

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Dezember 2011
ISSN 1434-3460

24/2011

Mit Beilage *BNotK-Info*,
„ZTR Spezial“

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 34, 5 Abs. 3 S. 2; FamFG § 399 – Einziehung eines Geschäftsanteils; Konvergenzgebot; Nennbetragsanpassung; Altfall; Satzungsichtigkeit; Amtsauflösung; Aufstockung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

EGBGB Art. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 S. 2 – Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Ehegatten durch Erbvertrag bei im Ausland (hier: Liechtenstein) anhängigem Scheidungsverfahren

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 3, Abs. 5 – Grunderwerbsteuerpflicht des Grundstückserwerbs bei freiwilliger Baulandumlegung; Unterschiede zum amtlichen Umlegungsverfahren; Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. b GrEStG; Gleichbehandlungsgrundsatz

BauGB § 124; VwVfG §§ 56, 59; LVwG-SH §§ 123, 126 – Keine Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags allein wegen Übernahme von Fremdanliegerkosten

BGB § 1896 Abs. 2; GBO § 29 – Keine Betreuung erforderlich, wenn unbedingt erteilter Vorsorgevollmacht zu Unrecht die Akzeptanz verweigert wird

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 34, 5 Abs. 3 S. 2; FamFG § 399 Einziehung eines Geschäftsanteils; Konvergenzgebot; Nennbetragsanpassung; Altfall; Satzungsichtigkeit; Amtsauflösung; Aufstockung

I. Sachverhalt

Eine GmbH hat ein Stammkapital in Höhe von 200.000 DM, das ursprünglich in zwei Geschäftsanteile (Stammeinlagen) im Nennwert von je 100.000 DM eingeteilt war. 1995 wurde ein Geschäftsanteil eingezogen; eine Anpassung des Nennwerts des verbliebenen Anteils an die Stammkapitalziffer erfolgte nicht. In der aktuellen Gesellschafterliste ist der verbliebene Anteil dem Gesellschafter A zugeordnet. Die GmbH soll nunmehr auf eine andere GmbH verschmolzen werden. Der mit der Verschmelzung befasste Notar zweifelt daran, ob A die Verschmelzung als Alleingesellschafter beschließen kann.

II. Frage

Ist die im Jahre 1995 ohne gleichzeitige Anpassungsmaßnahmen beschlossene Einziehung wirksam?

III. Zur Rechtslage

1. Erweitertes Konvergenzgebot nach Inkrafttreten des MoMiG?

a) Meinungsstand

Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F. muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Ausweislich der Regierungsbegründung (BT-Drucks. 16/6140, S. 31) soll dieses **Konvergenzgebot**, anders als nach altem Recht, nicht nur im Gründungsstadium, sondern **auch im weiteren Verlauf der Gesellschaft** gelten. Der wohl **überwiegende Teil der Literatur** (Michalski/Zeidler, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 34; Michalski/Sosnitzer, § 34 Rn. 119; Scholz/Veil, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Nachtrag MoMiG, § 5 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 5 Rn. 6; Henssler/Strohn/Schäfer, Gesellschaftsrecht, 2011, § 5 GmbHG Rn. 7; Henssler/Strohn/Fleischer, § 34 GmbHG Rn. 23; BeckOK-GmbHG/Ziemons, Stand: 1.8.2011, § 5 Rn. 93 f., 96a f.; vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 2010, 29, 30) und die **untergerichtliche Rechtsprechung** (LG Essen RNotZ 2010, 547 = NZG 2010, 867; LG Neubrandenburg ZIP 2011, 1214 = GmbHR 2011, 823) gehen deswegen davon aus, dass die durch Einziehung eines Geschäftsanteils insoweit bewirkte **Divergenz nicht mehr zulässig** ist. Nach anderen beachtlichen Stimmen, die vor allem auf den Charakter des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG als Gründungsvorschrift und die lediglich terminologische Bedeutung der Wortlautänderung verweisen, ist dagegen durch das MoMiG keine Änderung der Rechtslage ein-

getreten (siehe insbesondere Ulmer, DB 2010, 321; GroßkommGmbHG/Casper, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 5 Rn. 14; MünchKommGmbHG/Märtens, 2010, § 5 Rn. 44; Kort, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2009, § 28 Rn. 42; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 3; offenbar auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5 Rn. 10; Braun, GmbHR 2010, 82, 83; zum Problemkreis ausführlich Blath, GmbHR 2011, 1177).

