

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17/1997 · September 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 23 - Notaranderkonto, Anfechtung des Kaufvertrages durch Käufer aufgrund Irrtums und arglistiger Täuschung

BGB §§ 2279, 2077 - Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments infolge Scheidung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BNotO §§ 15 Abs. 1, 23, 24 - Notaranderkonto, Beachtung eines zwischen den Vertragsparteien ergangenen rechtskräftigen Urteils durch den Notar

BGB §§ 1094, 1098 - Vorkaufsrecht über Teil eines Grundstücks

BGB § 2325 - Pflichtteilergänzungsanspruch des nachträglich Pflichtteilsberechtigten

GmbHG §§ 57, 57 i, 8 - „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahren und verdeckte Sacheinlage

Aktuelles

GrEStG § 1 Abs. 2 a - OFD-Verfügung zur Grunderwerbsteuerpflicht einer vollständigen oder wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 23

Notaranderkonto, Anfechtung des Kaufvertrages durch Käufer aufgrund Irrtums und arglistiger Täuschung

I. Sachverhalt

In einem Grundstückskaufvertrag vereinbarten die Beteiligten Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto. Später focht der Käufer den Kaufvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Das Haus stehe unter Denkmalschutz, was ihm der Verkäufer nicht mitgeteilt habe. Bei einer früheren Umbaumaßnahme durch den Verkäufer hätte die Denkmalschutzbehörde einen Baustop gegen den Verkäufer verhängt. Der Käufer widerspricht deshalb der Auszahlung vom Notaranderkonto. Der Verkäufer trägt vor, er habe seinem Verkäufermakler mitgeteilt, daß das Haus unter Denkmalschutz stehe. Außerdem habe er - ein Ausländer - die in der Urkunde enthaltene Belehrung über das möglicherweise nach Denkmalschutzrecht bestehende Vorkaufsrecht als Hinweis verstanden, daß das Haus unter Denkmalschutz stehe. Der Verkäufer will nach dem Hausverkauf wieder in die heimatliche Türkei zurückziehen.

II. Frage

Muß der Notar den Kaufpreis vom Notaranderkonto auszahlen?

III. Rechtslage

1. Einseitiger Widerruf der Auszahlungsanweisung

a) Sämtliche in der Kaufvertragsurkunde vereinbarten Voraussetzungen für die Auszahlung des Kaufpreises vom Notar-

derkonto liegen vor. Der Auszahlung könnte allenfalls der einseitige Widerruf der Hinterlegungsanweisung durch den Käufer entgegenstehen. Dabei sind bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto **zwei verschiedene Rechtsverhältnisse** zu unterscheiden: Zum einen besteht das **zivilrechtliche, schuldrechtliche Rechtsverhältnis des Kaufvertrages** mit der Hinterlegungsvereinbarung zwischen den Kaufvertragsparteien. Zum anderen besteht **zwischen den Beteiligten und dem Notar ein öffentlich-rechtliches Hinterlegungsverhältnis**, das sich auf die vom Notar angenommene Hinterlegungsanweisung gründet. Bei Kaufverträgen wird die Hinterlegungsanweisung dem Notar gemeinsam von Verkäufer und Käufer erteilt. Damit fragt es sich, inwieweit ein einseitiger Widerruf einer zwei- oder mehrseitigen Hinterlegungsanweisung möglich ist.

b) **Nach einer Meinung** müßte der Notar auch bei einem mehrseitigen Vollzugauftrag oder Treuhandauftrag den Vollzug grundsätzlich bereits dann aussetzen, wenn einer der Beteiligten dem weiteren Vollzug widerspricht. **Lediglich ein offensichtlich unbegründeter Widerspruch** bzw. ein gegen Treu und Glauben verstoßender Widerspruch **wären unbeachtlich** (Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, Rn. 114; Volhard, Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug, DNotZ 1987, 523, 530 f.; in diese Richtung auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.4.1989, MittRhNotK 1989, 175 - mittlerweile aber eingeschränkt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.1994, DNotZ 1995, 497 = MittRhNotK 1994, 185).

c) Die **ganz h. M.** in der Literatur differenziert hingegen im Anschluß an einen grundlegenden Aufsatz von *Zimmermann* danach, ob **Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Grundgeschäftes oder der Hinterlegungsanweisung vorgebracht werden - diese seien beachtlich -, während bloße**

Einwendungen und Einreden gegen den Kaufpreisanpruch, die die Wirksamkeit des Grundgeschäftes und damit erst recht der Hinterlegungsanweisung nicht angriffen, unbeachtlich seien (Zimmermann, Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BNotO, DNotZ 1980, 451, 467 f.; Amann/Brambring, Kaufpreissicherung mit und ohne Notaranderkonto, DAI-Tagungsskript, September 1996, S. 95 ff.; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 23 BNotO Rn. 116 f.; Brambring, Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, DNotZ 1990, 615, 636 ff.; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 712 ff.; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 77 ff.; Weingärtner/Schöttler, DONot, 7. Aufl. 1995, § 11 DONot Rn. 152 b ff.; im Ergebnis ähnlich Wettach, Einseitige Weisungen im Rahmen der notariellen Verwahrung, DNotZ 1996, 2, 12 f.). Dieser Meinung hat sich die Rechtsprechung überwiegend ausdrücklich angeschlossen (KG, Beschl. v. 19.12.1986, DNotZ 1987, 577; OLG Schleswig, Beschl. v. 26.1.1991, DNotZ 1993, 67, 68; OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.1994, MittRhNotK 1994, 298, 299; BayObLG, Beschl. v. 1.6.1995, MittBayNot 1995, 331, 332). Zumindest verlangt die Rechtsprechung für die Beachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs, daß sich ernsthaftige Bedenken gegen die Wirksamkeit des Kausalgeschäftes ergeben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.1987, MittRhNotK 1988, 48, 49; OLG Düsseldorf DNotZ 1995, 497 = MittRhNotK 1994, 185).

