbst einen Anstellungsvertrag und zahlte sich selbst die vereinbarte Geschäftsführervergütung aus. Dies wurde durch das Finanzamt wegen Verstoßes gegen § 181 BGB als vertraglich nicht geregelte verdeckte Gewinnausschüttung behandelt. Da der BGH den Beschluss zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB als wirksame Satzungsänderung ansah, stellte die Rücknahme des Eintragungsantrages eine Amtspflichtverletzung dar.

## 2. Die Doppelvollmacht an den Notar

Sind an notariellen Kaufverträgen Parteien beteiligt, die unter Betreuung, Pflugschaft oder elterlicher Sorge stehen, wird dem Notar im Regelfall eine sogenannte Doppelvollmacht erteilt, die erforderliche vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Genehmigung für den Betreuer bzw. Pfleger bzw. die Eltern entgegenzunehmen, sie dem anderen Vertragspartner mitzuteilen und für diesen wiederum entgegenzunehmen. Teilweise wird insoweit die Ansicht vertreten, eine derartige Doppelvollmacht sei wegen Verstoßes gegen § 181 BGB unwirksam, da der gesetzliche Vertreter mangels eigener Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB seinerseits gegenüber dem Notar keine entsprechende Befreiung von diesen Beschränkungen erteilen könne.<sup>32</sup> Zwar trifft es zu, dass bei derartigen Doppelvollmachten ein Fall der Mehrvertretung vorliegt. Der Notar vertritt dabei jedoch neben der nicht gesetzlich vertretenen Vertragspartei nicht etwa die gesetzlich vertretene andere Vertragspartei, sondern deren ge-

setzlichen Vertreter. Dies ergibt sich daraus, dass gemäß § 1828 BGB die erforderliche vormundschafts-, familien- bzw. nachlassgerichtliche Genehmigung durch das Gericht ausschließlich dem Vormund, Betreuer, Elternteil bzw. Nachlasspfleger gegenüber erklärt werden kann, damit dieser im Interesse, aber nicht im Namen des Mündels, Kindes bzw. Nachlasses eine zusätzliche Prüfungsgelegenheit vor Wirksamwerden des Vertrages erhält und die Genehmigung erst sodann eigenverantwortlich gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB dem anderen Vertragspartner gegenüber mitteilt. Die Doppelvollmacht wird daher ausschließlich durch den gesetzlichen Vertreter einerseits und durch die andere nicht gesetzlich vertretene Vertragspartei andererseits erteilt. Insbesondere wird der gesetzliche Vertreter bei Erteilung der Doppelvollmacht nicht namens des gesetzlich Vertretenen tätig. § 181 BGB steht daher der Wirksamkeit einer Doppelvollmacht an den Notar insoweit nicht entgegen.<sup>33</sup> Eine dem Notar erteilte Doppelvollmacht ist auch durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18.01.2000 zur Unvereinbarkeit der §§ 62, 55 FGG mit Artikel 19 Abs. 4 GG, soweit diese den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen,<sup>34</sup> nicht unzulässig geworden. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht bis zur Neufassung der entsprechenden Regelungen Rechtspflegerentscheidungen in derartigen Angelegenheiten – ähnlich einem streitigen Erbscheinsverfahren – zu einem Vorbescheidsverfahren verpflichtet. Die Erteilung von notariellen Doppelvollmachten bleibt daher nach wie vor zulässig.<sup>35</sup>

## 3. Die Veräußerungszustimmung des WEG-Verwalters bzw. des gesetzlichen Nacherbenvertreters, der zugleich Vertragspartei ist

Bedarf die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum der Zustimmung des Verwalters und ist der zustimmende Verwalter zugleich Vertragspartei, stellt sich die Frage, ob die gleichwohl durch ihn erteilte Zustimmung nach § 181 BGB unwirksam ist. Die Zustimmungserklärung nach § 12 Abs. 1 WEG ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, auf das § 181 BGB grundsätzlich Anwendung findet.<sup>36</sup> Da der Verwalter bei einer derartigen Zustimmung als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer auftritt,<sup>37</sup> steht einer Anwendbarkeit des § 181 BGB auch das Handeln des Verwalters im eigenen Namen nicht entgegen. Es bestünde auch eine generell abstrakte Gefahr im Sinne des § 181 BGB, da die Eigeninteressen des Verwalters als Vertragspartei am Zustandekommen eines Veräußerungsvertrages einerseits und die Schutzinteressen der Wohnungseigentümer vor einem persönlich oder finanziell unzuverlässigen Erwerber andererseits miteinander kollidieren. § 181 BGB ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn – wie dies häufig der Fall ist – die Zustimmungserklärung gegenüber der anderen Partei und damit nicht gegenüber sich selbst gegeben wird. Dies ist sowohl für eine Zustimmung des Verwalters, der zugleich Verkäufer ist, gegenüber dem Erwerber<sup>38</sup> als auch für eine Zustimmung des Verwalters, der zugleich Erwerber ist, gegenüber dem Veräußerer<sup>39</sup> anerkannt. Für eine analoge Anwendung des § 181 BGB in derartigen Fallgestaltungen ist

<sup>33</sup> DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2001, 90 f.; im Ergebnis ebenso BayObLG MittBayNot 1998, 107 f., Palandt/Diederichsen, 64. Aufl. 2005, § 1828 BGB, Rz. 11.

<sup>34</sup> BVerfG DNotZ 2000, 387.

<sup>35</sup> DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2001, 90 f. mwN.

<sup>36</sup> BayObLG Rpfleger 1983, 350.

<sup>37</sup> BGHZ 112, 240, 242; Palandt/Bassenge, 64. Aufl. 2005, § 12 WEG, Rz. 7.

<sup>38</sup> BayObLG NJW-RR 1986, 1077, 1078.

<sup>39</sup> KG DNotZ 2004, 391 ff.

<sup>29</sup> MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 45.

<sup>30</sup> BGHZ 58, 115, 118.

<sup>31</sup> BGH DStR 2000, 164 mwN.

<sup>32</sup> Kraiß, BWNotZ 2000, 94.

nach überwiegender Ansicht kein Raum, da die Zustimmungserklärung wahlweise gegenüber verschiedenen privaten Adressaten abgegeben werden kann und der andere Vertragspartner als Dritter nicht nur formal, sondern auch der Sache nach Erklärungsempfänger ist.<sup>40</sup> Aus gleichen Gründen unterliegt die durch den nichtbefreiten Vorerben als gesetzlichen Vertreter namens des Nacherben erteilte Zustimmung zu einer Verfügung über einen Nachlassgegenstand gegenüber dem begünstigten Dritten nicht den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>41</sup> Insoweit unterscheidet sich die hier relevante Konstellation von den sogleich anschließend behandelten Fällen amtsempfangsbedürftiger Willenserklärungen, bei denen der handelnde Vertreter materiell Betroffener und damit sachlich der eigentliche Erklärungsempfänger ist.<sup>42</sup>

#### 4. Amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen

##### a) Allgemeine Erwägungen

Amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen unterliegen dann der Insihgeschäftsbeschränkung des § 181 BGB, wenn der Vertreter der Sache nach Erklärungsempfänger ist und die gegenüber der amtlichen Stelle abgegebene Erklärung auch gegenüber demselben Vertreter hätte abgegeben werden können.<sup>43</sup> Hierzu gehören insbesondere Erklärungen über die Aufhebungen eines Rechtes an einem Grundstück gemäß § 875 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Zustimmung eines Dritten zu einer derartigen Aufhebung gemäß § 876 Satz 3 BGB, die Erklärung des Verzichtes auf eine Hypothek gemäß § 1168 Abs. 2 BGB bzw. die Zustimmung zur Aufhebung einer Hypothek gemäß § 1183 Satz 2 BGB, die jeweils wahlweise gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger erklärt werden können. Gleiches gilt trotz § 2081 BGB bei Testamentsanfechtungen im Sinne der § 2079 BGB. § 181 BGB ist daher beispielsweise ebenfalls anwendbar, wenn derselbe gesetzliche Vertreter eines Testamentserben und eines gesetzlichen Erben das in Rede stehende Testament gegenüber dem Nachlassgericht anfechtet.<sup>44</sup> Umgekehrt ist § 181 BGB nicht einschlägig, wenn die amtliche Stelle der Sache nach und nicht nur formell Erklärungsempfänger ist. Dies ist etwa bei Erbausschlagungen der Fall. Daher kann der gesetzliche Vertreter ungeachtet der Regelung des § 181 BGB die Erbschaft des Vertretenen auch dann wirksam ausschlagen, wenn er selbst hierdurch Erbe wird.<sup>45</sup> In derartigen Fällen ist der Vertretene ausschließlich nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht geschützt.

##### b) Folgerungen für Generalvollmachten

Da die direkte oder analoge Anwendung des § 181 BGB bei Interessenkonflikten ohne Erklärungen gegenüber dem Vertretenen fraglich sein kann, empfiehlt es sich, insbesondere in Generalvollmachten insoweit vorsorglich klarstellende Anordnungen zu treffen. Ein Vollmachtgeber, der den Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, aber vermeiden möchte, dass nach Übertragung von Grundbesitz zu seinen Gunsten eingetragene bzw. einzutragende Sicherungsrechte (insbesondere Leibgedingrechte, Nießbrauch bzw. Rückübertragungsvorbehalte) durch den dadurch belasteten Bevollmächtigten gelöscht oder im Rang hinter Grundpfandlasten zurückgesetzt werden können, soll-

te diesen Bevollmächtigten ausdrücklich von derartigen Erklärungen ausschließen. Eine entsprechende Formulierung könnte wie folgt lauten:

*Soweit Grundbesitz, Wohnungs- und Teileigentum bzw. ein Erbbaurecht eines Bevollmächtigten mit Rechten für mich belastet ist bzw. wird, berechtigt die Vollmacht diesen Bevollmächtigten jedoch **nicht** dazu, Erklärungen und Anträge abzugeben, durch die auf derartige Rechte verzichtet wird oder durch die derartige Rechte im Grundbuch gelöscht oder im Rang zurückgesetzt werden.*

#### 5. Schuldübernahme, Bürgschaftserklärung, Bestellung dinglicher Sicherheiten und andere ähnlich gelagerte Interessenkonflikte

Gibt der Vertreter namens des Vertretenen gegenüber Dritten Erklärungen, insbesondere über eine Schuldübernahme, Bürgschaft oder Bestellung einer dinglichen Sicherheit, so genannte Interzession, ab, die ihm, dem Vertreter, zu einem wirtschaftlichen Vorteil gereichen, findet § 181 BGB mangels Erklärung zwischen Vertreter und Vertretenem gleichwohl weder direkt noch analog Anwendung.<sup>46</sup> Gleiches gilt für Überweisungsverträge, die Eltern für ihre minderjährigen Kinder mit einem Kreditinstitut abschließen, aufgrund derer Geld vom Konto der Kinder auf das Konto der Eltern übertragen wird, da der Überweisungsvertrag ausschließlich zwischen den durch die Eltern vertretenen Kindern und der überweisenden Bank und nicht mit den Eltern selbst als Vertragspartei abgeschlossen wird.<sup>47</sup> Auch in derartigen Fällen ist der Vertretene ausschließlich nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht geschützt.

#### 6. Testamentvollstreckung

Es ist allgemein anerkannt, dass der Schutzzweck des § 181 BGB die Anwendung dieser Vorschrift auch auf Testamentvollstrecker erzwingt.<sup>48</sup> Danach sind dem Testamentvollstrecker Rechtsgeschäfte mit sich selbst oder mit einem durch ihn vertretenen Dritten grundsätzlich untersagt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder der Erblasser dem Testamentvollstrecker das Selbstkontrahieren bzw. die Mehrvertretung ausdrücklich oder stillschweigend gestattet. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Testamentvollstrecker zugleich Miterbe ist oder Ansprüche gegen den Nachlass hat. Die Gestattung muss sich jedoch auch im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses im Sinne des § 2216 BGB bewegen. Hierfür bestehen strenge Anforderungen. Insihgeschäfte des Testamentvollstreckers, die gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoßen, sind daher auch dann unwirksam, wenn sie vom Willen des Erblassers gedeckt sind, da der Erblasser gemäß §§ 2220, 2216 BGB nicht von der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung befreien kann. Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist im Testamentvollstreckerzeugnis anzugeben.

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

Das Landgericht Bayreuth hat durch Beschluss vom 27.01.1981 entschieden, § 181 BGB finde keine Anwendung, wenn der von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreite Vertreter einer Partei, für die er aufträte, nicht gleichzeitig als Vertreter der anderen Partei handle, sondern den Vertretenen

<sup>40</sup> BGHZ 94, 132, 137; Palandt/Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 181 BGB, Rz. 8.

<sup>41</sup> OLG Hamm NJW 1965, 1489 – Zustimmung des Nacherben zur Bestellung eines Erbbaurechts zulasten eines Nachlassgrundstücks.

<sup>42</sup> Dazu BGH DNotZ 1981, 22 sowie unten unter A 4 a.

<sup>43</sup> BGHZ 77, 8.

<sup>44</sup> RGZ 143, 350, 353.

<sup>45</sup> BayObLGZ 1983, 213, 220; Coing, NJW 1985, 9; aA Buchholz, NJW 1993, 1161.

<sup>46</sup> RGZ 71, 220; Palandt/Heinrich, 64. Aufl. 2005, § 181 BGB, Rz. 14.

<sup>47</sup> BGH NJW 2004, 2517, 2518.

<sup>48</sup> BGHZ 30, 67; Palandt/Edenhofer, 64. Aufl. 2005, § 2205 BGB, Rz. 30.

selbst für die andere Partei auftreten lasse.<sup>49</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 handle. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar führt der o.g. Beschluss dann zum richtigen Ergebnis, wenn die Aufassung ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit diene<sup>50</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 Tätigwerden 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 formellen Zwischenschaltung des Vertretenen als Vertreter der anderen Partei analog Anwendung<sup>51</sup>.

## 8. Vertreter ohne Vertretungsmacht

### a) Ausgangsproblematik

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>52</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.

V	<->	K
vertreten durch A		vertreten durch A
A als Bevollmächtigter		A als Vertreter ohne Vertretungsmacht
nicht von § 181 BGB befreit		Befreiung von § 181 nicht möglich

### b) Gegenüber dem Vollmachtgeber

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat durch Beschluss vom 13.02.1986 entschieden, § 181 BGB schütze auch den Vollmachtgeber, dessen von den Insihgeschäftsbeschränkungen nicht befreiter Bevollmächtigter zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die andere Partei mehrvertretend handle. Der Entscheidung lag ein entsprechender Grundstückskaufvertrag zugrunde.<sup>53</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 Insihgeschäftsbeschränkungen 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>54</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 zustandekommt und die abstrakte Benachteiligungsgefahr für einen

<sup>49</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>50</sup> Das LG Bayreuth führt – ebenda – aus, das Rechtsgeschäft bestehe nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit; die Einzelheiten des Inhalts des Urkunde sind in der o.g. Fundstelle jedoch nicht wiedergegeben.

<sup>51</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 A 8 – zitiert, sie bejaht jedoch im Ergebnis – ohne sich mit der oben im Text unter A 7 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 DNotl-Gutachten, DNotl-Report 1998, 65; zu anderen Fällen analoger Anwendung des § 181 BGB trotz Fehlens der o.g. Personenidentität MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 28 ff.

<sup>52</sup> Dazu ausführlich oben im Text unter A 7.

<sup>53</sup> BayObLG Rpfleger 1988, 61.

<sup>54</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470.

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, auf den die Regelung des § 181 BGB dann unbestrittenermaßen keine Anwendung findet.<sup>55</sup> Diese Kritik überzeugt jedoch nicht. Die Insihgeschäftsbeschränkung 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 Genehmigungsbefürftigkeit 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 eine ausdrückliche Insihgeschäftsbeschränkung 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 Insihgeschäftsbeschränkung 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>56</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 Insihgeschäftsbeschränkungen nach § 181 BGB plaziert 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.<sup>57</sup>

**c) Gegenüber dem vollmachtlos Vertretenen**

Gleiches gilt aus denselben Gründen zum Schutze des vollmachtlos Vertretenen unabhängig davon, ob ein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt, in dem 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 Interessenkollisionen 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 15.03.2000 insoweit zurecht entschieden, § 181 BGB sei zum Schutz des vollmachtlos Vertretenen anwendbar, wenngleich – was anschließend noch kritisch zu untersuchen sein wird – die Insihgeschäftsbeschränkung nicht für die dann erforderliche Genehmigungserklärung des gesetzlichen Vertreters des Vertretenen gelten soll.<sup>58</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, 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, generell-abstrakt dasselbe o.g. Schutzbedürfnis besteht.<sup>59</sup>

**9. Der lediglich rechtliche Vorteil am Beispiel der Schenkung durch den gesetzlichen Vertreter an sein nicht volljähriges Kind**

**a) Vorbemerkung**

§ 181 BGB ist aufgrund teleologischer Reduktion trotz Selbstkontrahierens bzw. Mehrvertretung nicht anwendbar, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Gleiches gilt für die Parallelvorschrift des § 1795 BGB. Am Beispiel des äußerst praxisrelevanten Falls der Schenkung durch den gesetzlichen Vertreter an sein nicht volljähriges Kind soll nachfolgend der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils verdeutlicht werden.<sup>60</sup> Bei Schenkungen an nicht volljährige Kinder ist zwischen geschäftsunfähigen und minderjährigen Beschenkten zu unterscheiden.

<sup>57</sup> Fröhler BWNotZ 2003, 14 (18 f.).  
<sup>58</sup> LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433; diesbezüglich offen Kuhn RNotZ 2001, 305, 327; differenzierend Tebben DNotZ 2005, 173, 175, der die Anwendbarkeit des § 181 BGB hinsichtlich des Handelns für den mit Vertretungsmacht Vertretenen bejaht, hinsichtlich des vollmachtlos Vertretenen jedoch verneint.  
<sup>59</sup> Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 19.  
<sup>60</sup> Vgl. dazu insgesamt Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2006, Kap. 14, Rz. 41 ff.

<sup>55</sup> Lichtenberg, MittBayNot 1999, 470 f.; derselbe, MittBayNot 2000, 434 f.; Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341; Fertl, Rpfleger 1988, 61 f.  
<sup>56</sup> Vgl. Nachweise bei Kuhn, RNotZ 2001, 305 (326 f.).



*aa) Kinder unter sieben Jahre*

Kinder sind bis zum Beginn (00.00 Uhr) desjenigen Geburtstages, an dem sie sieben Jahre alt werden, nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig und bedürfen unabhängig davon, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft für sie lediglich rechtlich vorteilhaft ist, stets einer gesetzlichen Vertretung. Diese erfolgt grundsätzlich gemäß §§ 1626, 1629 BGB durch beide Eltern gemeinschaftlich. Sind diese nicht miteinander verheiratet und haben keine Sorgeerklärung abgegeben, durch die leibliche Mutter alleine. Die Eltern können nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB insbesondere dann von der Vertretung ausgeschlossen sein, wenn das Rechtsgeschäft zwischen dem Kind und einem Elternteil oder einem Verwandten in gerader Linie geschlossen wird. In derartigen Fällen ist die Bestellung und Mitwirkung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB erforderlich. Wird erst im Beurkundungstermin festgestellt, dass ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss, wurde aber der Vertragsinhalt mit dem Vormundschafts- bzw. Familiengericht inhaltlich bereits besprochen, ist im Hinblick auf die In-sichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB darauf zu achten, dass die für den noch zu bestellenden Ergänzungspfleger auftretende Person nicht zugleich anderweitig Partei des Vertrages ist, da auch ein Gericht nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und damit keine wirksame Genehmigung zu einem In-sichgeschäft erteilen kann.<sup>61</sup>

Soweit das Rechtsgeschäft für das Kind jedoch lediglich rechtlich vorteilhaft ist, findet der Rechtsgedanke des § 181 BGB und damit auch das Vertretungsverbot der §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB sowohl bei geschäftsunfähigen als auch bei minderjährigen Kindern keine Anwendung.<sup>62</sup>

Je nach Regelungsgegenstand bedürfen sowohl nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB Eltern als auch nach §§ 1915, 1821, 1822 BGB Ergänzungspfleger der familien- bzw. vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Dies gilt insbesondere nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB für Verträge, die auf einen entgeltlichen Erwerb von Grundbesitz gerichtet sind. Hierunter fallen auch Gegenleistungspflichten, die den Zuwendungswert unterschreiten, mithin auch gemischte Schenkungen, während umgekehrt die Übernahme vorbehaltener Rechte, etwa bei einem Nießbrauchsvorbehalt, keine Entgeltlichkeit begründen.<sup>63</sup>

*bb) Minderjährige Kinder*

Kinder zwischen sieben und siebzehn Jahren sind nach § 106 BGB minderjährig und beschränkt geschäftsfähig. Sie bedürfen zu einer Willenserklärung dann der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wenn sie dadurch nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen.

Ist das in Rede stehende Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und daher eine Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter erforderlich, gelten der Vertretungsausschluss nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB und die gerichtlichen Genehmigungserfordernisse nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB.

**b) Der lediglich rechtliche Vorteil**

Ein lediglich rechtlicher Vorteil kommt insbesondere bei Schenkungen in Betracht. Maßgebend ist zum Schutz des Kindes dabei grundsätzlich in Durchbrechung des Abstraktionsprinzips eine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen

und dinglichen Vertrags.<sup>64</sup> Ist jedoch bereits die schuldrechtliche Vereinbarung unwirksam, entfällt der Schutzbedarf und damit die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung. Die Auflassung bleibt rechtlich vorteilhaft und kann – wenn auch ohne Rechtsgrund – im Grundbuch vollzogen werden.<sup>65</sup> Der Notar sollte bei einer eventuellen isolierten Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages jedoch unbedingt auf die Risiken einer drohenden Kondition hinweisen und empfehlen, dass der Grundbuchvollzug nach § 53 BeurkG einvernehmlich von der jeweiligen Genehmigung des Ergänzungspflegers und des Vormundschafts- bzw. Familiengerichts abhängig gemacht wird.

Eine der praktisch häufigsten Gestaltungen in diesem Zusammenhang ist die unentgeltliche Übertragung von Grundbesitz durch Eltern auf ihre Kinder bzw. durch Großeltern auf ihre Enkel gegen Nießbrauchsvorbehalt, über den meist auch die außergewöhnlichen Lasten durch den Nießbrauchsberechtigten getragen werden. Grundsätzlich gelten derartige Übertragungen als für den Übernehmer lediglich rechtlich vorteilhaft, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Nießbrauch bereits auf dem übertragenen Grundbesitz lastet oder erst anlässlich der Übertragung vorbehalten wird. Selbst wenn die laufenden öffentlichen Lasten durch den Übernehmer zu tragen sind, handelt es sich um unschädliche, typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, die die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht in Frage stellen.<sup>66</sup>

Die Übertragung ist jedoch dann nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn der Grundbesitz bei Übergabe bereits vermietet oder verpachtet war – unproblematisch soll hingegen die bloße Möglichkeit einer späteren Vermietung bzw. Verpachtung durch den Nießbrauchsberechtigten sein –, da den Erwerber insbesondere gemäß §§ 536a, 581 Abs. 2, 586 Abs. 2 BGB Schadens- und Aufwendungsersatzpflichten sowie die Pflicht zur Rückgewähr einer durch den Mieter oder Pächter geleisteten Sicherheit treffen können.<sup>67</sup> Da nach der vorstehenden Entscheidung die bloße Möglichkeit einer späteren Vermietung bzw. Verpachtung durch den Nießbrauchsberechtigten die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht zu beseitigen vermag, wird vereinzelt zur Rettung der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Übertragung vorgeschlagen, dass der Übergeber/Nießbrauchsberechtigte mit dem Mieter bzw. Pächter für den Zeitraum der Überlassung einen Aufhebungsvertrag schließt.<sup>68</sup> Hiervon ist jedoch nachhaltig abzuraten, da auf diese Weise die Vorgaben der vorstehenden BGH-Rechtsprechung nicht erfüllt werden und die Notwendigkeit einer Ergänzungspflegerbestellung nicht entfällt.

Erfolgt die Schenkung unter einem Rücktrittsvorbehalt, ist eine entsprechende Rückforderungsklausel nur dann lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn sich die Haftung des Übernehmers auf den Zustand des Zugewendeten im Zeitpunkt der Geltendmachung der Rückübertragung beschränkt und der Übernehmer Ersatz für seine zwischenzeitlichen Verwendungen verlangen kann. Dabei ist insbesondere ausdrücklich zu regeln, dass das Haftungsrisiko nicht über die gesetzlichen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsrechte wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 BGB oder erfolgten Widerrufs bei grobem Undank nach § 530 BGB hinausgeht. Damit sind bei Ausübung des Rücktrittsrechts vor allem Ansprüche des Berechtigten auf Wert- bzw. Schadensersatz, insbesondere wegen zwischenzeitlicher Verschlechterung

<sup>64</sup> BGH NJW 1981, 109.