b) Behandlung „isolierter“ Einziehungsbeschlüsse

Sofern eine Änderung bejaht wird, sind die **Konsequenzen** eines ohne gleichzeitige Anpassungsmaßnahmen gefassten, „isolierten“ Einziehungsbeschlusses allerdings wiederum **umstritten**. Nach einer Ansicht ist der **Einziehungsbeschluss** wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. **§ 134 BGB nichtig** (LG Essen RNotZ 2010, 547; LG Neubrandenburg ZIP 2011, 1214; BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 5 Rn. 96a; Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 407; Wachter, GmbHR, Sonderheft Oktober 2008, 5, 11; Römermann, DB 2010, 209). Nach einer anderen, vor allem in der neueren Literatur vertretenen Auffassung soll der Beschluss zwar nicht unwirksam sein, aber es soll eine **Verpflichtung zu (möglichst zügigen) Anpassungsmaßnahmen** bestehen; auch diese Auffassung ist in sich nicht einheitlich (für unverzügliche Anpassung Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 34 Rn. 74; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 65; für Übergangszeit „von etwas über einem Jahr“ Wanner-Laufer, NJW 2010, 1499, 1502; für Anfechtbarkeit des Einziehungsbeschlusses analog § 243 AktG Michalski/Sosnitzka, § 34 Rn. 119; ohne zeitliche Konkretisierung BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand: 1.8.2011, § 34 Rn. 65).

2. Altfälle

Nur wenn man von einer Änderung der Rechtslage ausgeht, stellt sich die (vom Gesetzgeber offenbar übersehene) Frage nach der Behandlung von Altfällen. Selbst unter der Prämisse der Nichtigkeit eines nach dem 1.11.2008 isoliert gefassten Einziehungsbeschlusses dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass **nach früherer Rechtslage ohne Weiteres zulässige isolierte Beschlüsse nicht nachträglich unwirksam** werden können. Allein die durch die Einziehung entstandene **Divergenzlage** wäre nunmehr als **gesetzeswidrig** anzusehen. *Römermann* (DB 2010, 209, 211 f.) und *Ziemons* (BeckOK-GmbHG, § 5 Rn. 95, 97) nehmen insoweit mit dem Eintritt des Gesetzesverstoßes zum 1.11.2008 die **Nichtigkeit der Satzung** und die **Möglichkeit eines Amtsaufhebungsverfahrens gem. § 399 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 FamFG** an. Anknüpfungspunkt ist die Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, die in der Gründungssituation durch Verstöße gegen § 5 Abs. 1-3 GmbHG bewirkt wird (vgl. Scholz/Winter/Westermann, 10. Aufl. 2006, § 5 Rn. 35). Zwar stellt die als gesetzeswidrig erachtete Divergenzlage keinen Satzungsmangel im eigentlichen Sinne dar, denn der Einziehungsvorgang vollzieht sich außerhalb der Satzung und berührt die (im Gründungsstadium zwingende) Angabe nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG nicht. Zumindest wäre aber eine entsprechende Anwendung des § 399 FamFG denkbar (für eine Anwendung etwa auch Keidel/Heinemann, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 399 Rn. 13).