2. Berufung des Käufers auf Sach- oder Rechtsmängel

a) Mit seinem Einwand, das verkaufte Haus stehe unter Denkmalschutz, könnte sich der Käufer auf einen Sachmangel berufen. Der vertraglich vereinbarte Sachmängelgewährleistungsausschluß wäre nach dem Vortrag des Käufers unwirksam, da der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hätte (§ 476 BGB). Nach der ersten, zuvor dargestellten Literaturmeinung wäre der Widerruf der Treuhandanweisung durch den Käufer hier allein daran zu messen, ob er offensichtlich unbegründet oder treuwidrig sei. Das kann man bei einem Widerruf aufgrund gravierender Sachmängel so wohl nicht sagen. Doch ist ein **Widerruf nach Ansicht von Bräu offensichtlich unbegründet, wenn er sich auf Sachmängel stützt** (oder einem kaufvertraglich vereinbarten Aufrechnungsverbot widerspricht), da der Käufer kein einseitiges Abweichen von den Erfüllungsmodalitäten verlangen könne (Bräu, a. a. O., Rn. 116). Selbst nach einem Teil der Vertreter dieser Meinung wäre daher der Widerruf einer Treuhandanweisung unzulässig, soweit er sich allein auf Sach- oder Rechtsmängel stützte.

b) Eindeutig wäre insoweit die Lösung der **h. M.**: Eine Mängel einrede (oder eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung) berührt die Wirksamkeit des Kausalgeschäftes nicht und ist deshalb vom Notar nach allen Vertretern dieser Meinung nicht zu beachten (Amann/Brambring, a. a. O., S. 98; Brambring, DNotZ 1990, 615, 639; Kawohl, a. a. O., Rn. 94; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 c; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 470). **Auch die Rechtsprechung erkennt eine Mängel einrede oder Aufrechnung als einseitige Einwendung gegen die Auszahlung vom Notaranderkonto nicht an** (KG DNotZ 1987, 577; LG Berlin, Beschl. v. 09.08.1979, DNotZ 1981, 318; LG Braunschweig, Beschl. v. 26.01.1983, DNotZ 1983, 778; LG Lüneburg, Beschl. v. 24.02.1989, DNotZ 1989, 651). Allerdings erwog das KG in einem obiter dictum eine Ausnahme für den Fall des **arglistigen Verschweigens eines Sachmangels** (KG, Beschl. v.

23.03.1984, DNotZ 1985, 51, 54) - was die Literatur heftig kritisierte. Diese Ausnahme würde hier wohl eingreifen.

c) Soweit die sich aus dem Denkmalschutz ergebenden Umbaubeschränkungen einen bloßen Sachmangel darstellen, hätte der Notar nach der ganz überwiegenden Meinung also die Auszahlung vom Notaranderkonto auch gegen den Widerspruch des Käufers vorzunehmen.

3. Berufung des Käufers auf die Anfechtung

a) Möglicherweise dringt der Käufer jedoch mit dem Einwand durch, er hätte den Vertrag angefochten. Denn soweit man mit der mehrheitlichen Meinung einen einseitigen Widerruf dann für beachtlich hält, wenn der Widerrufende sich dabei auf die Unwirksamkeit des Geschäftes - und damit auch der mehrseitigen Hinterlegungsanweisung (Kawohl, a. a. O., Rn. 84 f.) - beruft, trifft dies auf die **Anfechtung** zu, da sie das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ex tunc vernichtet (§ 142 Abs. 1 BGB) (vgl. Brambring, DNotZ 1990, 615, 639 f.; Kawohl, a. a. O., Rn. 83 ff.; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 d; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 467 f.).

Soweit die Literatur die Frage eines **Rücktritts** vom Vertrag ausdrücklich anspricht, behandelt sie ihn ebenso wie eine Berufung auf eine anfängliche Unwirksamkeit des Kaufvertrages (Kawohl, a. a. O., Rn. 89, Anm. 107; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 d; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 468). Auch untergerichtliche Entscheidungen haben in obiter dicta die „Unwirksamkeit“ infolge Rücktritts einer Unwirksamkeit infolge Anfechtung gleichgestellt (OLG Schleswig DNotZ 1993, 67, 69; LG Braunschweig DNotZ 1983, 778, 779; LG Lüneburg DNotZ 1989, 651, 652).

b) **Streitig ist, welche Anforderungen an die Darlegung des Unwirksamkeitsgrundes** (Anfechtungs- bzw. Rücktrittsgrundes) zu stellen sind. Die **Rechtsprechung** stellt hier meist hohe Anforderungen. So verlangt das *OLG Düsseldorf* für den Fall einer Anfechtung das Vorliegen einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ für das Durchdringen der Anfechtung (MittRhNotK 1988, 48). Untergerichte forderten, daß die Unwirksamkeit für den Notar „erkennbar“ (LG Berlin DNotZ 1981, 319) oder sogar „ohne weiteres ersichtlich“ sein müßte (LG Lüneburg DNotZ 1989, 652). Andere Gerichte enthielten sich ausdrücklich einer Stellungnahme (KG DNotZ 1985, 51, 54).

Die **Literatur** ist meist weniger streng und läßt teilweise eine **bloße Schlüssigkeitsprüfung durch den Notar** genügen. So schreibt *Kawohl*: „Eine sichere und nachprüfbare Entscheidung ist allein eine echte Schlüssigkeitsprüfung des Notars anhand der vorgetragenen Tatsachen. Grundlage der Schlüssigkeitsprüfung ist das Vorbringen des der Durchführung der Hinterlegungsanweisung Widersprechenden nach Anhörung der anderen Beteiligten. ... Die Anhörung dient allerdings nur dazu, auf eine einvernehmliche Weisung der Beteiligten hinzuwirken. Streitige Sachfragen kann der Notar nicht aufklären, da ihm hierzu die Befugnis fehlt“ (Kawohl, a. a. O., Rn. 157). Ähnlich verlangt *Zimmermann* vom Notar lediglich eine summarische Schlüssigkeitsprüfung des Unwirksamkeitsgrundes, „ob das jeweilige Vorbringen - in tatsächlicher Hinsicht als richtig unterstellt - z. B. eine Unwirksamkeit möglich erscheinen läßt“ (DNotZ 1980, 451, 468). Im Ergebnis wohl ähnlich läßt *Weingärtner* als Grund für einen Auszahlungsaufschub genügen,

wenn der betreffende Beteiligte einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund vorbringt, dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versuche (Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 d). Ergeben sich „ernsthafte Bedenken“ gegen die Wirksamkeit des Kaufvertrages, so handelt der Notar nach Meinung *Brambrings* jedenfalls nicht pflichtwidrig, wenn er zunächst jede weitere Abwicklung unterläßt. Dabei betont auch *Brambring*, daß es nicht Aufgabe des Notars sei, wie ein Richter zu entscheiden (DNotZ 1990, 615, 640).

