

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21/1996 · November 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1030; GBO § 47 - Eintragung eines Nießbrauchs für mehrere Berechtigte als Sukzessivberechtigte

BGB §§ 2346 Abs. 2, 2331 a - Stundung eines Pflichtteilsanspruchs als Pflichtteilsverzichtungsvertrag

BauGB § 144 Abs. 2 Nr. 2 - Genehmigungsbedürftigkeit einer Grundschuldbabtretung bei gleichzeitiger Änderung des Sicherungsvertrages

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BNotO §§ 15, 23, 24 - Anweisung eines Notars zur Ausstellung einer Fälligkeitsbestätigung

GmbHG § 34 - Zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils

GmbHG §§ 7, 8, 9c, 11 - Handelsregistereintragung einer GmbH bei Vorbelastung

des Kapitals

EGBGB Art. 233 § 5; SachRBERG § 3 - Gebäudeeigentum einer PGH

Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern § 57; BGB § 883 - Eintragung einer Auflassungsvormerkung bei fehlender kommunalaufsichtlicher Genehmigung

SachRBERG § 78 - Verfügungsverbot nach SachRBERG

BGB § 508 - Vorkaufspreis bei Teilflächenvorkaufsrecht

#### Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger

Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht

Neues zur Abtretung des Vorsteuererstattungsanspruches

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 1030;

### GBO § 47

### Eintragung eines Nießbrauchs für mehrere Berechtigte als Sukzessivberechtigte

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen eines Grundstücksübertragungsvertrages behalten sich die Veräußerer gleichzeitig und einheitlich mit der Übertragung des Grundbesitzes als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB den lebenslänglichen, sicherheitsleistungsfreien Nießbrauch an dem gesamten Grundbesitz in der Weise vor, daß auf Lebenszeit der Veräußerer A und nach dessen Ableben aufschließend bedingt der Veräußerer B Nießbrauchsberechtigter ist.

#### II. Frage

Ist ein bedingter Nießbrauch gemäß vorstehendem Sachverhalt in Abteilung II des Grundbuchs als ein Recht eintragungsfähig?

#### III. Rechtslage

1. Nach dem Urteil des BayObLG vom 15.02.1990 (MittBayNot 1990, 243) war die Frage der Sukzessivberechtigung Gegenstand einer in Rechtsprechung und Literatur kontrovers geführten Diskussion (vgl. hierzu ausführlich DNotI-Report 14/1995, 121 ff.). Mit Urteil vom 06.04.1995

(MittBayNot 1995, 204 ff.) hat das BayObLG erneut zur Frage der Sukzessivberechtigung Stellung genommen und ist zu seiner ursprünglichen Rechtsprechung zurückgekehrt. Ausdrücklich hat das BayObLG darauf hingewiesen, daß es sich bei dem Urteil vom 15.02.1990 um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung gehandelt hat. Damit kann u. E. davon ausgegangen werden, daß nunmehr wieder herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung ist, daß es in Fällen der Sukzessivberechtigung der Eintragung nur einer Auflassungsvormerkung bedürfe. Allerdings bleiben auch nach dem Urteil einige Fragen ungeklärt (vgl. hierzu Lichtenberger, ZEV 1995, 296).

2. Als **Möglichkeiten der notariellen Vertragsgestaltung** hat das BayObLG in dem Urteil vom 06.04.1995 (MittBayNot 1995, 204 ff.) zum einen **§ 328 BGB** und die Grundsätze über den **Vertrag zugunsten Dritter**, die **Abtretung des Hälfteanteils des vorversterbenden Ehegatten zugunsten des überlebenden Ehegatten für den Fall des Vorversterbens** und zum anderen die Vereinbarung einer **Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB** erörtert. Überträgt man diese Gestaltungsmöglichkeiten auf den Fall der Bestellung eines Nießbrauchs für Ehegatten, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

a) Die u. a. von *Amann* (Das gemeinschaftliche Recht, das dem überlebenden Berechtigten allein zusteht, MittBayNot 1990, 225 ff.) erörterte erbrechtliche Lösung scheidet bei einem Nießbrauch aus, da der Nießbrauch gem. § 1061 BGB mit dem

Tod des Nießbrauchsberechtigten erlischt. Allenfalls kann sich der Eigentümer verpflichten, dem Erben einen neuen Nießbrauch einzuräumen. Eine Vorausabtretung des Nießbrauchsrechtes durch einen Ehegatten an den Überlebenden, befristet auf den Todesfall, ist wegen § 1059 S. 1 BGB nicht möglich. Anstelle der Abtretung des Nießbrauchsrechtes die Ausübung des Nießbrauchs aufschiebend befristet zu übertragen (§ 1059 S. 2 BGB), geht wegen § 1061 BGB ebenfalls ins Leere, da mit dem Tod auch der Nießbrauch erlischt, es also nie zu einer Ausübung des Nießbrauchs durch den Überlebenden kommen kann. Auch ein Vertrag zugunsten Dritter kommt bei der Einräumung eines Nießbrauchsrechtes wohl nicht in Betracht, da nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur dingliche Verträge zugunsten Dritter unzulässig sind (vgl. hierzu ausführlich Liedel, Sukzessivberechtigung angesichts neuerer Entscheidungen des BayObLG, DNotZ 1991, 855 ff., 864 m.w.N., 872).

**b) In Betracht kommt danach zur Begründung einer Sukzessivberechtigung nur die Vereinbarung eines Gemeinschaftsverhältnisses.**

aa) Nach, soweit ersichtlich, einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur **kann ein Nießbrauchsrecht für mehrere Berechtigte als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB bestellt werden** (vgl. hierzu Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1370; Palandt/Bassenge, 55. Aufl. 1996, § 428 Rz. 4, § 1030 Rz. 4; MünchKomm-Petzoldt, 2. Aufl. 1986, § 1030 Rz. 17; Staudinger/Promberger, 12. Aufl. 1981, § 1030 Rz. 33; Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1989, § 1030 Rz. 4; BGH MittBayNot 1980, 205 f.; zuletzt LG Lüneburg NJW-RR 1990, 1037).

Die Vereinbarung einer Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB kommt bei der Bestellung eines Nießbrauches dagegen wohl nicht in Betracht. Dies wird jedenfalls, soweit ersichtlich, einhellig abgelehnt (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1030 Rz. 4; OLG Hamm Rpfleger 1980, 21).

bb) Für den Grundbuchvollzug ist die genaue Kennzeichnung der Art der Gesamtberechtigung erforderlich; sie muß sich aus der Eintragung oder der Eintragungsbewilligung zumindest im Wege der Auslegung ergeben. Der bloße Zusatz „als Gesamtberechtigte“ ist unzureichend (BGH MittBayNot 1980, 205/206).

cc) Nach den Ausführungen des BayObLG kann auch im Wege der Auslegung unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsverhältnis eine Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB als vereinbart angenommen werden (MittBayNot 1995, 206). Diese Gesamtberechtigung ist zunächst von dem in erster Linie, allerdings auflösend bedingt, maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis überlagert und wird unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dem Vorversterben eines Berechtigten, rückwirkend wirksam. Ausdrücklich hat das BayObLG in den Urteilsgründen darauf hingewiesen, daß die durch Auslegung anzunehmende Vereinbarung eines Gemeinschaftsverhältnisses nach § 428 BGB dann in Erwägung gezogen werden muß, wenn im Einzelfall die Annahme einer Vorausabtretung daran scheitert, daß ein Anspruch oder Recht nicht abtretbar ist.