Auf den ersten Blick erscheint die Sanktion der Amtsaufhebung freilich drastisch und überzogen (ausdrücklich ablehnend etwa MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 65 a. E.; zweifelnd auch Wicke, § 34 Rn. 3). Andererseits dürften alternative Möglichkeiten zur Ahndung eines angenommenen Divergenzverbots nicht zur Verfügung stehen. Eine

dem Gutdünken der Gesellschafter überlassene Anpassung ohne gesetzliches Druckmittel ließe ein solches Verbot in Altfällen faktisch leerlaufen. Hinzu kommt, dass die **Folgen des Verfahrens nach § 399 FamFG** für die Gesellschaft bei näherer Betrachtung jedenfalls **nicht untragbar** sind. Insbesondere ist der Gesellschaft vor Auflösung eine Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels, also zu geeigneten **Anpassungsmaßnahmen** (vgl. unten Ziff. 3), **innerhalb angemessener Frist** einzuräumen (vgl. § 399 Abs. 1 FamFG sowie Keidel/Heinemann, § 399 Rn. 22; Prütting/Helms/Maass, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 399 Rn. 19).

3. Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall dürfte davon auszugehen sein, dass die Einziehung im Jahre 1995 auch isoliert, d. h. ohne gleichzeitige Maßnahmen zur Nennbetragsanpassung, beschlossen werden konnte. Der **Geschäftsanteil** und die daraus erwachsenden mitgliedschaftlichen Rechte sind demnach – die Wirksamkeit der Einziehung im Übrigen vorausgesetzt – **vernichtet** worden. Hieran konnte das Inkrafttreten des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F. nichts ändern. Die bestehende Gesellschafterliste, die allein für die formelle Gesellschafterlegitimation und folglich für Teilnahme- und Stimmrecht bei Gesellschafterversammlungen maßgeblich ist (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG), gibt daher auch den materiell-rechtlich zutreffenden Gesellschafterbestand wieder. **A** könnte den **Verschmelzungsbeschluss als einziger in der Liste ausgewiesener Gesellschafter** jedenfalls **allein fassen**. Nur er wäre zudem als allein verbliebener materiell berechtigter Gesellschafter Adressat der Anteilsgewährungspflicht.

Eine andere Frage ist, ob die Konvergenz i. S. d. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG zum jetzigen Zeitpunkt – nach Inkrafttreten des MoMiG – noch hergestellt werden muss. Selbst wenn man die Voraussetzungen einer Amtsaufhebung für gegeben hält, steht dies einer Verschmelzung nicht entgegen (vgl. auch § 3 Abs. 3 UmwG). Grundsätzlich ist freilich denkbar, die Konvergenz vor Verschmelzung herzustellen. Dies wäre im vorliegenden Fall gänzlich unproblematisch, denn der verbliebene Alleingesellschafter könnte **ohne Weiteres einen formlosen Aufstockungsbeschluss** fassen, durch den der Nennbetrag seines eigenen Anteils um den Nennbetrag des vernichteten Anteils erhöht würde (vgl. auch das Muster von Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, 7. Aufl. 2011, IV.109; siehe ferner zur Aufstockung und den übrigen Anpassungsmaßnahmen **Gutachten DNotI-Report 2010, 29, 30 ff.**). Ein Konflikt mit dem Teilbarkeitsgebot (vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG) kann bei der Aufstockung des einzigen Anteils eines Alleingeschafters nicht eintreten (zu Problemen der – insbesondere disquotalen – Aufstockung Blath, GmbHR 2011, 1177, 1181 ff.). Selbstverständlich müsste nach der Aufstockung eine im Nennbetrag aktualisierte Gesellschafterliste eingereicht werden.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

Wissenschaftliches Symposium

Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?

Freitag, 20. Januar 2012

Tagungszentrum des Juliusspitals Würzburg

Zugang: Klinikstraße 1 bzw. Juliuspromenade 19/Garagenzufahrt: zwischen Koellikerstraße 2a - 4

09.00 Uhr *Kaffee und Gebäck*

09.20 Uhr **Begrüßung**, Prof. Dr. Oliver **Remien**, Universität Würzburg, **Tagungsleiter**

09.30 Uhr **Einführung**, Prof. Dr. Dirk **Staudenmayer**, Europäische Kommission,
Generaldirektion Justiz (angefragt)

Vormittagsblock

09.40 Uhr **An assessment of the proposed Regulation on a Common European Sales Law**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ole **Lando**, Copenhagen Business School