Ob der anfechtende Käufer mit seinem Widerruf durchdringt, hängt daher insbesondere von der Reaktion des Verkäufers ab, wenn ihm der Notar den Sachvortrag des Käufers mitteilt. Widerspricht der Verkäufer substantiiert der Sachdarstellung des Käufers, so müßte der Käufer jedenfalls nach der Rechtsprechung seinen Sachvortrag noch überzeugend darlegen.

c) Hier ist zwischen den Beteiligten unstrittig, daß das Haus unter Denkmalschutz steht. Unstrittig ist ferner, daß der Verkäufer dies wußte und daß die Tatsache dem Käufer nicht mitgeteilt wurde. Dies dürfte für eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB wegen Täuschung durch Unterlassen ausreichen. Eine Täuschung durch Unterlassen setzt insbesondere eine Offenbarungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der Denkmalschutzunterstellung voraus. Grundsätzlich besteht eine Offenbarungspflicht nur bei entsprechenden Fragen des Käufers. Jedoch trifft den Verkäufer eine Aufklärungspflicht hinsichtlich für den Käufer nicht erkennbarer Mängel, die den Wert des Kaufgegenstandes erheblich mindern oder die Nutzungsmöglichkeit für den Käufer sogar aufheben (BGH, Urt. v. 8.12.1989, NJW 1990, 975; Palandt/Heinrichs, 56. Aufl. 1997, § 123 BGB Rn. 5a; Soergel/Hefermehl, 12. Aufl. 1987, § 123 BGB Rn. 11; ähnlich Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1980, § 123 BGB Rn. 10). So bejahte der *BGH* etwa eine Offenbarungspflicht für ein baurechtliches Verbot, das verkaufte Haus für Wohnzwecke zu nutzen (BGH, Urt. v. 10.6.1988, NJW-RR 1988, 1290). Von daher kann man eine Offenbarungspflicht wohl auch für denkmalschutzrechtliche Nutzungs- bzw. Umbaubeschränkungen des Hauses bejahen. Im Einzelfall kommt es allerdings auf den Umfang der Beschränkungen an.

4. Unwiederbringlicher Schaden für den Käufer

a) Nach Rechtsprechung und Literatur ist ein einseitiger Widerruf einer Auszahlungsanweisung auch dann beachtlich, **wenn dem Widerrufenden andernfalls aufgrund zwischenzeitlich ersichtlich gewordener Umstände ein sonst nicht wiedergutzumachender Schaden drohe** (BGH VersR 1978, 248; OLG Hamm, Beschl. v. 5.5.1983, DNNotZ 1983, 702, 703; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48, 49; OLG Schleswig DNNotZ 1993, 67, 69; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 05.09.1994, MittBayNot 1995, 162, 163; BayObLG, Beschl. v. 01.06.1995, MittBayNot 1995, 331, 333; Arndt/Lerch/Sandkühler, a. a. O., § 23 BNotO Rn. 116; *Brambring*, DNNotZ 1990, 615, 640; Haug, a. a. O., Rn. 716; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 b). *Weingärtner/Schöttler* fassen darunter insbesondere auch den Fall eines sicheren Bankrotts des Zahlungsempfängers, der allfällige Rückzahlungsansprüche entwerten würde.

b) Allerdings ist zu beachten, daß diese Gefährdung der Realisierbarkeit schuldrechtlicher Ausgleichsansprüche erst nachträglich erkennbar geworden sein darf. Ein Beteiligter kann sich nicht einseitig gegen die Auszahlung sperren, wenn ihm die Gefährdung von Anfang an erkennbar war (BayObLG, MittBayNot 1995, 331, 333). In diesem Fall hätte der Beteiligte von vornherein entweder zusätzliche Sicherheiten verlangen oder ganz vom Vertrag Abstand nehmen müssen. In seiner Entscheidung hat das BayObLG auch betont, daß sich die Zweifel in die Rückzahlungsfähigkeit des Zahlungsempfängers nicht in bloßen Vermutungen erschöpfen dürfen (a. a. O.). Sofern hier also die Rückkehrabsicht des Verkäufers in die Türkei von Anfang an bekannt war, läßt sich darauf ein Widerspruch gegen die Auszahlung keinesfalls stützen.

5. Handlungsmöglichkeiten des Notars

a) Eine die Auszahlung anhaltende Anweisung der Beteiligten müßte der Notar selbstverständlich dann beachten, wenn ihn die Beteiligten gemeinsam dazu anwiesen. Eine solche Anweisung könnte der Käufer auf dem Rechtsweg durch Klage gegen den Verkäufer erreichen. Ein zu seinen Gunsten ergangenes rechtskräftiges Urteil wäre auch nach § 894 ZPO vollstreckbar. Der Rechtsstreit allein hindert den Notar noch nicht an einer Entscheidung über die Auszahlung. Allerdings könnte der Käufer den Erlaß einer **einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO gegen den Verkäufer** beantragen, wonach dieser sein Einverständnis erteilen muß, daß das Geld für die Dauer des Rechtsstreits auf dem Notaranderkonto verbleibt (*Brambring*, DNNotZ 1990, 615, 649; Kawohl, a. a. O., Rn. 173 ff.; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., Rn. 152 e). Dies erscheint der erfolgversprechendste und am besten geeignete Rechtsbehelf, da in dessen Rahmen alle Einwendungen des Käufers gegen die Wirksamkeit des Kaufvertrages geprüft werden können. Der durch das „Einfrieren“ des Geldes entstehende Schaden wird kleiner gehalten (und die Chancen des Antragsstellers im vorläufigen Rechtsschutzverfahren steigen), wenn sich die Beteiligten zugleich mit einer Festgeldanlage einverstanden erklären.

b) Ebenso könnten die Beteiligten gegen die Entscheidung des Notars **Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO** einlegen - und zwar sowohl gegen die Entscheidung auszuführen als auch gegen die Entscheidung, nicht auszuführen. Das Gericht prüft dabei aber nur die Entscheidung des Notars nach. Es kann deshalb ebensowenig wie der Notar Beweis erheben, ob der vorgelegte und vom Sachverhalt her strittige Unwirksamkeitsgrund wirklich vorliegt. Von daher ist die Notarbeschwerde für die Beteiligten im Regelfall wenig hilfreich.