**dd) Voraussetzung für die Vereinbarung eines Gemeinschaftsverhältnisses nach § 428 BGB ist allerdings, daß ein und dasselbe Recht, das nach dem Tod eines Berechtigten dem überlebenden Berechtigten allein zustehen soll, zunächst beiden Berechtigten zusteht** (Amann MittBayNot 1990, 225 ff., 230).

Daran dürfte im vorliegenden Fall die Vereinbarung eines Gemeinschaftsverhältnisses nach § 428 BGB scheitern, da der Veräußerer A während seiner Lebenszeit allein Berechtigter des Nießbrauchs sein soll und Veräußerer B erst nach dem Tod des A Nießbrauchsberechtigter werden soll. Im Ergebnis dürfte die Bestellung eines Nießbrauchs für die Veräußerer als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB daher im vorliegenden Fall nur in Betracht kommen, wenn A und B zunächst beide Nießbrauchsberechtigter sein sollen, und es wäre dann wohl auch die sicherste Lösung.

3. Möglich wäre auch, **für beide Berechtigte gleichrangige Nießbrauchsrechte am gesamten Vertragsobjekt zu bestellen**. Nach Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* (a.a.O., Rz. 1372) empfiehlt es sich bei Vorhandensein mehrerer Nießbrauchsberechtigter, dann, wenn beim Tode eines Berechtigten der Nießbrauch im bisherigen Umfang fortbestehen soll, mehrere gleichrangige, selbständige Rechte einzutragen. Diese beiden Nießbrauchsrechte würden sich gem. §§ 1060, 1024 BGB gegenseitig beschränken. Die Berechtigten müßten entsprechend § 1024 BGB eine den Interessen aller nach billigem Ermessen entsprechende Regelung vereinbaren. Somit käme es im Ergebnis zu denselben Folgen, die ein Nießbrauch in Bruchteilsgemeinschaft hervorrufen würde.

Die gegenseitige Beschränkung der mehreren Rechte muß im Grundbuch nicht besonders hervorgehoben werden. Beim Tode eines der Berechtigten bleibt das Recht des Überlebenden wie bisher, wenn auch nicht mehr beschränkt durch das erloschene Recht, bestehen, ohne daß für diesen Fall weitere Vereinbarungen getroffen werden müßten (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 1372).

4. Soll die Berechtigung hinsichtlich des Nießbrauchsrechtes im vorliegenden Fall so ausgestaltet werden, daß zunächst dem Veräußerer A ein auf dessen Lebenszeit auflösend bedingter Nießbrauch und nach dessen Tod dem Veräußerer B ein aufschiebend bedingter Nießbrauch eingeräumt wird, so handelt es sich den vorstehenden Ausführungen nach nicht um einen Fall der Sukzessivberechtigung, sondern um mehrere selbständige Nießbrauchsrechte, die u. E. nicht als ein Recht im Grundbuch eingetragen werden können.

**Ergebnis:**

Bei solchen Rechten, die zunächst nur einem Berechtigten zustehen und ab dessen Tod einem anderen Berechtigten zustehen sollen und die weder vererblich noch abtretbar sind, ist zulässiger Lösungsweg nur die Eintragung mehrerer selbständiger (auflösend und aufschiebend bedingter) Rechte (Amann MittBayNot 1990, 230).

## **BGB §§ 2346 Abs. 2, 2331 a Stundung eines Pflichtteilsanspruchs als Pflichtteilsverzichtungsvertrag**

### **I. Frage**

Ist die Stundung eines Pflichtteilsanspruchs durch Rechtsgeschäft (d. h. unter Einbeziehung der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge) in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 2331 a BGB möglich, und welcher Form bedarf ein derartiger Vertrag?

### **II. Rechtslage**

1. Nach § 2317 BGB entsteht der Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall und ist in diesem Zeitpunkt sofort fällig. Diese Regelung ist zwingend und der Disposition des Erblassers grundsätzlich entzogen. Der Erblasser kann folglich die Fälligkeit des Pflichtteilsanspruches nicht einseitig hinauschieben, daß er letztwillig die Stundung des Anspruchs oder die ratenweise Auszahlung durch den Beschwerten anordnet (vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, 12. Aufl. 1983, § 2317 Rn. 3; § 2331 a Rn. 37).

Durch Rechtsgeschäft mit dem Erblasser kann jedoch ein auf das Pflichtteilsrecht beschränkter Pflichtteilsverzichtungsvertrag abgeschlossen werden (§ 2346 Abs. 2 BGB). In Rechtsprechung und Literatur ist darüber hinaus anerkannt, daß als Beschränkung des Pflichtteilsverzichts auch die ratenweise Auszahlung des in einem Geldanspruch bestehenden Pflichtteilsrechts (vgl. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB) vereinbart werden kann (vgl. MünchKomm-Strobel, BGB, 2. Aufl. 1983, § 2346 Rn. 20 m. w. N.). **Im Wege des Verzichts kann der Pflichtteilsberechtigte aber auch Stundungen seiner Pflichtteilsansprüche** unabhängig von einer richterlichen Entscheidung nach § 2331 a BGB **mit dem Erblasser vereinbaren** (so ausdrücklich Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2346 Rn. 37 a. E.; § 2331 a Rn. 34). Demnach ist die rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Stundung eines Pflichtteilsanspruchs als (beschränkter) Pflichtteilsverzichtungsvertrag i. S. § 2346 Abs. 2 BGB zulässig.

2. Gem. § 2348 BGB bedarf der Erbverzichtungsvertrag (und auch der Pflichtteilsverzichtungsvertrag gem. § 2346 Abs. 2, vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2348 Rn. 5) der notariellen Beurkundung. Die Formvorschrift erstreckt sich dabei auch auf die Fälle eines nur eingeschränkten Pflichtteilsverzichts und die diesem zugrundeliegenden Kausalvereinbarungen, da auch der eingeschränkte Pflichtteilsverzicht tatbestandlich einen Verzichtsvertrag im Sinne von § 2346 BGB darstellt und zu einer Verkleinerung des Pflichtteils bzw. einer Minderung der hieraus resultierenden Rechte führt (vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2348 Rn. 6). Auch die Vereinbarung der Stundung der Pflichtteilsforderung beinhaltet einen (wenn auch nur teilweisen) Verzicht auf die aus dem Pflichtteilsanspruch resultierenden Rechte, da der Pflichtteilsberechtigte auf die sofortige Geltendmachung seines Anspruchs verzichtet, indem die Fälligkeit des Anspruchs auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben wird. Demnach bedarf die Vereinbarung mit dem Erblasser über die Stundung des Pflichtteilsanspruchs als beschränkter Pflichtteilsverzichtungsvertrag der notariellen Beurkundung gem. § 2348 BGB.