10.10 Uhr **Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts**

Prof. Dr. Stefan **Leible**, Universität Bayreuth

10.30 Uhr **Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand**

Prof. Dr. Thomas **Pfeiffer**, LL.M., Universität Heidelberg

10.50 Uhr Diskussion

11.20 Uhr *Kaffeepause*

11.45 Uhr **Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?**

Prof. Dr. Thomas **Ackermann**, LL.M., LMU München

12.05 Uhr **EU-Kompetenz, Funktionsbedingungen und Perspektiven**

Prof. Dr. Hans Christoph **Grigoleit**, LL.M., LMU München

12.25 Uhr Diskussion

13.00 Uhr *Mittagessen*

Nachmittagsblock

14.30 Uhr **Vertragsbegriff und Vertragsabschluss, einschließlich AGB-Problemen**

Prof. Dr. Wolfgang **Ernst**, LL.M., Universität Zürich

14.50 Uhr **Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrechte des Verbrauchers**

Prof. Dr. Dirk **Looschelders**, Universität Düsseldorf

15.10 Uhr Diskussion

15.40 Uhr *Kaffeepause*

16.10 Uhr **Der Verordnungsentwurf und die Problematik seiner Lücken**

Prof. Dr. Beate **Gsell**, maître en droit (Aix-en-Provence), LMU München

16.30 Uhr **Leistungsstörungenrecht**

Prof. Dr. Florian **Faust**, LL.M., Bucerius Law School, Hamburg

16.50 Uhr **Schadensersatz und Rückabwicklung**

Prof. Dr. Christiane **Wendehorst**, LL.M., Universität Wien

17.10 Uhr Diskussion

17.45 Uhr **Schlusswort** – Ende gegen 18.00 Uhr

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung und Tagungsband):

- 80 € für Nichtmitglieder
- 40 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- frei für Notare a. D./Notarassessoren, die NotRV-Mitglied sind
- frei für Universitätsangehörige

Anmeldungen bitte an Europaeisches_Kaufrecht@DNotI.de bzw. **Institut für Notarrecht Würzburg**,
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax 0931/35576225, Internet: www.notrv.de

BGB § 138
Sittenwidrigkeit eines Erlassvertrags bzgl. eines Pflichtanspruchs
Abruf-Nr.: 111766

BGB § 1193
Anwendung von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB bei nachträglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung
Abruf-Nr.: 112211

EGBGB Art. 26
Island: Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments mit einem isländischen Ehemann
Abruf-Nr.: 111008

HBO § 66; BGB §§ 413, 398, 311b
Kaufvertrag über Grundstück samt Bauvorbescheid
Abruf-Nr.: 111025

Rechtsprechung

EGBGB Art. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 S. 2
Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Ehegatten durch Erbvertrag bei im Ausland (hier: Liechtenstein) anhängigem Scheidungsverfahren

1. Zu den Voraussetzungen der Unwirksamkeit der erbvertraglichen Alleinerbeneinsetzung eines Ehegatten gemäß §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn zurzeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser ihr zugestimmt hatte.

2. Zu dem anzuwendenden Recht, wenn die Eheleute ausschließlich deutsche Staatsangehörige sind und das Scheidungsverfahren in Liechtenstein anhängig ist, wohin sie ihren Wohnsitz verlegt hatten.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.10.2011 – 8 W 321/11
Abruf-Nr.: 11006R

Problem

Der Erblasser und die Beschwerdeführerin, beide deutsche Staatsangehörige und seit 1986 verheiratet, hatten im Jahr 1987 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem sie Gütertrennung vereinbart und sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Nach Verlegung ihres gemeinsamen Wohnsitzes nach Liechtenstein stellte die Beschwerdeführerin im Jahr 2008 beim Landgericht Vaduz einen Scheidungsantrag. Der Erblasser stimmte dem Scheidungsbegehren – wenn auch unter Bestreiten der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe – in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zu. Noch vor Ausspruch der Scheidung verstarb der Erblasser. Zu einer Einigung über die Nebenfolgen der Scheidung war es bis zu diesem Zeitpunkt nicht gekommen.