Bei Zweifelsfällen sollte der Notar den Beteiligten seine beabsichtigte Entscheidung vorab unter Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit mitteilen. Zugleich würde er eine Frist (von etwa ein bis zwei Wochen) für mögliche Rechtsbehelfe setzen. Der Notar wird die angekündigte Entscheidung vollziehen, wenn ihm nicht bis zum angekündigten Zeitpunkt eine anderweitige Beschwerdeentscheidung nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO (oder eine einstweilige Anordnung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens) oder eine einvernehmliche gegenteilige Weisung beider Beteiligten vorliegt (die diese auch gegeneinander im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO erstreiten können). Die Frist kann auch gestaffelt sein, z. B. in eine Woche für die Einleitung des Verfahrens, eine weitere für den Erlaß der einstweiligen Verfügung.

Diese Mitteilung stellt einen selbständig **beschwerdefähigen Vorbescheid** dar, gegen den Beschwerde nach § 15 BNotO zulässig ist. Hat der Notar in der Mitteilung eine bestimmte Entscheidung angekündigt und auf die Möglichkeit der Beschwerde hingewiesen (zweckmäßigerweise einschließlich der Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes und unter Benennung des zuständigen Gerichts), so wäre die Nichteinlegung der Beschwerde durch den Beteiligten verschuldet. Der Notar könnte dadurch eine Amtshaftung nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB verhindern (Brambring, DNotZ 1990, 615, 648; Haug, a. a. O., Rn. 720; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 d). (Die Möglichkeit einer Klage oder einstweiligen Verfügung gegen den anderen Beteiligten ist hingegen kein Rechtsmittel i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB.)

c) Ist der Notar über sein Vorgehen im Zweifel, so kann er jedenfalls die Schadenshöhe beeinflussen, wenn er nicht auszahlt. Dann haftet er allenfalls für den im Regelfall wesentlich geringeren Verzögerungsschaden und nicht für den vollen Kapitalbetrag (Arndt/Lerch/Sandkühler, a. a. O., § 23 BNotO Rn. 121; Kawohl, a. a. O., Rn. 160; Volhardt, DNotZ 1987, 523, 531; Weingärtner/Schöttler, a. a. O., § 11 DONot Rn. 152 d).

d) Theoretisch könnte der Notar den Betrag auch **beim Amtsgericht nach §§ 372 ff. BGB hinterlegen**. Die §§ 372 ff. BGB sind zwar nicht direkt auf das Rechtsverhältnis zwischen Notar und Beteiligten anwendbar, da sich dieses nach öffentlichem Recht richtet, gelten aber doch sinngemäß (BGH, Urt. v. 21.12.1959, DNotZ 1960, 265, 270). Voraussetzung für die Hinterlegung ist aber nach § 372 S. 2 BGB, daß die Unkenntnis über die Person des Gläubigers nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Eine vorschnelle Hinterlegung stellt eine Amtspflichtverletzung dar, für die der Notar nach § 19 BNotO haftet. Für die Praxis ist daher fast immer von einer amtsgerichtlichen Hinterlegung abzuraten (Brambring, DNotZ 1990, 615, 648; Kawohl, a. a. O., Rn. 163; Zimmermann, DNotZ 1980, 473).

BGB § 2279, 2077 Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments infolge Scheidung

I. Sachverhalt

1980 bestimmten die Eheleute in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament: „Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben unseres gesamten Vermögens ein. Nach unserem Tode setzen wir unseren Sohn A als Alleinerben ein.“ Im Rahmen der Ehescheidung im Jahre 1990 wurden u. a. Vereinbarungen zur Benutzung der bisherigen ehelichen Wohnung getroffen; das Testament von 1980, das Frau S. verwahrt, ist in der Scheidungsvereinbarung jedoch nicht erwähnt.

Frau S. hat 1995 wieder geheiratet. Ihre zweite Ehe ist kinderlos und wird kinderlos bleiben. Sie will nun mit ihrem zweiten Ehemann ein gemeinschaftliches Testament errichten und darin ihr Kind aus erster Ehe zu ihrem Erben einsetzen, gleichgültig ob sie vor oder nach ihrem ersten bzw. zweiten Ehemann verstirbt. Ihr zweiter Ehemann will seine Kinder aus erster Ehe zu seinen Erben einsetzen. Der überlebende Ehepartner soll jeweils vermächtnisweise den Nießbrauch am Anteil des zuerst

Versterbenden am Reihenhaus sowie zu Eigentum dessen Möbel, persönliche Sachen und Geldvermögen bekommen.

II. Frage

Kann Frau S. vor Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments mit ihrem zweiten Ehemann ihre Testierfreiheit nur durch Selbstanfechtung wiedererlangen?