<sup>65</sup> BGH NJW 2005, 415, 416 ff.

<sup>66</sup> BGH NJW 2005, 415, 417 f.; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 181.

<sup>67</sup> BGH DNotZ 2005, 625, 626 f.; kritisch dazu Fembacher, DNotZ, 2005, 627, 629 f.

<sup>68</sup> Everts, ZEV 2005, 211.

<sup>61</sup> BGHZ 21, 229, 234; RGZ 71, 162, 164.

<sup>62</sup> BayObLG NJW 1998, 3574.

<sup>63</sup> BayObLG Rpfleger 1968, 18.

der Sache auszuschließen.<sup>69</sup> Die Eintragung einer Erwerbsvormerkung schadet der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit ebenso wenig<sup>70</sup> wie die Einräumung derartiger Rückübertragungsansprüche zugunsten Dritter<sup>71</sup>. Formulierungsvorschlag für einen lediglich rechtlich vorteilhaften Rückübertragungsvorbehalt:<sup>72</sup>

*Die vorstehend vorbehaltene Rückübertragung richtet sich ausschließlich nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts und kann nur Zug-um-Zug gegen Ersatz der Verwendungen des Übernehmers bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolgern (Erben) verlangt werden.*

Die Schenkung von Wohnungs- bzw. Teileigentum ist dann rechtlich nachteilig, wenn die den Wohnungseigentümer in der Gemeinschaftsordnung treffenden Verpflichtungen gegenüber den gesetzlichen Rechtsfolgen verschärft sind<sup>73</sup> oder mit der Schenkung der Eintritt in den Verwaltervertrag verbunden ist<sup>74</sup>. Das Rechtsgeschäft wird in derartigen Fällen auch dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn ein Nießbrauch bestellt ist und der Nießbrauchsberechtigte auch die außergewöhnlichen Lasten trägt, da sich eine solche Regelung nicht auf das Verhältnis zwischen Übernehmer und übrigen Wohnungseigentümern auswirkt.<sup>75</sup>

Eine Grundbesitzschenkung unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts<sup>76</sup> oder dinglicher Übernahme eines Grundpfandrechts<sup>77</sup> ist lediglich rechtlich vorteilhaft, Gleiches gilt für eine Anordnung der erbrechtlichen Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB.<sup>78</sup>

Im Gegensatz dazu ist eine Pflichtteilsanrechnungspflicht rechtlich nachteilig<sup>79</sup> und bedarf der Genehmigung eines Ergänzungspflegers und des Vormundschafts- bzw. Familiengerichts.

Um trotz eventueller Wertverluste des Übergabeobjektes nach der Übertragung eine solche Genehmigung erwirken zu können, sollte ausdrücklich vorgesehen werden, dass die Höhe des Anrechnungsbetrages auf den Wert des Zuwendungsobjektes im Zeitpunkt des Todes des Übergebers begrenzt ist<sup>80</sup> und im Falle einer Rückübertragung entfällt. Formulierungsvorschlag<sup>81</sup>:

*Der Übernehmer hat den Wert dieser Zuwendung in Höhe von ... EUR (Geldbetrag), höchstens jedoch in Höhe des Wertes zum Zeitpunkt des Todes des Übergebers auf dessen Tod bei einer Erbauseinandersetzung im Sinne der §§ 2050, 2052 BGB zur Ausgleichung zu bringen und sich in derselben Höhe auf Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen. Die vorstehende Ausgleichs- und Anrechnungspflicht entfällt im Falle einer Rückübertragung des Zuwendungsobjektes.*

<sup>69</sup> BayObLG DNotZ 1975, 219, 220; OLG Köln Rpfleger 1998, 159; OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 289 ff.

<sup>70</sup> OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 290.

<sup>71</sup> OLG Köln Rpfleger 1998, 159.

<sup>72</sup> Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2006, M 14.7.

<sup>73</sup> BayObLG Rpfleger 1998, 70, 71.

<sup>74</sup> OLG Hamm Rpfleger 2000, 449.

<sup>75</sup> BayObLG Rpfleger 1998, 70, 71.

<sup>76</sup> BayObLG Rpfleger 1979, 197.

<sup>77</sup> BGH FamRZ 1955, 43.

<sup>78</sup> BGH NJW 1955, 1353.

<sup>79</sup> MünchKomm/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2315 BGB, Rz. 9; Jerschke in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006, A V Rz. 55; Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2006, Kap. 14, Rz. 57; aA Rastätter, BWNNotZ 2006, 1, 7; vermittelnd Fembacher, MittBayNot 2004, 24, der die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit bei Begrenzung des Anrechnungsbetrages auf den Wert zur Zeit des Erbfalls bejaht.

<sup>80</sup> vgl. dazu Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 85.

<sup>81</sup> Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2006, M 14.8.

## B. Besonderheiten im Gesellschaftsrecht

### 1. Insihgeschäfte in der GmbH

#### a) Zur Anwendbarkeit des § 181 BGB bei organschaftlicher Vertretung juristischer Personen des privaten Rechts

§ 181 BGB gilt auch für rechtsgeschäftliche Erklärungen organschaftlicher Vertreter juristischer Personen des privaten Rechts. 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 Insihgeschäftsbeschränkung auch zugunsten organschaftlich vertretener juristischer Personen bzw. anderer Personen, die mit juristischen Personen Rechtsgeschäfte abschließen.<sup>82</sup>

#### b) Keine Tatbestandsreduzierung bei Unterbevollmächtigung durch organschaftlichen Vertreter zur Mehrvertretung

Das Landgericht München I hat durch Beschluss vom 20.03.1989 entschieden, dass § 181 BGB bei Mehrvertretung aufgrund einer durch ein Organ einer GmbH erteilten Unterbevollmächtigung nicht (auch nicht analog) anwendbar ist<sup>83</sup>. Nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt 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 Schutzzweckumgehung 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>84</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. 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

<sup>82</sup> BGHZ 33, 189, 190.

<sup>83</sup> LG München I NJW-RR 1989, 997; ähnlich MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 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, Rz. 26 und 54.

<sup>84</sup> Wörtlich – NJW-RR 1989, 997, – heißt es: „... mag ... zutreffen ...“.

rens 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 26.02.1993 ergangen ist, in der die aus der Einschaltung eines mehrvertretenden Untervertreterers 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>85</sup>. Vielmehr gilt die Insihgeschäftsbeschränkung des § 181 BGB analog uneingeschränkt auch bei Mehrvertretung aufgrund Unterbevollmächtigung durch organschaftliche Vertreter.<sup>86</sup>

### c) Teleologische Reduktion für Übernahmeverträge anlässlich einer Kapitalerhöhung

Im Rahmen einer Kapitalerhöhung ist nach § 55 GmbHG zwischen Gesellschaft und übernehmenden Gesellschaftern angesichts der neu gebildeten Geschäftsanteile und Mitgliedschaftsrechte jeweils ein Übernahmevertrag zu schließen. Dabei wird die Gesellschaft durch ihre Gesellschafter vertreten.<sup>87</sup> Obwohl dabei die formalen Voraussetzungen des § 181 BGB eröffnet sind, findet dieser letztlich dann im Wege einer teleologischen Reduktion keine Anwendung, wenn sich die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft trotz deren rechtlichen Selbständigkeit decken und daher keine Interessenkollision in Betracht kommen kann. Dies ist bei der Einpersonen-GmbH, bei der § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nicht anwendbar ist, da weder eine Geschäftsführungsmaßnahme noch eine Vermögensverlagerung zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter-Geschäftsführer in Rede steht,<sup>88</sup> und bei der mehrgliedrigen GmbH, jedenfalls bei Teilnahme aller Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer bisherigen Kapitalanteile entsprechend dem gesetzlichen Bezugsrecht,<sup>89</sup> anerkannt.

### d) Interne Willensbildung

Bei der internen Willensbildung gilt § 181 BGB ähnlich der unten ausführlich erörterten Rechtslage bei der GmbH & Co. KG<sup>90</sup> für Grundlagenbeschlüsse, nicht jedoch für bloße Maßnahmenbeschlüsse. Das Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG bezweckt im Gegensatz zu § 181 BGB nicht den Schutz des Vertretenen, sondern regelt das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter in den dort genannten Fällen. § 181 BGB findet daher insbesondere keine Anwendung auf die eigene Stimmabgabe eines Gesellschafters,

auch wenn es um einen Beschluss über dessen Bestellung zum Geschäftsführer oder über seinen Geschäftsführeranstellungsvertrag geht, für dessen Abschluss selbst jedoch wiederum § 181 BGB zu beachten ist, da dies nicht die interne Willensbildung (Beschluss darüber), sondern deren Umsetzung (Vertretung der Gesellschaft nach außen) betrifft.

### e) Gestattung bei Mehrpersonen-GmbH

Im Gegensatz zu einer nachträglichen Genehmigung erfolgt eine Gestattung von Insihgeschäften bereits vor Ausübung der in Rede stehenden Vertretung. Hierbei wird überwiegend zwischen einer generellen Gestattung einerseits und einer Einzelfallgestattung andererseits unterschieden. Eine nicht einzelfallbezogene generelle Gestattung kann bei der Mehrpersonen-GmbH unabhängig davon, ob sie bereits bei Gesellschaftsgründung oder nachträglich erfolgt, ausschließlich unmittelbar in der Satzung oder durch Beschluss aufgrund einer entsprechenden Satzungsermächtigung vorgenommen werden.<sup>91</sup> Eine entsprechende nachträgliche Satzungsänderung bedarf gemäß § 53 Abs. 2 GmbH-Gesetz der notariellen Beurkundung, muss mit mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen beschlossen werden und wird gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam.<sup>92</sup> Im Gegensatz zur generellen Gestattung ist für die Einzelfallgestattung ein einfacher Gesellschafterbeschluss ausreichend.<sup>93</sup>

### f) Gestattung bei Einpersonen-GmbH

Abweichend von den für die Mehrpersonen-GmbH maßgebenden Grundsätzen bedarf bei der Einpersonen-GmbH nicht nur die generelle Vorabgestattung, sondern auch die Einzelfallgestattung einer Ermächtigung durch die Satzung, da der Regelungszweck des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG einen besonders intensiven Gläubigerschutz vorsieht, der ausschließlich durch eine entsprechende Satzungsregelung realisiert werden kann.<sup>94</sup> Über den Wortlaut des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG hinaus findet § 181 BGB auch auf Rechtsgeschäfte des alleinigen Gesellschafters mit sich selbst Anwendung, wenn neben ihm noch weitere Fremdgeschäftsführer vorhanden sind, die bei dem Insihgeschäft nicht auftreten.<sup>95</sup> Auch eine nachträgliche Genehmigung eines Insihgeschäftes bedarf daher einer entsprechenden Satzungsermächtigung zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>96</sup> Es gilt darüber hinaus dasselbe Eintragungsbedürfnis im Handelsregister wie bei der Mehrpersonen-GmbH. Umstritten ist, ob eine aufgrund Satzungsermächtigung erfolgte Befreiung eines Geschäftsführers einer Mehrpersonen-GmbH, der zugleich Gesellschafter ist, dann wirksam bleibt, wenn dieser Geschäftsführer später alleiniger Gesellschafter der GmbH wird.<sup>97</sup> Für derartige Fälle ist zum empfehlen, die Satzung einer Mehrpersonen-GmbH dahingehend zu gestalten, dass eine Befreiung eines Gesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB auch bei Vereinigung aller Geschäftsanteile an dieser Gesellschaft in seiner Person bestehen bleibt.<sup>98</sup>

<sup>85</sup> BayObLG Rpfleger 1993, 441.

<sup>86</sup> Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 16; im Ergebnis ebenso – ohne jedoch auf die o.g. Entscheidung des LG München I einzugehen – BayObLG Rpfleger 1993, 441 und LG Stuttgart BWNotZ 1995, 166.

<sup>87</sup> BGH DNotZ 1968, 567, 568 f.

<sup>88</sup> LG Berlin ZIP 1985, 1491, 1492; LG Kleve MittRhNotK 1989, 21, 22 f.

<sup>89</sup> Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 196.

<sup>90</sup> Dazu unten im Text unter B 2 c aa.

<sup>91</sup> BayObLG GmbHR 1990, 213, 214; OLG Köln MittRhNotK 1992, 276; OLG Stuttgart GmbHR 1985, 221 f.

<sup>92</sup> BayObLG GmbHR 1990, 213, 214.

<sup>93</sup> BayObLG GmbHR 1990, 213, 214.

<sup>94</sup> BGH DNotZ 1983, 633, 634.

<sup>95</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 137.

<sup>96</sup> BGH DNotZ 1983, 633, 634.

<sup>97</sup> bejahend BGH MittRhNotK 1991, 119; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 137; verneinend BayObLG GmbHR 1990, 213, 214.

<sup>98</sup> Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 209.

## g) Mehrvertretung bei Einpersonen-GmbH

### aa) Allgemeines

Bei Rechtsgeschäften einer Einpersonen-GmbH ist fraglich, ob nicht nur ein Selbstkontrahieren, sondern auch eine Mehrvertretung den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegt. Diese Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil die Rechtsprechung vor der Neufassung des GmbHG § 181 BGB für eine Einpersonen-GmbH mangels generell-abstrakter Interessenkollision mittels teleologischer Reduktion nicht für anwendbar hielt<sup>99</sup> und der Wortlaut der am 01.01.1981 in Kraft getretenen Neuregelung des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG lediglich das Selbstkontrahieren („..., so ist auf seine Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden.“) beschränkt. Wegen des gesetzgeberisch beabsichtigten umfassenden Schutzes vor Insichgeschäften und der durch die unpräzise Formulierung „seine Rechtsgeschäfte“ letztlich auch als pauschal wertbaren Verweisung auf § 181 BGB wird § 35 Abs. 4 Satz 1 BGB auf Mehrvertretungsfälle zumindest analog angewendet.<sup>100</sup>

### bb) Übertragung der Grundsätze der Einpersonen-GmbH auf den faktischen Konzern?

Die Problematik der Geltung der Mehrvertretungsbeschränkung bei der Einpersonen-GmbH könnte auch für den faktischen GmbH-Konzern Bedeutung erlangen. Hier sind Rechtsgeschäfte betroffen, die zwischen der Mutter- (insbesondere selbst GmbH oder AG) und der Tochtergesellschaft (Einpersonen-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter die Muttergesellschaft ist) geschlossen werden, wenn für beide Gesellschaften derselbe Vertreter handelt. Da auch hier vergleichbar der Konstellation bei einem Selbstkontrahieren des Alleingesellschafters und zugleich Alleingeschäftsführers einer Einpersonen-GmbH die Gefahr einer Vermögensverlagerung zum Nachteil von Gläubigern besteht, ist eine analoge Anwendung des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG auf Mehrvertretung im faktischen Konzern gerechtfertigt.<sup>101</sup>

## h) Befreiung des Liquidators einer GmbH

### aa) Unmittelbare Befreiung des jeweiligen Liquidators durch Satzung

Ist der jeweilige Liquidator unmittelbar durch die Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB stets befreit, ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten.

### bb) Unmittelbare Befreiung lediglich des jeweiligen Geschäftsführers durch Satzung

Ist durch Satzung lediglich der jeweilige Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und wird der jeweilige Liquidator nicht erwähnt, entfaltet die Befreiung sowohl für den jeweiligen geborenen Liquidator – somit für den gemäß § 66 GmbHG kraft Gesetzes zum Liquidator berufenen bisherigen Geschäftsführer – als auch für den gekorenen Liquidator keine Wirkung, da kein allgemeiner Grundsatz dafür existiert, dass die für den Geschäftsführer bestehenden

Regelungen der Satzung über die Vertretung ohne weiteres auch für den Liquidator gelten.<sup>102</sup>

### cc) Mittelbare Befreiung durch Satzungsermächtigung

(1) Die Satzungsermächtigung sieht eine Befreiung des jeweiligen Liquidators ausdrücklich vor

Sieht die Satzung – dies dürfte in der Praxis der weit häufigere Fall sein – lediglich ermächtigend vor, dass die Gesellschafterversammlung den jeweiligen Liquidator durch Beschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien kann, können die Liquidatoren nach entsprechender Umsetzung der Befreiungsermächtigung durch Gesellschafterbeschluss und Anmeldung unbeschränkt von § 181 BGB agieren.

(2) Die Satzungsermächtigung sieht eine Befreiung ausdrücklich lediglich für den jeweiligen Geschäftsführer vor

Ist durch Satzungsermächtigung lediglich die Befreiung des jeweiligen Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB vorgesehen und wird der jeweilige Liquidator nicht erwähnt, gilt die Ermächtigung gleichwohl auch für den jeweiligen Liquidator.<sup>103</sup> Anders als bei der durch Satzung angeordneten direkten steten Befreiung bedarf die bloße Satzungsermächtigung noch eines Umsetzungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung, durch die eine zusätzliche Kontrolle gewährleistet ist.

(3) Trotz Satzungsermächtigung zur Befreiung von Liquidatoren regelt der Befreiungsbeschluss lediglich die Befreiung der Geschäftsführer

Ermächtigt die Satzung zur Befreiung auch der Liquidatoren und wird ein entsprechender Befreiungsbeschluss ausschließlich für die Geschäftsführer gefasst, gilt dieser weder für geborene noch für gekorene Liquidatoren fort, da ein Liquidator anders als ein Geschäftsführer keine Aufgaben einer verbenden, sondern einer zu beendenden Gesellschaft wahrzunehmen hat.<sup>104</sup>

### dd) Schlussfolgerungen

Zur Sicherheit sollte daher die Satzung eine ausdrückliche stete Befreiung oder Ermächtigung zur Befreiung auch des Liquidators von den Beschränkungen des § 181 BGB enthalten bzw. im Falle einer Satzungsermächtigung ein ausdrücklicher Befreiungsbeschluss für den Liquidator gefasst werden.

## i) Tatbestände für Handelsregistereintragung

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist im Handelsregister einzutragen, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer einer GmbH haben. Hierzu zählt auch die Eintragung der Befreiung von den Insichgeschäftsbeschränkungen des § 181 BGB, da auch diese die Reichweite der Vertretungsmacht bestimmen.

<sup>99</sup> BGHZ 56, 97.

<sup>100</sup> MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 10; Staudinger/Schilken, 13. Bearbeitung 1995, § 181 BGB, Rz. 20; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 137.

<sup>101</sup> Palandt/Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 181 BGB, Rz. 10; MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rz. 10; Staudinger/Schilken, 13. Bearbeitung 1995, § 181 BGB, Rz. 20; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 137; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 211; aA Bachmann, ZIP 1999, 85, 91.

<sup>102</sup> BayObLG DNotZ 1998, 843 f.; OLG Düsseldorf GmbHR 1989, 465 f.; aA für den geborenen Liquidator Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh/Noack, 18. Aufl. 2006, § 68 GmbHG, Rz. 4.

<sup>103</sup> BayObLG GmbHR 1996, 56; OLG Zweibrücken GmbHR 1999, 237; LG Berlin Rpfleger 1987, 250; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh/Noack, 18. Aufl. 2006, § 68 GmbHG, Rz. 4; aA OLG Hamm GmbHR 1997, 553.

<sup>104</sup> BayObLG GmbHR 1996, 56, 57 f.; OLG Zweibrücken GmbHR 1999, 237, 238; OLG Düsseldorf GmbHR 1989, 465 f.; OLG Rostock NJW-RR 2004, 1109 f.; aA Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh/Noack, 18. Aufl. 2006, § 68 GmbHG, Rz. 4; differenzierend BFH GmbHR 2001, 927 f., wonach bei einer Einpersonen-GmbH die Befreiung des alleinigen Gesellschafters und Alleingeschäftsführers für diesen als geborenen Liquidator mangels Interessenkollision anders als bei einer mehrgliedrigen GmbH ausnahmsweise fortgelte.

Die generelle Befreiung des Geschäftsführers einer mehrgliedrigen GmbH durch Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB bedarf der Eintragung in das Handelsregister.<sup>105</sup>

Gleiches gilt für eine entsprechende satzungsmäßige Befreiung des Geschäftsführers einer Einpersonen-GmbH.<sup>106</sup> Nicht eintragungsfähig ist dabei jedoch, dass (abstrakt) ihr Geschäftsführer befreit sein soll, wenn er alleiniger Gesellschafter ist, oder (konkret) ihr Geschäftsführer N.N. befreit sein soll, wenn dieser alleiniger Gesellschafter ist, da das Handelsregister über die Zahl der Gesellschafter nichts hergeben kann und Umstände von außerhalb der Satzung bzw. des Handelsregisters, die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich sind, nicht herangezogen werden dürfen.<sup>107</sup>

Die in der Satzung enthaltene Ermächtigung zur Befreiung von den Insichgeschäftsbeschränkungen des § 181 BGB kann, braucht jedoch – anders als die dann beschlossene Befreiung selbst – nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden.<sup>108</sup>

Eine Befreiung kann bzw. muss schließlich auch dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn sie lediglich in beschränktem Umfang erteilt worden ist.<sup>109</sup> Hier kommen insbesondere Beschränkungen auf bestimmte Vertragsgegenstände (z.B. Art bzw. Größenordnung des Geschäfts), auf Mehrvertretung unter Nichtzulassung des Selbstkontrahierens und auf Rechtsgeschäfte mit bestimmten Rechtspersonen in Betracht.<sup>110</sup> Nicht eintragungsfähig ist die Befreiung für den Einzelfall.<sup>111</sup>

### k) Anmeldeerklärung gegenüber dem Registergericht

Die Insichgeschäftsbeschränkungen des § 181 BGB – Gleiches gilt damit auch für die Regelung nach § 1795 BGB – finden auf eine Anmeldung zum Handelsregister keine Anwendung, da diese einem Eintragungsantrag gleichsteht und als verfahrensrechtliche Erklärung keinen Willenserklärungsgelt aufweist.<sup>112</sup>

## 2. Insichgeschäfte in der GmbH & Co. KG<sup>113</sup>

### a) Problemstellung

Treffen die bis heute nicht ausdrücklich normierte, sondern gesetzlich lediglich konkludent anerkannte<sup>114</sup> Institution der GmbH & Co. KG und Tatbestände der Insichgeschäftsbeschränkungen nach § 181 BGB aufeinander, ergeben sich angesichts häufiger Personenidentität von Gesellschaftern der Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführern und Kommanditisten einerseits und Rechtsgeschäften zwischen Kommanditgesellschaft, Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführern und Gesellschaftern andererseits oftmals besondere Spannungsmomente, die nachstehend erörtert werden.

<sup>105</sup>OLG Frankfurt/Main DNotZ 1983, 639 f.

<sup>106</sup>BGH DNotZ 1983, 633, 634.

<sup>107</sup>BGH DNotZ 1983, 633, 635.

<sup>108</sup>BayObLG GmbHR 1982, 257; OLG Frankfurt/Main Rpfleger 1994, 170.

<sup>109</sup>OLG Düsseldorf DNotZ 1995, 137; Bühler, DNotZ 1983, 588, 592 f.; Kanzleiter, Rpfleger 1984, 1, 4; Kirstgen, MittRhNotK 1988, 219, 226.

<sup>110</sup>OLG Düsseldorf DNotZ 1995, 137; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 133, letztere – im Gegensatz zur vorstehenden Entscheidung des OLG Düsseldorf – jedoch kritisch zur Beschränkung auf bestimmte Erklärungsempfänger.

<sup>111</sup>Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 133.

<sup>112</sup>BayObLG DNotZ 1971, 107, 108; Palandt/Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 181 BGB, Rz. 5.

<sup>113</sup>Vgl. dazu insgesamt Fröhler, BWNotZ 2005, 129 ff.

<sup>114</sup>Vgl. insbesondere die §§ 19 Abs. 2, 125 a, 129 a, 130 a, 130 b, 172 Abs. 6, 172 a und 177 a HGB.