Den von der Beschwerdeführerin gestellten Erbscheinsantrag, der sie als Alleinerbin aufgrund des im Erbvertrag Regelten ausweisen sollte, hat das Nachlassgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Entscheidung

In der die Beschwerde im Ergebnis zurückweisenden Entscheidung befasst sich das OLG auch mit Fragen des anwendbaren Rechts.

Wegen der deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers **unterliegt die Erbfolge gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB dem deutschen Recht.** Die Bestimmung des Art. 3a Abs. 2 EGBGB (vorrangiges Einzelstatut) ist hier nicht einschlägig. Es gelten daher die §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach eine erbvertragliche Erbeinsetzung des anderen Ehegatten unwirksam wird, wenn die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser sie beantragt oder ihr zugestimmt hatte.

Ob die Scheidungsvoraussetzungen gegeben waren, beurteilt sich grundsätzlich **nach dem Scheidungsstatut.** Da nach Art. 17 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB das gemeinsame Heimatrecht berufen ist, findet in der vorliegenden Konstellation also deutsches Recht Anwendung. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass das Landgericht Vaduz dem Scheidungsverfahren wegen des gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute in Liechtenstein liechtensteinisches Recht zugrunde gelegt hat.

Ist jedoch, wie hier, das **Scheidungsverfahren im Ausland geführt** worden, so ist im Wege der **Substitution** zu prüfen, ob eine Einleitung des Verfahrens im Ausland bzw. die in diesem Verfahren vorgenommenen Prozesshandlungen, also die vom Erblasser erklärte Zustimmung zur Scheidung und die Verwirklichung der vom ausländischen Recht aufgestellten Scheidungsgründe, ebenfalls die Tatbestandsmerkmale des § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB auszufüllen vermögen. Dies ist dann der Fall, wenn die Funktion, die die ausländische Rechtshandlung in ihrer eigenen Rechtsordnung erfüllt, mit derjenigen übereinstimmt, die dem inländischen parallelen Vorgang nach Sinn und Zweck der anzuwendenden inländischen Norm zukommt („**funktionelle Gleichwertigkeit**“, vgl. Staudinger/Dörner, BGB, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 802 m. w. N.). Für die Antragstellung beim Landgericht Vaduz und die vom Erblasser in diesem Verfahren erteilte Zustimmung ist dies weder von der Beschwerdeführerin noch vom Gericht angezweifelt worden. Geprüft hat das OLG Stuttgart ferner, ob – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – die Scheidungsklage wegen der fehlenden Regelung der Nebenfolgen nach liechtensteinischem Recht hätte abgewiesen werden müssen, dies jedoch im Ergebnis verneint.

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 3, Abs. 5
Grunderwerbsteuerpflicht des Grundstückserwerbs bei freiwilliger Baulandumlegung; Unterschiede zum amtlichen Umlegungsverfahren; Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. b GrEStG; Gleichbehandlungsgrundsatz

Die tatbestandliche Beschränkung der Grunderwerbsteuerfreistellung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. b GrEStG auf Grundstückserwerbe im amtlichen Umlegungsverfahren (§§ 45 ff. BauGB) verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

BFH, Urt. v. 7.9.2011 – II R 68/09
Abruf-Nr.: 11007R

Problem

Die Kläger erwarben jeweils zu Miteigentum Grundstücke von der Gemeinde G und übertrugen im Gegenzug verschiedene Teilflächen ihnen gehörender Grundstücke auf die Gemeinde. Der Erwerb erfolgte im Rahmen einer **freiwilligen Baulandumlegung** nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB, jeweils mit Zahlungsausgleich für Mehr- bzw. Minderzuteilungen. Der Kläger macht nun geltend, dass § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. b GrEStG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, weil zwar amtliche Umlegungen nach den §§ 45 ff. BauGB von der Grunderwerbsteuer befreit seien, nicht aber freiwillige Umlegungen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB.