III. Rechtslage

Die neue, abweichende letztwillige Verfügung der Ehefrau könnte hinsichtlich der im gemeinschaftlichen Testament erfolgten Erbeinsetzung des Ehemannes bzw. der Erbeinsetzung des Sohnes für den Fall ihres Letztversterbens entsprechend § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sein, wenn es sich hierbei um wechselbezügliche Verfügungen handelte. Bei der **gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten sowie der Schlußerbeneinsetzung des gemeinschaftlichen Kindes** (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB) **handelt es sich im Zweifel gem. § 2270 Abs. 2 BGB um wechselbezügliche Verfügungen**, so daß die Erblasserin hieran prinzipiell gebunden wäre (vgl. § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine neue abweichende letztwillige Verfügung wäre aber dann wirksam, wenn die **vorrangige wechselbezügliche Verfügung gegenstandslos bzw. unwirksam geworden wäre**. Dies könnte infolge der **Ehescheidung** der Ehegatten der Fall sein. Denn nach § 2268 Abs. 1 BGB wird ein gemeinschaftliches Testament in den Fällen des § 2077 BGB unwirksam. Nach dieser Vorschrift ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. In Ergänzung dazu bestimmt § 2268 Abs. 1 BGB, daß das gemeinschaftliche Testament in diesem Fall seinem ganzen Inhalt nach unwirksam ist, also auch hinsichtlich der nicht wechselbezüglichen Verfügungen und auch hinsichtlich der Verfügungen zugunsten eines Dritten.

Nach § 2268 Abs. 2 BGB bleiben die Verfügungen aber im Falle der Auflösung der Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden (vgl. auch § 2077 Abs. 3 BGB). Bei Aufrechterhaltungswillen bleiben die Verfügungen des Erblassers im gemeinschaftlichen Testament (auch seine wechselbezüglichen) entgegen § 2268 Abs. 1 BGB folglich auch bei rechtskräftiger Eheauflösung vor seinem Tod insoweit wirksam, als sie auch für einen solchen Fall getroffen sind oder anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für diesen Fall getroffen hätte (Palandt/Edenhofer, 56. Aufl. 1997, § 2268 BGB Rn. 2. Die sich hieraus ergebenden Unsicherheiten sollten bereits bei Errichtung der letztwilligen Verfügung oder zumindest im Rahmen der notariellen Scheidungsvereinbarung durch entsprechende Vereinbarungen beseitigt werden; vgl. dazu ausführlich Mayer, ZEV 1997, 280 ff.). Für die Feststellung des (wirklichen oder hypothetischen) **Aufrechterhaltungswillens** kommt es bei wechselbezüglichen Verfügungen dabei auf den Willen beider Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung an (Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2268 BGB Rn. 2; Bay-OBLG NJW 1996, 133 f.).

Nach Auffassung des *OLG Hamm* (OLGZ 1992, 272, 277) kann ein Aufrechterhaltungswille nur angenommen werden, wenn der Erblasser zu der Verfügung **nicht durch die Erwartung des Fortbestands der Ehe bestimmt** worden ist; liegen der Verfügung mehrere Beweggründe zugrunde, muß also

ausgeschlossen werden können, daß diese Erwartung sich zumindest wesentlich mitbestimmend ausgewirkt habe. Dies wird regelmäßig nur bei einseitigen Verfügungen gelten, da die Wechselbezüglichkeit der Verfügung (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2268 BGB Rn. 2; RGRK-Johannsen, 12. Aufl., § 2268 BGB Rn. 2; Dieterle, BWNotZ 1970, 171) bzw. zumindest die Gegenseitigkeit der Verfügung (vgl. OLG Hamm OLGZ 1992, 272; Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl. 1983, § 2268 BGB Rn. 10) als Indiz gegen den Aufrechterhaltungswillen gewertet werden. **Bei (wechselbezüglichen) Verfügungen zugunsten gemeinschaftlicher Abkömmlinge kann dies jedoch anders sein** (vgl. BayObLGZ 1993, 240; Dieterle, BWNotZ 1970, 171; Staudinger/Kanzleiter, a. a. O., § 2268 BGB Rn. 10; OLG Stuttgart OLGZ 76, 17). So haben etwa das *OLG Stuttgart* (a. a. O.) und das *BayObLG* (a. a. O.) den Aufrechterhaltungswillen der Ehegatten in Fällen bejaht, in denen bereits nach dem erstverstorbenen Ehegatten die gemeinschaftlichen Kinder als Erben zu bestimmten Teilen eingesetzt waren.

Ist den gemeinschaftlichen Kindern aber - wie im vorliegenden Fall - lediglich eine von dem überlebenden Ehegatten abhängige Rechtsstellung eingeräumt worden, indem sie erst nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten zu Erben berufen wurden (anders als in den vom OLG Stuttgart, a. a. O., und BayObLG, a. a. O., entschiedenen Fällen) und zugleich die Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder als gegenseitige getroffen worden, die darauf abzielt, daß der beiderseitige Nachlaß im Ergebnis diesen Bedachten zufallen sollte, spricht dies nach Auffassung des OLG Hamm (OLGZ 1992, 272, 277) gegen den Aufrechterhaltungswillen, da diese Verbindung der beiderseitigen Verfügungen gerade die typische Ausprägung des gemeinschaftlichen, auf der besonderen Bindung der Ehe beruhenden Ehegattentestaments darstellt. Auch *Dieterle* (BWNotZ 1970, 171) geht für den Fall eines Berliner Testaments (gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten mit Schlußerbeneinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder) davon aus, daß mit der Ehescheidung das ganze Testament unwirksam würde, da für dessen Fortgeltung nichts spräche. Für den vorliegenden Fall (klassisches Berliner Testament) ist daher ebenfalls davon auszugehen, daß **infolge der Ehescheidung das ganze Testament** (inklusive der letztwilligen Verfügung zugunsten des gemeinsamen Sohnes) unwirksam geworden ist, sofern für einen abweichenden Willen der Ehegatten keine besonderen Anhaltspunkte bestehen. Selbst wenn man aber entgegen der eben dargelegten Auffassung davon ausginge, daß die zugunsten des gemeinschaftlichen Kindes getroffene letztwillige Verfügung trotz Scheidung der Ehe wirksam geblieben wäre, wäre weiterhin zumindest fraglich, ob diese Verfügung als wechselbezügliche oder aber als einseitige Verfügung aufrechterhalten wurde (vgl. dazu Muscheler, DNotZ 1994, 733; BayObLG NJW 1996, 133, 134). Im letzteren Falle wäre aber ein einseitiger Widerruf der Verfügung zulässig.

Abschließend bleibt noch darauf hinzuweisen, daß (anders als beim Erbvertrag) fortbestehende Zweifel an der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung dadurch sicher ausgeschlossen werden können, daß die Ehefrau durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem (ehemaligen) Ehemann ihre wechselbezüglichen Verfügungen widerruft (vgl. §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB). Solange diese Widerrufsmöglichkeit besteht, ist

die (Selbst-) Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments ausgeschlossen (Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2271 BGB Rn. 1, 25).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

EGBGB Art. 25 f.

Spanien, Erbstatut, Verzicht auf angefallenes Noterbrecht
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1432

BGB §§ 2232, 2233 Abs. 3

Testamenterrichtung durch einen Mehrfachbehinderten
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1212

MaBV §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 10 Abs. 2 Nr. 2 lit. b)

Freistellungsverpflichtungserklärung im Bauträgervertrag; Unterrichtung des Auftraggebers über Beschränkungen der §§ 3 und 4 MaBV
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1144

BNotO § 22

Abnahme und Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen durch den Notar
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1145

Rechtsprechung

BNotO §§ 15 Abs. 1, 23, 24

Notaranderkonto, Beachtung eines zwischen den Vertragsparteien ergangenen rechtskräftigen Urteils durch den Notar

Der Notar hat trotz der in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen unwiderruflichen Auszahlungsanweisung den späteren einseitigen Widerruf des Käufers dann zu beachten, wenn dieser sich auf ein zwischen den Vertragsparteien ergangenes rechtskräftiges Urteil gründet, durch das die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Zustimmung zur Auszahlung des auf Notaranderkonto hinterlegten (Rest-)Kaufpreises abgewiesen wurde.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 05.05.1997 - 20 W 307/94

Kz.: L III 1 - § 23 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 598

Problem

Bei einem vertragsgemäß über Notaranderkonto abzuwickelnden Grundstückskaufvertrag war neben einer Eigentumswohnung u. a. auch ein Tiefgaragenstellplatz verkauft worden. Dabei übersah der Bauträger, daß er den betreffenden Stellplatz zuvor bereits einem anderen Erwerber verkauft und übereignet

hatte. Bei der Auszahlung vom Notaranderkonto wurde daraufhin insbesondere der für den Tiefgaragenstellplatz ausgewiesene Teilbetrag zurückbehalten. Der Verkäufer bot dem Käufer einen anderen Tiefgaragenstellplatz an und erhob Klage mit dem Antrag, daß der Käufer der Auszahlung des Restkaufpreises vom Notaranderkonto zustimmen müsse. Das LG wies die Klage ab, soweit sie den auf den Tiefgaragenstellplatz entfallenden Teilbetrag betraf. Das Urteil wurde rechtskräftig. Der Käufer beehrte nun vom Notar die Auszahlung des auf dem Anderkonto verbliebenen, auf den Tiefgaragenstellplatz entfallenden Restkaufpreises. Im Verfahren der Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO erstritt er vor dem LG eine Auszahlungsanweisung an den Notar. Gegen diese Auszahlungsanweisung legte der Verkäufer weitere Beschwerde zum OLG nach § 15 Abs. 1 S. 3 BNotO i. V. m. § 27 Abs. 1 FGG ein.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt hält die weitere Beschwerde für unbegründet. Ein Notar, der eine Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto übernommen habe, sei an die ihm von den Vertragsparteien gemeinsam erteilte Treuhandanweisung grundsätzlich gebunden, auch wenn ihr ein Vertragsteil nachträglich widerspreche. Die übereinstimmende Weisung im Kaufvertrag entfalte nicht lediglich schuldrechtliche Wirkung unter den Vertragsbeteiligten, sondern enthalte zugleich das an den Notar gerichtete unwiderrufliche verfahrensrechtliche Ersuchen, mit dem verwahrten Geld in bestimmter Weise zu verfahren. Gleichwohl sei ein einseitiger Widerruf einer mehrseitigen und damit unwiderruflichen Hinterlegungsvereinbarung dann beachtlich, wenn sich der Widerrufende auf die Unwirksamkeit des Vertrages und damit auf die Unwirksamkeit der Hinterlegungsvereinbarung berufe. Ungeachtet der verfahrensrechtlichen Natur der in einen schuldrechtlichen Vertrag eingebetteten Hinterlegungsanweisung könne diese vernünftigerweise nicht isoliert bleiben, wenn das Rechtsgeschäft unwirksam sei, dessen Bestandteil die Anweisung sei und dessen Durchführung sie diene (OLG Schleswig DNotZ 1993, 67). Aufgrund des zwischen Käufer und Verkäufer ergangenen **rechtskräftigen Urteils** stehe für diese Beteiligten mit bindender Wirkung fest, daß der **Verkäufer keinen kaufvertraglichen Anspruch** gegen den Käufer auf Zahlung des auf den Tiefgaragenstellplatz entfallenden Kaufpreisteiles habe. **Damit sei insoweit auch der im Kaufvertrag eingebetteten Hinterlegungsanweisung an den Notar fortan die Grundlage entzogen.** Da der Kaufvertrag keine Regelung über die Rückzahlung enthalte, sei diese Regelung dem rechtskräftigen Urteil zu entnehmen, an das die Kaufvertragsbeteiligten als Parteien des Rechtsstreits und daher mittelbar auch der Notar gebunden seien.

BGB §§ 1094, 1098

Vorkaufsrecht über Teil eines Grundstücks

Ein Grundstück kann dergestalt mit einem Vorkaufsrecht belastet werden, daß das Recht nur auf einem Teil des Grundstücks ausgeübt werden darf. In diesem Fall genügt es, daß die Ausübungsstelle bestimmbar ist. Die Bestimmbarkeit kann von der Rechtskraft eines bereits in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans abhängig sein.

BayObLG, Beschl. v. 23.05.1997 - 2Z BR 54/97

Kz.: L I 1 - § 1094 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 599

Problem

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung war die Frage, ob ein Vorkaufsrecht dergestalt bestellt werden kann, **daß sich das Vorkaufsrecht nur auf eine Teilfläche des belasteten Grundstücks erstreckt.** Die Teilfläche war wie folgt beschrieben: „Bei der Teilfläche handelt es sich um denjenigen Teil des Grundstücks, der in dem in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan aus dem Stammgrundstück nicht übernommen wird.“ Es war fraglich, ob ausreichende Bestimmtheit vorlag.

Entscheidung

Das BayObLG weist zunächst darauf hin, daß zwar mit dem Vorkaufsrecht das gesamte Grundstück belastet, das Vorkaufsrecht aber nur an einer Teilfläche ausgeübt werden sollte. Eine derartige Beschränkung der Rechtsausübung auf einen Teil des Grundstücks sei auch bei einem dinglichen Vorkaufsrecht gem. §§ 1094 ff. BGB zulässig (vgl. Demharter, GBO, 22. Aufl., § 7 Rn. 21). Voraussetzung sei, daß die Ausübungsstelle mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Bestimmtheit bezeichnet sei (BayObLGZ 1988, 102, 105). Dem grundbuchrechtlichen **Bestimmtheitsgrundsatz** sei auch dann genüge getan, wenn die Ausübungsstelle des Vorkaufsrechts zwar nicht bestimmt bezeichnet, aber doch **bestimmbar** sei. Für den Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts sind durch die Verweisung in § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB auch die §§ 504 ff. BGB maßgebend. Zur Beurteilung der Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit eines dinglichen Vorkaufsrechts sind damit auch schuldrechtliche Grundsätze heranzuziehen. Nach § 241 BGB genüge, daß der Gegenstand der geschuldeten Leistung eindeutig bestimmbar sei. Dazu genüge, daß einem Dritten ein Bestimmungsrecht eingeräumt sei. Nichts anderes gelte aber, wenn, wie hier, die Ausübungsstelle von der Entschließung einer Behörde abhängig sei, nämlich vom Inhalt eines noch aufzustellenden Bebauungsplans.

BGB § 2325

Pflichtteilergänzungsanspruch des nachträglich Pflichtteilsberechtigten

Der Schutzzweck des Pflichtteilergänzungsanspruchs erfaßt nur den, der bei der Schenkung schon Pflichtteilsberechtigter war.

BGH, Urt. v. 25.06.1997 - IV ZR 233/96

Kz.: L I 1 - § 2325 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 600

Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Frage, ob eine Ehefrau **Pflichtteilergänzungsansprüche im Hinblick auf Schenkungen hat, die vor der Eheschließung vorgenommen wurden.** Der Erblasser hatte vor der Eheschließung mit der klagenden Ehefrau wesentliches Vermögen an seine Söhne aus erster Ehe schenkweise übertragen.

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, daß es um die Frage gehe, ob auch derjenige gem. § 2325 Abs. 1 BGB Pflichtteilsergänzung verlangen könne, der im Zeitpunkt der die Pflichtteilsergänzung voraussetzenden Schenkung nicht Pflichtteilsberechtigter war. Diese grundsätzliche Frage hat der BGH durch Urteil aus dem Jahre 1972 (BGHZ 59, 210) verneint. Die Literatur war allerdings anderer Auffassung (vgl. Reinicke, NJW 1973, 597; MünchKomm-Frank, 2. Aufl., § 2325 Rz. 6). Der BGH verneint auch in der vorliegenden Entscheidung diese Frage. Nur der im Zeitpunkt der Schenkung schon Pflichtteilsberechtigte könne wegen dieser Schenkung Ergänzung seines Pflichtteils verlangen. Sinn der §§ 2325 ff. BGB sei, den nächsten Angehörigen, den Pflichtteilsberechtigten, Bestand zu gewähren. Ihr Pflichtteilsanspruch soll nicht dadurch ins Leere laufen, daß der Erblasser schon zu Lebzeiten alles weggeschenkt hat. Für Pflichtteilsergänzungen verlange der Schutzgedanke eine Einschränkung. Er könne nicht für denjenigen zum Zuge kommen, der nicht schutzbedürftig sei. Wer erst nach der Schenkung Pflichtteilsberechtigter werde, bedürfe nicht des Schutzes.

GmbHG §§ 57, 57 i, 8

„Schütt aus - Hol zurück“-Verfahren und verdeckte Sacheinlage

Wird gegenüber dem Registergericht offengelegt, daß eine Kapitalerhöhung im „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahren durchgeführt werden soll, sind die Voraussetzungen ihrer Eintragung an der für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln geltenden Regelung auszurichten. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden in diesem Falle keine Anwendung (Ergänzung zu BGHZ 113, 335).

BGH, Urt. v. 26.05.1997 - II ZR 69/96

Kz.: L V 2 - § 57 GmbHG

Dokumentennr. Fax-Abwurf: 601

Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit dem sog. „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahren, das in der Praxis aus steuerlichen Gründen durchgeführt wird. Die Körperschaftsteuer belastet einbehaltene Beträge in der Regel erheblich höher als ausgeschüttete. Deshalb ist es für die Beteiligten häufig vorteilhaft, für die Innenfinanzierung benötigte Beträge zunächst an die Gesellschafter auszuschütten, um sie anschließend erneut der Gesellschaft im Rahmen einer Kapitalerhöhung wieder zuzuführen. Im Urteil vom 18.02.1991 (BGHZ 113, 335 = DNotZ 1991, 843; vgl. dazu Bergmann/Schürle, DNotZ 1992, 144; Roth, NJW 1991, 1913) hatte der BGH entschieden, daß bei der GmbH eine Kapitalerhöhung im Wege dieses Verfahrens nur unter Beachtung der Vorschriften über die Leistung von Sacheinlagen möglich ist. Die Ausschüttung des Gewinns und anschließende Einbringung im Wege einer Barkapitalerhöhung wird als verdeckte Sacheinlage angesehen und führt dazu, daß weiterhin der Anspruch auf die Bareinlage besteht, für die die Gesellschafter und Geschäftsführer gem. §§ 57 Abs. 4, 9 a GmbHG haften. Im vorliegenden Fall nahm der Konkursverwalter der GmbH die beklagten Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage als Gesamtschuldner in

Anspruch. Die Gesellschafter der GmbH beschlossen im Juni 1987 die Ausschüttung eines Bilanzgewinns für 1986 für 450.000,- DM. Nach Abzug der Kapitalertragsteuer wurden im Oktober 1987 die Nettobeträge an die Gesellschafter ausbezahlt. Durch Gesellschafterbeschuß vom Juli 1987 wurde das Kapital der Gesellschaft erhöht. In den Beschlüssen hieß es u. a. wie folgt: „Die Leistung der Einlage erfolgt durch entsprechende Umbuchung im Wege des „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahrens sofort“. Auf die Kapitalerhöhung vom Juni 1987 zahlten die Gesellschafter den Ausschüttungsbetrag wieder ein. Das Registergericht forderte im Rahmen der Eintragung der Kapitalerhöhung eine testierte Bilanz sowie den Beschluß über die Gewinnausschüttung mit der Begründung, es handle sich um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Die Unterlagen wurden vorgelegt. Daraufhin wurde die Kapitalerhöhung - allerdings ohne Hinweis darauf, daß die Einlageforderung überwiegend mit Gewinnausschüttungsbeträgen zu erfüllen war - eingetragen.