3. Die Stundung des Pflichtteilsanspruchs könnte im Sinne von § 312 Abs. 2 S. 1 BGB auch ohne Mitwirkung des Erblassers als Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben (d. h. beim „Berliner Testament“ zwischen dem jeweiligen Ehegatten und den Kindern) über den Pflichtteil der Kinder abgeschlossen werden (vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2331 a Rn. 35). Auch dann bedarf der Vertrag gem. § 312 Abs. 2 S. 2 BGB der notariellen Beurkundung.

## **BauGB § 144 Abs. 2 Nr. 2**

### **Genehmigungsbedürftigkeit einer Grundschuldabtretung bei gleichzeitiger Änderung des Sicherungsvertrages**

#### **I. Sachverhalt**

Herr A hat zugunsten der B-Bank an einem in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet gelegenen Grundstück eine Grundschuld bestellt. Die Grundschuldbestellung wurde durch die Gemeinde gem. § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB genehmigt. Das durch diese Grundschuld gesicherte Darlehen sollte zu diesem Zeitpunkt der Finanzierung von Modernisierungsmaßnahmen dienen.

Nun soll die Grundschuld durch die B-Bank an die Privatperson C abgetreten werden. Zwischen C und A wird vereinbart, daß die Grundschuld der Sicherung aller Ansprüche des C gegen A aus dem Darlehensvertrag dienen soll. Das durch C gewährte Darlehen steht in keinem Zusammenhang zu den ursprünglich geplanten und nicht durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen.

#### **II. Frage**

1. Bedarf die Abtretung einer Grundschuld, die an einem in einem Sanierungsgebiet gelegenen Grundstück eingetragen ist, der Genehmigung, wenn gleichzeitig auch die Zweckerklärung der Grundschuld dahin gehend geändert wird, daß die Grundschuld nunmehr auch Forderungen sichern soll, die mit der Sanierung und den damit zusammenhängenden Maßnahmen nichts zu tun haben?

2. Bestehen Gefahren für C im Falle einer Inanspruchnahme der Grundschuld?

#### **III. Rechtslage**

1. Nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB ist die Bestellung aller ein Grundstück belastender Rechte genehmigungsbedürftig, insbesondere auch die Bestellung von Grundpfandrechten. Nicht genehmigungspflichtig nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 BauGB ist lediglich die Bestellung eines belastenden Rechts, das mit der Durchführung von Baumaßnahmen im Sinne des § 148 Abs. 2 BauGB im Zusammenhang steht. Im Zusammenhang mit der Durchführung von sanierungserforderlichen Baumaßnahmen können insbesondere die Bestellung von Grundpfandrechten zur Finanzierung der Neubauten, Ersatzbauten und Modernisierungen stehen; soweit die Belastung des Grundstücks allerdings auch anderen Zwecken dient, unterliegt sie der Genehmigungspflicht (vgl. hierzu Köhler, in: Schrödter, BauGB, 5. Aufl. 1992, § 144 Rz. 12, 13).

Anders als nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BauGB bedürfen dagegen Veräußerung und Aufhebung der genannten Belastungen keiner Genehmigung nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB (vgl. hierzu Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: 1. Nov. 1995, § 144 Rz. 24; Köhler, a.a.O., § 144 Rz. 12).

Daraus ergibt sich, daß die Abtretung einer Grundschuld, die an einem in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet gelegenen Grundstück eingetragen ist, nicht der Genehmigung nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB bedarf.

2. § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB unterwirft einen schuldrechtlichen Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Bestellung eines das Grundstück belastenden Rechts begründet wird, der sanierungsrechtlichen Genehmigung. Schuldrechtlicher Vertrag nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 ist u. E. der Grundschuldbestellung zugrundeliegende Sicherungsvertrag, aus dem sich u. a. die Verpflichtung ergibt, eine Grundschuld als Sicherheit zu stellen, wessen Verbindlichkeiten die Grundschuld sichert und welche Verbindlichkeiten die Grundschuld sichert (vgl. hierzu Amann, in: DAI-Skript „Grundstückskauf und Grundpfandrechte“, 1995, S. 23 f.). Liegt für einen schuldrechtlichen Vertrag, hier für den Sicherungsvertrag bzw. für die Zweckerklärung, aus dem sich die Verpflichtung zur Stellung einer Grundschuld als Sicherheit ergibt, die sanierungsrechtliche Genehmigung vor, so gilt nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 BauGB auch das zur Ausführung vorgenommene dingliche Rechtsgeschäft als genehmigt.

Genehmigungspflichtig nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB ist auch die Änderung eines genehmigten Vertrages. Zwar ist in § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB nur von der Genehmigungspflicht solcher schuldrechtlichen Verträge die Rede, in denen die Verpflichtung zu einem der in Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Rechtsgeschäfte „begründet“ wird. Wegen des ursächlichen Zusammenhangs mit dem Ursprung des Vertrages sind aber auch Änderungsverträge genehmigungspflichtig (so Bielenberg, a.a.O., § 144 Rz. 26; Köhler, a.a.O., § 144 Rz. 14). Daraus ergibt sich u. E., daß die Änderung des Sicherungsvertrages zwischen C und A im vorliegenden Fall der Genehmigung nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB bedarf.

#### **Ergebnis:**

U. E. bedarf im vorliegenden Fall zwar die Abtretung der Grundschuld als dingliches Verfügungsgeschäft nicht der Genehmigung gem. § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB, jedoch ist die im Zuge der Abtretung des Finanzierungsgrundpfandrechtes erfolgende Änderung des Sicherungsvertrages gem. § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB genehmigungsbedürftig.

3. Soweit eine Genehmigung der Änderung des Sicherungsvertrages nicht erfolgt, ist die Änderung schwebend unwirksam. Sollte C daher aufgrund der zwar dinglich wirksamen Abtretung des Finanzierungsgrundpfandrechtes, jedoch aufgrund der unwirksamen Änderung des Sicherungsvertrages aus dem Grundpfandrecht hervorgehen, so läuft er Gefahr, die Grundschuld nur im Rahmen der ursprünglichen Sicherungsabrede zwischen A und B-Bank als Sicherheit verwerten zu können.