Entscheidung

Nach Auffassung des BFH unterliegen Grundstückserwerbe aufgrund freiwilliger Baulandumlegungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 GrEStG der **Grunderwerbsteuer** und sind **nicht** nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. b GrEStG von ihr **ausgenommen**. Ein **Verstoß gegen Art. 3 GG** wegen unterschiedlicher Behandlung von freiwilligen Baulandumlegungen und amtlichen Umlegungen sei **nicht gegeben**, da sich die amtliche Umlegung (§§ 45 ff. BauGB) und die auf Grundlage des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB vorgenommene freiwillige Umlegung sowohl in rechtlicher als auch wirtschaftlicher Hinsicht unterscheiden. Einen **wesentlichen Unterschied zwischen den Verfahren** sah der BFH darin, dass die freiwillige Umlegung auf dem einvernehmlichen Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags beruht, während das amtliche Umlegungsverfahren gem. den §§ 45 ff. BauGB seinem Wesen nach ein förmliches und zwangsweises Grundstückstauschverfahren darstellt. Die Merkmale „**hoheitlicher Zwang**“ einerseits und „**Freiwilligkeit**“ andererseits sind nach dem BFH geeignete Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Steuergegenstands; sie bezeichnen mit Blick auf die angesprochenen Umlegungsverfahren Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Belastung rechtfertigen.

BauGB § 124; VwVfG §§ 56, 59; LVwG-SH §§ 123, 126

Keine Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags allein wegen Übernahme von Fremdanliegerkosten

1. Ein Erschließungsvertrag ist nicht schon deshalb unangemessen i. S. v. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und somit nichtig, weil sich der Erschließungsunternehmer darin zur Übernahme (auch) desjenigen Anteils an den Erschließungskosten verpflichtet, der im Falle der Erhebung von Beiträgen auf im Erschließungsvertragsgebiet gelegene Grundstücke sog. Fremdanlieger entfallen würde.

2. Bundesrecht erlaubt eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten in dem in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB beschriebenen Umfang unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht. Ein etwaiges landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) kann daher einer vertraglichen Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer für im Falle der Beitrags-erhebung nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen nicht entgegen stehen.

BVerwG, Urt. v. 10.8.2011 – 9 C 6.10
Abruf-Nr.: **11008R**

Einführung

Gem. § 123 Abs. 1 BauGB ist die Erschließung von Grundstücken mit Verkehrsanlagen grundsätzlich Aufgabe der Gemeinde. Führt sie die Erschließung in „**Eigenregie**“ durch, so kann sie den ihr entstandenen Aufwand in dem durch die §§ 127 ff. BauGB (bzw. die insoweit bestehenden landesrechtlichen Vorschriften, vgl. Art. 5a Abs. 1 BayKAG, §§ 20, 33 KAGBW) bestimmten Umfang durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf die Grundstückseigentümer umlegen. Dabei verbleibt der Gemeinde gem. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB jedoch eine „**Selbstbeteiligung**“ in Höhe von **mind. 10 %** des beitragsfähigen Erschließungsaufwands. Angesichts leerer Gemeindekassen übertragen daher die Gemeinden die Erschließung regelmäßig durch Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB) auf einen Dritten, der sie in „Fremdregie“ durchführt und sich wegen der von ihm übernommenen Erschließungskosten privatrechtlich durch (vertraglich vereinbarte) Kostenerstattungen seitens der (oftmals von ihm personenverschiedenen) Grundstückseigentümer refinanziert (vgl. zu dieser „Regimeentscheidung“ BVerwGE 138, 244 = NVwZ 2011, 690 = MittBayNot 2011, 523: Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags infolge Vertragsschlusses mit gemeindlicher Eigengesellschaft).