### b) Das Wesen der GmbH & Co. KG

Eine GmbH & Co. KG gehört als Grundtypenvermischung<sup>115</sup> zur Kategorie der Kapitalgesellschaft & Co. und ist Personengesellschaft mit einer geschäftsleitend tätigen Kapitalgesellschaft als Mitglied, die ihrerseits kapitalgesellschaftlichen Zwecken dient. Neben der GmbH & Co. KG ist insbesondere die in der Praxis weniger häufig vorkommende GmbH & Co. OHG als weiterer Typus der Kapitalgesellschaft & Co. bekannt.<sup>116</sup> In der Rechtsprechung wurde die GmbH & Co. KG erstmals im Jahre 1912 durch das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>117</sup> und schließlich im Jahre 1922 durch das Reichsgericht<sup>118</sup> anerkannt. Sie verbindet die Vorteile einer Kommanditgesellschaft einerseits, indem vor allem ein vergleichsweise einfacher Eintritt von Gesellschaftern eine rasche Kapitalbeschaffung ermöglicht, mit den Vorteilen der GmbH, die insbesondere durch Haftungsbeschränkung und Erhaltung bei Tod der Gesellschafter gekennzeichnet ist, andererseits. Die GmbH & Co. KG verkörpert ein einheitliches Unternehmen, in dem die beiden o.g. Gesellschaftstypen nebeneinander bestehen. Die Kommanditgesellschaft ist Unternehmensträgerin, die GmbH Gesellschafterin und gemäß §§ 161, 125 HGB Vertretungsorgan – ihrerseits wiederum nach § 35 Abs. 1 GmbHG durch einen oder mehrere Geschäftsführer vertreten –, während die Kommanditisten nach § 170 HGB zwingend von der Vertretung ausgeschlossen sind. Entsprechend der Einpersonen-GmbH ist auch die Einpersonen-GmbH & Co. KG anerkannt. Bei ihr ist die natürliche Person Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH, einziger Kommanditist und alleiniger Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

### c) Anwendungsbereiche des § 181 BGB innerhalb der GmbH & Co. KG

Aufgrund der vorstehend erörterten mehrschichtigen Struktur der GmbH & Co. KG stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Tatbestand der Insichgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft, bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH und bei Rechtsgeschäften zwischen zwei GmbH & Co. KG, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH, diese jedoch wiederum durch denselben Geschäftsführer vertreten werden, betroffen ist.

#### aa) Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung der KG

Fraglich ist zunächst, ob und inwieweit der Tatbestand des § 181 BGB auf Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft Anwendung findet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Gesellschafter einerseits im Rahmen der gesellschaftsvertraglich fixierten Vorgaben nebeneinander stehend gleiche Ziele gegenüber Dritten verfolgen, sich Komplementäre wie Kommanditisten bei der Verbindung zu diesen Gesellschaftszwecken, deren Änderungen und anderen grundlegenden Beschlüssen jedoch unter der generell-abstrakten Gefahr von Interessensgegensätzen gegenüberstehen und einander vor Insichgeschäften schutzbedürftig sind.

<sup>115</sup>Zu diesem Begriff Zielinski, Grundtypvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, 1925, passim.

<sup>116</sup>Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 I 1.

<sup>117</sup>BayObLG DJZ 1913, 647.

<sup>118</sup>RGZ 105, 101 ff.

Insbesondere innerhalb einer Familiengesellschaft, an der minderjährige Kinder und ihre Eltern als Gesellschafter beteiligt sind, kann die Problematik der Anwendbarkeit des § 181 BGB auf Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft erhebliche Bedeutung zukommen. Soweit § 181 BGB in derartigen Fällen anwendbar ist, können minderjährige Kinder durch ihre Eltern als Mitgesellschafter nach § 1795 BGB nicht vertreten werden. Vielmehr muss nach § 1909 BGB ein – für jedes minderjährige Kind ein gesonderter<sup>119</sup> – Ergänzungspfleger bestellt werden, dessen Entscheidungen je nach Regelungsgegenstand gemäß § 1915 in Verbindung mit §§ 1821, 1822 BGB, insbesondere nach § 1822 Nr. 3 und § 1822 Nr. 10 BGB<sup>120</sup>, wiederum der vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen können.<sup>121</sup> Wurden Beschlüsse namens minderjähriger Kinder bereits unter Verstoß gegen die Regelung des § 181 BGB gefasst, sind sie nachträglich nicht mehr durch entsprechende Genehmigung heilbar, da weder ein später bestellter Ergänzungspfleger noch das Vormundschafts- bzw. Familiengericht eine Kompetenz zur Befreiung von Insihgeschäftsbeschränkungen besitzt.<sup>122</sup> Beschlüsse können dann nicht mehr kurzfristig und familienintern gefasst werden. Inwieweit der Tatbestand des § 181 BGB auf Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft anwendbar ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern bedarf einer differenzierenden Betrachtung. So können Beschlüsse Regelungsgegenstände betreffen, hinsichtlich derer die Gesellschafter nebeneinander, gleichsam als Einheit gegenüber der Gesellschaft auftreten und daher der generell-abstrakte Schutzzweck des § 181 BGB nicht berührt wird. Umgekehrt sind Entscheidungsfindungen denkbar, bei denen sich die Gesellschafter untereinander konträr gegenüber stehen und des Schutzes aus § 181 BGB bedürfen. Es ist daher anerkannt, dass der Schutzbereich nach § 181 BGB zumindest für wesentliche Grundlagenbeschlüsse eröffnet sein muss, während eine Anwendung auf bloße Geschäftsführermaßnahmen, Sozialakte und sonstige gemeinsame Gesellschafterangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages ausscheidet.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 18.09.1975 die Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen innerhalb einer Kommanditgesellschaft über Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages verneint.<sup>123</sup> Im zugrunde liegenden Fall waren ein Vater als natürlicher Komplementär und seine beiden minderjährigen Kinder als Kommanditisten die alleinigen Gesellschafter einer Familien-Kommanditgesellschaft. Nach der Satzung war die durch den Komplementär

aufzustellende Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung samt Prüfungsbericht den Kommanditisten zur Überwachung zuzustellen. Aufgrund finanzgerichtlicher Rechtsprechung beantragte der Vater beim zuständigen Vormundschaftsgericht die Bestellung jeweils eines Ergänzungspflegers für seine beiden minderjährigen Kinder. Amts- und Landgericht wiesen den Antrag bzw. die Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluss zurück, das Oberlandesgericht legte den Vorgang dem Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vor. Dieser verneinte eine konkrete rechtliche Verhinderung der Eltern, da zunächst rein tatsächliche Handlungen, wie im zu entscheidenden Fall die Einsichtnahme in den Jahresabschluss mit Prüfungsbericht, bereits begrifflich keine Rechtsgeschäfte seien. Selbst wenn auf die rechtsgeschäftliche Mitwirkung der minderjährige Kommanditisten bei der Bestellung des Abschlussprüfers abgestellt würde, sei § 181 BGB nicht anwendbar, da die Gesellschafter insoweit im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages über Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. über sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten per Sozialakt beschließen. Hier stehe ein gewöhnlicher Gesellschafterbeschluss zur verbandswillensbildung in Rede, der gerade „nicht in der Austragung individueller Interessengegensätze zu sehen“ sei, „sondern in der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung.“<sup>124</sup> Selbst wenn unterschiedliche Meinungen darüber bestehen sollten, „wie das vom Gesellschaftszweck geprägte gleichgerichtete Interesse am Gedeihen der Gesellschaft am besten zu verwirklichen ist“, beruht dies „aber nicht typischerweise auf einem Widerstreit zwischen dem persönlichen Interesse des einzelnen und dem der anderen oder aller Gesellschafter, der mit einem Interessenkonflikt von der Art des in § 181 BGB vorausgesetzten vergleichbar wäre. Im Vordergrund steht vielmehr auch bei Uneinigigkeiten über den einzuschlagenden Weg das Zusammenwirken aller Gesellschafter zum gemeinschaftlichen Nutzen, zu dem sie sich im Gesellschaftsvertrag verbunden haben.“<sup>125</sup> Im Gegensatz dazu sei der Tatbestand des § 181 BGB bei Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft jedoch dann eröffnet, wenn Regelungsgegenstände betroffen seien, die außerhalb der Geschäftsführung und der laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten liegen und die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses berühren. Dies sei insbesondere bei Beschlussfassungen über den Abschluss oder die Änderung des Gesellschaftsvertrages der Fall, da es hier „zunächst nicht um die Zusammenarbeit im Rahmen einer vorhandenen Vertragsregelung, sondern darum“ geht, „erst einmal unter Ausgleich der wechselseitigen Einzelinteressen eine Grundlage für diese Zusammenarbeit zu finden oder sie neu zu bestimmen, wobei sich jeder Beteiligte regelmäßig innerhalb der so zu schaffenden Vertragsordnung eine möglichst starke Rechtsstellung zu sichern sucht.“<sup>126</sup>

§ 181 BGB ist somit bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft auf Grundlagenbeschlüsse anwendbar, wie beispielsweise den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, Satzungsänderungen, Umwandlung und Auflösung der Gesellschaft sowie allgemeiner Befreiung der Geschäftsführung von den Beschränkungen des § 181 BGB, im Wege der teleologischen Reduktion jedoch nicht bei Maßnahmebeschlüssen, die laufende Geschäftsangelegenheiten innerhalb des bestehenden Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand haben.<sup>127</sup>

<sup>119</sup>Da – dies wird insbesondere bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages deutlich – auch Rechtsbeziehungen zwischen den Kommanditisten begründet bzw. betroffen werden, ist es in einer solchen Konstellation nicht ausreichend, für mehrere minderjährige Kommanditisten einen gemeinsamen Ergänzungspfleger zu bestellen – dieser wäre dann mehrvertretend im Sinne des § 181 BGB tätig –, es ist vielmehr jeweils ein gesonderter Ergänzungspfleger erforderlich, BayObLG NJW 1959, 989.

<sup>120</sup>Insbesondere bei Verschmelzungsbeschlüssen, vgl. Winter in: Lutter, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 50 UmwG, Rz. 11.

<sup>121</sup>Dabei ist anerkannt, dass Beschlüsse über Vermögen einer Personengesellschaft, an dem ein minderjähriges Kind als Gesellschafter im Sinne von § 718 BGB gesamthänderischer Mitträger ist, selbst dann nicht der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, wenn Regelungsgegenstände der §§ 1821, 1822 BGB betroffen sind, z. B. ein Grundstück der Gesellschaft veräußert werden soll, da hier nicht das unmittelbare Vermögen des Kindes, sondern lediglich das Gesellschaftsvermögen, an dem das Kind beteiligt ist, betroffen ist, vgl. BGH NJW 1971, 375.

<sup>122</sup>BGHZ 21, 229, 234; RGZ 71, 162, 164.

<sup>123</sup>BGHZ 65, 93.

<sup>124</sup>BGHZ 65, 93, 97 f.

<sup>125</sup>BGHZ 65, 93, 98.

<sup>126</sup>BGHZ 65, 93, 97.

<sup>127</sup>Vgl. zusammenfassend dazu Erman/Palm, 11. Aufl. 2004, § 181 BGB, Rz. 12 f.

*bb) Rechtsgeschäfte zwischen KG  
und Komplementär-GmbH*

§ 181 BGB ist auf Rechtsgeschäfte zwischen einer Personengesellschaft und ihren persönlich haftenden Gesellschaftern, hier somit zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, nach allgemeinen Grundsätzen anwendbar.<sup>128</sup>

(1) Für KG und GmbH treten verschiedene Geschäftsführer auf

Veräußert beispielsweise die Komplementär-GmbH Grundbesitz an ihre Kommanditgesellschaft, stehen sich auf Verkäuferseite die Komplementär-GmbH einerseits und auf Käuferseite die durch dieselbe Komplementär-GmbH vertretene Kommanditgesellschaft andererseits gegenüber. Aufgrund beiderseitiger Beteiligung derselben GmbH ist es erforderlich, dass die Kommanditgesellschaft ihre Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB – hier ist die erste Tatbestandsvariante des Selbstkontrahierens betroffen; würde das Rechtsgeschäft nicht mit dieser GmbH selbst, sondern mit einem ebenfalls durch diese vertretenen anderen Verkäufer geschlossen, wäre die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung einschlägig – befreit. Hat die Komplementär-GmbH mehrere Geschäftsführer und treten auf Käuferseite (für die Kommanditgesellschaft mittelbar über die GmbH) einerseits und auf Verkäuferseite (unmittelbar für die GmbH) andererseits verschiedene Geschäftsführer auf, ist eine zusätzliche Befreiung der Geschäftsführer nicht erforderlich.

(2) Für KG und GmbH tritt derselbe Geschäftsführer auf

Handelt jedoch – wie dies häufig geschieht – derselbe Geschäftsführer für beide Parteien, ist zunächst fraglich, ob der Schutzbereich des § 181 BGB nicht nur bezüglich der unmittelbar vertretenden GmbH (Selbstkontrahieren, s.o.), sondern darüber hinaus auch hinsichtlich des mittelbar vertretenden Geschäftsführers berührt ist. Aus der Perspektive des Geschäftsführers kommt die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung in Betracht. Der Wortlaut des § 181 2. Alt. BGB setzt diesbezüglich für jedoch voraus, dass derselbe Vertreter „im Namen des Vertretenen ... als Vertreter eines Dritten“ handelt. Hier vertritt zwar der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Verkäuferseite die GmbH, auf Käuferseite ist hingegen die Komplementär-GmbH und nicht deren Geschäftsführer unmittelbares Vertretungsorgan der Kommanditgesellschaft. Formell fehlt es daher an einer Personenidentität der unmittelbaren Vertreter auf der jeweiligen Seite. Gleichwohl ist anerkannt, dass § 181 BGB in derartigen Konstellationen – analoge – Anwendung findet,<sup>129</sup> da auch hier ein erhebliches generell-abstraktes Gefährdungspotenzial besteht und die Stellung des Geschäftsführers, der über die Komplementär-GmbH zumindest mittelbar für die Kommanditgesellschaft handelt, derjenigen des unmittelbar vertretenden Organs ähnlich ist. Daher bedarf nicht nur die mit sich selbst kontrahierende Komplementär-GmbH – als Organ der Kommanditgesellschaft auf Käuferseite einerseits und als Verkäufer andererseits – der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die Kommanditgesellschaft. Zusätzlich muss auch der gleichzeitig auf beiden Seiten auftretende Geschäftsführer jeweils befreit sein, einmal durch die veräußernde Komplementär-GmbH und zum Anderen zusätzlich auf Seiten der erwerbenden GmbH & Co. KG. Letzteres kann jedenfalls durch eine direkte Befreiung aller Ge-

schäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft erfolgen.<sup>130</sup> Es dürfte im Falle der Mehrvertretung oftmals aber auch ausreichend sein, dass die durch die Kommanditgesellschaft befreite Komplementär-GmbH kraft ihrer Befreiung den eigenen Geschäftsführer, der zugleich mittelbarer Vertreter der Kommanditgesellschaft ist, befreit, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Allgemeingestattung der Kommanditgesellschaft ergibt, dass eine Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH über die GmbH mit Wirkung gegenüber der Kommanditgesellschaft hiervon nicht erfasst sein soll.<sup>131</sup> Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten ist zu empfehlen, dass die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH dann, wenn sie gegenüber der von ihnen mittelbar vertretenen Kommanditgesellschaft befreit sein sollen, (auch) direkt durch die Kommanditgesellschaft befreit werden. Dieses mehrfache Befreiungserfordernis beruht auf der durch die o.g. besondere Struktur der GmbH & Co. KG hervorgerufenen Parallelität von Selbstkontrahieren der Komplementär-GmbH und Mehrvertretung durch deren Geschäftsführer.

*cc) Rechtsgeschäfte zwischen der KG und dem  
Geschäftsführer der Komplementär-GmbH*

Von erheblicher praktischer Relevanz sind zudem Rechtsgeschäfte zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Auch hier findet § 181 BGB Anwendung. Nach dem der diesbezüglichen Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.02.1972 zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der alleinige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der weder durch die Kommanditgesellschaft noch durch die GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden war, persönlich der Kommanditgesellschaft – alleine sowohl für sich selbst als auch für die Kommanditgesellschaft auftretend – ein Darlehen gewährt und auf sich selbst von der Kommanditgesellschaft Maschinen und Fahrzeuge zur Sicherheit übertragen. Im Rahmen einer Drittwiderspruchsklage dieses Darlehensgebers und Geschäftsführers gegen die Pfändung der Maschinen und Fahrzeuge durch einen Drittgläubiger der Kommanditgesellschaft hatte der Bundesgerichtshof die Wirksamkeit des Darlehens- und Übertragungsvertrages im Hinblick auf die Regelung des § 181 BGB zu überprüfen. Obschon sich auch hier mit der Komplementär-GmbH für die Kommanditgesellschaft als Darlehensnehmer einerseits und dem Geschäftsführer als Darlehensgeber andererseits formell entgegen dem Wortlaut des § 181 1. Alt. BGB verschiedene Vertreter gegenüberstanden, bejahte der Bundesgerichtshof angesichts der – zumindest – mittelbaren, auf zweifacher Delegation<sup>132</sup> beruhenden Vertretung der Kommanditgesellschaft durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Anwendbarkeit des Selbstkontrahierungstatbestandes nach § 181 BGB. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertritt zwar nur diese direkt, handelt letztlich jedoch nicht im Namen der GmbH, sondern namens der Kommanditgesellschaft.<sup>133</sup> Eine Befreiung von den In-sichbeschränkungen ist dabei ausschließlich durch die Kom-

<sup>130</sup>Hesselmann/Tillmann, Handbuch der GmbH & Co. 18. Aufl. 1997, Rdnr. 426; Kirstgen, MittRhNotK 1988, 219, 227; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 218.

<sup>131</sup>Fröhler, BWNotZ 2005, 129, 132 f.; differenzierend Westermeier, MittBayNot 1998, 155 f., nach dem die Befreiung einer Komplementär-GmbH mit nur einem Geschäftsführer stets auch die Befreiung deren einzigen Geschäftsführers beinhalte, da die GmbH andernfalls nicht handlungsfähig sei und die Befreiung der GmbH keinen Sinn mache, während bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer deren stillschweigende Mitbefreiung im Hinblick auf die Grundsätze der rechtsgeschäftlichen Untervertretung fraglich sei.

<sup>132</sup>BayObLG DNotZ 1980, 88, 90.

<sup>133</sup>Vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 II 1 b.

<sup>128</sup>Baumbach/Hopt, 32. Aufl. 2006, Anh § 177 a HGB, Rz. 39 f.

<sup>129</sup>BGHZ 58, 115, 116 f.; Westermeier, MittBayNot 1998, 155, 156 f.; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 218.

manditgesellschaft, für und gegen die das Rechtsgeschäft letztlich Wirkung entfaltet, möglich.<sup>134</sup> In dieser Entscheidung heißt es dabei wörtlich: „Eine solche Gestattung konnte nur die KG aussprechen. Die GmbH kam dafür nicht in Betracht, da der Kläger den Darlehens- und Übereignungsvertrag im Namen der KG als Vertragspartei abschloss, diese und nicht die GmbH daher die „Vertretene“ im Sinne des § 181 BGB war und nach dem Schutzzweck der Vorschrift nur der jeweils Vertretene Befreiung erteilen kann.“<sup>135</sup> Dabei ist eine direkte Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft notwendig und ausreichend.<sup>136</sup>

*dd) Rechtsgeschäfte zwischen zwei GmbH & Co. KG, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH mit jeweils demselben Geschäftsführer vertreten werden*

Die Inanspruchnahme nach § 181 BGB gilt nach einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 31.05.1979 ebenso, wenn zwei GmbH & Co. KG zwar jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH, jedoch durch denselben Geschäftsführer vertreten werden. Auch hier ist, obschon formal gesehen beide Parteien unmittelbar durch jeweils eine andere Komplementär-GmbH vertreten werden, die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung nach § 181 2. Alt. BGB anwendbar, da das Auftreten desselben Geschäftsführers kraft zweifacher Delegation dem eines direkten Vertreters der jeweiligen GmbH & Co. KG ähnlich ist.<sup>137</sup> Die Befreiung hat durch die Kommanditgesellschaft zu erfolgen.<sup>138</sup>

**d) Die Gestattungs- und Genehmigungsbefugnis für Inanspruchnahme mit der GmbH & Co. KG**

Die Erlaubnis zur Vornahme von Inanspruchnahmen kann durch die Kommanditgesellschaft entweder als allgemeine Gestattung vorab oder einzelfallbezogen, dabei im Vorhinein oder nachträglich durch Genehmigung, erteilt werden.

*aa) Durch allgemeine Erlaubnis*

Eine allgemeine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB setzt eine entsprechende Regelung innerhalb des Gesellschaftsvertrages voraus. Dabei können Inanspruchnahmen durch die Satzung entweder sofort allgemein gestattet oder es kann darin – was bei der Kommanditgesellschaft im Gegensatz zur GmbH selten vorkommt – zu deren späterer, dann durch die Gesellschafterversammlung noch zu beschließenden allgemeinen Gestattung ermächtigt werden.<sup>139</sup> Über den diesbezüglichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages – sei es bei Gesellschaftsgründung oder bei späterer Satzungsänderung – und über die aufgrund gesellschaftsvertraglicher Ermächtigung auszusprechende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB entscheidet die Gesellschafterversammlung jeweils durch Grundlagenbeschluss, auf den wiederum die Beschränkungen des § 181 BGB Anwendung finden.<sup>140</sup> Dabei können die Komplementär-GmbH allein – dann sollte zugleich klargestellt werden, ob sich diese Befreiung auch auf Mehrvertretung und/oder Selbstkontrahieren der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegen-

über der KG erstreckt bzw. dies ausschließt –, die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und die Komplementär-GmbH gemeinsam oder die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH allein befreit werden. Im Vordergrund steht dabei die direkte Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft,<sup>141</sup> die im Registerblatt der Kommanditgesellschaft einzutragen ist. Hierdurch wird zur Vermeidung eventueller Auslegungsschwierigkeiten sichergestellt, dass nicht nur die Komplementär-GmbH, sondern zudem deren mehrvertretend<sup>142</sup> oder selbstkontrahierend<sup>143</sup> handelnde Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB wirksam befreit sind. Fraglich ist, ob daneben Bedarf für eine allgemeine Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft und des Geschäftsführers durch die Komplementär-GmbH besteht. Zur Ermöglichung eines wirksamen Selbstkontrahierens der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mit der Kommanditgesellschaft ist eine solche zusätzliche Befreiung entbehrlich, da alleine die Befreiung durch die letztlich vertretene Kommanditgesellschaft maßgebend ist.<sup>144</sup> Sie behält jedoch Bedeutung zur Ermöglichung von Inanspruchnahmen zwischen Kommanditgesellschaft und Komplementär-GmbH bzw. zwischen zwei durch jeweils eine andere Komplementär-GmbH, jedoch durch denselben Geschäftsführer vertretenen Kommanditgesellschaften. Die direkte Befreiung für die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH kann im Handelsregister der Kommanditgesellschaft nur dann eingetragen werden, wenn die Geschäftsführer in der allgemeinen Gestattung und der diesbezüglichen Registeranmeldung nicht namentlich benannt sind, da das Registerblatt der Kommanditgesellschaft keine verlässliche Auskunft darüber erteilt, wer tatsächlich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, und eine Registeranmeldung zum Registerblatt der Kommanditgesellschaft, die die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH namentlich benennt, insoweit nicht aus sich selbst heraus hinreichend verständlich wäre.<sup>145</sup>

Daraus ergibt sich weiter, dass die Kommanditgesellschaft durch eine direkte allgemeine Gestattung nur die Wahl hat, entweder alle oder überhaupt keinen Geschäftsführer zu befreien. Sollen nur bestimmte und nicht alle Geschäftsführer befreit werden, bestehen lediglich zwei Gestaltungsvarianten: entweder wird durch die Kommanditgesellschaft die Komplementär-GmbH (mit der Befugnis zur Befreiung ihrer Geschäftsführer gegenüber der KG) befreit, die ihrerseits gezielt einzelne Geschäftsführer namens der Kommanditgesellschaft befreit (Eintragung im Registerblatt der Komplementär-GmbH), oder der in Rede stehende Geschäftsführer wird von der Kommanditgesellschaft direkt zusätzlich als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Prokurist bestellt (Eintragung im Registerblatt der Kommanditgesellschaft).<sup>146</sup>

<sup>134</sup>BGHZ 58, 115, 117.

<sup>135</sup>BGHZ 58, 115, 117.

<sup>136</sup>Westermeier, MittBayNot 1998, 155, 157; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 218; Fröhler, BWNNotZ 2005, 129, 131 f.

<sup>137</sup>BayObLG DNotZ 1980, 88, 90.

<sup>138</sup>BayObLG DNotZ 1980, 88, 90.

<sup>139</sup>Vgl. MünchVertragsHb/Riegger, Band 1 Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, III.7 Ziff. 10 a.