## **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 17/1996 erläutert.

#### **GmbHG § 39**

**Anmeldebefugnis eines Geschäftsführers einer GmbH bei nachträglicher Abberufung des Geschäftsführers**  
**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1313**

#### **BGB §§ 1821, 505**

**Verzicht auf Vorkaufsrecht bei minderjährigen Vorkaufsberechtigten, Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht**  
**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1204**

#### **Ausländisches Recht: Schweiz**

**Grundstücksübertragung in der Schweiz, Testamentsvollstreckung bei Schweizer Staatsbürgerin, Erbschein**  
**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1406**

#### **Ausländisches Recht: Italien**

**Eigentumsübertragung an einem Grundstück in Italien, Beurkundung durch einen deutschen Notar**  
**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1407**

## **Rechtsprechung**

#### **BNotO §§ 15, 23, 24**

**Anweisung eines Notars zur Ausstellung einer Fälligkeitsbestätigung**

**Die Ausstellung einer notariellen Fälligkeitsbestätigung ist Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, deren ordnungsgemäße Vornahme dem Notar als Amtspflicht obliegt und zu der er gemäß § 15 Abs. 1 BNotO angewiesen werden kann.**

**Ob der Notar zur Abgabe einer Fälligkeitsbestätigung, die nicht nur die Feststellung von Tatsachen, sondern auch die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts erfordert, angewiesen werden kann, ist zweifelhaft, da der Grundsatz gilt, daß ein Gutachter den Inhalt seines Gutachtens selbst bestimmt.**

**Der Notar ist an den Wortlaut des ihm erteilten Betreuungsauftrages gebunden. Bei einem Interessenwiderstreit mehrerer Beteiligter darf er keine der gegensätzlichen Positionen vertreten. Hierzu kann er nicht angewiesen werden.**

OLG Hamm, Beschl. v. 02.05.1996 - 15 W 475/95

Kz.: L III 1 - § 24 BNotO

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 513**

## Problem

Rechtsprechung zu den allgemeinen Betreuungstätigkeiten des Notars ist selten. Insofern ist die Entscheidung des OLG Hamm zur Fälligkeitsbestätigung von großem Interesse. In einem notariellen Kaufvertrag war bestimmt, daß der Vertrag nur wirksam werden soll, wenn der Nachweis geführt wird, daß Altlasten nicht vorhanden sind. Hierzu wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben. Außerdem übernahm es der Notar in dem Vertrag, die Fälligkeit des Kaufpreises dem Käufer anzuzeigen, wobei auch insbesondere die Wirksamkeit des Vertrages im Hinblick auf die Altlastenklausel bestätigt werden sollte. Das Gutachten ergab, daß Altlasten vorhanden waren. Über die Frage, ob diese Altlasten anschließend beseitigt wurden oder nicht, entstand zwischen den Beteiligten Streit. Der Verkäufer hat Beschwerde beim Landgericht eingereicht, den Notar anzuweisen, die Fälligkeit des Kaufpreises anzuzeigen. Dies lehnte das OLG Hamm ab.

## Lösung

Das OLG Hamm weist zunächst darauf hin, daß der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 BNotO auch gegen die Weigerung eines Notars gegeben sei, wenn es um die Anweisung des Notars zu sonstigen Betreuungstätigkeiten im Sinne der §§ 24 Abs. 1, 23 BNotO gehe (vgl. BGH NJW 1980, 1106; OLG Celle DNotZ 1976, 691; OLG Köln DNotZ 1978, 751). **Der Notar nimmt insoweit die Stelle einer ersten Instanz nach den Vorschriften des FGG ein, ist aber nicht Beschwerdegegner** und auch nicht Verfahrensbeteiligter des Verfahrens nach § 15 BNotO (OLG Hamm DNotZ 1985, 56; OLG Hamm DNotZ 1989, 648). Die Fälligkeitsbescheinigung betrifft eine Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO (BGH DNotZ 1986, 406). Sie setzte nach dem Inhalt des Vertrages nicht nur die Feststellung von Tatsachen, sondern auch deren rechtliche Beurteilung voraus.

Der Notar hatte im Hinblick auf die Frage, ob alle zur Durchführung des Vertrages erforderlichen behördlichen und privaten Genehmigungen vorliegen, den zugrundeliegenden Sachverhalt zu ermitteln, die rechtlichen Schlußfolgerungen zu ziehen und das Ergebnis in einem Schriftstück niederzulegen. Wegen dieser gutachtlichen Elemente der Fälligkeitsbestätigung in diesem Fall ist das OLG der Auffassung, daß eine Anweisung im Wege der Beschwerde durch das Landgericht nicht möglich sei. Eine solche Anweisung zu einer gutachtlichen Äußerung eines bestimmten Inhalts vertrage sich nicht mit dem Grundsatz, daß der Gutachter den Inhalt einer gutachtlichen Stellungnahme selbst bestimme (BayObLGZ, 1970, 311, 316).

## GmbHG § 34

### Zwangswise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils

**Die zwangswise Einziehung (Amortisation) eines GmbH-Geschäftsanteils, die nach dem Gesellschaftsvertrag gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters für den Fall der Pfändung durch andere Personen in diesen Geschäftsanteil möglich sein soll, setzt für ihre Wirksamkeit in der Regel das (Fort-)Bestehen dieser Pfändungsmaßnahme noch zum Zeitpunkt der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung voraus.**

Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 26.04.1996 - 11 U 189/95  
Kz.: L V 2 - § 34 GmbHG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 514**

## Problem

Im vorliegenden Fall enthielt der GmbH-Gesellschaftsvertrag eine **Einziehungsklausel**, wie sie sich häufig in GmbH-Verträgen findet. Die Gesellschafterversammlung konnte nach dieser Klausel nach ihrer Wahl die Einziehung von Geschäftsanteilen beschließen und/oder beschließen, daß ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einen oder mehrere Gesellschafter zu veräußern oder abzutreten hat, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dies sollte insbesondere der Fall sein, wenn über das Vermögen des Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet worden ist oder der Gesellschafter das Konkursverfahren oder das gerichtliche Vergleichsverfahren beantragt oder ein Konkursantrag gegen den Gesellschafter mangels Masse abgelehnt worden ist. In den Geschäftsanteil des Klägers wurde von einem Gläubiger gepfändet. Vor der Gesellschafterversammlung, die über die Einziehung des Anteils beschließen sollte, erklärten die Gläubiger ihre Verzicht auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß in den Geschäftsanteil. Gleichwohl beschloß die Gesellschafterversammlung die Einziehung des Anteils.

## Lösung

Nach § 34 Abs. 1 GmbHG darf die Einziehung eines Geschäftsanteils nur erfolgen, soweit dies der Gesellschaftsvertrag zuläßt. Es müssen daher die Voraussetzungen der Einziehung im Gesellschaftsvertrag detailliert geregelt werden. Eine allgemeine Ermächtigung zur Zwangseinziehung genügt nicht. Die Möglichkeit der Einziehung im Falle des Konkurses des Gesellschafters oder der Pfändung seines Geschäftsanteils ist grundsätzlich anerkannt (BGHZ 65, 22). Das OLG Hamburg ist allerdings im vorliegenden Fall der Auffassung, daß die **Einziehung deshalb nicht mehr zulässig gewesen sei, weil zum Zeitpunkt der Beschlußfassung keine Pfändung mehr vorgelegen habe**. Die Zwangseinziehung sei eine einschneidende Maßnahme, deshalb müsse eine entsprechende Satzungsregelung einschränkend ausgelegt werden. Die Klausel müsse daher im vorliegenden Fall dahin gehend ausgelegt werden, daß die Einziehung nur zulässig sei, wenn die Pfändung zum Zeitpunkt der Beschlußfassung noch bestehe.

## GmbHG §§ 7, 8, 9c, 11

### Handelsregistereintragung einer GmbH bei Vorbelastung des Kapitals

**1. Bei der Bargründung einer GmbH haben sich die Versicherung des Geschäftsführers und die Prüfung durch das Registergericht auch darauf zu erstrecken, inwieweit das aus Geldeinlagen gebildete Stammkapital bereits durch Verbindlichkeiten vorbelastet oder gar aufgezehrt ist.**





## 2. Die Ersteintragung einer Kapitalgesellschaft im Handelsregister hat bestimmten Geldwert; maßgebend ist das Stammkapital.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.07.1996 - 3 Wx 293/96

Kz.: L V 2 - § 9 GmbHG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 515

### Problem

In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, welche Rechtsgeschäfte vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister die endgültig freie Verfügung der Bareinlage nach § 7 Abs. 3 GmbHG hindern. Im vorliegenden Fall wurde am 06.12.1994 die GmbH mit einem Stammkapital von DM 50.000,- gegründet, der Gesellschafter übernahm eine Bareinlage. Mit der Anmeldung zum Handelsregister vom gleichen Tag versicherte der Geschäftsführer, daß die Stammeinlage voll eingezahlt sei, sich zu seiner freien Verfügung befinde und das Anfangskapital nicht durch Schulden mit Ausnahme des Gründungsaufwandes vorbelastet sei. Das Registergericht forderte den Geschäftsführer zum Nachweis der Stammeinlage auf. Dieser legte dann Kopien von Kontoauszügen vor, die Einzahlungen von je DM 25.000,- beinhalteten, die am 09.12 und am 28.12.1994 vorgenommen wurden. Daraufhin lehnte das Registergericht die Eintragung ab.

### Lösung

Das OLG folgt der Auffassung des Registergerichts. Gäben die Umstände, wie das Amtsgericht im vorliegenden Fall mit Recht angenommen habe, begründeten Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung, könne eine Bankbestätigung gefordert werden. Die vorgelegten Kontoauszüge hätten den **Verdacht bestätigt, daß die Versicherung des Geschäftsführers vom 06.12.1994 objektiv unrichtig gewesen sei.** Denn nach den Kontoauszügen seien Einzahlungen auf das Stammkapital erst am 09.12. und am 28.12.1994 geleistet worden. Wenn der Gesetzgeber fordere, daß bestimmte Mindesteinzahlungen vor der Anmeldung und vor Entstehung der GmbH effektiv aufgebracht würden, liege dem der Leitgedanke zugrunde, daß die GmbH bei ihrer Eintragung ihre Kapitalausstattung **in eben dieser Gestalt vorfinden solle. Bei Bargründungen habe sich daher die Versicherung der Geschäftsführer auch darauf zu erstrecken, inwieweit das aus Geldeinlagen gebildete Stammkapital bereits mit Verbindlichkeiten vorbelastet oder gar aufgezehrt sei.** Die Kontoauszüge hätten ergeben, daß die Einzahlungen auf das Stammkapital zu keiner Zeit zu einem Guthaben der Gesellschaft in Höhe von DM 50.000,- geführt hätten. Die Eintragung sei daher abzulehnen gewesen. **Hinweise:** Vgl. auch Gutachten des DNotI, DNotI-Report 5/1993, 3 und DNotI-Report 11/1994, 3.

## EGBGB Art. 233 § 5; SachRBerG § 3 Gebäudeeigentum einer PGH

**Zur Verfügungsbefugnis der Landkreise über ehemals volkseigene Grundstücke gem. §§ 5 I, 3 c, 7 KommunalvermögensG.**

**Eine sozialistische Produktionsgenossenschaft wurde nur dann Eigentümer des von ihr auf volkseigenen Grundstük-**

**ken errichteten Gebäudes, wenn ihr gemäß §§ 1 I, 4 IV des Gesetzes v. 14.12.1970 (DDR-GBl. I, 372) ein Nutzungsrecht an dem Grundstück verliehen worden war.**

**Auf den Besitzschutz nach dem Moratorium gemäß Art. 233 § 2 a EGBGB kann sich der Erwerber selbständigen Gebäudeeigentums berufen, wenn die Erfüllung des Veräußerungsvertrages die Bestellung eines Nutzungsrechts vorsah und diese infolge dem Nutzer nicht zuzurechnender Umstände ausgeblieben ist.**

OLG Rostock, Urt. v. 23.01.1996 - 4 U 10/95

Kz.: L VI 15 - Art. 233 Gebäude

Dokumentennr. Fax-Abruf: 516

### Problem

In den neuen Bundesländern stellt sich häufig die Frage, ob eine Einrichtung (PGH, Konsumgenossenschaft etc.) Gebäudeeigentum an einem Gebäude erworben hat, das sie errichtet hat. Hier ist darauf hinzuweisen, daß auch in der ehemaligen DDR Gebäudeeigentum nur entstanden ist, wenn einer der spezialgesetzlichen Tatbestände erfüllt war. In vielen Fällen glauben die Beteiligten, daß Gebäudeeigentum entstanden sei, obwohl keine der entsprechenden spezialgesetzlichen Voraussetzungen gegeben war. Der BGH hat mehrfach entschieden, daß auch in der ehemaligen DDR Gebäudeeigentum nicht allein aufgrund faktischer Verhältnisse entstanden sei, sondern nur, wenn die entsprechenden Voraussetzungen für das Entstehen des Gebäudeeigentums gegeben gewesen seien (BGH DtZ 1996, 68). Im vorliegenden Fall war als Rechtsträger eines volkseigenen Grundstücks die PGH eingetragen. Sie hatte das Grundstück mit verschiedenen Gebäuden bebaut. Es war fraglich, ob hier Gebäudeeigentum entstanden war.

### Lösung

Das OLG Rostock ist der Auffassung, daß die PGH kein selbständiges Eigentum an dem errichteten Gebäude erworben habe. Denn nach §§ 1 S. 1, 3 Abs. 4 des Gesetzes vom 14.12.1970 über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken seien sozialistische Genossenschaften, wie sie die PGH darstelle, nur dann Eigentümer der von ihnen auf volkseigenen Grundstücken errichteten Gebäude geworden, wenn ihnen ein Nutzungsrecht an dem Grundstück verliehen worden sei. Ein solches sei der PGH im vorliegenden Fall allerdings nicht verliehen worden.

## Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern § 57; BGB § 883

### Eintragung einer Auflassungsvormerkung bei fehlender kommunalaufsichtlicher Genehmigung

**Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung kann auch dann erfolgen, wenn die für den Grundstückskaufvertrag erforderliche kommunalaufsichtliche Genehmigung noch fehlt.**

OLG Rostock, Beschl. v. 15.02.1995 - 3 W 11/95

Kz.: L I 1 - § 883 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 108



## Problem

Die Beteiligten hatten einen Kaufvertrag über ein gemeindliches Grundstück geschlossen und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt. Das Grundbuchamt wollte die Auflassungsvormerkung nicht eintragen, da die kommunalaufsichtliche Genehmigung noch fehlte.

## Lösung

Das OLG Rostock ist der Auffassung, daß die Auflassungsvormerkung auch dann eingetragen werden müsse, wenn die nach dem bei Antragstellung geltenden § 49 Kommunalverfassungsgesetz (nunmehr § 57 Abs. 3 der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern) erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde fehle. Nach § 883 Abs. 1 BGB seien künftige Ansprüche, zu denen auch solche aus schwebend unwirksamen Verträgen gehörten, durch Vormerkung sicherbar, sofern nur ein hinreichender „Boden“ vorhanden sei. Dessen Vorhandensein werde bei noch ausstehender behördlicher Genehmigung dann bejaht, wenn der Zweck des Genehmigungserfordernisses gewahrt sei. Neben der Wahrung der Rechtmäßigkeit gemeindlichen Handelns sei es Zweck des Genehmigungserfordernisses nach den Gemeindeordnungen, Unachtsamkeiten der Gemeinden zu verhindern. Dieser Zweck erfordere es nicht, bereits die Vormerkungsfähigkeit eines Auflassungsanspruchs zu versagen (vgl. auch BayObLG MDR 1970, 232). Die Berichtigung des Grundbuchs könne bei Versagen der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde unschwer gem. § 22 GBO durch Vorlage des Bescheides erreicht werden. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn nicht einmal eine vorläufige Verpflichtung der Gemeinde vorläge, die diese einseitig beseitigen könne (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 361).

## SachRBERG § 78

### Verfügungsverbot nach SachRBERG

**§ 78 Abs. 1 SachRBERG ist nur dann anzuwenden, wenn das Grundstück aufgrund eines Vertrages, der nach Inkrafttreten des SachRBERG am 01.10.1994 geschlossen worden ist, zum Gebäudeeigentum hinzuerworben wurde.**

LG Potsdam, Beschl. v. 25.01.1996 - 5 T 665/95

Kz.: L VI 10 - § 78 SachRBERG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 109**

## Problem

Die Anwendung des § 78 Abs. 1 SachRBERG bereitet in der Praxis immer wieder Probleme. § 78 Abs. 1 S. 3 SachRBERG bestimmt, daß der Eigentümer verpflichtet ist, das Eigentum am Gebäude nach § 875 BGB aufzugeben, sobald dieses unbelastet ist oder sich die dinglichen Rechte am Gebäude mit dem Eigentum am Gebäude einer Person vereinigt haben. Darüber hinaus enthält die Vorschrift ein absolut wirkendes Verfügungsverbot, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern in einer Person vereinigt haben. Eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstücks ohne das Gebäude ist nach der herrschenden Meinung nicht mehr zulässig (vgl. Nachweise DNotI-Report 23/1994, 3). Die Gerichte wenden allerdings in vielen Fällen die Vorschrift eher einschränkend an (vgl. OLG Dresden DNotI-Report 24/1995, 225; OLG Potsdam DNotI-Report

4/1996, 32). Auch im vorliegenden Fall spricht sich das LG Potsdam für eine einschränkende Auslegung aus. Mit notariellem Vertrag vom 23.05.1990 erwarb der Gebäudeeigentümer das Grundstück hinzu. Gebäude und Grundeigentum sind unbelastet. Das Grundbuchamt forderte die Beteiligten auf, das Gebäudeeigentum aufzugeben.

## Lösung

Das LG Potsdam ist der Auffassung, daß § 78 Abs. 1 SachRBERG die Verpflichtung zur Aufgabe nicht rechtfertige. **Die Vorschrift sei nur dann anzuwenden, wenn das Grundstück aufgrund eines Vertrages, der nach Inkrafttreten des SachRBERG am 01.10.1994 geschlossen worden sei, zum Gebäudeeigentum hinzuerworben worden sei** (vgl. auch LG Dresden, Beschl. v. 17.03.1995 - 2 T 52/95). Dies folge schon aus der Stellung dieser Vorschrift im SachRBERG. Sie stehe im Kapitel 2 Abschnitt III im Unterabschnitt IV, der ausdrücklich „Folgen des Ankaufs“ zum Gegenstand habe.

## BGB § 508

### Vorkaufspreis bei Teilflächenvorkaufsrecht

**1. Die Frist zu Ausübung des Vorkaufsrechts wird mit der Übersendung eines abgeänderten Kaufvertrages mit reduziertem Kaufpreis erneut in Gang gesetzt.**

**2. Erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf eine Teilfläche des Grundstücks, so ist der vom Vorkaufsberechtigten zu zahlende anteilige Kaufpreis gem. § 508 BGB nach dem objektiven Wertverhältnis zu ermitteln. An eine von den Vertragsparteien im Kaufvertrag festgelegte Bewertung der Teilfläche ist der Vorkaufsberechtigte jedenfalls dann nicht gebunden, wenn die Vertragsparteien zusätzlich vereinbart haben, daß bei Ausübung des Teilvorkaufsrechts der Käufer für die restliche Fläche nicht die Differenz zwischen dem Gesamtkaufpreis und dem vereinbarten Wert der Teilfläche zu zahlen habe, sondern die Differenz zwischen dem Gesamtkaufpreis und demjenigen, was der Vorkaufsberechtigte für die Teilfläche tatsächlich zahlen müsse.**

**3. In einem derartigen Fall ist die Ausübung des Teilvorkaufsrechts auch dann wirksam erklärt, wenn es in der Erklärung heißt, sie erfolge unter der „Bedingung“, daß die Ermittlung des anteiligen Preises sich nach § 508 BGB richte und der Vorkaufsberechtigte nicht an die im Kaufvertrag enthaltene Bewertung der Teilfläche gebunden sei.**

**4. Wenn bei der Ermittlung des Kaufpreises Grund und Boden einerseits und die Gebäude andererseits getrennt bewertet wurden, ist dies auch für die Bewertung der vom Vorkaufsrecht belasteten Teilfläche zu beachten. Daß der Käufer sämtliche Gebäude abreißen will und deshalb die Gebäude für ihn nur einen zusätzlichen Unkostenfaktor darstellen, ist für die objektive Bewertung unbeachtlich.**

OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.05.1995 - 13 U 125/93

Kz.: L I 1 - § 508 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 110**

### Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenschaftsbeschränkungsgesetz - MHbeG) BT Drs. 13/5634

Das BVerfG hat es bekanntlich für unvereinbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger gehalten, „daß Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht (§ 1629 BGB) bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können.“ Mit dem MHbeG will der Gesetzgeber den Auftrag des BVerfG durch die Einführung einer Haftungsbeschränkungsmöglichkeit zugunsten des Minderjährigen erfüllen. Durch folgende Maßnahmen soll dies erreicht werden: § 1629 a BGB begründet die Möglichkeit, die Haftung für Verbindlichkeiten, die die Eltern mit Wirkung für das Kind begründet haben, auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens des Kindes zu beschränken. Für die Ausführung der Haftungsbeschränkung wird auf die für die Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 BGB verwiesen. Hierdurch erhält der Minderjährige, der volljährig geworden ist, die sogenannte **Erschöpfungseinrede** (§ 1990 BGB). Darüber hinaus kann der volljährig Gewordene seine Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft innerhalb von drei Monaten außerordentlich kündigen (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB n. F.). Kündigt er nicht, so besteht die **widerlegliche Vermutung**, daß die Verbindlichkeiten der Personengesellschaft nach dem Eintritt der Volljährigkeit entstanden sind. Das gleiche gilt, wenn der volljährig gewordene Inhaber eines Einzelhandelsgeschäftes dieses nicht innerhalb von drei Monaten nach Eintritt der Volljährigkeit einstellt (§ 1629 a Abs. 4 BGB). Die Haftungsbeschränkung ist unabhängig davon, ob eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt wurde. Zum Schutz des Handelsverkehrs soll in Zukunft der Umstand der Minderjährigkeit im Handelsverkehr publik gemacht werden; bei minderjährigen Einzelkaufleuten oder Gesellschaftern von Personenhandelsgesellschaften ist daher das **Geburtsdatum zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden** (§§ 29 Abs. 2, 106 Abs. 3 HGB n. F.). **Hinweis:** Der Entwurf kann beim DNotI unter **Dokumentennr. Fax-Abwurf: 509** bestellt werden.

### Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht

Am 01.10.1996 ist das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht in den Niederlanden ratifiziert worden. Dies teilten die niederländischen Kollegen anlässlich des 2. Symposiums zum Internationalen Privatrecht am 12.10.1996 in Münster mit. Gemäß Art. 28 des Erbrechtsübereinkommens tritt dieses zwar grundsätzlich erst in Kraft, wenn es mindestens drei Staaten ratifiziert haben. Unabhängig hiervon haben die Niederlande das Abkommen aber bereits in das autonome Recht übernommen, so daß es seit dem 01.10.1996 für die Niederlande Geltung

beanspruchen kann. Insbesondere im notariellen Bereich wird sich durch Inkrafttreten des Abkommens im deutsch-niederländischen Rechtsverkehr vieles ändern. Während sich bislang die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach beiden beteiligten Rechtsordnungen grundsätzlich nach dem Heimatrecht des Erblassers beurteilte und eine Rechtswahl nur aus deutscher Sicht gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB zugelassen war, erlaubt nunmehr Art. 5 des Abkommens, daß eine Person das Recht desjenigen Staates wählen kann, welcher die Rechtsnachfolge beherrscht. Die Wahl ist allerdings nur wirksam, wenn diese Person im Augenblick der Wahl oder im Augenblick des Todes die Staatsangehörigkeit dieses Staates besaß oder dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Darüber hinaus regelt das Abkommen ausführlich in den Artt. 8 f. die Zulässigkeit von Erbverträgen und orientiert sich hier stark an der deutschen Dogmatik. Während bislang Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente im deutsch-niederländischen Verhältnis zu zahllosen Problemen führten (vgl. Riering/Mark, Das gemeinschaftliche Testament deutsch-niederländischer Ehegatten unter besonderer Berücksichtigung des Haager Erbrechtsübereinkommens v. 01.08.1989, ZEV 1995, 90 ff.), bestimmt nunmehr Art. 12, daß sich die materielle Gültigkeit einer Vereinbarung über die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem gewählten Recht bestimmt.

Schwierigkeiten bereitet das Abkommen, wenn die Rechtsnachfolge von Todes wegen nicht durch letztwillige Verfügung geregelt wird und eine Rechtswahl nicht getroffen wurde. Art. 3 regelt diesen Fall auf umständliche und komplizierte Weise und versucht einen Kompromiß zwischen dem Heimatstaatsprinzip und dem Wohnsitzprinzip zu finden. Danach richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen primär nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des Erblassers. Es findet aber das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes Anwendung, wenn der Erblasser im Aufenthaltsstaat während einer Dauer von mindestens fünf Jahren unmittelbar vor seinem Ableben seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. In außergewöhnlichen Umständen freilich findet wiederum das Staatsangehörigkeitsrecht Anwendung. Sowohl bei der gewillkürten als auch bei der gesetzlichen Erbfolge dürfte es für die Zukunft zu zahlreichen Rückverweisungen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland kommen, so daß Erbfolgeregelungen und Fragen der gesetzlichen Erbfolge anhand des Bürgerlichen Gesetzbuches zu klären sind. Das Abkommen kann in der authentischen französischen und englischen Sprache über das Deutsche Notarinstitut (**Dokumentennr. Fax-Abwurf: 2010; englisch; Fax-Abwurf: 2020; französisch**) bezogen werden. Eine vollständige Übersetzung des Abkommens wird in Kürze erscheinen.

**Dr. Wolfgang Riering LL.M.**

### Neues zur Abtretung des Vorsteuererstattungsanspruches

Die Veräußerung von Grundbesitz ist bekanntlich von der Umsatzsteuer befreit. Letztlich aus Gründen der Finanzierung wird jedoch teilweise zur Umsatzsteuer optiert, § 9 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 9a UStG. Aus Liquiditätsgründen ist der Käufer nicht an einer Barzahlung der Umsatzsteuer interessiert. Er tritt daher den ihm aus dem Geschäft entstehenden Vorsteuererstattungsanspruch zum Zwecke der Kaufpreiszahlung an den Verkäufer ab. Dieser rechnet sodann damit gegen seine Umsatzsteuerschuld auf. Im Idealfall sind auf diesem Wege der

entsprechende Kaufpreisteil und die Umsatzsteuer des Verkäufers getilgt. Die in diesem Zusammenhang auftretenden Schwierigkeiten bei der Kaufpreisfälligkeit sowie die der Steuerberechnung und entsprechende Hinweise für die Durchführung des Abtretungsverfahrens sind in den DNotI-Reporten 5/95 bzw. 1/96 behandelt.

Offengeblieben sind Fragen, die bei Störung des Abtretungsverhältnisses entstehen können. Diese Störungen können letztlich auf zwei Ursachen beruhen:

Zum einen ist möglich, daß der abgetretene Erstattungsanspruch von der Höhe der geschuldeten Umsatzsteuer abweicht. Grund dafür ist, daß der abtretbare Vergütungsanspruch sich nicht auf die im Kaufvertrag ausgewiesene Umsatzsteuer bezieht, sondern Gegenstand der Abtretung nur der Saldo zwischen Vorsteuerbeträgen und Umsatzsteuerbeträgen ist, den die entsprechende Umsatzsteueranmeldung für den betreffenden Berechnungszeitraum (§ 18 UStG) ausweist. Für Zwecke der Kautelarjurisprudenz sind in DNotI-Report 1/96 entsprechende Vorschläge unterbreitet. Eine andere Art von Störung liegt vor, wenn die vom Käufer selbst ausgerechneten Vorsteuererstattungsansprüche zwar den im Kaufvertrag ausgewiesenen Umsatzsteuerbetrag überschreiten und von daher die Abtretung gelingt, jedoch das selbst errechnete Guthaben des Käufers unberechtigt ist. Einfachster Fall wäre etwa, wenn der Käufer in seiner Umsatzsteuer-Monatsanmeldung andere Vorsteuerguthaben fingiert oder aber seine eigenen Umsätze absichtlich geringer ausweist, um ein möglichst hohes Vorsteuerguthaben zu erreichen. Das Finanzamt wird, soweit die übrigen Voraussetzungen (Abtretung auf amtlichen Vordruck etc.) gegeben sind, die Aufrechnung des Verkäufers des abgetretenen Anspruchs gegen die berechnete Umsatzsteuerschuld zunächst zulassen. Es taucht damit die Frage auf, was passiert, wenn dem Finanzamt nachträglich die Unrichtigkeit der Umsatzsteuervoranmeldung des Käufers bekannt wird. Das Finanzamt ist dann berechtigt, in der Umsatzsteuerjahresanmeldung das entsprechende Vorsteuerguthaben des Käufers zu korrigieren und zurückzufordern. Der Anspruch des Finanzamtes auf Rückforderung beruht auf § 37 Abs. 2 AO. Der BFH ist dabei in ständiger Rechtsprechung der Ansicht, daß sich der Anspruch gegen denjenigen richtet, der die Leistung erhalten hat. Dies ist durch die Abtretung und anschließende Aufrechnung der Grundstücksverkäufer (vgl. BFH v. 01.08.1995, EWiR 1996, S. 149; v. 31.08.1993, UR 1995, S. 140; v. 06.02.1990, BStBl. 1990 II, S. 523). Letztlich verliert der Verkäufer damit einen Teil des Kaufpreises, den er vom Käufer erneut anfordern muß. Die Gestaltung des Kaufvertrages ist in diesem Punkt also nicht konkurssicher.

Für die notarielle Behandlung ergeben sich daraus zwei Folgerungen:

Der Notar wird den Verkäufer auf die bestehende Lücke hinweisen. Er ist nicht berufen, dem Verkäufer von der Konstruktion der Abtretung des Vorsteuerguthabens abzuraten. Dagegen spricht zum einen, daß die häufig steuerlich beratenen Kaufvertragsparteien sich den Umsatzsteuerausweis und die Abtretung als Teil der Kaufpreisbildung zu eigen gemacht haben und der Notar mit einem strikten Abraten gegen seine Neutralitätspflicht verstoßen könnte. Zum anderen ist die Inanspruchnahme

des Verkäufers zwar möglich, in der Praxis jedoch regelmäßig mehr als höchst unwahrscheinlich. Voraussetzung wäre daß,

1. die Umsatzsteuervoranmeldung des Käufers unrichtig ist,
2. der sich ergebende Vorsteuererstattungsanspruch zu hoch ist,
3. dies der Finanzverwaltung erst nach Eigentumsumschreibung bekannt wird und
4. der Käufer nach dem Kauf insolvent wird.

Der Notar sollte jedoch den Verkäufer auf die theoretische Möglichkeit der Inanspruchnahme hinweisen. Notar Schervier, Landshut, schlägt dazu folgende Formulierung vor:

*„Der Notar hat darauf hingewiesen, daß aufgrund späterer Korrekturen der Umsatzsteuerfestsetzung beim Käufer Rückforderungsansprüche des Fiskus gegen den Verkäufer entstehen können.“*

Darüber hinaus sollten auch andere Abwicklungs- und Sicherungsvorschriften des Vertrages, die der Notar einzuhalten hat, auf den Nettokaufpreis geändert werden. Dazu gehört, daß die Kaufpreisfälligkeit erst dann eintritt, wenn Löschungsbewilligungen eingetragener Grundpfandgläubiger höchstens mit Auflagen vorliegen, die aus dem Nettokaufpreis zu erfüllen sind. Des weiteren sollte der Notar die sog. Kaufpreisüberwachung auf die Zahlung des Nettokaufpreises beschränken (vgl. DNotI-Report 16/1994, S. 3 ff.).

**Notarassessor Dr. Stephan Schuck**

## Literaturhinweise

**Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Carl Heymanns Verlag KG, München**

Mit der 7. Auflage ist dieses Standardwerk ein aktueller und zuverlässiger Wegweiser durch die täglich auftretenden Fragen der Notariatspraxis, insbesondere im Bereich der Formulierung und Gestaltung, Belehrung und Beratung. Neben dem Allgemeinen Teil werden im Besonderen Teil des Werkes die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Vertragstypen dargestellt. Dabei wird besonderer Wert auf Belehrungs- und Beratungspflichten des Notars im Zusammenhang mit den einzelnen Rechtsgeschäften gelegt. Durch die Betonung der allgemeinen und besonderen Betreuungspflichten des Notars unterscheidet sich dieses Werk deutlich von anderen Notarhandbüchern und sollte daher in keiner Handbibliothek eines Notars fehlen.

**Notarassessorin Dr. Christina Wolf, Würzburg**

**Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 3. Auflage,  
Verlag C.H. Beck München, 1996, 1276 Seiten, DM 220,-**

Das mittlerweile in dritter Auflage erscheinende steuerliche Vertrags- und Formularbuch spricht zwar in erster Linie steuerberatende Berufe an, ist aber auch für die notarielle Praxis von Interesse, da neben Anträgen im Besteuerungsverfahren

auch eine Vielzahl von gesellschaftsrechtlichen Musterverträgen und sonstigen Verträgen enthalten sind. Besonders hervorzuheben sind die Musterverträge zur kleinen AG und zum neuen Umwandlungsrecht. Besonders auch steuerlich motivierte Gestaltungen, wie z. B. der „Schütt-aus-Hol-zurück“-Vertrag oder die Schenkung gegen Versorgungsleistung, werden behandelt. Insbesondere die ausführlichen steuerrechtlichen Erläuterungen machen das Werk zu einem wertvollen Ratgeber auch für die notarielle Praxis.

**Notar a.D. Dr. Peter Limmer**

**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.

**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,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333