Entscheidung

Der BGH sieht darin **keine verdeckte Sacheinlage**. Er ist zunächst der Auffassung, daß die wesentlichen Erfordernisse einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen nicht beachtet worden seien. Die Gesellschafter hätten jedoch in den Kapitalerhöhungsbeschlüssen darauf hingewiesen, daß sie die Einlageverbindlichkeiten mit den Beträgen tilgen werden, die als Nettogewinne ausgeschüttet wurden. Unter derartigen Umständen brauche die Kapitalerhöhung im Wege des „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahrens nicht unter Beachtung der Sacheinlagevorschriften vorgenommen zu werden. Der BGH hielt es vielmehr für gerechtfertigt, das Verfahren der Auszahlung von Gewinnen, die anschließend wieder in das Vermögen der Gesellschaft zurückgeführt werden, dann zuzulassen, wenn es offengelegt wird. Dies setze allerdings voraus, daß die Kapitalaufbringung in gleicher Weise sichergestellt werden könne, wie bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagemitteln. Entscheidend sei, daß das Registergericht - ebenso wie beim Sacheinlageverfahren - in die Lage versetzt werde, eine prä-

ventive Werthaltigkeitskontrolle durchzuführen. In sinnvoller Anwendung des § 57 i GmbHG sei eine **testierte Bilanz** vorzulegen, die nicht älter als acht Monate sein sollte und die den Bilanzgewinn ausweise. In Anlehnung an § 57 i Abs. 4 GmbHG sei darüber hinaus zu fordern, daß **bei der Eintragung des Beschlusses anzugeben sei**, daß die Kapitalerhöhung im Wege des „Schütt aus - Hol zurück“-Verfahrens durchgeführt worden sei. Wegen der Einzelheiten könne auf den jeweils zugrundeliegenden Kapitalerhöhungsbeschluß verwiesen werden. Schließlich habe entsprechend § 57 i Abs. 1 S. 2 GmbHG **der anmeldende Geschäftsführer dem Registergericht gegenüber zu erklären**, daß aus seiner Kenntnis seit dem Stichtag der zugrundegelegten Bilanz bis zum Tag der Anmeldung der Kapitalerhöhung keine Vermögensminderung eingetreten sei, die der Kapitalerhöhung entgegenstünde, wenn sie am Tag der Anmeldung beschlossen worden wäre. Außerdem müsse nach § 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG analog noch die **Versicherung hinzukommen**, daß sich der **Gegenstand der Leistung endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinde**. Diese vom BGH geschaffenen Kriterien seien hier im wesentlichen erfüllt.

Aktuelles

GrEStG § 1 Abs. 2 a

OFD-Verfügung zur Grunderwerbsteuerpflicht einer vollständigen oder wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft

Mit dem Jahressteuergesetz 1997 hat der Gesetzgeber u. a. mit § 1 Abs. 2 a GrEStG einen neuen Steuertatbestand in das GrEStG eingefügt, wonach die Abtretung von Anteilen an Personengesellschaften, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, bereits dann steuerpflichtig ist, wenn sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand vollständig oder wesentlich ändert (siehe bereits Hinweis im **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@t-online.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 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.

DNotI-Report 8/97 S. 95 a. E. sowie DNotI-Report 1/97 S. 16). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dies „stets der Fall, wenn 95 vom Hundert der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen.“ Diese neue Vorschrift wurde wegen ihres unklaren Wortlautes bereits heftig kritisiert (vgl. nur Fischer, DB 1996, 247; Michael Schmidt, DB 1997, 846; Michael Müller, BB 1997, 1385). Eine erste Klärung mit Anwendungsbeispielen bringt jetzt der Erlass der Oberfinanzdirektionen Düsseldorf/Köln/Münster vom 13.06.1997, der beim Deutschen Notarinstitut im Fax-Abwurf unter **Dokumentenr.: 134** angefordert werden kann.

Literaturhinweise

Brambring, Günter, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, Verlag C. H. Beck, München, 3. Aufl. 1997, 152 Seiten, DM 29,50

Knapp und prägnant, wie es dem Konzept der Reihe „Beck'sche Musterverträge“ entspricht, bespricht *Brambring* in dem schmalen Bändchen, ausgehend von den Grundzügen der gesetzlichen Regelung, die Möglichkeiten ehevertraglicher Vereinbarungen anhand von fünf Vertragsmustern: Das erste Vertragsmuster befaßt sich mit der Gütertrennung (einschließlich Verzicht auf Versorgungsausgleich sowie Scheidungsunterhalt), zwei weitere mit den Möglichkeiten einer Modifikation des Zugewinnausgleichs („Ehevertrag junger Eheleute“ sowie „Ehevertrag des Unternehmers“), eines mit IPR-Fragen („Ausländerehe“) und ein Muster mit der ehebedingten Zuwendung („Vermögenszuordnung“). Vor allem der letzte Teil wurde gegenüber der Voraufgabe erheblich erweitert. Sowohl zu den Vertragsmustern selbst wie zu Gestaltungsvarianten bietet *Brambring* zahlreiche Formulierungsvorschläge, die sämtlich erfreulich knapp, präzise und allgemeinverständlich gehalten sind, so daß die notarielle Praxis gerne darauf zurückgreifen wird.

Notarassessor Christian Hertel

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,