<sup>140</sup>Vgl. dazu die Ausführungen oben unter B 2 c aa.

<sup>141</sup>BGHZ 58, 115, 117; BayObLG DNotZ 1980, 88, 90.

<sup>142</sup>Andernfalls wäre es Auslegungsfrage, ob die alleinige jeweilige Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft bzw. der Geschäftsführer durch die Komplementär-GmbH zusätzlich auch eine Mehrvertretung der Kommanditgesellschaft durch die mittelbar vertretenden Geschäftsführer abdeckt, vgl. dazu oben B 2 c cc.

<sup>143</sup>Enthält die Satzung der Kommanditgesellschaft lediglich eine ausdrückliche Befreiung der Komplementär-GmbH, sind deren Geschäftsführer im Zweifel nicht zum Selbstkontrahieren befugt, vgl. BGHZ 58, 115, 117 und die Nachweise in Fn. 129.

<sup>144</sup>Ebenso Westermeier, MittBayNot 1998, 155, 157; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 218.

<sup>145</sup>BayObLG Rpfleger 2000, 115; BayObLG Rpfleger 2000, 394; gegenüber diesem Argument kritisch Westermeier, MittBayNot 1998, 155, 159 f., der auch eine Rechtsscheinhafung nach § 15 HGB durch Eintragung eines tatsächlich nicht (mehr) bestellten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Registerblatt der Kommanditgesellschaft verneint.

<sup>146</sup>BayObLG DNotZ 1981, 189; vgl. dazu auch BGHZ 91, 334.



Inhaltlich ist weiter insbesondere danach zu unterscheiden, ob die Befreiung ausschließlich für Rechtsgeschäfte zwischen der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft oder uneingeschränkt gelten soll.<sup>147</sup>

#### bb) Durch einzelfallbezogene Erlaubnis

Eine einzelfallbezogene Befreiung des Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB kann entweder im Vorhinein durch Gestattung oder nachträglich durch Genehmigung erreicht werden. In beiden Fällen entscheidet hierüber der Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft, bei einer GmbH & Co. KG die geschäftsführende GmbH, da es sich dabei um eine Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung handelt.<sup>148</sup> Kommanditisten sind nach § 170 HGB von jeglicher Vertretungsmacht ausgeschlossen und daher zur Erteilung einer einzelfallbezogenen Erlaubnis eines Insichgeschäfts nicht berechtigt. Die zuständige geschäftsführende Komplementär-GmbH ist wiederum nur über ihre Geschäftsführer, die zugleich kraft zweifacher Delegation mittelbare Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft sind, handlungsfähig. Da auf die Erteilung einer einzelfallbezogenen Gestattung für Insichgeschäfte ihrerseits die Beschränkungen des § 181 BGB Anwendung finden,<sup>149</sup> ist für die weitere Untersuchung danach zu unterscheiden, ob der das zu gestattende Insichgeschäft mit sich selbst abschließende Geschäftsführer einerseits und der diese Gestattung aussprechende Geschäftsführer andererseits personenverschieden oder personengleich sind.

#### (1) Für Erlaubnis und zu gestattendes Geschäft treten verschiedene Geschäftsführer auf

Wird die Gestattung von einem anderen Geschäftsführer erteilt als von demjenigen, der das zu gestattende Insichgeschäft vorgenommen hatte bzw. noch vornehmen möchte, ist der Schutzbereich des § 181 BGB durch die Erlaubnis nicht betroffen. Der eine Geschäftsführer kann gegenüber dem anderen Geschäftsführer im Einzelfall das von diesem abgeschlossene bzw. noch abzuschließende Insichgeschäft gestatten.<sup>150</sup>

#### (2) Für Erlaubnis und zu gestattendes Geschäft tritt derselbe Geschäftsführer auf

Wird die Erlaubnis von demjenigen Geschäftsführer erteilt, der auch das zu gestattende Insichgeschäft vorgenommen hatte bzw. noch vornehmen möchte, stellt die Gestattung ihrerseits ein Insichgeschäft dar.<sup>151</sup> Dabei ist insbesondere fraglich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich dieser Geschäftsführer gleichwohl selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien kann.

Der Bundesgerichtshof hat in der oben erörterten Leitentscheidung vom 07.02.1972 dargelegt, dass sich ein Geschäftsführer, der gegenüber der Komplementär-GmbH als deren einziger Geschäftsführer nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, das eigene Insichgeschäft nicht selbst gestatten könne, da die Gestattung ihrerseits In-

sichgeschäft sei und die Komplementär-GmbH als Vertreterin der alleine entscheidungsbefugten Kommanditgesellschaft ohne den nunmehr ausgeschalteten Geschäftsführer nicht handlungsfähig sei.<sup>152</sup>

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat unter Bezugnahme auf das vorstehende Urteil des Bundesgerichtshofs in einem Beschluss vom 29.09.2004 entschieden, dass sich der alleinige Geschäftsführer, obschon er ebenso wenig wie die Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, dann das eigene Insichgeschäft – dort einen Grundbesitzverkauf von sich auf die Kommanditgesellschaft – in Vertretung der Komplementär-GmbH, diese wiederum als Vertreterin der Kommanditgesellschaft<sup>153</sup> genehmigen kann, wenn er durch die Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Die Entscheidung gelangt mit einer teilweise unzutreffenden Begründung zu einem richtigen Ergebnis. Der zugrundeliegende Sachverhalt betrifft eine Einpersonen-GmbH & Co. KG. Der Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH hatte als deren einziger Geschäftsführer und zugleich einziger Kommanditist der Kommanditgesellschaft zwischen der Kommanditgesellschaft und sich selbst einen Kaufvertrag beurkunden lassen. Während er als Geschäftsführer gegenüber der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, fehlte jeweils eine eigene Befreiung des Geschäftsführers und der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft. § 181 BGB findet zunächst auch innerhalb einer Einpersonen-GmbH & Co. KG Anwendung. Zwar hielt die Rechtsprechung § 181 BGB in diesem Bereich lange Zeit im Wege der teleologischen Reduktion mangels Schutzbedürfnisses nicht für anwendbar,<sup>154</sup> wurde durch Einführung des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG schließlich jedoch überholt.<sup>155</sup> Zu Unrecht bejaht das Oberlandesgericht Düsseldorf sodann, dass die durch die Komplementär-GmbH unmittelbar bzw. durch deren Geschäftsführer mittelbar vertretene Kommanditgesellschaft dem Alleingeschäftsführer bzw. dieser sich somit selbst eine rechtsgeschäftliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen könne. Dabei bleibt insbesondere unberücksichtigt, dass eine derartige Gestattung ihrerseits aus o.g. Gründen Insichgeschäft ist und – da der alleinige Geschäftsführer somit handlungsunfähig ist – nicht wirksam werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt letztlich im Wege einer Hilfserwägung ergänzend darauf ab, dass zugleich eine faktische Satzungsdurchbrechung für den Einzelfall möglich wäre. Derartige einzelfallbezogene faktische Satzungsdurchbrechungen sind dann wirksam, wenn sie durch alle Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, deren Bestand anders als derjenige der Komplementär-GmbH durch Registerbescheinigung in öffentlich beglaubigter Form nachweisbar ist, beschlossen werden. Ist der Alleingeschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser gegenüber von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, kann er auch dann bei der Beschlussfassung zur Satzungsdurchbre-

<sup>152</sup>BGHZ 58, 115, 117.

<sup>153</sup>Insoweit bemängelt Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 220, dass das OLG Düsseldorf die Gestattung abweichend von der Ansicht des BGH lediglich als Erklärung der GmbH und nicht der KG eingeordnet habe; in beiden Entscheidungen wird die Gestattung durch den Geschäftsführer als Erklärung namens der GmbH kenntlich gemacht, die wiederum für die KG handelt, vgl. BGHZ 58, 115, 117 a.E. einerseits und OLG Düsseldorf DNotZ 2005, 232, 233 a.E. unter ausdrücklicher Verweisung auf diese Fundstelle andererseits.

<sup>154</sup>BGHZ 75, 358 ff.

<sup>155</sup>LG Berlin RNotZ 2001, 288, 289; dazu kritisch Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 3 Rz. 12, bei denen jedoch unklar bleibt, wie insbesondere im Grundbuchverkehr in öffentlich beglaubigter Form ein dann erforderlicher Nachweis über den Gesellschafterbestand der Komplementär-GmbH geführt werden kann.

<sup>147</sup>Zu den in der Praxis wichtigsten Befreiungsvarianten vgl. Fröhler, BWNotZ 2005, 129, 133.

<sup>148</sup>BGHZ 58, 115, 117; dazu kritisch Baetzgen RNotZ 2005, 193, 200.

<sup>149</sup>BGHZ 33, 189, 191.

<sup>150</sup>Ist der gestattende Geschäftsführer nicht einzelvertretungs-, sondern mit dem selbstkontrahierenden Geschäftsführer gesamtvertretungsberechtigt, kommt gemäß § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB eine Ermächtigung des gestattenden durch den selbstkontrahierenden Geschäftsführer zur Alleinvertretung mit der Folge in Betracht, dass bei Geschäftsabschluss § 181 BGB gar nicht erst berührt wird, vgl. dazu unten unter B 2 e.

<sup>151</sup>BGHZ 58, 115, 118.

chung mitwirken, wenn er zugleich als Kommanditist mitentscheidet.<sup>156</sup>

### e) Die Ermächtigung eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern durch den Anderen zur Alleinvertretung bei Rechtsgeschäften zwischen dem Ermächtigenden und der KG

Beabsichtigt einer von zwei gesamtvertretungsberechtigten, nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführern der Komplementär-GmbH ein Rechtsgeschäft zwischen der Kommanditgesellschaft und sich selbst, stellt sich die Frage, ob der andere Geschäftsführer die Kommanditgesellschaft ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB wirksam alleine vertreten kann. Hierzu eröffnen die §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 2 Satz 2 HGB die Möglichkeit, dass der mit der Kommanditgesellschaft kontrahierende Geschäftsführer den anderen gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer zur Alleinvertretung ermächtigt. Dieser in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB und darüber hinaus auch im Aktienrecht nach § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG ausdrücklich normierte Rechtsgedanke ist dabei auch auf die Vertretung einer GmbH durch ihre Geschäftsführer anwendbar.<sup>157</sup> Dies gilt gegenüber einer Komplementär-GmbH um so mehr, als die Geschäftsführer hier wegen der o.g. besonderen mehrschichtigen Struktur der GmbH & Co. KG auch gegenüber der Kommanditgesellschaft organähnliche Aufgaben wahrnehmen. Einer derartigen Ermächtigung zur Alleinvertretung steht auch nicht die fehlende Insichgeschäftsbefreiung beider ursprünglich gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer entgegen, da § 181 BGB hier weder unmittelbar noch analog Anwendung findet.<sup>158</sup> Im Gegensatz zu einer Unterbevollmächtigung, bei der der Unterbevollmächtigte seine Vertretungsmacht von dem Hauptbevollmächtigten, der durch Einschaltung des Unterbevollmächtigten ein nicht gestattetes Insichgeschäft nicht wirksam vornehmen kann, ableitet, ist der gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer kraft seiner Bestellung von vorneherein – wenn auch noch nicht alleine – vertretungsbefugt und bleibt durch die Ermächtigung Vertretungsorgan, ohne zum Bevollmächtigten zu werden. Er ist zudem anders als ein Bevollmächtigter nicht weisungsgebunden, sondern handelt eigenverantwortlich.<sup>159</sup> Die Ermächtigung führt daher zu einer wirksamen Vertretung der Kommanditgesellschaft durch den ermächtigten Geschäftsführer bei einem Rechtsgeschäft mit dem ermächtigenden Geschäftsführer.

## 3. Insichgeschäfte in der AG

### a) Selbstkontrahieren im Sinne des § 112 AktG

#### aa) Anwendungsbereich

Für Insichgeschäfte in der AG ist zwischen den Regelungen des § 181 BGB und des § 112 AktG zu unterscheiden. § 112 AktG ist dabei als *lex specialis* gegenüber § 181 BGB vorrangig. Nach § 112 AktG ist das Selbstkontrahieren eines Vorstandsmitgliedes mit der Gesellschaft ausgeschlossen. In analoger Anwendung des § 112 AktG gilt Entsprechendes zur Vermeidung der Besorgnis einer Befangenheit des Vorstandes für Rechtsgeschäfte mit ausgeschiedenen<sup>160</sup> oder künftigen<sup>161</sup> Vorstandsmitgliedern. Auch bei wirtschaftlicher

Identität zwischen Vorstand und Geschäftspartner – etwa bei einem Kaufvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften, die durch denselben einzelvertretungsberechtigten und für eine Mehrvertretung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vorstand, der zugleich Alleinaktionär einer der beiden Aktiengesellschaften ist, vertreten wird – findet § 112 AktG mit der Folge analoge Anwendung,<sup>162</sup> dass anstelle einer gestatteten Mehrvertretung ein unzulässiges Selbstkontrahieren vorliegt und der Vorstand daher insoweit als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.

Bei der internen Willensbildung gilt § 112 AktG ähnlich der GmbH & Co. KG für Grundlagenbeschlüsse, nicht jedoch für bloße Maßnahmenbeschlüsse. Das Stimmverbot nach § 136 AktG bezweckt im Gegensatz zu § 112 AktG nicht den Schutz des Vertretenen, sondern regelt das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter in den dort genannten Fällen.

#### bb) Rechtsfolgen

Die in § 112 AktG verankerte Vertretungskompetenz des Aufsichtsrates für Fälle des Selbstkontrahierens von Vorstandsmitgliedern kann nach § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG durch Satzung nicht abweichend geregelt werden.<sup>163</sup>

Soweit ein Vorstandsmitglied selbstkontrahierend Rechtsgeschäfte tätigt, stellt sich die Frage, ob diese durch nachträgliche Genehmigung des Aufsichtsrates wirksam werden können. Dies hängt wiederum davon ab, ob ein Verstoß gegen § 112 AktG nach § 134 BGB zur Nichtigkeit oder entsprechend § 181 BGB analog § 177 BGB zur schwebenden Unwirksamkeit des dann genehmigungsfähigen Rechtsgeschäfts führt. Hierüber herrscht auch innerhalb Rechtsprechung bzw. Literatur Streit. Für eine bloße schwebende Unwirksamkeit mit Genehmigungsmöglichkeit wird angeführt, einer Nichtigkeit bedürfe es zum Schutz der AG nicht, da der Aufsichtsrat anders als bei einer Vollmachtserteilung die Genehmigungskompetenz behalte und damit die Sachentscheidung selbst treffe.<sup>164</sup> Für eine nicht genehmigungsfähige Nichtigkeit wird auf die ausdrückliche Regelung des § 111 Abs. 5 AktG verwiesen, wonach Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch Andere wahrnehmen lassen können. § 112 AktG regelt zudem keine Sachentscheidungskompetenz, sondern versuche bereits den Verdacht einer Befangenheit ausschließen, was nur durch ein Handlungsverbot erzielt werden könne.<sup>165</sup> Der BGH hat eine Genehmigung bei gerichtlicher Vertretung zugelassen,<sup>166</sup> dies für außergerichtliche Fälle jedoch ausdrücklich offen gelassen.<sup>167</sup>

### b) Mehrvertretung nach § 181 BGB

#### aa) Anwendungsbereich

Dem Anwendungsbereich des § 181 BGB unterfallen damit alle diejenigen Fälle der Mehrvertretung, die nicht aufgrund wirtschaftlicher Identität zwischen Vorstandsmitglied und Vertragspartner wie ein Selbstkontrahieren im Sinne des § 112 AktG zu werten sind. Für sie gelten die o.g. allgemeinen Grundsätze. Insbesondere erfolgt im Hinblick auf den allge-

<sup>156</sup>OLG Düsseldorf DNotZ 2005, 232, 233; LG Berlin RNotZ 2001, 288, 290; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 4 Rz. 20.

<sup>157</sup>Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 GmbHG, Rz. 120.

<sup>158</sup>BGHZ 64, 72, 74 ff.

<sup>159</sup>BGHZ 64, 72, 77.

<sup>160</sup>BGH NJW 1995, 2559; NJW 1999, 3263; OLG Düsseldorf AG 1997, 231, 234.

<sup>161</sup>MünchKomm/Semler, 2. Aufl. 2004, § 112 AktG, Rz. 19.

<sup>162</sup>LG Koblenz ZNotP 2002, 322; Baetzgen RNotZ 2005, 193, 216, der eine wirtschaftliche Identität ab einer Beteiligung von 75 % erwägt und kein Auftreten des mit dieser Gesellschaft wirtschaftlich identischen Vorstandes voraussetzt.

<sup>163</sup>DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1999, 67, 68.

<sup>164</sup>U.a. OLG Karlsruhe AG 1996, 224; OLG Celle AG 2003, 433; Hüffer, 6. Aufl. 2004, § 112 AktG, Rz. 7; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2004, 75; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 214 f.

<sup>165</sup>U.a. OLG Stuttgart AG 1993, 85; OLG Hamburg ZIP 1986, 1249; LG Koblenz ZNotP 2002, 322, 323; Ekkenga AG 1985, 40, 42.

<sup>166</sup>BGH WM 1999, 2026.

<sup>167</sup>BGH WM 1993, 1630.

meinen Rechtsgedanken des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG auch bei Mehrvertretung durch den Alleinaktionär und zugleich Alleinvorstand keine teleologische Reduktion, sondern bleibt § 181 BGB vollumfänglich anwendbar.<sup>168</sup> Bei der internen Willensbildung gilt § 181 BGB ähnlich der GmbH & Co. KG für Grundlagenbeschlüsse, nicht jedoch für bloße Maßnahmenbeschlüsse. Das Stimmverbot nach § 136 AktG bezweckt im Gegensatz zu § 181 BGB nicht den Schutz des Vertretenen, sondern regelt das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschafter in den dort genannten Fällen.

#### bb) Rechtsfolgen

Wird ein Vorstandsmitglied ohne vorherige Gestattung mehrvertretend im Sinne des § 181 BGB tätig, ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, aber genehmigungsfähig. Die Genehmigungskompetenz steht im Hinblick auf die in § 112 AktG enthaltene Wertung alleine dem Aufsichtsrat zu.<sup>169</sup> Da der Aufsichtsrat nicht im Handelsregister eingetragen ist, dürfte ein Nachweis seiner Handlungsmacht bei Grundstücksunternehmen in der Form des § 29 GBO nach außen problematisch sein. Als Nachweis sind Geschäftsordnung und Aufsichtsratsprotokoll bzw. Wahlbeschluss in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen.<sup>170</sup> Eine Vorabgestattung, über die analog § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG ebenso wie über die Bestellung der Vorstandsmitglieder alleine der Aufsichtsrat entscheidet, bedarf analog § 78 Abs. 3 Satz 2 AktG einer entsprechenden Satzungsermächtigung, über die wiederum die Hauptversammlung beschließt.<sup>171</sup> Wegen dieser strikten Kompetenztrennung zwischen Ermächtigung einerseits und Umsetzungsbeschluss andererseits, dürfte auch für die nachträgliche Genehmigung eine entsprechende Satzungsermächtigung erforderlich sein.

#### 4. Insichgeschäfte bei Zweigniederlassung einer Limited in Deutschland

Hat eine ausländische Limited eine Zweigniederlassung in Deutschland, dann ist umstritten, ob auf entsprechenden Antrag im inländischen deutschen Zweigniederlassungsregister eine Befreiung des Geschäftsführers (directors) der Gesellschaft bzw. des ständigen Vertreters der deutschen Zweigniederlassung von den durch § 181 BGB geregelten Insichgeschäftsbeschränkungen (bzw. zumindest von den ohne ausdrückliche Verweisung auf die Norm wiedergegebenen Tatbeständen) eingetragen werden kann. Dabei ist für eine englische Limited zu beachten, dass sich die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers aus dem englischen Recht ableitet und dieses eine § 181 BGB entsprechende Regelung grundsätzlich nicht kennt, umgekehrt jedoch der Rechtsverkehr in Deutschland durch Eintragung einer entsprechenden Befreiung vor den Risiken einer derart weitreichenden Vertretungsmacht gewarnt würde.<sup>172</sup>

#### C. Besonderheiten bei Rechtsgeschäften unter Beteiligung einer Gemeinde

##### 1. Problemstellung

Rechtsgeschäftliche Erklärungen, insbesondere Grundstücksveräußerungsverträge, an denen Gemeinden als Verkäufer, Käufer oder tauschende Partei – mitunter auch verschiedene

Gemeinden auf beiden Seiten<sup>173</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. Dabei sind u.a. die kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen nach baden-württembergischem Landesrecht<sup>174</sup> zu berücksichtigen, die für die Rechtsfolgen bei Zuständigkeitsüberschreitungen von Gemeindeorganen maßgeblich sind.<sup>175</sup>

##### 2. 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>176</sup> Die oben dargestellte analoge Anwendung des § 181 BGB bei Unterbevollmächtigung gilt dabei uneingeschränkt auch für Fälle der Mehrvertretung. § 181 BGB findet auch auf rechtsgeschäftliche Erklärungen organschaftlicher Vertreter juristischer Personen des öffentlichen Rechts Anwendung.<sup>177</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 nachwievor dem öffentlichen Recht zuzuordnende Legitimations- und Aufsichtsfragen – in allen Teilen dem bürgerlichen Recht.

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

Das Landgericht Stuttgart hat durch Beschluss vom 10.01.1995 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

<sup>173</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. Würtenberger, VBIBW 1984, 171.

<sup>174</sup>Soweit nachfolgend landesrechtliche Normen ohne ausdrücklichen Hinweis auf ein bestimmtes Bundesland zitiert sind, handelt es sich um Solche des Landes Baden-Württemberg.

<sup>175</sup>Dazu und zu wesentlichen Abweichungen zur Rechtslage in Bayern vgl. unten im Text unter C 4.

<sup>176</sup>BGHZ 33, 189, 190.

<sup>177</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 Rechtsprechung BGHZ 33, 189 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>168</sup>MünchKomm/Hefermehl/Spindler, 4. Aufl. 2004, § 78 AktG, Rz. 108.

<sup>169</sup>Staudinger/Schilken, 13. Bearbeitung 1995, § 181 BGB, Rz. 53.

<sup>170</sup>Hüffer, 6. Aufl. 2004, § 112 AktG, Rz. 6.

<sup>171</sup>Hüffer, 6. Aufl. 2004, § 78 AktG, Rz. 7.

<sup>172</sup>Eine Eintragungsfähigkeit wird daher bejaht von LG Freiburg NJW-RR 2004, 1686, LG Ravensburg Rpfleger 2005, 367, 368, Süß, DNotZ 2005, 180, 185 f., hingegen verneint durch OLG München Rpfleger 2006, 84 f. und OLG München RNotZ 2006, 355 ff.

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>178</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, somit nicht ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt worden ist<sup>179</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>180</sup>, keine Anwendung.<sup>181</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>182</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>183</sup> Ebenso wenig 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>184</sup> Letzteres gilt unabhängig von der Frage, welche Art von Geschäften betroffen ist und ob diese der inhaltlichen Sachentscheidung

kompetenz 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>185</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>186</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>187</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-selbständiger 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 monarchische Gewalt der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung ausübe, und daher von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.<sup>188</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>189</sup> – gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 GemO der Überwachung bei der Ausführung der Gemeinderatsbeschlüsse 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 selbständigem Träger des Diözesanvermögens von den Beschränkungen des § 181 BGB gebieten sollte<sup>190</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

<sup>178</sup>LG Stuttgart BWNNotZ 1995, 166 f.

<sup>179</sup>Dazu A 1 g cc (2.1).

<sup>180</sup>Der Bürgermeister handelt auch bei der Wahrnehmung übertragener Aufgaben in eigener Zuständigkeit, vgl. Gern, Kommunalrecht, 7. Aufl. 1998, Rz. 208.

<sup>181</sup>Zurecht Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 343, der jedoch nicht zu erkennen gibt, ob er diese Ansicht für zutreffend hält.

<sup>182</sup>LG Stuttgart BWNNotZ 1995, 166.

<sup>183</sup>Im Ergebnis ebenso Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>184</sup>Dazu sogleich unten im Text unter C 4.

<sup>185</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>186</sup>Zu den Folgen einer Genehmigungserklärung nach außen ohne Genehmigungsbeschluss des Gemeinderats im Innenverhältnis vgl. unten im Text unter C 4.

<sup>187</sup>Ebenso Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>188</sup>BayObLG Rpfleger 1974, 65.

<sup>189</sup>BVerfGE NVwZ 1989, 46.

<sup>190</sup>Dazu kritisch Joas, BWNNotZ 1995, 167.

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 Insihngeschäfte von Bürgermeistern angewendet zu werden.

#### 4. 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.<sup>191</sup>

Die gemeindeinterne Entscheidungskompetenz für eine Genehmigung nach § 181 BGB, die nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, steht alleine dem Gemeinderat zu.<sup>192</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, – anders als die vom Gemeinderat bestellten weiteren Bürgermeister<sup>193</sup> – nicht vom Gemeinderat, sondern direkt von den Gemeindebürgern gewählt wird<sup>194</sup>, da das Bestellorgan<sup>195</sup> nur dann über die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB entscheiden darf, wenn der Vertretene nicht anderweitig handlungsfähig ist<sup>196</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 er-

gänzend 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>197</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>198</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.<sup>199</sup> 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>200</sup> Indem sowohl für die Gemeinde als auch für die ande-

<sup>191</sup>Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 19 ff.

<sup>192</sup>Württemberg, VBIBW 1984, 171, 172 f.; Grziwotz, BayBgm 2001, 272, 273; Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 344.

<sup>193</sup>Auf die unzweifelhafte Zuständigkeit des Gemeinderates als Bestellorgan der Bürgermeisterversorger nach §§ 48 ff. GemO für die Erteilung einer Genehmigung nach § 181 BGB gegenüber einem Bürgermeisterversorger weist zu recht Grziwotz, BayBgm 2001, 272, 273 hin.

<sup>194</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>195</sup>Zu diesem Begriff BFH WM 1975, 456, 457.

<sup>196</sup>Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 344.

<sup>197</sup>Württemberg, VBIBW 1984, 171, 173; Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 20.

<sup>198</sup>Eben diese wesentliche Unterscheidung berücksichtigt das LG Saarbrücke in seiner o.g. Entscheidung MittBayNot 2000, 433 – s.o. Fn. 57 – nicht.

<sup>199</sup>Fröhler, BWNotZ 2003, 14, 20; kritisch Knemeyer in: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung, Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen 2003, 108, 141 Fn. 106.

<sup>200</sup>Dies übersieht das LG Stuttgart, BWNotZ 1995, 166, das zu Unrecht nicht zwischen inhaltlicher Sachentscheidungskompetenz und Willensbildungskompetenz für die förmliche Entscheidung nach § 181 BGB differenziert.

re Partei jeweils ein gesonderter Vertreter auftritt, könnte der Vertrag von vorneherein unabhängig von einer Entscheidung nach § 181 BGB wirksam geschlossen werden.<sup>201</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>202</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>203</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 unterliegt ihrerseits den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>204</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 iVm § 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 iVm § 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>205</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>206</sup>, sowie aus § 179 BGB<sup>207</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.

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>208</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.<sup>209</sup>

<sup>205</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>206</sup>BGH RNotZ 2001, 446, 448 f.

<sup>207</sup>Nach dem der Entscheidung BGH RNotZ 2001, 446 zugrundeliegenden 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.

<sup>208</sup>DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 65.

<sup>209</sup>Fröhler, BWNNotZ 2003, 14, 20; kritisch Knemeyer in: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung, Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen 2003, 108, 141 Fn. 106.

<sup>201</sup>Ähnlich zu Recht Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>202</sup>So BGHZ 33, 189, 191 für die Gesellschafterversammlung einer GmbH.

<sup>203</sup>Fröhler, BWNNotZ 2003, 14, 20 f.; im Ergebnis ebenso Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 344.

<sup>204</sup>Vgl. BGHZ 33, 189, 191 zum Geschäftsführer einer GmbH.

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>210</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>211</sup> – nicht wirksam nach außen vollzogen werden kann.<sup>212</sup>

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>213</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>214</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.

<sup>211</sup> BayObLG BayVBI 1972, 24, 25.

<sup>212</sup> BayObLG MittBayNot 1997, 383.

<sup>213</sup> Vgl. Neumeyer, RNotZ 2001, 249, 265.

<sup>214</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rz. 3635 für im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Vertretungsregelungen, die von den gesetzlichen Vertretungsvorschriften abweichen.

<sup>210</sup> BGH BB 1966, 603; VGH Mannheim NVwZ 1990, 892; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3660.

## Neue Entwicklungen im Grundstücksrecht\*

von Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

*In jüngster Zeit hat der Bundesgerichtshof auf dem Gebiet des Immobilienrechts einige „Jahrhundertentscheidungen“ getroffen und so das einst als statisch betrachtete Liegenschaftsrecht verändert. Andere Obergerichte haben ebenfalls zur Rechtsfortbildung beigetragen. Die neuen Entwicklungen sollen kurz dargestellt werden.*

### I. Grundstücksschenkungen an Minderjährige

#### 1. Perspektivenwechsel

Bei der Grundstücksübertragung an Minderjährige taucht die Frage auf, wann das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist und wann nicht und zwar die causa und das Erfüllungsgeschäft. Wie ist es, wenn der Minderjährige ein Grundpfandrecht übernimmt, der Minderjährige in einen Miet-/Pachtvertrag eintritt (§ 566 BGB), der Minderjährige die zu erwartenden Erschließungskosten zu tragen hat, der Übertragende sich den Nießbrauch am Grundstück vorbehält, der Übertragende sich ein Rückforderungs- oder Rücktrittsrecht vorbehält oder der Minderjährige Wohnungseigentum erwirbt.

Der BGH hatte in einer früheren Grundsatzentscheidung<sup>1</sup> für die Bestimmung der Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts eine

Gesamtbetrachtung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft angestellt. Die Praxis hat bisher daraus die Konsequenz gezogen, dass ein Geschäft mit Minderjährigen im schuldrechtlichen und dinglichen Teil stets einheitlich genehmigt, wirksam und vollzogen wird. Nunmehr hält der BGH (Beschluss vom 25.11.2004<sup>2</sup> bzw. 3.2.2005<sup>3</sup>) eine Gesamtbetrachtung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nicht in allen Fällen für angezeigt. Für die Praxis zeichnet sich ein Perspektivenwechsel ab.<sup>4</sup> Nunmehr schlagen rechtliche Nachteile des Erfüllungsgeschäfts auf das Verpflichtungsgeschäft zurück – so soll verhindert werden, dass der Minderjährige mittels Verfügung etwas erhält, was er unter Beachtung des Minderjährigenschutzes nicht erhalten sollte. Der rechtliche Vorteil ist daran zu messen, ob der Minderjährige durch das

<sup>2</sup> BGHZ 161, 170 = DNotI-Report 2005, 21 = DNotZ 2005, 549 = FamRZ 2005, 359 = FGPrax 2005, 56 = MDR 2005, 323 = NJW 2005, 415 = NotBZ 2005, 150 m. Anm. Sonnenfeld = Rpfleger 2005, 189 = RNotZ 2005, 228 = WM 2005, 144 = ZEV 2005, 66 m. Anm. Everts = ZfIR 2005, 288 m. Anm. Joswig = ZNotP 2005, 98. Dazu auch Krüger, ZNotP 2006, 202; Böttcher, Rpfleger 2006, 293; Schmitt, NJW 2005, 1090; Reiß, RNotZ 2005, 224; Wojcik, DNotZ 2005, 655; Rastätter, BWNotZ 2006, 1; Joswig, ZfIR 2005, 292; St. Lorenz, LMKK 2005, 2. Kritisch Führ/Menzel, FamRZ 2005, 1729; dies. JR 2005, 418.

<sup>3</sup> DNotZ 2005, 625 m. Anm. Fembacher = NJW 2005, 1430 = NotBZ 2005, 156 = Rpfleger 2005, 355 = ZNotP 2005, 227 m. Anm. Everts ZEV 2005, 211 = MittBayNot 2005, 413. Dazu Böttcher, Rpfleger 2006, 293; Krüger, ZNotP 2006, 202, 206; Rastätter, BWNotZ 2006, 1; Berger, LMK 2005, 89; Führ/Menzel, FamRZ 2005, 1729.

<sup>4</sup> Ausführlich Böttcher, Rpfleger 2006, 293; Wenzel, ZNotP 2006, 202.

\* Es handelt sich um eine umgearbeitete und veränderte sowie erweiterte Fassung des vom Verfasser anlässlich der Fortbildungsveranstaltung 2006 des Württ. Notarvereins verwendeten Skripts.

<sup>1</sup> BGHZ 78, 28, 34 = DNotZ 1981, 111 = NJW 1981, 109 = Rpfleger 1980, 463.

Erfüllungsgeschäft mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit dem erworbenen Grundstück, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.

## 2. Vorteilhaftigkeit eines sachenrechtlichen Erwerbs

### a. Allgemeines

Vom Grundbuchamt wird stets geprüft, ob eine wirksame Auflassung vorliegt, dazu gehört auch die Prüfung, ob der Minderjährige selbst handeln konnte oder wirksam vertreten worden ist und ob eine etwa erforderliche Genehmigung vorliegt. Erhält der Minderjährige durch den Eigentumserwerb einen lediglich rechtlichen Vorteil, so kann bei der Eltern-Kind-Schenkung der gesetzliche Vertreter bei der Annahme der eigenen Auflassungserklärung das Kind vertreten. Bei der Großeltern-Enkelkind-Schenkung ist ebenfalls das Vertretungsrecht der Eltern zu prüfen, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Mit der Entscheidung des BGH vom 3.2.2005 gilt künftig: Die Ausnahme von dem Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt nicht, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft (Auflassung) über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Minderjährigen führt; in solchen Fällen verbleibt es bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot.

### b. Erwerb eines unbelasteten Grundstücks

Ein Grunderwerb ist nach heutiger Rechtslage mit der Tragung öffentlicher Lasten verbunden (z.B. Grundsteuer, Grunderwerbsteuer, Beiträge zur landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft). Diese Lasten treffen den Erwerber nicht nur dinglich, sondern auch persönlich. Der BGH gelangt mit einer am Schutzzweck des § 107 BGB orientierten einschränken- den Auslegung zu dem Ergebnis, dass die Tragung der laufenden öffentlichen Grundstückslasten typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringe und daher nicht als Rechtsnachteil anzusehen seien.<sup>5</sup>

### c. Laufende öffentliche Lasten

Die Verpflichtung des minderjährigen Erwerbers, die laufenden öffentlichen Grundstückslasten zu tragen, begründet zwar eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers, ist nach Ansicht des BGH (Entscheidung vom 25.11.2004) aber nicht nachteilig, weil diese Rechtsnachteile nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringt, sondern in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden können; dies rechtfertigt nach BGH in solchen umfangreich begrenzten und wirtschaftlich unbedeutenden Gruppen eine Ausnahme.<sup>6</sup> Was ist aber eine unbedeutende öffentliche Last: sicher die Grundsteuer.<sup>7</sup>

### d. Außerordentliche öffentliche Lasten

Erwirbt der Minderjährige ein Grundstück, bei dem außerordentliche öffentlich-rechtliche Lasten des Eigentums, insbesondere die einmalige wie z.B. Erschließungs- und Anliegerbeiträge sowie Pflicht zur Beseitigung einer Gefahrenquelle, die von einem baufälligen Haus ausgeht, so ist der Grundstückserwerb nachteilig, wovon das Grundbuchamt in der Regel auszugehen hat, was der BGH allerdings in seiner Entscheidung vom 25.11.2004 offen ließ. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass der Grundstückserwerber in Zukunft zu Anliegerbeiträgen oder ähnlichen außerordentlichen Lasten herangezogen werden könnte, stellt als solche keinen Rechtsnachteil dar. Insoweit würde es dem gesetzlichen Ver-

treter oder dem Ergänzungspfleger an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlen, auf die sie ihre Entscheidung über die Erteilung oder die Versagung einer Genehmigung stützen könnten. Sonnenfeld<sup>8</sup> und Böttcher<sup>9</sup> fragen zu Recht, wie das Grundbuchamt die rechtliche Vorteilhaftigkeit der Auflassung prüfen soll, wenn anstehende außergewöhnliche Kosten den rechtlichen Vorteil möglicherweise zu zerstören geeignet sein können. Im Zweifel wird aufgrund des Minderjährigenschutzes mit einer außerordentlichen öffentlich-rechtlichen Grundstückslast gerechnet werden müssen, was zur Folge hat, dass ein Ergänzungspfleger handeln muss, weil der Grundstückserwerb nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist.<sup>10</sup> Für den Urkundsnotar empfiehlt es sich, dass die Vertragsbeteiligten im schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft Angaben zu möglichen zu erwartenden außergewöhnlichen Anliegerkosten machen und die causa dem Grundbuchamt vorgelegt wird, denn nur so kann das GBA die Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts prüfen.<sup>11</sup>

### e. Erwerb eines vermieteten/verpachteten Grundstücks

Der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks ist für den Minderjährigen rechtlich nicht lediglich vorteilhaft. Denn der Erwerber tritt mit dem Eigentumsübergang in den zwischen Veräußerer und Mieter/Pächter bestehenden Vertrag ein, § 566 Abs. 1, § 581 Abs. 2, § 593 b BGB. Ihn treffen alle vertraglichen Pflichten, von der Pflicht zur Überlassung der Miet-/Pachtsache und Gewährung des Gebrauchs daran über Schadenersatz- und Aufwendungsersatzpflichten bis zur Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter/Pächter geleisteten Sicherheit; hierfür haftet der Erwerber mit seinem gesamten Vermögen. Ist das Grundstück im Zeitpunkt der Auflassung dagegen nicht vermietet, ist die Auflassung lediglich rechtlich vorteilhaft.

### f. Erwerb von Wohnungseigentum

Mit dem Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum tritt der Minderjährige zugleich in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ein und wird damit einerseits den gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§§ 20 ff. WEG) unterworfen, andererseits treffen ihn auch in der Gemeinschaftsordnung begründete und zumeist die gesetzlichen Bestimmungen abändernde vielfältige Verpflichtungen im Verhältnis zu den anderen Wohnungs- und Teileigentümern. Soweit der Minderjährige demnach persönlich haftet, ist der Erwerb nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft.

### g. Erwerb mit bereits bestehenden dinglichen Belastungen

#### aa. Bestehendes Grundpfandrecht

An der Vorteilhaftigkeit der Auflassung ändert ein bereits bestehendes und tituliertes<sup>12</sup> Grundpfandrecht nichts, wenn die persönliche Schuld nicht mitübernommen wird. Der Erwerber erhält mit der dinglichen Belastung keine eigenständige schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung auferlegt. Übernimmt dagegen der Erwerber auch die dem Grundpfandrecht zugrunde liegende Forderung, so ist der Erwerb nie rechtlich vorteilhaft.

#### bb. Bestehende Reallast

Da der Grundstückseigentümer gem. § 1108 BGB für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leis-

<sup>5</sup> Kritisch Führ/Menzel, JR 2005, 418.

<sup>6</sup> Zustimmend Böttcher, Rpfleger 2006, 293, 297.

<sup>7</sup> Eingehend Schmitt, NJW 2005, 1090, 1092.

<sup>8</sup> NotBZ 2005, 154

<sup>9</sup> Rpfleger 2006, 293, 298.

<sup>10</sup> So Böttcher, Rpfleger 2006, 293, 298.

<sup>11</sup> Ebenso Sonnenfeld, NotBZ 2005, 154, 156; Böttcher, Rpfleger 2006, 293, 298.

<sup>12</sup> Dazu Rastätter, BWNNotZ 2006, 1, 4.



tung auch persönlich haftet, ist der Erwerb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft; anders wäre es, wenn die persönliche Haftung des Erwerbers ausgeschlossen und der Ausschluss im Grundbuch eingetragen ist.

### cc. Bestehende Dienstbarkeit

Obliegt dem Grundstückseigentümer die Unterhaltung einer Anlage, so haftet er nach § 1108 Abs. 1, § 1021 Abs. 3 BGB auch persönlich, sofern die persönliche Haftung nicht ausnahmsweise ausgeschlossen und im Grundbuch eingetragen ist. Im Fall der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers ist der Erwerb des Grundstücks nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

### dd. Vorhandenes Vorkaufsrecht/Wiederkaufsrecht

Schuldrechtlich vorgemerkte Vorkaufsrechte/Wiederkaufsrechte, das dingliche Vorkaufsrecht sowie eine Auflassungsvormerkung belasten den minderjährigen Erwerber rechtlich nicht nachteilig.<sup>13</sup>

### ee. Nießbrauch

Der Erwerb eines Grundstücks belastet mit einem Nießbrauch stellt für den minderjährigen Grundstückserwerber nach BGH jedenfalls dann einen lediglich rechtlichen Vorteil dar, wenn der Nießbraucher über § 1042 S. 2, § 1047 BGB auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat, der Eigentümer also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gemäß §§ 1049, 667 ff. BGB verpflichtet ist. Im Regelfall des Nießbrauchs wären dies persönliche Verpflichtungen des Grundstückseigentümers und würden einen rechtlichen Nachteil des dinglichen Erwerbs darstellen. Nach Krüger<sup>14</sup> ist es für die Beurteilung ohne Belang, ob sich der Grundstücksveräußerer in dem Vertrag den Nießbrauch in der Weise vorbehält, dass er ihn selbst noch an seinem Grundstück bestellt oder ob ihn der Erwerber bestellt.

Erwirbt der Minderjährige ein vermietetes Grundstück und behält sich der Veräußerer daran den Nießbrauch vor, so stellt der BGH (Entscheidung vom 3.2.2005) darauf ab, dass bei Beendigung des Nießbrauchs der Erwerber jedenfalls in die Vermieter-/Verpächterposition einrückt, § 1056 Abs. 1 BGB analog. Das ist die Folge des dinglichen Erwerbsgeschäfts und als solche für die Anwendung oder Nichtanwendung des § 107 BGB von entscheidender Bedeutung. Da es sich um einen konkreten und nicht nur theoretischen Nachteil handelt, genügt dies für eine Nichtanwendung des § 107 BGB und bedeutet dann, dass der Minderjährige durch seinen gesetzlichen Vertreter die Auflassung zu erklären hat.

### 3. Rechtlich nachteiliges Verpflichtungsgeschäft

#### a. Grundsatz

Grundsätzlich ist ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet<sup>15</sup>.

### b. Rücktrittsrecht, Rückforderungsrechte

In seiner Entscheidung vom 25.11.2004 weist der BGH darauf hin, dass im entschiedenen Fall das schuldrechtliche Geschäft wegen eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts bei Verkauf oder Vorversterben des Erwerbers nachteilig ist.

Schenkungen stehen unter dem Vorbehalt gesetzlicher Rückforderungs- und Widerrufsrechte (§§ 528, 530 BGB). Der Beschenkte haftet nur bereicherungsrechtlich, also ausschließlich mit dem Erworbenen, nicht aber persönlich. In allen anderen Fällen der Gestaltung eines Rücktritts- oder Rückforderungsrechts übernimmt der Beschenkte eine persönliche Verpflichtung, also die Verpflichtung zur Rückübertragung mit der Folge der Schadenersatzhaftung gem. §§ 280 ff. BGB oder zusätzliche Verpflichtungen, z.B. Verzicht auf Aufwendungsersatz. Solche Vertragsgestaltungen sind für den Minderjährigen nachteilig. Anders wäre es nur dann, wenn sich der Schenker ein bereicherungsrechtlich ausgestaltetes Rückforderungs- oder Widerrufsrecht vorbehalten würde.

## II. Formfreies Ausscheiden eines Miterben

### 1. Problematik

Erbengemeinschaften werden häufig in der Weise auseinander gesetzt, dass ein Miterbe eine Nachlassimmobilie – regelmäßig gegen Zahlung einer Abfindung – übernimmt. Die Praxis hat bisher überwiegend den Weg über einen notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrag (§ 311 b BGB) gewählt. Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft kann aber auch durch Erbteilsübertragung nach § 2033 Abs. 1 BGB erfolgen, die – unabhängig davon, ob der Nachlass Grundeigentum umfasst – der notariellen Beurkundung bedarf (§ 2033 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Eintragung des Erbteilserwerbers im Grundbuch ist Grundbuchberichtigung i.S. von §§ 22, 29 GBO. Die Abtretung des Erbteils kann auch unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen, im Grundbuch wäre dies entsprechend in Abt. II zu vermerken.

### 2. Miterbenabschichtung als „dritter Weg“

Die Abschichtung eines Miterben war eine in der bisherigen Notarpraxis kaum genutzte und lange Zeit bestrittene Möglichkeit, wie ein Miterbe ohne notariell beurkundeten Vertrag die dinglich wirkende Rechtszuständigkeit über ein Nachlassgrundstück erlangen kann. Mit der Miterbenabschichtung können im Einzelfall (z. B. bei hohen Nachlassimmobilienwerten) beträchtliche Beurkundungskosten eingespart werden.<sup>16</sup>

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 27.10.2004 den dritten Weg der Miterbenabschichtung bestätigt<sup>17</sup>: „Anteile von Miterben, die aus einer fortbestehenden Erbengemeinschaft durch Teilauseinandersetzung ausscheiden, wachsen den in der Erbengemeinschaft verbleibenden Miterben im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile an (Bestätigung von BGHZ 138, 8<sup>18</sup>). Der BGH sieht in der Abschichtungsvereinbarung eine prinzipiell formlos mögliche Erbaueinandersetzung nach § 2042 BGB, nicht einen formbedürftigen Verzicht auf

<sup>13</sup> Ebenso Rastätter, BWNotZ 2006, 1, 6; Klüsener, Rpfleger 1981, 248, 261.

<sup>14</sup> ZNotP 2006, 202, 205.

<sup>15</sup> BGHZ 78, 28, 33 = DNotZ 1981, 111 = NJW 1981, 109; vgl. auch BayObLGZ 1979, 49, 53 = DNotZ 1979, 543 = Rpfleger 1979, 197 = MittBayNot 1979, 6 = WM 1979, 1078; OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 289 = MittRhNotK 1997, 184; OLG Köln RNotZ 2003, 515 = Rpfleger 2003, 570 = Rpfleger 2004, 162 = ZMR 2004, 189, 191.

<sup>16</sup> Für die notarielle Beglaubigung der Erklärungen wird ein 1/4 der vollen Gebühr, höchstens jedoch 130 Euro erhoben (§§ 141, 45 KostO). Eine notarielle Beurkundung, die bei herkömmlicher Erbaueinandersetzung erforderlich ist, löst demgegenüber Gebühren bis zum Doppelten der vollen Gebühr ohne Geltung einer Gebührenobergrenze aus (§ 36 Abs. 2, §§ 38, 44 KostO).

<sup>17</sup> NotBZ 2005, 306 = NJW 2005, 284 = Rpfleger 2005, 140 = WM 2005, 1528 = ZNotP 2005, 67. Kritisch Schmidt, AcP 205 (2005), 305.

<sup>18</sup> LM § 2042 Nr. 7 m. Anm. Wolf = DNotZ 1999, 60 m. Anm. Rieger = NJW 1998, 1557 = MDR 1998, 539 = Rpfleger 1998, 287 = WM 1998, 1395; dazu Schmidt, AcP 205 (2005), 305; Wesser, AcP 204 (2004), 208; Klinger/Maulbetsch, NJW-Spezial 2005, 397; krit. Keller, ZEV 1998, 281; reine Folgendiskussion bei Reimann, ZEV 1998, 213. Vgl. auch LG Köln NJW 2003, 2993.

den Erbteil gemäß § 2033 BGB. Der Miterbe, der durch Abschichtung aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, verzichtet nach Meinung des BGH lediglich auf seine Miterbenrechte, überträgt sie aber nicht auf bestimmte Rechtsnachfolger. Die Auffassung des BGH ist mit seinen beiden Entscheidungen nunmehr gesicherte Praxis, vor allem die Notare und Grundbuchämter haben sich darauf einzustellen.

Bei der dritten Möglichkeit der Miterbenaueinsetzung in Form der so genannten Abschichtung gibt der Miterbe vertraglich seine Mitgliedschaftsrechte an der Erbengemeinschaft einschließlich des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben – gewöhnlich gegen Abfindung – auf und scheidet dadurch einvernehmlich aus der Erbengemeinschaft aus; sein Erbteil wächst den verbleibenden Miterben kraft Gesetzes analog § 738 BGB an.<sup>19</sup> Bleibt nur ein Miterbe übrig, führt die Anwachsung zum Alleineigentum am Nachlass und damit zur Beendigung der Erbengemeinschaft.

### 3. Inhalt einer Abschichtungsvereinbarung

Eine – formfreie<sup>20</sup> – Abschichtungsvereinbarung<sup>21</sup> enthält die Erklärung aller Miterben, dass das Rechtsverhältnis unter ihnen in Bezug auf bestimmte Miterben beendet wird. Hierdurch wird das Rechtsverhältnis unmittelbar umgestaltet, also nicht nur eine Verpflichtung zur Abgabe entsprechender Erklärungen geschaffen. Für den Eintritt dieser Rechtswirkung sollte zweckmäßigerweise ein bestimmter Termin festgelegt werden<sup>22</sup>

Sind die verbleibenden Miterben zur Leistung einer Abfindung oder zu einer sonstigen Gegenleistung verpflichtet, ergibt sich ein Sicherungsproblem, da die Abschichtung als Vollzugsgeschäft nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Abfindungsverpflichtung steht. Es empfiehlt sich deshalb, den Eintritt der Anwachsung unter die aufschiebende Bedingung der Erbringung der Gegenleistung zu stellen, oder – bei Geldleistungen – die Abfindungssumme auf einem Anderkonto zu hinterlegen.

### 4. Grundbuchberichtigung

Soweit Grundbesitz betroffen ist, erfolgt bei der Miterbenabschichtung lediglich eine Grundbuchberichtigung. Bleibt noch ein Miterbe übrig, führt die Abschichtung durch die Anwendung des Anwachsungsprinzips zu seinem Alleineigentum. Es genügt insoweit eine schlichte Grundbuchberichtigung durch Berichtigungsbewilligung aller Miterben (§ 19 GBO) oder der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 GBO), wobei die Form des § 29 GBO einzuhalten ist<sup>23</sup>.

## III. Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

### 1. Problemlage

Nach der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001<sup>24</sup> zu den rechtlichen Konsequenzen der gesamthänderischen Verbun-

denheit der Mitglieder einer GbR ist auf vielen Rechtsgebieten Streit darüber entstanden, ob die GbR nunmehr auch grundbuchfähig ist. Der BGH hat die Frage bisher offen gelassen.<sup>25</sup> Es geht darum, ob die GbR als solche (als Rechtsinhaberin) in das Grundbuch einzutragen ist und wie die Eintragung des Rechtserwerbs einer GbR zu erfolgen hat. Massive Bedenken des formalen Rechts, des Verkehrsschutzes und der Praktikabilität stehen der Anerkennung einer Grundbuchfähigkeit der GbR entgegen. Spezielle rechtliche Gesichtspunkte im Liegenschaftsrecht sprechen so gegen eine formelle Grundbuchfähigkeit der GbR.<sup>26</sup> Überwiegend geht in der Grundbuchliteratur der Trend in Richtung Versagung der Grundbuchfähigkeit.<sup>27</sup> In der Rechtsprechung ist ebenfalls eine solche Entwicklung erkennbar.<sup>28</sup>

Die Eintragung unter dem Namen und dem Sitz der GbR allein vermag keine geeignete Grundlage für den Grundbuchverkehr schaffen. Wegen des fehlenden Gesellschaftsregisters für Gesellschaften bürgerlichen Rechts kann die GbR nicht allein unter einem eigenen Namen eingetragen werden.<sup>29</sup> Abzulehnen ist allerdings die zu strenge Ansicht des BayObLG,<sup>30</sup> eine GbR könne als solche überhaupt kein Eigentum an Grundstücken erwerben; zu bejahen ist die im Vordringen befindliche vermittelnde Meinung, die GbR als solche sei zwar in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht grundbuchfähig, gleichwohl aber in materiell-rechtlicher Hinsicht Eigentümerin des Grundstücks.<sup>31</sup> Die Eintragung einer namentragenden GbR unter dem GbR-Namen und unter Nennung der Gesellschafter kann vorgenommen werden.<sup>32</sup>

### 2. Abhilfe durch öffentliches Register

Den Bedürfnissen der Grundbuchpraxis am meisten gerecht werden dürfte die Schaffung eines öffentlichen Registers ähnlich dem Register für Partnerschaftsgesellschaften, in das fakultativ eine GbR als solche eingetragen werden kann; das Eintragungsverfahren könnte dem HGB entsprechen gestaltet werden.<sup>33</sup> Ohne eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften können weder das Grundbuch noch die Grundakten als

<sup>25</sup> Rpfleger 2004, 718 = BB 2004, 2092 = DNotZ 2005, 121 = NJW 2004, 3632 = NotBZ 2004, 389 = WM 2004, 1827 = ZIP 2004, 1775 = ZNotP 2004, 487.

<sup>26</sup> Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., 2003, § 47 Rn. 182 d.

<sup>27</sup> Neuerdings Kremer, RNotZ 2004, 245; Vogt, Rpfleger 2003, 491; Nagel, NJW 2003, 1646; Pohlmann, EWIR 2003, 107; Böttcher, Rpf Stud. 2006, 22; Gutachten DNotI-Report 2006, 142.

<sup>28</sup> OLG Celle RNotZ 2006, 287; BayObLG Rpfleger 2005, 309; BayObLG DNotI-Report 2004, 181 = NotBZ 2004, 433 = ZNotP 2004, 482; BayObLG EWIR 2003, 107 (Pohlmann); BayObLG Rpfleger 2003, 78 m. abl. Anm. Dümig = DNotZ 2003, 52 = FGPrax 2003, 7 = NJW 2003, 70 = ZfIR 2002, 992 = ZIP 2002, 175; BayObLG Rpfleger 2004, 93 = DNotI-Report 2003, 183 = DNotZ 2004, 378 m. Anm. Heil = MittBayNot 2004, 201 m. Anm. Weigl = NJW-RR 2004, 810 = ZNotP 2004, 25; LG Aachen Rpfleger 2003, 496 = RNotZ 2003, 462; LG Berlin Rpfleger 2004, 283; LG Dresden NotBZ 2002, 384; Weidenmann, BWNNotZ 2004, 130.

<sup>29</sup> So schon BayObLGZ 2002, 330 = Rpfleger 2003, 78 = DNotI-Report 2002, 180 = DNotZ 2003, 52 = NJW 2003, 70 = RNotZ 2002, 507. Zur Problematik Heil, DNotZ 2004, 379; Weigl, MittBayNot 2004, 202; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 169; Dümig, Rpfleger 2003, 80; Elsing, BB 2003, 909; Kremer, RNotZ 2004, 245; Schöpflin, NZG 2003, 117; Vogt, Rpfleger 2003, 491; Wertenbruch, WM 2003, 1785.

<sup>30</sup> BayObLG Rpfleger 2004, 93 = DNotI-Report 2003, 183 = DNotZ 2004, 378 m. Anm. Heil = MittBayNot 2004, 201 m. Anm. Weigl = NJW-RR 2004, 810 = ZNotP 2004, 25. Das BayObLG FGPrax 2004, 269 = NJW-RR 2005, 43 = NotBZ 2004, 433 = MittBayNot 2005, 14, 143 = Rpfleger 2005, 19 hält die GbR auch als Gläubigerin einer Zwangshypothek nicht für grundbuchfähig. Dazu auch LG Aachen RNotZ 2006, 348.

<sup>31</sup> Staudinger/Habermann, BGB, 13. Aufl., 2003, § 705 Rn. 10, 26; Lautner, MittBayNot 2001, 425; Münch, DNotZ 2001, 535, 557; Elsing, BB 2003, 909.

<sup>32</sup> Z. B. „Hans Maier ..., Fritz Müller ..., Wolfgang Schulze ... in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Bezeichnung Maier, Müller, Schulze Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Ausführlich Lautner, MittBayNot 2001, 425, 430; ders. MittBayNot 2005, 93; Wertenbruch, WM 2003, 1785.

<sup>33</sup> So schon Demharter, FGPrax 2004, 144; Meikel/Böhringer, aaO, § 47 Rn. 182d.

<sup>19</sup> Soweit Verbindlichkeiten zum Nachlass gehören, wachsen diese entsprechend § 738 BGB ebenfalls den verbleibenden Miterben bzw. dem alleinigen verbleibenden Erben an. Dies hat noch nicht das Ausscheiden des „abgeschichteten“ Miterben aus der Haftung im Außenverhältnis zur Folge. Hierzu bedarf es rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, ähnlich wie bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer BGB-Gesellschaft.

<sup>20</sup> Nur wenn als Abfindung ein Grundstück aus dem sonstigen Vermögen des Erwerbers übertragen werden soll, ist dafür die Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB zu beachten.

<sup>21</sup> Ausführliche Vertragsmusterformulierungen bei Reimann, ZEV 1998, 213.

<sup>22</sup> Wesser/Saalfrank, NJW 2003, 2937.

<sup>23</sup> LG Köln, NJW 2003, 2993.

<sup>24</sup> BGHZ 146, 341 = Rpfleger 2001, 246 = BWNNotZ 2002, 37 m. Anm. Böhringer = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056 = RNotZ 2001, 224.

Ersatz für ein fehlendes Register dienen.<sup>34</sup> Bis dahin ist die Eintragung einer GbR als solcher wegen der unzureichenden Publizität zu verneinen.

Im Grundstücksverkehr ist nämlich die Information wichtig, wie sich der Gesellschafterkreis zusammensetzt und wie sich die Haftungsverhältnisse gestalten. Der Schutz des Rechtsverkehrs durch die Vorschriften der §§ 891, 892 BGB würde bei Verfügungen über das zum Gesellschaftsvermögen gehörende dingliche Recht der GbR tangiert. Anders als bei einer Kommanditgesellschaft<sup>35</sup> kann die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen und der im Grundbuch verlautbarten Rechtslage nicht dadurch überbrückt werden, dass auch ein Wechsel im Gesellschafterbestand der GbR eine eintragungspflichtige Tatsache ist; das Grundbuchrecht kennt einen solchen mit Sanktionen belegten Tatbestand nicht.

Aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft als teilsubjektsfähig<sup>36</sup> kann nicht die Grundbuchfähigkeit der GbR gefolgert werden. In der Entscheidung des BGH zur Unfähigkeit der GbR für das Amt eines WEG-Verwalters<sup>37</sup> kann vielmehr geschlossen werden, dass wegen mangelnder Publizität der GbR sie nicht im Grundbuchverkehr auftreten kann. Der BGH verweist insbesondere darauf, dass sich die GbR von den im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften unterscheidet, welche die Publizität des Handelsregisters gem. § 15 HGB gegen sich gelten lassen müssten, so dass bei der Zurechnung von Erklärungen der für diese Gesellschaften handelnden Personen keine Unklarheiten aufkommen könnten. Der Meinungsstreit wirkt sich auch im Erbrecht aus, wo es um die Frage der Erbfähigkeit der GbR geht, was natürlich dann auch auf eine Grundbuchberichtigung auf Grund der eingetretenen Erbfolge ausstrahlt.<sup>38</sup>

#### IV. Rechtsprobleme bei Vormerkungen

##### 1. Eigentums-Vormerkungen für künftige/bedingte Ansprüche

Zur Sicherung eines künftigen Anspruchs kann eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der „Rechtsboden“ für seine Entstehung vorbereitet ist. Die in einem Erbverzichtsvertrag zu Gunsten des verzichtenden Kindes enthaltene Erklärung, dieses erhalte nach dem Tode seiner beiden Eltern das Alleineigentum an einem Hausgrundstück, begründet keine Rechtsposition, die durch Eintragung einer Vormerkung für das Kind gesichert werden kann. Wäre aller-

dings ein Verfügungsunterlassungsvertrag geschlossen worden mit dem Inhalt, dass bei einem Verstoß gegen die Nichtverfügungspflicht das Eigentum an dem betreffenden Grundstück zurückzuübertragen ist, dann kann ein solcher Übertragungsanspruch aufschiebend bedingt gestaltet und durch Vormerkung gesichert werden.<sup>39</sup> In solchen Fällen ist auch ein Verfügungs- und Veräußerungsverbot im Wege der einstweiligen Verfügung sicherbar.<sup>40</sup>

Für mehrere verschiedene Ansprüche sind ebenso viele Vormerkungen eintragbar wie Ansprüche gegeben sind.<sup>41</sup> In Zweifelsfällen ist dies ratsam.<sup>42</sup> Ein an mehrere alternative Bedingungen geknüpfter Rückübertragungsanspruch wird dagegen durch eine Vormerkung gesichert.<sup>43</sup> Werden Ansprüche zu Gunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter im Grundbuch vorgemerkt<sup>44</sup>, so kann das Grundstück auf unbestimmte Zeit faktisch dem Rechtsverkehr entzogen werden. Der Beratung durch den Notar kommt eine besondere, vor allem präventive Bedeutung zu, denn eine Löschung der Vormerkung mit Löschungsbewilligung aller potenziellen Abkömmlinge ist wohl kaum noch möglich.<sup>45</sup>

Bei einer in der Grundbuchpraxis im Zusammenhang mit Übergabeverträgen üblichen Rückkauflassungsvormerkung für einen nicht vererblichen Anspruch handelt es sich nicht um ein rückstandsfähiges Recht i.S. des § 23 GBO; beim Tod des Berechtigten ist es nach § 22 GBO zu löschen, § 23 GBO ist nicht einschlägig, ein Löschungserleichterungsvermerk somit nicht eintragungsfähig.<sup>46</sup> An den Wegfall des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs sind bei einem Antrag auf Löschung der Vormerkung strenge Anforderungen zu stellen; eine Glaubhaftmachung oder ein gewisser Grad der Wahrscheinlichkeit genügen dazu nicht.<sup>47</sup> Bei einem vereinbarten Rückforderungsrecht in einem Übergabevertrag ist sowohl der bedingte Rückkauflassungsanspruch als auch das diesbezügliche Gestaltungsrecht des Grundstücksveräußerers pfändbar.<sup>48</sup> Sollen Rückforderungsrechte Pfändungsschutz genießen, müssen sie entweder höchstpersönlich oder zweckgebunden ausgestaltet sein.<sup>49</sup>

Eine Eigentumsvormerkung wird durch eine verfahrensrechtliche Bewilligung i.S. von § 19 GBO eingetragen. Das Bestehen des zu sichernden Anspruchs hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. Nur wenn feststünde, dass der Anspruch nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann, müsste das Grundbuchamt dem nachgehen; bloße Zweifel genügen insoweit nicht. Besteht hinsichtlich des Anspruchs ein Schenkungsverbot des § 1804 BGB, so ist dies bei einem Antrag auf Eintragung einer Eigentumsvormerkung für das Grundbuchamt ohne Bedeutung; erst bei der Eintragung der Auflassung wäre dies beachtlich.<sup>50</sup>

<sup>34</sup> So auch OLG Celle RNotZ 2006, 287.

<sup>35</sup> Vgl. die Anerkennung der GbR als Kommanditistin durch den BGH BGHZ 148, 291 = DNotZ 2002, 57 = FGPrax 2001, 251 = Rpfleger 2001, 598 = ZIP 2001, 1713.

<sup>36</sup> BGH DNotZ 2005, 776 = FGPrax 2005, 143 = NJW 2005, 2061 = NotBZ 2005, 327 = NZM 2005, 543 = Rpfleger 2005, 521 m. Anm. Dümig = WM 2005, 1423 = ZfIR 2005, 506 m. Anm. Lücke = ZIP 2005, 1233 = ZMR 2005, 547 m. Anm. Häublein = ZNotP 2005, 381. Zustimmung Demharter, NZM 2005, 601; Schmidt, NotBZ 2005, 309. Besonders kritisch Bork, ZIP 2005, 1205. Die Entscheidung des BGH ist ein Feuerwerk neuer Rechtserkenntnisse bei der Wohnungseigentümergeinschaft. Besprechung von Böttcher, RpfStud. 2005, 171; Demharter, ZWE 2005, 357; Armbrüster, ZWE 2005, 369. Zur Auswirkung auf die persönliche Haftung der Eigentümer und die Insolvenzfähigkeit Häublein, ZIP 2005, 1720. Ausführlich Böhringer, Rpfleger 2006, 53; Hügel, ZAP Nr. 24 v. 14.12.2005 Fach 7 S. 295.

<sup>37</sup> DNotI-Report 2006, 58 = DNotZ 2006, 523 = Rpfleger 2006, 257. Ebenso AG Hamburg ZMR 2001, 486; LG Darmstadt Rpfleger 2003, 178; LG Bochum Rpfleger 2005, 82; a. A. allerdings LG Frankfurt NZM 2001, 1152; Drasdo NZM 2001, 258.

<sup>38</sup> Die Erbfähigkeit bejahend: Ann, MittBayNot 2003, 193; Scherer/Feick, ZEV 2003, 341; Eberl-Borges, ZEV 2002, 125; Ulmer, ZIP 2001, 585, 596; ablehnend BGH FamRZ 2005, 2059 = NJ 2006, 44 = NJW-RR 2006, 158 = NotBZ 2005, 401 = ZEV 2006, 27 = ZfIR 2006, 115 = ZOV 2005, 357; BGH Rpfleger 2002, 625 = MittBayNot 2003, 228 = NotBZ 2002, 450 m. Anm. Früchtl = ZEV 1998, 141; Bestelmeyer, Rpfleger 2004, 604, 607; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 169; Derleder, BB 2001, 2485, 2490.

<sup>39</sup> PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 2005, 597; OLG Düsseldorf Rpfleger 2003, 290 = FGPrax 2003, 110.

<sup>40</sup> OLG Köln FamRZ 2003, 157 = RNotZ 2002, 280 = NJW-RR 2002, 1595.

<sup>41</sup> BayObLG Rpfleger 2002, 135 = DNotZ 2002, 293 = NJW-RR 2002, 379 = NotBZ 2002, 30 = ZfIR 2002, 209.

<sup>42</sup> Ebenso Westermeier, Rpfleger 2003, 347. Großzügig BayObLG Rpfleger 2003, 352 = DNotI-Report 2003, 15 = DNotZ 2003, 434 = FGPrax 2003, 55 = NotBZ 2003, 72.

<sup>43</sup> BayObLG DNotZ 2002, 784 = FamRZ 2003, 1480 = MittBayNot 2002, 396 = ZfIR 2003, 41 = ZNotP 2003, 66; LG Duisburg Rpfleger 2005, 600 m. Anm. Wicke.

<sup>44</sup> Die Person des Dritten und das Anteilsverhältnis müssen eindeutig bestimmbar sein, LG Passau MittBayNot 2004, 362.

<sup>45</sup> Metzger, MittBayNot 2004, 363.

<sup>46</sup> LG Kleve RNotZ 2004, 266.

<sup>47</sup> BayObLG DNotI-Report 2004, 170 = NotBZ 2004, 396.

<sup>48</sup> BGHZ 154, 64 = Rpfleger 2003, 372 = DNotI-Report 2003, 84 = DNotZ 2004, 298 = JR 2004, 20 = NJW 2003, 1858 = NotBZ 2003, 229 = ZfIR 2004, 124.

<sup>49</sup> So Meyer/Burrer, NotBZ 2004, 383.

<sup>50</sup> BayObLG Rpfleger 2003, 573 = DNotI-Report 2003, 126 = DNotZ 2003, 710 = NotBZ 2003, 273.

Eine Vormerkung, die den Rücküberweisungsanspruch des Veräußerers eines Grundstücks für den Fall sichern soll, dass der Erwerber bis zur Bebauung des Grundstückes seiner Verkehrssicherungspflicht (Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht) nicht nachkommt, kann im Grundbuch eingetragen werden. Der bei Übertragung des Eigentums an einem Grundstück vorbehaltene Anspruch auf Rückübertragung für den Fall, dass der Erwerber das Grundstück bis zur Bebauung nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand hält, ist mangels Bestimmbarkeit nicht vormerkungsfähig<sup>51</sup>, denn für den Begriff des „ordnungsgemäßen Zustandes“ eines Grundstücks gibt es weder eine allgemein gültige Definition, noch sind seine Voraussetzungen gesetzlich geregelt. Nur wenn sich in der Eintragungsbewilligung genügt objektive Anhaltspunkte finden lassen, könnte man einer Eintragung näher treten. Zulässig ist jetzt auch die Absicherung der Ansprüche auf Rückübertragung des Grundstücks gemäß § 528 BGB<sup>52</sup> und § 530 BGB.<sup>53</sup>

## 2. Insolvenzfeste Vormerkung bei rechtzeitiger Antragstellung

Die Käuferbank und der Gesamtvollstreckungsverwalter stritten um die Wirksamkeit einer Vormerkung zur Bestellung einer Grundschild für die Käuferbank. Der BGH entschied<sup>54</sup>: *„Hat der Schuldner auf einem von ihm gekauften Grundstück dem Kreditgeber eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Grundschild bewilligt, so ist diese Vormerkung unwirksam, wenn der Eintragungsantrag erst nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens beim Grundbuchamt eingegangen ist und zu diesem Zeitpunkt noch der Verkäufer Eigentümer des Grundstücks war.“*

Nach der Entscheidung des BGH besteht eine Erfüllungspflicht des Verwalters nur, wenn die Vormerkung bereits vor der Insolvenzeröffnung eingetragen bzw. der Eintragungsantrag hierzu rechtzeitig gestellt worden war. Für den Notar empfiehlt es sich, den Antrag nach § 15 GBO für alle Beteiligten (z.B. Eigentümer und Gläubiger, Veräußerer und Erwerber) zu stellen.<sup>55</sup>

## 3. Wirksamkeitsvermerk bei Vormerkungen

### a. Alternative zum Rangrücktritt

Ein Wirksamkeitsvermerk ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Eintragungsfähigkeit eines solchen Vermerks ist aber für Fälle anerkannt, in denen ein Bedürfnis dafür besteht, aus dem Grundbuch die Wirksamkeit eines eingetragenen Rechts gegenüber einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich zu machen.<sup>56</sup> Für zulässig erachtet wird der Wirksamkeitsvermerk, wenn die Verfügung über ein Grundstück, das der Nacherbfolge unterliegt, entgegen § 2113 BGB voll wirksam ist. Auch gegenüber einer Vormerkung auf Eigentumserwerb besteht ein Bedürfnis, die uneingeschränkte Wirksamkeit des vom Veräußerer vertragsgemäß bestellten, später eingetragenen Grundpfandrechts durch Vermerk klarzustellen. Der Wirksamkeitsvermerk ist insoweit ein einfaches Mittel, für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuches zu fördern.<sup>57</sup>

Bedeutsam ist der Wirksamkeitsvermerk bei einer Eigentumsvormerkung.<sup>58</sup> Die Rangfähigkeit der Eigentumsvormerkung wird auch von der zum Wirksamkeitsvermerk ergangenen Entscheidung des BGH<sup>59</sup> bestätigt. Das LG Lüneburg<sup>60</sup> meint dagegen, eine Vormerkung sei nicht rangfähig, deshalb könnten bei ihr weder Rangvermerke noch ein Rangvorbehalt eingetragen werden. Nach LG Bremen<sup>61</sup> lässt die Entscheidung des BGH keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit eines Rangvorbehalts zu, sondern lasse vielmehr ein praktisches Bedürfnis hierfür entfallen.<sup>62</sup> Das Grundbuchamt deutete daraufhin die Rangerklärung des Vormerkungsberechtigten um (entsprechend § 140 BGB) und trug anstelle von Rangvermerken Wirksamkeitsvermerke ein. Das LG Darmstadt hatte nichts gegen die Eintragung einer Grundschild mit Rang vor einer Eigentumsvormerkung einzuwenden, es bedürfe aber zusätzlich zu dem eingetragenen Rangvermerk nicht noch der Eintragung eines zusätzlichen Wirksamkeitsvermerks.<sup>63</sup> Das HansOLG Bremen<sup>64</sup> entschied, dass durch die Möglichkeit des Wirksamkeitsvermerks die Eintragung eines Rangrücktritts nicht unzulässig oder sinnlos wird. Beide Möglichkeiten stehen nach Ansicht des HansOLG Bremen wahlweise nebeneinander zur Verfügung. Rechtsprechung und die herrschender Literaturmeinung haben bisher auch der Eigentumsvormerkung einen eigenen Rang zuerkannt<sup>65</sup>.

### b. Beibehaltung der bisherigen Praxis zulässig

Damit ist es möglich, bei der bisherigen Praxis eines Rangrücktritts bzw. Rangvorbehalts zu bleiben. Da sowohl ein Rangrücktritt als auch die Vereinbarung eines Rangvorbehalts den Rang des entsprechenden Rechts in konstitutiver Weise herbeiführen, kann ein Vormerkungsberechtigter entweder der Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts zustimmen und somit der Grundschild bereits außergundbuchlich zur vollen Wirksamkeit verhelpen oder aber eine konstitutive Rangänderung bewilligen (wäre dann Beibehaltung der bisherigen Ranglösung).

### c. Kostenrecht zum Wirksamkeitsvermerk

Die Zulässigkeit der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks kann nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Höchststrichlich<sup>66</sup> ist entschieden, dass der Wirksamkeitsvermerk sowohl bei der Vormerkung als auch beim Grundpfandrecht einzutragen ist. Strittig ist aber, wie die Eintragung des Vermerks kos-

<sup>51</sup> PfälzOLG Zweibrücken FGPrax 2005, 9 = MittBayNot 2005, 146 = RNotZ 2005, 232 = Rpfleger 2005, 137.

<sup>52</sup> BGHZ 151, 116 = DNotZ 2002, 775 = Rpfleger 2002, 559.

<sup>53</sup> BGH DNotZ 2002, 779 = Rpfleger 2002, 612.

<sup>54</sup> DNotl-Report 2005, 94 = NJ 2005, 219 = NotBZ 2005, 182 = ZfIR 2005, 424.

<sup>55</sup> Zu den Schutzwirkungen des § 878 BGB Böhringer, BWNtZ 1979, 141.

<sup>56</sup> BGHZ 141, 169, 172 = Rpfleger 1999, 383 = BWNtZ 2000, 123 = DNotl-Report 1999, 90 = DNotZ 1999, 1000 = FGPrax 1999, 128 = NotBZ 1999, 123.

<sup>57</sup> Böhringer, Rpfleger 2003, 157.

<sup>58</sup> BayObLG Rpfleger 2004, 93 = DNotl-Report 2004, 183 = NJW-RR 2004, 736 = RNotZ 2003, 612 = ZNotP 2004, 24; Gutachten DNotl-Report 2000, 90.

<sup>59</sup> DNotZ 1999, 1000 = FGPrax 1999, 128 = MittBayNot 1999, 374 = NJW 2000, 805 = NotBZ 1999, 123 = Rpfleger 1999, 383 = WM 1999, 969 = ZfIR 1999, 358 = ZNotP 1999, 241 = MittRhNotK 1999, 279.

<sup>60</sup> Rpfleger 2004, 214.

<sup>61</sup> Beschluss vom 14.1.2002 – 3 T 812/01 (unveröffentlicht).

<sup>62</sup> Ebenso Schubert, DNotZ 1999, 967.

<sup>63</sup> LG Darmstadt Rpfleger 2004, 482 = BWNtZ 2006, 43 unter Aufgabe der bisherigen gegenteiligen Auffassung (Rpfleger 2003, 123 = BWNtZ 2003, 94 = MittBayNot 2004, 225 = NJW-RR 2003, 233).

<sup>64</sup> Rpfleger 2005, 529. Ebenso Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 160.

<sup>65</sup> RG RGZ 55, 270, 272 ff.; BGH BGHZ 96, 157 = DNotZ 1986, 406 = DB 1996, 216 = NJW 1986, 576 = WM 1986, 46; BayObLGZ 1990, 318 = NJW-RR 1991, 567 = WM 1991, 1587; KG KGJ 10, 224; OLG Köln MittRhNotK 1992, 122 = JurBüro 1992, 750 = Rpfleger 1992, 497; OLG Köln MittRhNotK 1997, 394 = DNotl-Report 1997, 214 = Rpfleger 1998, 106 = DNotZ 1998, 311; OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25 = BWNtZ 1995, 170 = FGPrax 1995, 135 = Rpfleger 1995, 404; Demharter, GBO, 25. Aufl. 2006, § 45 GBO Rn. 11; MünchKomm-Wacke, § 883 BGB Rn. 59; Palandt/Bassenge, § 881 BGB Rn. 29; Soergel/ Stürmer, BGB, 12. Aufl. 1989, § 879 BGB Rn. 1 a und § 883 BGB Rn. 83; Staudinger/Kutter, BGB, 13. Bearb. 1995, § 879 BGB Rn. 8; ebenso wohl RGRK-Augustin, BGB, 12. Aufl. 1979, § 879 BGB Rn. 16 und § 883 BGB Rn. 107.

<sup>66</sup> BGH Rpfleger 1999, 383 = BWNtZ 2000, 123 = DNotZ 1999, 1000 = FGPrax 1999, 128; OLG Hamm MittBayNot 1999, 181; BayObLG MittBayNot 1998, 274 = BayObLGZ 1998, 49 = NJW-RR 1998, 1079 = Rpfleger 1998, 375; Gursky, DNotZ 1998, 273.

tenrechtlich zu behandeln ist<sup>67</sup>. Bei gleichzeitiger Eintragung des Wirksamkeitsvermerks bei dem Grundpfandrecht ist der Wirksamkeitsvermerk ein kostenfreies Nebengeschäft, und zwar sowohl hinsichtlich des Vermerks bei dem Grundpfandrecht als auch bei der Eigentumsvormerkung<sup>68</sup>.

Wird der Wirksamkeitsvermerk zeitlich nach der Eigentumsvormerkung eingetragen, so geht das BayObLG in entsprechender Anwendung des § 67 KostO von einer Viertelgebühr aus, weil der Wirksamkeitsvermerk einer Rangänderung gleichkomme<sup>69</sup>. Wird somit der Wirksamkeitsvermerk zwar gleichzeitig mit der beantragten Eintragung des Grundpfandrechts aber zeitlich nach der Eigentumsvormerkung eingetragen, so ist eine Viertelgebühr nach § 67 KostO zu erheben<sup>70</sup>. Das SchIHOLG<sup>71</sup> ist anderer Ansicht: die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ist Nebengeschäft zu der zugleich vorgenommenen Eintragung des Grundpfandrechts.<sup>72</sup> Die zusätzliche Buchung eines bloßen „Gegenvermerks“ bzw. „spiegelbildlichen Gegenstücks“ auch bei der Vormerkung dient lediglich der Klarheit und Eindeutigkeit aller Grundbucheintragen und hat keine eigenständige Bedeutung.

Ob ein bedingter Rangvorbehalt die Kostenfreiheit garantiert, untersuchen Vierling/Mehler/Gotthold<sup>73</sup>. Zu beachten sind allerdings dann die versteigerungsrechtlichen Auswirkungen eines solchen Rangvorbehalts<sup>74</sup>.

## V. Vorsorgevollmacht und Grundbucheklärungen

Durch das Zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz<sup>75</sup> wurde eine Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörden für Vorsorgevollmachten eingeführt<sup>76</sup>. Für die Praxis stellt sich auf Grund der nicht deutlichen Aussagen des Gesetzes die Frage, ob eine von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschriebene Vorsorgevollmacht auch im Grundbuchverfahrensrecht gem. § 29 GBO genügt<sup>77</sup> und ob die Beglaubigungskompetenz der Betreuungsbehörde die Qualität einer öffentlichen Urkunde i.S. von § 129 BGB oder lediglich einer amtlichen Beglaubigung i. S. v. § 34 VwVfG hat.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Beglaubigungsbefugnis auf „Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen“ beschränkt. Eine von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung außerhalb der im Gesetz genannten Fälle von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen ist formunwirksam. Schwierigkeiten macht der Begriff der Vorsorgevollmacht, der gesetzlich nicht

definiert ist, aber bereits in anderen Gesetzesvorschriften verwendet wird (so insbesondere in §§ 78 a ff. BNotO und § 20 a BeurkG). Üblicherweise enthalten Formulierungsvorschläge zu Vorsorgevollmachten Beschränkungen (in der Regel nur für das Innenverhältnis), wonach von der Vollmacht nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn der Vollmachtgeber zur Regelung seiner Angelegenheiten selbst nicht mehr in der Lage ist. Andere Formulierungsvorschläge enthalten zwar keine ausdrückliche derartige Einschränkung (auch nicht im Innenverhältnis); jedoch ergibt sich der Charakter als Vorsorgevollmacht entweder aus einem ausdrücklichen Vermerk in der Vollmachtsurkunde (so etwa: „Durch diese Vollmachterteilung soll eine vom Gericht angeordnete Betreuung vermieden werden“) oder daraus, dass die erteilten Vollmachten ausdrücklich auch eine Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten und bei der Aufenthaltsbestimmung umfassen, oder aus der Verbindung mit einer Betreuungsverfügung und/oder einer Patientenverfügung.

Es müsste das Grundbuchamt Vollmachten zurückweisen, aus denen nicht (etwa aufgrund einer Beschränkung im Innenverhältnis) hervorgeht, dass sie für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers erteilt wurden. § 29 GBO erfordert nämlich, dass sich die Eigenschaft als Vorsorgevollmacht und damit die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson der Betreuungsbehörde aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde selbst ergibt (oder jedenfalls aus anderen, der Form des § 29 GBO genügenden Nachweisen). Vollmachten, die in Vermögensangelegenheiten unabhängig von einer möglichen Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers erteilt werden, unterfallen nicht der Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden und genügen schon daher nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO. Ist die Vorsorgevollmacht auch im Außenverhältnis beschränkt (etwa auf den Fall, dass der Vollmachtgeber seine eigenen Angelegenheiten nicht mehr selbst wahrnehmen kann), so ist dem Grundbuchamt auch der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO (d.h. durch öffentliche Urkunden) nachzuweisen, was wohl selten gelingen wird.

## VI. Trends bei Grundpfandrediten

### 1. Gleitende Zinsen und Höchstzinssatzangabe

Mit Ausnahme der Höchstbetragshypothek (dazu § 1190 Abs. 2 BGB) können Grundpfandrechte als verzinsliche Belastungen bestellt werden (§ 1115 BGB). Nach § 115 Abs. 1 BGB muss bei der Eintragung einer Grundschild u.a. der Zinssatz im Grundbuch angegeben werden. Nach § 1119 BGB kann sogar unter Abweichung von § 879 BGB die Zinshaftung auf 5 % p. a. angehoben werden, ohne dass nachrangig Berechtigte dieser Erhöhung zustimmen müssten. Auch schwankende Zinssätze werden für zulässig gehalten, zumal solche in Abhängigkeit vom Basiszinssatz. Auch Reallasten können nach § 1105 Abs. 1 BGB eine Wertsicherungsklausel als Inhalt des Rechts haben.

In der Literatur<sup>78</sup> herrscht die Meinung vor, dass ein Höchstzinssatz dann nicht anzugeben ist, wenn ein gleitender Zins-

<sup>67</sup> Schubert, DNotZ 1999, 967, 976.

<sup>68</sup> Schubert, DNotZ 1999, 967 (978 f.) mit weiteren Nachweisen; OLG Hamm JurBüro 2002, 259; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 70 = FGPrax 2001, 35; OLG Köln JurBüro 2001, 376; Skidzun, Rpfleger 2002, 9; a.A. BayObLG Rpfleger 1998, 375, das aber in MittBayNot 2001, 414 = Rpfleger 2001, 459 = FGPrax 2001, 128 offen gelassen hat, ob es an dieser Auffassung für den Fall festhalten wird, dass Auflassung und Grundpfandrecht gleichzeitig eingetragen werden.

<sup>69</sup> BayObLG Rpfleger 1998, 375 sowie in MittBayNot 2001, 414 = Rpfleger 2001, 459 = FGPrax 2001, 128; Lappe, in: KLBR, 15. Aufl., § 62 KostO Rdnr. 18; Bengel, DNotZ 1999, 772 (792/793) sowie im Ergebnis auch Schubert, DNotZ 1999, 967 (985); a.A. d.h. gebührenfreies Nebengeschäft, LG Saarbrücken MittBayNot 1996, 451 = Rpfleger 1997, 86 m. abl. Anm. Streuer, Rpfleger 1997, 541; vgl. auch Frank, MittBayNot 1998, 228.

<sup>70</sup> OLG Köln JurBüro 2001, 376.

<sup>71</sup> Rpfleger 2002, 226.

<sup>72</sup> Wird die Eintragung eines Rangvermerks beantragt, so fällt gem. § 67 I 1 KostO eine 1/4 Gebühr an, LG Saarbrücken BWNotZ 2002, 43; a.A. Lehmann, Rpfleger 1998, 375.

<sup>73</sup> MittBayNot 2005, 375.

<sup>74</sup> Allgemein zu den Auswirkungen von Rangvorbehalt und Rangrücktritt auf die Eigentumsvormerkung Morvilius, MittBayNot 2005, 477.

<sup>75</sup> BGBl. 2005 I, S. 1073, 1079.

<sup>76</sup> Ausführlich zur Problematik Gutachten DNotI-Report 2005, 12; Spanl, Rpfleger 2006, 455; Sorg, BWNotZ 2005, 87; Krauß, BWNotZ 2006, 35; Meier, BTPPrax 2005, 82.

<sup>77</sup> So Krauß, BWNotZ 2006, 35, 37.

<sup>78</sup> Volmer, ZfIR 2001, 246; Wolfsteiner, MittBayNot 2003, 295; Böhringer, Rpfleger 2005, 232; ders., 2003, 157, 163; ders., Rpfleger 2004, 623; Böttcher, RpfStud. 2006, 22, 27; ders., RpfStud. 2004, 1, 11; Stavorinus, Rpfleger 2004, 739; Wagner, Rpfleger 2006, 314; ders., Rpfleger 2004, 668; Gutachten DNotI-Report 2003, 193; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, Einl. zu § 1113 Rn. 41; Zimmer in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 2004, § 1115 Rn. 17; Meikel/Ebeling, Grundbuchrecht, Vorbem. 137 zu GBV. Für die Angabe eines Höchstzinssatzes: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1962; Demharter, EWIR 2003, 365; ders., FGPrax 2004, 144, 146; Wiisch, FGPrax 2003, 193, der aber überwiegend noch die Rechtsprechung vor der Novellierung von § 288 BGB zitiert.

satz durch Bezugnahme auf den gesetzlichen Basiszinssatz vereinbart wird. Der BGH<sup>79</sup> hat sich dieser Meinung angeschlossen. Ein vereinbarter Zinssatz in Anbindung an die zulässige Bezugsgröße (z.B. 5 Prozentpunkte<sup>80</sup> über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB) ist als Zinssatz im Sinne von § 1115 BGB wörtlich im Grundbuch einzutragen.<sup>81</sup>

Bei allen Arten von Grundpfandrechten kann künftig ohne Angabe eines Höchstzinssatzes die Verzinsung sich nach dem Basiszinssatz richten. Einzutragen wäre als Zinssatz i.S. des § 1115 BGB „5 Prozent über dem Basiszins“, sofern der Basiszins gem. § 288 Abs. 1, § 247 BGB als Bezugsgröße gewählt wird.<sup>82</sup> Dabei muss der Zinssatz (dort: 5%) nicht unbedingt identisch sein mit dem des § 288 BGB, auch ein Zinssatz von z.B. 7%, der sich mit dem Basiszins verändert, ist ebenso zu behandeln, also „7 Prozent über dem Basiszins“. Wird künftig ein Antrag auf Eintragung eines Höchstzinssatzes gestellt, so sollte das Grundbuchamt dem Antragsteller die geänderte Rechtslage mitteilen, um Gelegenheit zur Änderung zu geben.<sup>83</sup>

Schließlich stellte der BGH<sup>84</sup> klar, dass sämtliche Zinsvereinbarungen, bei denen auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße abgestellt wird, entsprechend zu behandeln sind. Bei anderen zulässigen Bezugsgrößen, die nicht gesetzlich bestimmt sind, ist aber nach wie vor die Angabe eines Höchstzinssatzes wegen § 1115 BGB erforderlich.<sup>85</sup> Problematisch ist weiterhin, ob bei variablen Zinsen, die sich zwar an nicht gesetzlich bestimmte, aber zulässige, ohne weiteres bestimmbare und im Eintragungstext klar benennbare Bezugsgrößen (z.B. Verbraucherpreisindex – VPI) anlehnen, ebenso verfahren werden kann oder im Grundbuch weiterhin noch ein Höchstzinssatz eingetragen werden muss.<sup>86</sup>

## 2. Vormerkung für Grundschuld-Rückgewähransprüche

In der Rechtspraxis spielt in den letzten Jahrzehnten die Grundschuld gegenüber der Hypothek eine bedeutende Rolle und hat diese nahezu verdrängt. Dadurch läuft der Lösungsanspruch gleich- und nachrangiger Gläubiger nach § 1179 a BGB weitgehend ins Leere. Während bei der Hypothek automatisch mit der Darlehensrückzahlung eine Eigentümergrundschuld entsteht (§ 1163 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 1177 BGB), bleibt die Grundschuld zunächst als Recht des Gläubigers erhalten. Da auch in den meisten Grundschuldformularen oder den davon getrennten Zweckbestimmungsvereinbarungen die Abmachung enthalten ist, dass Zahlungen immer nur auf die Forderung erfolgen und nicht auf die Grundschuld, kommt die Entstehung einer Eigentümergrundschuld auf gesetzlichem Wege kaum vor (z.B. bei Tilgung der Grundschuld selbst, bei Verzicht auf die Grundschuld).

Der Abtretung der Rückgewähransprüche kommt in der Praxis eine wesentlich größere Bedeutung zu als dem gesetzlichen Instrumentarium der Lösungs Vormerkung nach § 1179 BGB und des gesetzlichen Lösungsanspruchs nach §§ 1179 a, 1179 b BGB. Die Kreditwirtschaft lässt sich als In-

haber nachrangiger Grundpfandrechte diese Rückgewähransprüche des Grundstückseigentümers gegen Inhabern vorrangiger Grundschulden abtreten.<sup>87</sup> In der Kreditpraxis wird die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der Rückgewähransprüche meist nicht veranlasst.

Trotz der Abtretung und deren Bekanntgabe an den vorrangigen Grundschuldgläubiger kann der nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger die Übertragung der Grundschuld an einen gutgläubigen Dritten nicht verhindern. Will ein gleich- oder nachrangiger Gläubiger ganz sichergehen, so lässt er sich bei der vorrangigen Grundschuld eine Vormerkung zur Sicherung des an ihn abgetretenen Rückgewähranspruchs eintragen<sup>88</sup>, da erst dann die volle Gewähr dafür besteht, dass über das vorrangige Recht nach Wegfall seines Sicherungszwecks nicht mehr rechtswirksam zum Nachteil des gleich- oder nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigers verfügt werden kann. Nur in einem solchen Fall ist der Gläubiger der Rückgewähransprüche gemäß §§ 883, 888 BGB nach Eintragung der Rückgewährvormerkung gegen vormerkungswidrige Verfügungen (wie z.B. Abtretung der Grundschuld) des Grundschuldgläubigers geschützt.

Für nachrangige Zwangsgläubiger ist die Pfändung der dem Grundstückseigentümer zustehenden Ansprüche auf Rückgewähr einer vorrangigen Grundschuld von besonderer Bedeutung. Der bedingte und erst künftige Rückgewähranspruch ist als Vermögensgegenstand gem. §§ 857, 851, 829 ZPO pfändbar. Zu pfänden ist der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Rückgewähr durch Rückabtretung, Verzicht oder Aufhebung. Für Zwangsgläubiger wird sich nun auf Grund der Entscheidung des BGH vom 22.7.2004<sup>89</sup> die Notwendigkeit ergeben, die Rückgewähransprüche ihres Schuldners zu pfänden und sich mit entsprechender Grundbucheintragung zu schützen.

Bei eingetragener Rückgewährvormerkung unterliegt der Pfändung lediglich der Rückgewähranspruch; die Pfändung erfasst jedoch die Vormerkung als unselbstständiges Nebenrecht und kann bei der Rückgewährvormerkung auf Antrag des Vormerkungsberechtigten oder des Pfandgläubigers berichtigend im Grundbuch eingetragen werden. Die Grundbuchberichtigung stellt klar, dass Berechtigter des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auch der Pfandgläubiger mit seiner durch die Pfändung erlangten Rechtsstellung ist.

Da der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer Rückgewährvormerkung Nebenrecht der gepfändeten Rückgewähransprüche ist, kann der Pfandgläubiger auch selbstständig verlangen, dass die Rückgewähransprüche durch Vormerkung gesichert und die Pfändung bei dieser Rückgewährvormerkung in das Grundbuch eingetragen wird. Solange für den Gläubiger des Rückgewähranspruchs noch keine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist, kann nämlich die Pfändung im Grundbuch nicht vermerkt werden (§ 39 GBO). Zu beachten ist deshalb der Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO.

## 3. Insolvenzzrechtliche Rückschlagsperre

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden die im Wege der Zwangsvollstreckung innerhalb der Frist des § 88 InsO

<sup>79</sup> DNotI-Report 2006, 58 = DNotZ 2006, 526 = RNotZ 2006, 60 = NotBZ 2006, 170 = Rpfleger 2006, 313 m. zust. Anm. Wagner = ZNotP 2006, 184 = ZfIR 2006, 372 m. zust. Anm. Clemente.

<sup>80</sup> Zum Sprachverständnis „Prozente“ und „Prozentpunkte“ Weidlich, DNotZ 2004, 820. Zum Basiszinssatz Rellermeyer, Rpfleger 2002, 193.

<sup>81</sup> Ebenso Wagner, Rpfleger 2006, 314; ders., Rpfleger 2004, 668, 673. Auch bei der Vollstreckung sind z.B. Wertsicherungsklauseln hinreichend bestimmt, wenn sie auf einen Lebenshaltungskostenindex abstellen, der damit offenkundig i.S. von § 291 ZPO ist, BGH DNotI-Report 2004, 63.

<sup>82</sup> Ebenso Wagner, Rpfleger 2006, 314; ders., Rpfleger 2004, 668, 673.

<sup>83</sup> Wagner, Rpfleger 2006, 314; ders., Rpfleger 2004, 668, 671.

<sup>84</sup> Rpfleger 2006, 313.

<sup>85</sup> Ebenso Wagner, Rpfleger 2006, 314.

<sup>86</sup> Dazu Wagner, Rpfleger 2006, 314.

<sup>87</sup> BGH Rpfleger 1985, 103 = NJW 1985, 800 = WM 1985, 12.

<sup>88</sup> Eintragungstext: „Vormerkung zur Sicherung der Ansprüche des ... gegen den Grundschuldgläubiger wahlweise zu verlangen: 1. die Übertragung der Grundschuld auf sich; 2. die Aufhebung der Grundschuld; 3. den Verzicht auf die Grundschuld. Bezug: Bewilligung vom ...; eingetragen am ...“ oder kürzer (entnommen KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, § 11 GBV Rn. 26): „Rückgewährvormerkung für ... gemäß Bewilligung vom ...; eingetragen am ...“.

<sup>89</sup> BGH Rpfleger 2004, 717. Dazu ausführlich Hintzen/Böhringer, Rpfleger 2004, 661.

erlangten Sicherungen kraft Gesetzes unwirksam. Wurde die Zwangseintragung erst nach Insolvenzeröffnung eingetragen, so steht der Eintragung das Verbot aus § 89 InsO entgegen. Das Unwirksamwerden der Sicherung bedeutet, dass die zunächst zu Gunsten des Gläubigers eingetretene materielle Wirkung der Sicherung von selbst entfällt. Der Gläubiger hat ab Insolvenzeröffnung keine Sicherung mehr. Die Unwirksamkeit tritt kraft Gesetzes ein, jedoch nicht rückwirkend. Es kann sich jedermann auf die Unwirksamkeit berufen. Die Unwirksamkeit wirkt nicht relativ, sondern absolut. Die Vollstreckungsorgane müssen sie von Amts wegen berücksichtigen, auch das Grundbuchamt. Ein Schutz des guten Glaubens ist ausgeschlossen.

Interessant ist die Frage, was „unwirksam“ im Sinne dieser Vorschrift bedeutet. Nach der Entscheidung des BGH<sup>90</sup> stehen solchermaßen eingetragene Zwangs- und Arresthypotheken nicht dem Eigentümer zu. Im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) war dies bereits schon so vom BGH<sup>91</sup> entschieden worden. Gegen die bislang in Rechtsprechung<sup>92</sup> und Literatur<sup>93</sup> nahezu einhellig vertretene Ansicht ist der BGH der Meinung, dass eine von der Rückschlagsperre erfasste Zwangshypothek erlischt; eine analoge Anwendung von § 868 ZPO verneint der Gerichtshof. Weiterhin ist der BGH der Meinung, dass die zunächst erloschene Zwangshypothek, sofern sie zwischenzeitlich noch nicht im Grundbuch gelöscht wurde, in entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB ohne erneute Eintragung wieder auflebt, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück aus der Masse freigibt bzw. das Insolvenzverfahren aufgehoben wird und die Gläubigerforderung noch vollstreckbar ist. Will der Insolvenzverwalter die Zwangshypothek löschen lassen, so ist zur Berichtigung des Grundbuchs entweder eine Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) oder ein Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) erforderlich.<sup>94</sup> Nicht behandelt der BGH die Konsequenzen seiner neuen Rechtsmeinung im Grundstücksrecht, wie dies alles im Grundbuch umgesetzt wird.<sup>95</sup>

## VII. Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

### 1. Personenverband eigener Art

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht rechtsfähig ausgestaltet worden. Fünf Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Wohnungseigentümergebietes hat der BGH<sup>96</sup> die Rechtsnatur der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer „teilenträtselt“ und erklärte die Wohnungseigentümergeinschaft für (teil-)rechtsfähig. Auch wenn dogmatisch und systematisch manches diskutierte werden muss und bedenklich erscheint<sup>97</sup>, entspricht die Entscheidung

jedenfalls im Notar- und Grundbuchbereich einem dringenden Bedürfnis der Praxis. Für das Grundbuchamt bestanden bisher vor allem Zweifel, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft als Gläubiger einer Zwangshypothek für Hausgeldrückstände in das Grundbuch einzutragen war.<sup>98</sup>

Die Wohnungseigentümergeinschaft hat nunmehr eine eigene (sog. partielle) Teil-Rechtsfähigkeit, so weit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt. Es handelt sich um einen Verband sui generis. Die Teilrechtsfähigkeit hängt nicht von der Größe der Wohnungseigentümergeinschaft ab, etwa von der Zahl der Miteigentümer.

Keinesfalls ist der Personenverband Zuordnungsobjekt für das gemeinschaftliche Eigentum am Grundstück. Dieses gemeinschaftliche Eigentum ist ebenso wie das Sondereigentum den Wohnungs- und Teileigentümern persönlich zugeordnet. Das Sondereigentum und das gemeinschaftliche Eigentum am Grundstück bleiben ausschließlich in den Händen der Miteigentümer und sind nicht Teil des Vermögens des Verbands.

Der Anteil des einzelnen Gemeinschafters am Vermögen des Personenverbands geht bei einem Eigentumswechsel zusammen mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Grundstück und dem Sondereigentum an der Wohnung automatisch auf den Erwerber über, ohne dass es einer besonderen Abtretung bedarf.<sup>99</sup> Die Wirkungen des Übergangs treten ein mit dem Tag des Eigentumswechsels, also dem Vollzug der Auflassung im Grundbuch.

### 2. Künftig Sammelbezeichnung zulässig

Träger des Vermögens einschließlich der gemeinschaftlichen Forderungen und Verbindlichkeiten ist nach Ansicht des BGH unabhängig von einem Eigentümerwechsel der Verband. Soll für die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft eine Zwangshypothek im Grundbuch eingetragen werden, so ist der Gläubiger genau zu bezeichnen. Nach übereinstimmender Meinung der Obergerichte konnte bis zur Entscheidung des BGH vom 2.6.2005<sup>100</sup> die Wohnungseigentümergeinschaft als solche mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht als Berechtigte eines dinglichen Rechts im Grundbuch eingetragen werden. Dies hat sich nun geändert und vereinfacht die Beitreibung des Wohngeldes und die Eintragung der entsprechenden Zwangshypothek.

<sup>90</sup> DNotI-Report 2006, 82 = DNotZ 2006, 514 = NotBZ 2006, 133 = Rpfleger 2006, 253 m. krit. Anm. Demharter = Rpfleger 2006, 387 m. krit. Anm. Bestelmeyer = ZinsO 2006, 261 = ZfIR 2006, 441 m. Anm. Volmer = ZIP 2006, 479. Dazu auch Wilsch JurBüro 2006, 396; Keller ZIP 2006, 1174; ders., ZfIR 2006, 499; Thietz-Bertram ZinsO 2006, 527; Alff/Hintzen ZinsO 2006, 481.

<sup>91</sup> Rpfleger 2000, 384 = ZIP 2000, 931.

<sup>92</sup> BayObLGZ 2000, 176 = FGPrax 2000, 135 = Rpfleger 2000, 448 = NJW-RR 2001, 47; OLG Düsseldorf FGPrax 2003, 349 = Rpfleger 2000/4, 39 m. zust. Anm. Deimann.

<sup>93</sup> Demharter, GBO, 25. Aufl., Anh. zu § 44 Rn. 66; Hintzen, Rpfleger 1999, 256; ders., EwiR 2000, 887; Deimann, Rpfleger 2000, 193.

<sup>94</sup> BGH Rpfleger 2000, 384 = ZIP 2000, 931; LG Nürnberg-Fürth Rpfleger 2001, 410 m. zust. Anm. Zimmermann; BayObLG Rpfleger 2000, 448 = FGPrax 2000, 135 = ZfIR 2000, 633; LG Meiningen ZIP 2000, 416. Dazu Böttcher, RpfStud. 2002, 54; Keller, ZIP 2000, 1324.

<sup>95</sup> Kritisch bereits Alff/Hintzen, ZinsO 2006, 481; Bestelmeyer, Rpfleger 2006, 387; Keller, ZfIR 2006, 499 (zum Nachweis des Zeitpunkts des Eingangs des Antrags auf Insolvenzeröffnung).

<sup>96</sup> BGH DNotZ 2005, 776 = FGPrax 2005, 143 = NJW 2005, 2061 = NotBZ 2005, 327 = NZM 2005, 543 = Rpfleger 2005, 521 m. Anm. Dümig = WM 2005, 1423 = ZfIR 2005, 506 m. Anm. Lüke = ZIP 2005, 1233 = ZMR 2005, 547 m. Anm. Häublein = ZNotP 2005, 381. Zustimmung Demharter, NZM 2005, 601; Schmidt, NotBZ 2005, 309. Besonders kritisch Bork, ZIP 2005, 1205. Die Entscheidung des BGH ist ein Feuerwerk neuer Rechtserkenntnisse bei der Wohnungseigentümergeinschaft. Besprechung von Böttcher, RpfStud. 2005, 171; Demharter, ZWE 2005, 357; ders., Rpfleger 2006, 120; Böhringer, Rpfleger 2006, 53; Wenzel, ZNotP 2006, 82; Armbrüster, ZWE 2005, 369. Zur Auswirkung auf die persönliche Haftung der Eigentümer und die Insolvenzfähigkeit Häublein, ZIP 2005, 1720. Zu BGH auch Wenzel, ZNotP 2006, 82; Böhringer, Rpfleger 2006, 53; Wilsch, RNotZ 2005, 536; Hügel, ZAP Nr. 24 v. 14.12.2005 Fach 7 S. 295; Maroldt, ZWE 2005, 361; Dümig, Rpfleger 2005, 521; Lüke, ZfIR 2005, 506; Schmidt, NotBZ 2005, 309.

<sup>97</sup> Besonders kritisch Bork, ZIP 2005, 1205.

<sup>98</sup> Dazu Böhringer, BWNotZ 1988, 1.

<sup>99</sup> BGH Fn 96; KG FGPrax 2000, 94 = NZM 2000, 830 = WE 2000, 107 = WuM 2000, 326 = ZWE 2000, 224. Zu bisherigen Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung Lingk, RNotZ 2001, 421, 436; Galster, ZWE 1995, 290, 292.

<sup>100</sup> BGH Fn 96. Zustimmung Wenzel, ZNotP 2006, 82; Böhringer, Rpfleger 2006, 53; Demharter, NZM 2005, 601; so schon früher Böhringer, BWNotZ 1988, 1; BayObLGZ 1984, 239 = DNotZ 1985, 424 = Rpfleger 1985, 102; BayObLG Rpfleger 1996, 21 = MittBayNot 1995, 296 = ZMR 1995, 498; KG OLGZ 1986, 47 = Rpfleger 1985, 435; OLG Köln MDR 1995, 26; LG Frankfurt Rpfleger 1993, 238 = NJW-RR 1993, 589; LG Lübeck Rpfleger 1992, 343 = KTS 1993, 70; dazu auch Bärmann, DNotZ 1985, 395; Röhl, NJW 1987, 1049; Zimmermann, DNotZ 1991, 153; Demharter, FGPrax 1995, 3.

Der BGH<sup>101</sup> bejaht ausdrücklich – noch offen gelassen bei seiner GbR-Entscheidung<sup>102</sup> – die Eintragungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft als solcher im Grundbuch als Gläubiger einer Hypothek, insbesondere einer Wohngeldhypothek, demnach also ohne Angabe der einzelnen Gemeinschaftler und somit ohne Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses. Im Titel und in der Grundbucheintragung sind nicht mehr sämtliche Wohnungseigentümer namentlich aufzuführen bzw. mittels einer Liste, sondern nur noch der Personenverband. Die bisher zugelassene Möglichkeit, den Verwalter als Verfahrensstandschafter und damit als Gläubiger<sup>103</sup> der Wohngeldhypothek einzutragen, ist nunmehr nicht mehr zulässig.<sup>104</sup> Der BGH bejaht für die Wohnungseigentümergeinschaft eine gewisse Identitätsausstattung durch Anknüpfung an das Grundbuch. Die Bezeichnung der Gemeinschaft könne durch eine Angabe des Grundstücks geschehen, auf dem die Wohnanlage sich befindet.<sup>105</sup> Diese früher schon von Bärmann<sup>106</sup>, Röhl<sup>107</sup> und Böhringer<sup>108</sup> vertretene Meinung wurde nun vom BGH bestätigt. Mit der Sammelbezeichnung ist eine eindeutige Identifizierung des Gläubigers an Hand des Grundbuchs möglich, auch bei wechselndem Bestand der einzelnen Wohnungseigentümer.<sup>109</sup> Es gibt wohl keine eindeutigere Feststellung der Identität der Gläubiger als die aus dem Grundbuch selbst.

### 3. Folgeprobleme

Fraglich ist, wie das Grundbuchamt mit bisherigen Vollstreckungstiteln bei künftiger Beantragung einer Zwangshypothek umzugehen hat.<sup>110</sup> Noch nicht geklärt ist, ob § 727 ZPO entsprechend angewandt werden kann<sup>111</sup>. Oder genügt eine „Richtigstellung“ der Gläubigerbezeichnung wegen Identität der Beteiligten, wie das OLG München<sup>112</sup> meint. Das LG Hamburg<sup>113</sup> erlaubt die Eintragung der Zwangshypothek ohne weiteres, obwohl der vorgelegte Titel nicht unter Bezeichnung des Personenverbands erstritten wurde, sondern unter Auflistung aller Eigentümer als Gläubiger und der Benutzung einer Eigentümerliste. In seiner Anmerkung zu LG Hamburg betont Demharter<sup>114</sup>, dass aufgrund eines rechtskräftigen Vollstreckungstitels, der als Gläubiger die namentlich bezeichneten Wohnungseigentümer ausweist, das Grund-

buchamt nur diese als Gläubiger einer Zwangshypothek im Grundbuch eintragen kann.<sup>115</sup>

Ebenfalls fraglich ist, ob es bei früheren Grundbucheintragungen bleibt oder ob eine „Umschreibung“ der Gläubigerbezeichnung auf den rechtsfähigen Verband der Wohnungseigentümer in Betracht kommt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es auch ab, wer über die Zwangshypothek künftig verfügen kann. Demharter<sup>116</sup> verneint die „Umschreibung“ der Zwangshypothek. Geht man mit dem OLG München<sup>117</sup> davon aus, dass sich durch die Änderung der Rechtsprechung nichts an der Identität der Beteiligten änderte, so käme eine Richtigstellung des Grundbuchs in Betracht. Der Verwalter wäre hierzu antragsberechtigt.<sup>118</sup>

Bei künftigen Verfügungen über die Hypothek wie z. B. Rangrücktritt, Abtretung oder Löschung gibt der Verwalter die Eintragungsbewilligung ab.<sup>119</sup> Nach LG Frankfurt<sup>120</sup> reicht eine Löschungsbewilligung des Verwalters dann nicht aus, wenn die einzelnen Wohnungseigentümer namentlich und nicht als Gemeinschaft im Grundbuch bezeichnet sind. Weiter ist der Verwalter berechtigt, bei der Empfangnahme der Zahlungen und Erteilung der lösungsfähigen Quittung<sup>121</sup> den im Grundbuch eingetragenen Personenverband zu vertreten. Dem Grundbuchamt ist der Nachweis zu erbringen, dass der Verwalter bei Antragstellung zur Eintragung der Hypothek oder bei den Verfügungen über die Hypothek der Verwalter ist (§ 24 Abs. 6 und § 26 Abs. 4 WEG). Ist allerdings der Verwalter im Titel aufgeführt, entfällt eine derartige Prüfungspflicht des Grundbuchamts.

## VIII. Europarechtliche Aspekte

### 1. Europarechtliches Beihilfeverbot

Europäisches Recht kann für die Grundbuchpraxis von Bedeutung sein, als es unmittelbar in den Mitgliedsstaaten wirkt. Art. 87 EGV unterwirft staatliche Beihilfen ab einer bestimmten Höhe einer Notifizierungspflicht der EU-Kommission. Eine notifizierungspflichtige Beihilfe kann z.B. vorliegen bei einer verbilligten Abgabe eines Grundstücks einer Kommune an ein Unternehmen. Strittig ist, ob Grundstücksgeschäfte, die das europarechtliche Beihilfeverbot nicht beachten, unwirksam sind.<sup>122</sup> Fraglich ist auch, ob das Grundbuchamt eine Prüfungspflicht hat, was zu verneinen ist.<sup>123</sup>

### 2. Verfügungsbeschränkungen

Neben den nationalen Vorschriften über Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsentziehungen sind auch europarechtliche Verfügungsverbote vom Grundbuchamt zu beachten. Ein solches Verbot zu Lasten von Privatpersonen besteht nach Art. 2 Abs. 2 i. V. mit Art. 1 Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27.5.2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen be-

<sup>101</sup>BGH Fn. 96. Zustimmung Wenzel, ZNotP 2000/6, 82; Demharter, NZM 2005, 601. So schon früher Böhringer, BWNNotZ 1988, 1.

<sup>102</sup>BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = DNotI-Report 2001, 41 = BB 2001, 374 = MDR 2001, 459 = NZM 2001, 299 = NJW 2001, 1056 = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. Ann. = Rpfleger 2001, 246 = NJW 2001, 1056 = RNotZ 2001, 224 = ZIP 2001, 330 = EWIR 2001, 341 (Prütting) = WM 2001, 408 = ZMR 2001, 338. Zu Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit im Grundstücksverkehr Lautner, MittBayNot 2001, 425. Dazu grundsätzlich Raiser, ZWE 2001, 173; Kappus, NZM 2001, 353; Schmidt, ZWE 2004, 42.

<sup>103</sup>BGHZ 148, 392 = DNotI-Report 2001, 198 = FGPrax 2002, 7 = NJW 2001, 3627 = NZM 2001, 1078 = Rpfleger 2002, 194 = ZfIR 2001, 1029 = ZMR 2002, 134.

<sup>104</sup>Ebenso Schmidt, NotBZ 2005, 309.

<sup>105</sup>Die Sammelbezeichnung im Titel und im Grundbuch könnte lauten: „Zwangshypothek für die Wohnungseigentümergeinschaft an Flst. ... X-Straße Gemarkung ... (Wohnresidenz Seeblick)“. Dümig (Rpfleger 2005, 528) schlägt vor: „Sicherheitshypothek für die Verwaltungsgemeinschaft der Wohnungseigentümer der in den Blättern ... des Grundbuchs von ... eingetragenen Miteigentumsanteilen am Grundstück ... Flur ... Flst. ...“ Bauer/von Oefele (GBO, 2. Aufl. 2006, AT V 313) schlägt vor: „Wohnungseigentümergeinschaft hinsichtlich des Grundstücks der Gemarkung X Flst. Y“ oder „Wohnungseigentümergeinschaft zu Wohnungs-/Teileigentumsgrundbüchern X Blätter n1 - ny“.

<sup>106</sup>DNotZ 1985, 411.

<sup>107</sup>NJW 1987, 1051.

<sup>108</sup>BWNNotZ 1988, 1.

<sup>109</sup>Ebenso Dümig, Rpfleger 2005, 528. Eingehend Böhringer, Rpfleger 2006, 53.

<sup>110</sup>So Schmidt, NotBZ 2005, 309, 312.

<sup>111</sup>Dazu Demharter, ZWE 2005, 357, 360.

<sup>112</sup>ZMR 2005, 729.

<sup>113</sup>Rpfleger 2006, 10.

<sup>114</sup>Rpfleger 2006, 120.

<sup>115</sup>Ebenso Wilsch, RNotZ 2005, 536, 539.

<sup>116</sup>NZM 2005, 601, 604; Demharter, Rpfleger 2006, 120. Dazu auch Hügel, DNotZ 2005, 753, 768.

<sup>117</sup>OLG München ZMR 2005, 729.

<sup>118</sup>Dazu Böhringer, Rpfleger 2006, 53.

<sup>119</sup>Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 2006, 53.

<sup>120</sup>RNotZ 2006, 63.

<sup>121</sup>BayObLGZ 1995, 103 = DNotZ 1995, 627 = FGPrax 1995, 22 = Rpfleger 1995, 410 = NJW-RR 1995, 852 = MittBayNot 1995, 285 m. zust. Anm. Röhl = ZMR 1995, 498; BayObLG Rpfleger 2001, 296 = ZMR 2001, 369. Zustimmung Demharter, NZM 2005, 601. Dazu auch Böttcher, RpfStud. 2005, 65, 75.

<sup>122</sup>Bejahend Pechstein, EuZW 1998, 495; verneinend: Böhringer, OV spezial 1998, 242; ders., OV spezial 1999, 119; Meikel/Grziwotz, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, Einl. J 181. Ausführlich Verse, AcP 204 (2004), 855; Kemper, BGH-Report 2003, 857. Zum AusgLeistG BGH NJ 2003, 592 = VIZ 2003, 340 = ZfIR 2004, 73 = ZOV 2003, 240 = MittBayNot 2004, 250.

<sup>123</sup>Dazu Meikel/Grziwotz, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, Einl. J 181; Waldner, in: Bauer/von Oefele, GBO 2. Aufl. 2006, AT VIII 79.



stimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates (Amtsblatt L 139/9 vom 29.5.2002) i. V. mit der Verordnung (EG) Nr. 1277/2004 der Kommission vom 12.7.2004 zur 37. Änderung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates (Amtsblatt L 241/12 v. 13.7.2004). Danach dürfen den vom VN-Sanktionsausschuss benannten und in Anhang I aufgeführten natürlichen Personen weder direkt noch indirekt wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden oder zugute kommen, wodurch diese Personen Gelder, Waren oder Dienstleistungen erwerben können. Wirtschaftliche Ressourcen sind Vermögenswerte jeder Art, wozu auch Grundstücke zu zählen sind. Durch dessen Weiterveräußerung können Gelder, Waren oder Dienstleistungen erworben werden. Die Verfügungsbeschränkung (relatives Veräußerungsverbot) ist mit Veröffentlichung im Amtsblatt L 241/12 der EG am 13.7.2004 (Art. 2 der VO EG Nr. 1277/2004) i. V. mit der Veröffentlichung im Amtsblatt der EG am 29.5.2002 (Art. 13 VO EG Nr. 881/2002) eingetreten.<sup>124</sup>

### 3. Dingliche Rechte für EG, EU, SE, SCE

Juristische Personen können im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragen werden. Inländische Rechtsträger sind auch die Europäische Gesellschaft (SE)<sup>125</sup> und die Europäische Genossenschaft (SCE).<sup>126</sup>

Nach deutschem Recht ist die Europäische Gemeinschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts, weil sie auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Gründungsaktes entstanden ist<sup>127</sup>. Aus Art. 210 EG-Vertrag ergibt sich, dass die Europäische Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit besitzt, d. h. dass ihr die Völkerrechtssubjektivität zuerkannt ist<sup>128</sup>. In Art. 211 des EG-Vertrags ist geregelt, dass die Europäische Gemeinschaft in jedem Mitgliedsstaat die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit besitzt, die juristischen Personen nach dessen Rechtsvorschriften zuerkannt ist. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gemeinschaft ist dabei unbeschränkt und nicht auf die Vornahme bestimmter Handlungen begrenzt<sup>129</sup>. Die Gemeinschaft wird gemäß Art. 211 S. 2 EG-Vertrag von der Kommission vertreten. Unabhängig von der Handlungskompetenz anderer Organe steht daher der Kommission die alleinige Vertretungsbefugnis zu. Die Eu-

ropäische Gemeinschaft kann daher im Grundbuch als Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eingetragen werden.

Voraussetzung für die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu Gunsten der Europäischen Union ist, dass dieser Rechtsfähigkeit zukommt, was problematisch ist. Mit dem Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag) vom 7.2.1992<sup>130</sup>, wurde eine Europäische Union gegründet. In Abschnitt A Abs. 3 des Vertrages ist ausgeführt, dass die Grundlage der Union die Europäischen Gemeinschaften sind. Im Übrigen bestehen gemäß Art. M des Vertrages die bisherigen Gemeinschaftsverträge fort. Die durch diesen Vertrag geschaffene Europäische Union verdrängt die bislang bestehenden Gemeinschaften nicht; diese bestehen vielmehr fort<sup>131</sup>. Die Europäische Union stellt eine Art „Dachorganisation“ bezüglich der Europäischen Gemeinschaften dar<sup>132</sup>. Dieser kommt jedoch nach dem Vertrag keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Allerdings kann einer internationalen Organisation auch ohne ausdrückliche Verleihung in ihrem Gründungsstatut Rechtsfähigkeit erlangen, sofern ein derartiger Wille der Mitgliedstaaten zu erkennen ist<sup>133</sup>, was nach Auffassung Hilfs<sup>134</sup> noch nicht erkennbar ist und zur Folge hat, dass der Europäischen Union weder durch den Vertrag Rechtsfähigkeit verliehen wird noch eine solche aus ihren Befugnissen hergeleitet werden kann<sup>135</sup>. Demnach kann die Europäische Union nicht Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein; eine solche kann wohl nur zu Gunsten der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 211 EG-Vertrag bestellt werden.

### 4. Ersuchen supranationaler Behörden

Die Behörden der Europäischen Union handeln nach Maßgabe der ihnen durch Rechtsakt eingeräumten auch in den Mitgliedsstaaten wirkenden Hoheitsbefugnisse.<sup>136</sup> Das ständige Verwaltungsorgan der EU kann ein deutsches Grundbuchamt um eine Eintragung in das Grundbuch ersuchen (§ 38 GBO), vorausgesetzt, es darf nach seinen administrativen Befugnissen auf die Verlautbarung eines grundstücksrelevanten Vorgangs im amtlichen Grundstücksregister hinwirken.<sup>137</sup>

<sup>124</sup> Einzelheiten LG Berlin Rpfleger 2006, 183.

<sup>125</sup> Vgl. VO (EG) Nr. 2157/01 vom 8.10.2001 (Abl. EG Nr. L 294) nebst deutschem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) vom 22.12.2004 (BGBl. I, 3675), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.9.2005 (BGBl. I, 2802). VO 1435/2003 vom 22.5.2003 (Abl. EG Nr. L 207).

<sup>126</sup> Deutsches SCE-Ausführungsgesetz (SCEAG) vom 14.8.2006 (BGBl. I, 1911).

<sup>127</sup> Geiger, Geiger, EG-Vertrag-Kommentar, 2. Aufl. 1995, Art. 211 Rnr. 1.

<sup>128</sup> Vgl. Lenz/Röttinger, EG-Vertrag-Kommentar, 1994, Art. 210 Rnr. 1; Geiger, EG-Vertrag-Kommentar, 2. Aufl. 1995, Art. 210 Rnr. 2.

<sup>129</sup> Lenz/Röttinger, a.a.O., Art. 211 Rnr. 5.

<sup>130</sup> In Kraft getreten am 1.11.1993 gemäß Bekanntmachung vom 19.10.1993, BGBl. II, 1947.

<sup>131</sup> Vgl. Hilf in Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Stand Oktober 1995, Art. A EUV Rnr. 5.

<sup>132</sup> Klein/Haratsch, DÖV 1993, 788.

<sup>133</sup> IGH, Gutachten vom 11.4.1949, Reparation for Injuries, ICJ-Report 1949, S. 174/178 ff., Hilf, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, S. 187.

<sup>134</sup> AaO Rn. 26.

<sup>135</sup> Vgl. auch Bleckmann, DVBl. 1992, S. 335; Everling, DVBl. 1993, 941; Oppermann/Classen, NJW 1993, 10; Winter, DöV 1993, S. 177; BVerfGE 89, 155/195.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 23, 24, 88 GG; BVerfGE 89, 155.

<sup>137</sup> So Bauer, in: Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 38 Rn. 15.

### Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/9 26-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2 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.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).