Problem

Im zur Entscheidung anstehenden Fall hatte sich ein privater Unternehmer gegenüber der klagenden Gemeinde zur Erschließung eines Baugebiets verpflichtet. Dabei sollte er alle Leistungen auf eigene Kosten und Rechnung erbringen; die Klägerin beteiligte sich weder mit dem 10%igen Gemeindeanteil gem. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB noch an dem nicht beitragsfähigen Aufwand. In diesem Rahmen sollte der Beklagte die Klägerin auch von Kostenanteilen freihalten, die bei öffentlich-rechtlicher Veranlagung von sog. Drittanliegern (Fremdanliegern) zu tragen wären, d. h. von Eigentümern solcher Grundstücke, die nicht dem Erschließungsträger oder der Stadt gehören. Wegen einer Kostenbeteiligung dieser Dritten wurde der Beklagte auf entsprechende privatrechtliche Vereinbarungen verwiesen. Nach Durchführung der Erschließungsarbeiten nahm die Gemeinde den Unternehmer aufgrund einer Abrechnungsklausel des Vertrags auf Zahlung eines Ausgleichsbetrags in Anspruch. Dieser sollte dazu dienen, den Beklagten im Ergebnis so zu stellen, wie er stünde, wenn er als Eigentümer aller erschlossenen Grundstücke zu Erschließungs- und Anschlussbeiträgen herangezogen worden wäre, vermindert um die tatsächlichen Herstellungskosten. In Anwendung der Klausel ergab sich zugunsten der klagenden Gemeinde ein Zahlbetrag.

Das **OVG Schleswig-Holstein** hatte die Klage indes abgewiesen, da der **Vertrag wegen Verstoßes gegen das Angemessenheitsgebot des § 123 Abs. 1 S. 2 LVwG-SH nichtig** sei. Der Beklagte werde nämlich im Ergebnis auch mit Kostenanteilen belastet, die im Fall einer öffentlich-rechtlichen Beitrags-erhebung nicht ihm, sondern allein Fremdanliegern auferlegt werden könnten.

Entscheidung

Der Auffassung des OVG ist das **BVerwG entgegengetreten**. Es handele sich bei dem zu beurteilenden Vertrag um einen **Erschließungsvertrag i. S. d. § 124 BauGB**. Allein an dieser und nicht an der landesrechtlichen Bestimmung des § 123 LVwG-SH seien die vertraglichen Regelungen über die Verteilung der Erschließungskosten daher zu mes-

sen. § 124 Abs. 2 S. 2 BauGB gestatte es dabei ausdrücklich, dem Erschließungsunternehmer die Erschließungskosten vollständig zu überbürden, und zwar unabhängig davon, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig seien (vgl. insofern schon BVerwGE 138, 244, dort Tz. 39 f.). Diese Entgrenzung des Rechts der Erschließungsverträge vom Beitragsrecht **schließe es aus, allein schon wegen der Überbürdung von Fremdanliegerkosten** die vertraglichen Leistungen als **nicht angemessen** i. S. d. § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB anzusehen. Die Angemessenheit richte sich vielmehr nach den gesamten Umständen des konkreten Vertrags. Wegen der insoweit erforderlichen tatsächlichen Feststellungen hat das BVerwG die Sache an das OVG zurückverwiesen.

BGB § 1896 Abs. 2; GBO § 29
Keine Betreuung erforderlich, wenn unbedingt erteilter Vorsorgevollmacht zu Unrecht die Akzeptanz verweigert wird

1. Die Einrichtung einer rechtlichen Betreuung ist nicht erforderlich im Sinne von § 1896 Abs. 2 BGB, wenn einer im Außenverhältnis unbedingt erteilten Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr unberechtigt die Akzeptanz verweigert wird – hier: Vollziehung eines in Ausübung der Vorsorgevollmacht geschlossenen Grundstückskaufvertrages durch das Grundbuchamt.

2. Eine Anweisung an den Bevollmächtigten im Innenverhältnis, nur bei Eintreten des Vorsorgefalles (etwa bei Krankheit) von der Vorsorgevollmacht Gebrauch zu machen, steht der Annahme einer im Außenverhältnis bedingten Vorsorgevollmacht regelmäßig entgegen.

3. Es ist Aufgabe des Bevollmächtigten, den – ggf. nach Auslegung ermittelten – eindeutigen Willen des Vollmachtgebers, mittels einer unbedingt erteilten Vorsorgevollmacht eine rechtliche Betreuung zu vermeiden, notfalls auch durch Beschreitung des statthaften Rechtsweges durchzusetzen.

AG Lübeck, Beschl. v. 14.11.2011 – 4 XVII H 23481
Abruf-Nr.: **11010R**

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg