

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

1/1993 · Mai 1993

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV § 3 Abs. 1 - Zulässigkeit eines Wahlrechts im Freigabeversprechen

Rechtsprechung

WEG §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 - Widersprüchliche Bauzeichnungen in Aufteilungsplänen

BGB § 2150 - Vermächtniszurückwendung an Schlußerben

GBO § 29 - Unterschriftsbeglaubigung durch US-Notary Public

AktG §§ 302, 303, GmbHG § 13 - Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern

ESTG § 10e Abs. 6 - Vorkostenabzug bei unentgeltlichem Erwerb

Aktuelles

VermG §§ 3 Abs. 1 S.2, 34 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 1281, 1282, 1287 - Verpfändung von Rückübertragungsansprüchen nach VermG

DMBilG § 52; EStG §§ 21, 23, 9; VermG §§ 4, 5, 7 - Steuerliche Behandlung der Rückgabe von Grundstücken im Beitrittsgebiet

Änderung des zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes

Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnversorgung

Fortbildung

Sonstiges

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV § 3 Abs. 1

Bauträgervertrag, Freistellungserklärung, Auflassungsvormerkung

Frage:

Entspricht ein Freigabeversprechen der Gläubigerbank der MaBV, wenn diese sich das Wahlrecht einräumt, das Kaufobjekt bei Nichtvollendung freizugeben oder hilfsweise der Auflassungsvormerkung des Käufers den Vorrang vor ihren Grundpfandrechten einzuräumen?

Sachverhalt:

Die Globalgläubigerbank übersendet im Rahmen der Abwicklung eines Bauträgervertrages an den Notar A eine Freistellungserklärung gemäß § 3 MaBV, die folgende Klausel enthält: "Sofern das Bauvorhaben aus Gründen, die der Käufer nicht zu vertreten hat, nicht vertragsgemäß vollendet werden sollte, wird die Bank nach ihrer Wahl wie folgt verfahren: Die Bank wird das Kaufobjekt freigeben, hilfsweise der Auflassungsvormerkung des Käufers den Vorrang vor ihren Grundpfandrechten einräumen, sobald der Käufer alle bis dahin geschuldeten Kaufpreisraten vertragsgemäß auf das o.g. Konto gezahlt hat."

Der Notar ist der Auffassung, daß diese Freistellungserklärung nicht der MaBV entspricht, denn die Vormerkung hindere den Pfandrechtsgläubiger nicht daran, einen Zwangsversteigerungsantrag zu stellen. Er ist der Auffassung, daß auch das im Rang nach der Auflassungsvormerkung eingetragene Grundpfandrecht sich bei einem eventuellen Kaufinteressenten negativ auswirken könne.

Antwort:

1. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV schreibt den Mindestinhalt des Freigabeversprechens vor. Entspricht eine Freistellungsverpflichtung nicht diesen Anforderungen, darf der Bauträger keine Vermögenswerte des Erwerbers entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen.

2. § 3 Abs. 1 Ziff. 3 MaBV verlangt, daß die Freistellung des Vertragsobjektes von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Soweit ersichtlich, ist die Frage, ob sich die Bank anstelle einer Freigabe im engeren Sinne das Wahlrecht einräumen lassen kann, nicht höchstrichterlich entschieden. In der Literatur wird aber überwiegend angenommen, daß eine solche Bestimmung unbedenklich sei (so Basty, DNotZ 1992, 139; Schmidt in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 1. Halbband, 3. Aufl. 1992, S. 278; Reithmann u.a., Kauf vom Bauträger, 6. Aufl. 1992,

S. 106). Für diese Meinung spricht einiges, wenn man den Gesetzeszweck der MaBV berücksichtigt, die den Erwerber nicht vor jeglicher Unannehmlichkeit schützen, sondern nur die lastenfreie Eigentumsverschaffung sichern will. Dies wird durch zwei Maßnahmen, nämlich die Auflassungsvormerkung und die Freistellung des Vertragsobjektes von vorrangigen Grundpfandrechten sichergestellt (Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, S. 56). Auch der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Ziff. 3 MaBV spricht nicht davon, daß alle am Grundstück eingetragenen Grundpfandrechte zu löschen sind, sondern daß lediglich die Freistellung von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung in Range **vorgehen oder gleichstehen**, gesichert ist.

3. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die MaBV lediglich die gewerberechtlichen Mindestbedingungen für das Freigabeversprechen normiert. Den Beteiligten eines Bauträgervertrages bleibt es aber unbenommen, im Bauträgervertrag strengere Voraussetzungen für die Freigabe festzulegen. Das o.g. Wahlrecht ist daher nur dann zulässig, wenn nicht der Bauträgervertrag strengere Voraussetzungen bestimmt, etwa daß lediglich eine Freigabe im engeren Sinne genügt (vgl. den Haftungsfall OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 153). Es ist daher die Freistellungserklärung auch daraufhin zu überprüfen, ob sie auch den Fälligkeitvoraussetzungen des Bauträgervertrages entspricht.

Rechtsprechung

WEG §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4

Sind die als Aufteilungspläne vorgelegten Bauzeichnungen in sich widersprüchlich, so kann der Aufteilungsplan nicht Grundlage für die Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher sein. Das gleiche gilt für die auf der Grundlage eines solchen Plans erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung.

BayObLG, Beschl. v. 17.12.1992 - 2 ZBR 29/92

Gemäß § 7 Abs. 4 WEG ist zur Entstehung von Wohnungs- und Teileigentum neben dem Eintragungsantrag nach § 13 Abs. 1 GBO und der in der Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG meist enthaltenen Eintragungsbewilligung des voreingetragenen Eigentümers als Anlage der Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung beizufügen. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung mit Aufteilungsplan bereitet in der Praxis immer wieder Probleme. Im Zentrum der jüngsten Diskussion stand vor allem die Frage, ob bei der Prüfung der Abgeschlossenheit im bauordnungsrechtlichen Sinne auf die jeweils gegenwärtige Sach- und Rechtslage des Baurechts abzustellen ist. Der gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat im Beschluß vom 30.06.1992 diese Frage zugunsten einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise verneint (vgl. DNotZ 1993, 48 ff).

Im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung des BayObLG steht die Frage, wie der Aufteilungsplan aussehen muß, damit eine verzögerungsfreie Eintragung im Grundbuch gewährleistet ist. Die am 19.03.1974 (Bundesanzeiger Nr. 58 vom 23.03.1974, vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG 5. Aufl. 1983, Anhang II. 2) erlassene "Allgemeine Verwaltungsvorschrift"

für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des WEG enthält allgemeine Ausführungen über die Anforderungen, die an die dem Plan zugrundeliegende Bauzeichnung zu stellen sind. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung der Obergerichte verschiedene Anforderungen entwickelt:

* Es ist eine Bauzeichnung in zweifacher Ausfertigung im Maßstab mindestens 1:100 anzufertigen. Sie muß bei bestehenden Gebäuden eine Baubestandszeichnung sein.

* Aus der Bauzeichnung müssen die Wohnungen ersichtlich sein. Alle zu einer Wohnung gehörenden Einzelräume sind mit der gleichen Nummer zu kennzeichnen.

* Ein Plan des Gesamtgrundstückes ist zwar nicht erforderlich, empfiehlt sich aber meist. Das OLG Bremen verlangt die Vorlage eines Lageplans, wenn auf dem Grundstück 2 oder mehrere selbständige Bauwerke errichtet wurden (OLG Bremen DNotZ 1980, 489).

* Die Bauzeichnung hat sämtliche Stockwerke des Gebäudes zu umfassen, auch Keller und Dachgeschoß (Bärmann/Pick/Merle, WEG, a.a. O.).

* Die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung verlangt grundsätzlich Grundrißzeichnungen und Schnittzeichnungen (BayObLG DNotZ 1980, 747). Das BayObLG bestätigt dies in der vorliegenden Entscheidung.

* Schließlich müssen die verschiedenen Teile des Plans in sich und mit der Teilungserklärung widerspruchsfrei übereinstimmen (BayObLG WE 1992, 290; OLG Köln ZMR 1992, 511 f.).

Im vorliegenden Fall bestanden Widersprüche zwischen den verschiedenen Grundrißplänen. Das BayObLG führt hierzu aus: Die "Widersprüche zwischen den Grundrißplänen und den Schnittzeichnungen hat das Landesgericht im einzelnen zutreffend dargelegt. Da die Abgeschlossenheitsbescheinigung stets auf eine konkrete Bauzeichnung (Aufteilungsplan) Bezug nimmt, ist auch sie bei derartigen Mängeln des Aufteilungsplanes keine geeignete Eintragungsgrundlage im Sinne des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG. Bei bestehenden Gebäuden muß die der Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügte Bauzeichnung eine Baubestandszeichnung sein, also den derzeitigen Bauzustand zutreffend wiedergeben".

Das Gericht schränkt allerdings diesen Grundsatz wieder ein: "Ein Aufteilungsplan, der den Bauzustand nicht richtig wiedergibt, muß nicht notwendigerweise die Abgeschlossenheit im Sinne von § 3 Abs. 1 WEG in Frage stellen. Wenn im vorliegenden Fall Mauerdurchbrüche zum Nachbarhaus im Dachgeschoß als Fluchtwege in den Aufteilungsplänen nicht eingezeichnet sind, berührt dies die Abgeschlossenheit als solche nicht (BayObLGZ 1990, 279; KG OLGZ 1985, 129).

Das gleiche gilt für Abweichungen der Bauzeichnung vom tatsächlichen Zustand innerhalb der Grenzen eines Sondereigentums."

Das BayObLG legt ganz im Sinne der Entscheidung des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes einen zivilrechtlichen Maßstab an. Entscheidend ist, ob die Auftei-

lungspläne eine einwandfreie Zuordnung und damit Bestimmung des entstehenden Sonder- bzw. Teileigentums zulassen und damit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen wird. Ist dies der Fall, dann können Ungenauigkeiten, die diesen Grundsatz nicht beeinträchtigen, nicht zur Ablehnung der Eintragung führen.

BGB § 2150

Auch der alleinige Schlußerbe kann mit einem Vermächtnis bedacht und beschwert werden.

BayObLG, Beschluß vom 25.2.1993 - 1 ZBR 67/92

Sachverhalt:

Die Ehegatten M und F schlossen 1946 einen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und die Tochter des M aus erster Ehe zum Schlußerben einsetzten. Im Jahre 1967 übergaben die Ehegatten M und F den Großteil ihres Grundbesitzes an T. Mit dem Übergabevertrag wurde ein Erbvertrag verbunden, in dem die Ehegatten M und F die gegenseitige Alleinerbeneinsetzung wiederholten und die T bezüglich des zurückbehaltenen Grundbesitzes als Vermächtnisnehmerin einsetzten. T nahm diese Vermächtniseinsetzung an. Nach dem Tod des M setzte F u.a. ihren Bruder B als Erben ein.

Problem:

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Vertragsmäßigkeit, der Änderung und der Aufhebung von in einem Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen. Der Erbeinsetzung des B durch F steht der 1946 geschlossene Erbvertrag entgegen, wenn die Einsetzung der T vertragsmäßig geschah und diese Einsetzung weder geändert noch aufgehoben worden ist.

* Die Verfügungen im Erbvertrag von 1946 sind nicht ausdrücklich als vertragsmäßig bezeichnet. Regelmäßig werden aber letztwillige Verfügungen als bindend betrachtet, wenn sie eine Zuwendung an den Vertragspartner oder einen diesem Nahestehenden, insbesondere mit ihm verwandten Dritten, betreffen. (Palandt/Idenhofer § 2278, 52. Aufl. 1993 Rz. 4)

* Ob die Wiederholung der gegenseitigen Erbeinsetzung ohne Regelung der Schlußerbenfolge mit der Aufhebung der Schlußerbeinsetzung gleichzusetzen ist, ergibt sich zumindest nicht zwingend, dies ist im Weg der Auslegung zu ermitteln (vgl. BayObLGZ 1991, 10/12 ff.). Die zugrundeliegende Entscheidung des Landgerichtes ging in diesem Fall richtig davon aus, daß die Ehegatten die Schlußerbeinsetzung gerade nicht aufheben oder einschränken, sondern die Stellung der T für den zurückbehaltenen Grundbesitz verstärken wollten. Dies durfte das Landgericht daraus entnehmen, daß die Ehegatten keine Regelung über das weiter vorhandene erhebliche Barvermögen trafen und daraus, daß die Beteiligte T selbst Partei des zweiten Erbvertrages war (§ 2289 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vermächtnisanordnung war deshalb im Verhältnis zur Schlußerbeinsetzung nicht nur wegen ihrer Selbständigkeit (§ 2150 BGB) rechtlich zulässig, sondern wegen der erbvertraglichen Bindung auch keineswegs sinnlos.

GBO § 29

Unterschriftsbeglaubigung, USA, Notary Public, Apostille

Die in den Vereinigten Staaten von Amerika von einem Notary Public vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung bedarf im Grundbucheintragungsverfahren zum Nachweis ihrer Echtheit grundsätzlich einer Apostille. Liegt statt einer vom zuständigen Secretary of State oder seinem Vertreter erteilten Apostille eine Echtheitsbescheinigung des Clerk of the Court vor, in der auf eine Bescheinigung des Secretary of State Bezug genommen wird, so kann das Grundbuchamt auf die Vorlage einer Apostille verzichten und den Echtheitsnachweis auch ohne eine solche als erbracht ansehen.

BayObLG, Beschl. v. 19.11.1992-2 ZBR 100/92

AktG 1965 §§ 302, 303; GmbHG § 13

Haftung, qualifizierter faktischer Konzern, Durchgriffshaftung, Treuepflicht

1. Der eine GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter haftet entsprechend den §§ 302, 303 AktG, wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe (Klarstellung zu BGHZ 115, 187).

2. Die dauernde und umfassende Ausübung der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen begründet nicht die Vermutung, daß keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft genommen worden ist. Der Kläger hat vielmehr Umstände darzulegen und zu beweisen, die eine solche Annahme nahelegen. Dabei können ihm entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen Erleichterungen hinsichtlich seiner Substantiierungslast eingeräumt werden, soweit das herrschende Unternehmen im Gegensatz zum Kläger die maßgebenden Tatsachen kennt und ihm die Darlegung des Sachverhalts zumutbar ist.

BGH, Urt. v. 29.03.1993 - II ZR 265/91

(= BGH DStR 1993,572 = DB 1993, 825))

Sachverhalt:

Der Kläger macht gegen den Beklagten Werklohnforderungen für Bauvorhaben geltend. Der Beklagte war Inhaber eines Einzelunternehmens und zusammen mit seiner Ehefrau an verschiedenen weiteren GmbH's beteiligt, bei denen er zum Teil auch Geschäftsführerfunktionen wahrnahm. Seine Ehefrau war Alleingesellschafterin der TBB-GmbH, in der der Beklagte alleiniger Geschäftsführer war. Die TBB-GmbH wurde vermögenslos.

Problem:

1. Die Frage der Haftung eines Gesellschafters einer GmbH, der außerhalb seiner Gesellschaft als Einzelunternehmen oder im Rahmen weiterer GmbH's tätig ist, ist seit der Autokran-Entscheidung des BGH (BGHZ 95, 330 = DNotZ 1985, 358)

heftig umstritten (vgl. zuletzt Hommelhoff/Stimpel/Ulmer, Heidelberger Konzernrechtstage, Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern 1992). Insbesondere das letzte Urteil des BGH, das sog. Video-Urteil (BGHZ 115, 187), hat zu erheblicher Unsicherheit geführt, da es entschied, daß der Gesellschafter einer GmbH, der zugleich außerhalb seiner GmbH unternehmerisch tätig und alleiniger Geschäftsführer der GmbH ist, für alle Schulden der GmbH im Wege des Verlustausgleichsanspruchs analog §§ 302, 303 AktG hafte. Dieses Ergebnis hat zu heftiger Kritik in der Literatur geführt (vgl. Flume, DB 1992, S. 25 ff.). Es wurde daher mit Spannung das neue Urteil des BGH erwartet.

2. Die grundlegende Kehrtwendung blieb aus; der BGH hat am grundsätzlichen Haftungskonzept im qualifizierten faktischen Konzern festgehalten:

"Der Senat geht bei den von ihm entwickelten Grundsätzen zur Haftung im faktischen GmbH-Konzern mit der jedenfalls im deutschen Recht ganz überwiegend vertretenen Meinung davon aus, daß mit bestimmten Beherrschungsverhältnissen für die abhängige Gesellschaft, d.h. für ihre etwaigen Minderheitsgesellschafter und ihre Gläubiger, besondere Gefahren verbunden sein können. ... Die Notwendigkeit eines besonderen Konzernhaftungsrechts, die auch heute dem Grundsatz nach für die abhängige GmbH weit überwiegend bejaht wird, beruht darauf, daß sich in bestimmten Konzernen wegen der Dichte der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens unübersichtlich gewordenen Verhältnisse einzelne schädigende Eingriffe nicht mehr isolieren lassen."

Auch für die natürliche Person, die außerhalb ihrer GmbH unternehmerische Interessen verfolgt, soll keine Sonderregelung, wie sie teilweise in der Literatur im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung in der GmbH gefordert wurde, gelten:

"Für die Ausgestaltung besonderer konzernrechtlicher Haftungsregeln kann es grundsätzlich keine Rolle spielen, welche Rechtsform der noch in anderer Weise unternehmerisch tätige Gesellschafter hat. Das Ausmaß der durch die Konzernierung begründeten Gefahren für die außenstehenden Gesellschafter und die Gläubiger hängt nicht davon ab, ob die Gesellschaft von einer anderen Gesellschaft oder einer natürlichen Person beherrscht wird".

Dies kann auch dann der Fall sein, wenn nicht der Beklagte direkt beteiligt ist, sondern lediglich seine Ehefrau. Entscheidend ist nach Auffassung des BGH, ob die Gesellschafterstellung der Ehefrau dem Beklagten zuzurechnen ist; dies ist insbesondere der Fall, wenn sie die Anteile an der Gesellschaft nur als dessen Treuhänderin hält. Ein besonderes Anzeichen für eine ausreichend sichere Grundlage für die Ausübung gemeinsamer Herrschaft kann eine in der Vergangenheit gemeinsam betriebene Unternehmenspolitik darstellen. Der BGH schränkt allerdings ein, daß es keinen Erfahrungssatz gibt, wonach Familienangehörige stets gleichgerichtete Interessen verfolgten.

3. Es wird im neuen Urteil allerdings deutlich, daß der BGH in bewußter Abkehr vom Video-Urteil zu einer deutlichen Haftungseingrenzung kommen möchte. Der BGH stellt nunmehr klar:

"Haftungstatbestand ist nicht die dauernde und umfassende

Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die oben näher gekennzeichnete Beeinträchtigung ihrer Interessen."

Hieraus wird deutlich, daß der BGH die Haftung nur noch bei pflichtwidrigem Verhalten des Alleingesellschafter-Geschäftsführers gegenüber seiner GmbH annehmen will. Der Kläger, der sich auf die Ausgleichshaftung beruft, muß daher Umstände darlegen und beweisen, "die die Annahme zumindest nahelegen, daß bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind."

Für die Konzernhaftung genügen daher schädigende Einzeleingriffe nicht. Die Verlustausgleichshaftung tritt erst dann ein, wenn die einzelnen nachteiligen Eingriffe nicht mehr isolierbar sind.

4. Der BGH hat mit diesem Urteil der Praxis einigermaßen handhabbare Kriterien in die Hand gegeben, die die Haftung beherrschbar erscheinen lassen. Die notarielle Praxis wird aber nicht umhin kommen, bei der GmbH-Gründung auf die spezifischen Gefahren des Konzernrechts, die insbesondere aus unternehmerischer Betätigung außerhalb der GmbH resultieren, hinzuweisen und im Einzelfall Enthaltungsgestaltungen anzubieten.

Hinweis: Zu Haftungsvermeidungsgestaltungen vgl. Limmer, MittBayNot 1992, 20 ff.; Mayer, DSr 1992, 791 ff.; Priester und Hommelhoff in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer, Heidelberger Konzernrechtstage, Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern, 1992; Kreßler, GmbHR, 1992, 249.

ESTG § 10 e

Sonderausgaben, Anschaffung, Vorkosten, Abzug, Schenkung, eigene Wohnung.

Unter Anschaffung im Sinne des § 10 e Abs. 6 EStG ist nur der entgeltliche Erwerb zu verstehen (Änderung der Rechtsprechung: Abweichung vom BFH-Urteil vom 11.3.1992, X R 113/89, BStBl. II 1992, 886)

BFH-Urteil v. 13.1.1993, X R 53/91 (DStR 1993, 562)

Sachverhalt:

Die Mutter der Klägerin war Eigentümerin eines Zweifamilienhauses. Eine Wohnung bewohnte die Mutter, die andere bewohnten die Kläger. Nach dem Tod der Mutter wurde die Klägerin Alleinerbin. Sie ließ nach dem Tod die Wohnung der Mutter renovieren und die Küche entfernen. Die Kläger nutzten dann das gesamte Einfamilienhaus zu eigenen Wohnzwecken. Die Klägerin beantragte, die Renovierungskosten für die frühere Wohnung der Mutter nach § 10 e Abs. 6 EStG wie Sonderausgaben abzuziehen.

Problem:

1. Nach § 10 e Abs. 6 EStG können solche Aufwendungen wie Sonderausgaben abgezogen werden, die dem Steuerpflichtigen vor der erstmaligen Nutzung der eigenen Wohnung zu eigenen Wohnzwecken entstanden sind und die in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Herstellung oder

Anschaffung stehen. Als solche sogenannten Vorkosten kommen insbesondere in Betracht:

- Schuldzinsen, Damnum, sonstige Geldbeschaffungskosten;
- Reparaturaufwendungen, sofern es sich nicht um Herstellungskosten handelt;
- Aufwendungen für ein Erbbaurecht wie Erbbauzinsen etc.;
- Gebühren für den Abschluß eines Bausparvertrages;
- vergebliche Aufwendungen, die im Zusammenhang mit nicht realisierten Bauvorhaben anfallen, z.B. Planungskosten, Fahrtkosten etc.

2. Umstritten ist, ob auch der unentgeltlich erwerbende Rechtsnachfolger zum Vorkostenabzug nach § 10 e Abs. 6 EStG berechtigt ist (vgl. Schmidt, EStG, 11. Aufl. 1992, 10 e, Anm. 9 g). Entscheidend hierfür ist, ob die Renovierungskosten mit der **Anschaffung des Gebäudes** zusammenhängen. Es ist daher fraglich, ob bei einem unentgeltlichen Erwerb auch von einer "Anschaffung" gesprochen werden kann. Der BFH beurteilte im Urteil vom 11.3.1992 (BStBl II 1992, 886) den unentgeltlichen Erwerb eines Gebäudes im Wege der Einzelrechtsnachfolge aufgrund einer Schenkung als Anschaffung. Diese Auffassung gibt der BFH nunmehr ausdrücklich sowohl für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge als auch der Einzelrechtsnachfolge auf:

"Die Beurteilung des unentgeltlichen Erwerbs im Wege der Einzelrechtsnachfolge als Anschaffung im Sinne von § 10 e Abs. 6 EStG hätte zur Folge, daß gleichartige Lebenssachverhalte - Erwerbe von Grundstückseigentum ohne Gegenleistung - unterschiedlich begünstigt würden. Es ist kein Grund erkennbar, der es rechtfertigen könnte, vor Bezug einer Wohnung entstandene Aufwendungen zum Abzug zuzulassen, wenn der Steuerpflichtige das Gebäude geschenkt bekommt, hingegen nicht, wenn er es erbt. Der Senat hält daher an seiner ursprünglichen Wertung des mehrdeutigen Begriffs Anschaffung in § 10 e Abs. 6 EStG nicht mehr fest und versteht ihn nunmehr als **entgeltlichen Erwerb.**"

Die Praxis wird sich daher darauf einstellen müssen, daß der unentgeltlich Erwerbende (Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge) keinerlei Vorkosten mehr als Sonderausgaben im Sinne des § 10 e Abs. 6 EStG abziehen kann.

Aktuelles

VermG §§ 3 Abs. 1 Satz 2, 34 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 1281, 1282, 1287

Verpfändung von Rückübertragungsansprüchen nach dem VermG

Schreiben des Bundesjustizministeriums vom 1.4.1993 (Az: V 5-3440/4-6 II-15 0025/93)

Nach § 3 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbs. VermG können Rückübertragungsansprüche abgetreten, gepfändet und verpfändet werden. Eine Abtretung bedarf seit dem 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 14.7.1992 (BGBl. I 1257) ebenso wie das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft der notariellen Beurkundung, "wenn der Anspruch auf Rückübertragung eines Grundstücks, Gebäudes oder Unternehmens gerichtet ist" (§ 3 Abs. 1

Satz 2, 3. Halbs. VermG). Zur Sicherung des Verkäufers eines Rückübertragungsanspruchs konnte in der Vergangenheit die Abtretung unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung erklärt werden. Seit dem 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz kann dieser Weg nicht mehr gewählt werden, da § 3 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbs. VermG nunmehr vorsieht, daß bedingte Abtretungen unwirksam sind. In der Praxis hat sich daher folgende Konstruktion zur Sicherung des Verkäufers herausgebildet: Die Abtretung wird unbedingt erklärt; der Käufer verpfändet dem Verkäufer den abgetretenen Anspruch zur Sicherung der Kaufpreiszahlung (Formulierungsvorschläge bei Keith, VIZ 1992, 267, 268). Diskutiert wird,

- an wen in diesen Fällen die Rückübertragung durch Bescheid nach § 34 VermG zu erfolgen hat,
- ob durch die Verpfändung mit wirksamer Rückübertragung eine Sicherungshypothek entsprechend § 1287 BGB entsteht (bejahend z.B. Keith, a.a.O.),
- ob die Vermögensämter verpflichtet sind, mit dem Antrag auf Grundbuchberichtigung nach § 34 Abs. 2 VermG auch die Eintragung der entstandenen Sicherungshypothek zu veranlassen.

Zu diesen Fragen hat sich das BMJ im Schreiben vom 1.4.1993 wie folgt geäußert:

"Das Vermögensgesetz bestimmt in § 3 Abs. 1 Satz 2 lediglich, daß der Rückübertragungsanspruch verpfändet werden kann. Weitere Regelungen trifft das Vermögensgesetz nicht. Also ist ergänzend auf die Regelungen des BGB zum vertraglichen Pfandrecht an Rechten gemäß §§ 1273 ff. BGB zurückzugreifen. Gemäß § 1281 BGB kann der Schuldner vor Pfandreife nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Nach Pfandreife ist gemäß § 1282 BGB an den Pfandgläubiger zu leisten. Die Pfandreife bestimmt sich nach der Fälligkeit der gesicherten Forderung - hier des Kaufpreisanspruches (§ 1228 Abs. 2 BGB).

Falls die Leistung in der Übereignung einer Sache besteht, verlangt § 1281 BGB, daß die Einigung zwischen dem Schuldner auf der einen sowie Gläubiger und Pfandgläubiger auf der anderen Seite erklärt wird. Dies ist auf die Rückübertragung eines Gegenstandes nach dem Vermögensgesetz nicht anzuwenden, da es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handelt. Vielmehr geht gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 Vermögensgesetz mit der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung über die Rückübertragung das Eigentum auf den Berechtigten über; einer Willenserklärung des Berechtigten bedarf es dazu nicht. Also bedarf es auch keiner zusätzlichen Willenserklärung des Pfandgläubigers. Soweit es sich, wie in dem von Ihnen angesprochenen Fall, um die Rückübertragung einer unbeweglichen Sache handelt, muß dem Pfandgläubiger auch kein Mitbesitz eingeräumt werden, denn die gem. § 1287 BGB entstehende Sicherungshypothek erfordert keinen Besitz (Palandt, BGB, 50. Aufl., München 1991, § 1281 Rz. 2). Die gem. § 1281 BGB erforderliche Leistung an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich kann von dem Vermögensamt aber in der Weise bewirkt werden, daß die Sicherungshypothek in den Tenor des Restitutionsbescheides aufgenommen wird.

Falls die Pfandreife schon eingetreten ist, muß der Schuldner an den Pfandgläubiger leisten (§ 1282 BGB). Dieser ist zur

Einziehung der Forderung berechtigt, ohne Forderungsinhaber zu werden. Das bedeutet, daß die Einigung (Inhalt: Eigentumsübertragung auf den Gläubiger, nicht auf den Pfandgläubiger) zwischen dem Schuldner und dem Pfandgläubiger erklärt werden muß. Dieses Erfordernis entfällt bei der Rückübertragung nach dem Vermögensgesetz; an dessen Stelle steht die Aufnahme der Sicherungshypothek in den Tenor des Rückübertragungsbescheides. Wie bei der Leistung vor Pfandreife ist das Grundstück dem Gläubiger zu Alleinbesitz zu übergeben.

Gemäß § 1287 BGB erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek, falls der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB leistet und die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück besteht. Diese Sicherungshypothek entsteht mit Eintragung des Gläubigers als neuer Eigentümer kraft Gesetzes. Bei der Rückübertragung nach dem VermG tritt an die Stelle der Eintragung des Gläubigers als Eigentümer die Unanfechtbarkeit des Bescheides des Vermögensamtes. Damit entsteht die Sicherungshypothek. Sie ist auf Bewilligung des Gläubigers, die notfalls im Wege der Klage aus § 894 BGB durchzusetzen ist, oder nach § 22 GBO berichtend ins Grundbuch einzutragen. Der Schuldner - hier das Vermögensamt - hat nach der Regelung des BGB mit der Eintragung der Sicherungshypothek nichts zu tun. Etwas anderes könnte sich nur aus § 34 Abs. 2 Vermögensgesetz ergeben. Danach ersucht die Behörde bei der Rückübertragung von Eigentums- und sonstigen dinglichen Rechten an Grundstücken und Gebäuden das Grundbuchamt um die erforderlichen Berichtigungen des Grundbuchs. Damit ist zunächst die Eintragung des Berechtigten als Eigentümer gemeint. Unter den erforderlichen Berichtigungen gemäß § 34 Abs. 2 Vermögensgesetz sind diejenigen Grundbuchberichtigungen zu verstehen, die deshalb erforderlich werden, weil das Grundbuch durch den Eigentumsübergang an den Berechtigten unrichtig geworden ist. Dazu gehört aber auch die Eintragung der Sicherungshypothek, denn diese entsteht kraft Gesetzes mit dem Eigentumsübergang auf den Gläubiger, also auf den Berechtigten. Das Vermögensamt müßte also m.E. um Berichtigung des Grundbuchs in zweifacher Hinsicht ersuchen. Zum ersten müßte der Berechtigte als Eigentümer eingetragen werden, zum zweiten die Sicherungshypothek für den Pfandgläubiger eingetragen werden."

**DMBilG § 52; EStG §§ 21, 23, 9; VermG §§ 4, 5, 7
Vermietung, Verpachtung, Vermögensrückgabe, offene Vermögensfragen, staatliche Verwaltung, Werbungskosten**

Steuerliche Behandlung der Rückgabe von bebauten oder unbebauten Grundstücken im Beitrittsgebiet, die der Erzielung von Einnahmen aus Vermietung oder Verpachtung dienen.

BMF-Schreiben vom 11.01.1993-IV B 3 S 2211 - 66/92

1. Steuerliche Behandlung der Rückübertragung, Rückgabe nach Aufhebung der staatlichen Verwaltung und Entschädigung nach dem Vermögensgesetz:

Die Rückgabe von enteignetem Grundbesitz oder dessen Rückgabe nach Aufhebung der staatlichen Verwaltung aufgrund des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen vom 23.09.1990 i.d.F. der Bekanntmachung vom 03.08.1992 (VermG. BGBl.I S. 1446) ist keine Anschaffung im steuerli-

chen Sinne (§ 52 Abs. 2 Satz 2 D-Markbilanzgesetz i.d.F. vom 18.04.1991, DMBilG, BGBl.I S. 713). In Fällen der Rückübertragung oder Rückgabe gilt für die Bemessung der Absetzungen für Abnutzung als Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Wert, der sich in entsprechender Anwendung des § 52 Abs. 1 Satz 1 DMBilG ergibt. Das ist regelmäßig der Verkehrswert des Grundstücks zum 01.07.1990, soweit er auf das Gebäude entfällt. § 11d EStDV ist entsprechend anzuwenden. Eine anstelle der Rückübertragung gezahlte Entschädigung gehört nicht zu den steuerpflichtigen Einkünften i.S. des Einkommensteuergesetz.

2. Aufwendungen im Zusammenhang mit der Rückübertragung oder Rückgabe nach Aufhebung der staatlichen Verwaltung:

Soweit Aufwendungen im Zusammenhang mit der Rückübertragung oder Rückgabe von vermietetem Grundbesitz (z.B. Kosten für Nachforschungen, Reisekosten; vgl. aber Tz. 3) entstanden sind, können diese als vorweggenommene Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar sein. Dies gilt auch dann, wenn es entgegen den Erwartungen des Antragsstellers nicht zu einer Rückübertragung kommt.

Der Abzug als Werbungskosten setzt voraus, daß ein ausreichender wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der späteren Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung besteht. Im Zeitpunkt des Anfalls der Aufwendungen müssen Umstände erkennbar sein, wonach auf ein auf Einkunftserzielung gerichtetes Handeln geschlossen werden kann.

Derartige den Sachverhalt konkretisierende Umstände können z.B. Angaben über Art und Lage des Grundstücks, die derzeitige und die beabsichtigte Nutzung durch den Steuerpflichtigen, die derzeitigen Eigentumsverhältnisse, der Rechtsgrund, auf den der Steuerpflichtige seinen Anspruch auf Rückübertragung oder Rückgabe stützt, sowie die Vorlage einer Ablichtung des Antrags auf Rückübertragung oder Rückgabe sein.

Aufwendungen für ein bebautes Grundstück, bei dem eine Rückübertragung ausgeschlossen ist und nur ein Anspruch auf Entschädigung besteht (§§ 4, 5 VermG, § 3a VermG i.d.F. der Bekanntmachung vom 18.04.1991 BGBl.I S. 957, § 11 Abs. 2 Investitionsvorranggesetz-InVorG), stellen keine Werbungskosten dar. Soweit und solange der Sachverhalt unsicher oder unklar ist, kann das Finanzamt die Steuer vorläufig festsetzen (§ 165 AO).

3. Ablösung von Aufbauhypotheken, vergleichbaren Grundpfandrechten und Aufbaukrediten, Wertausgleich nach § 7 VermG:

Ist ein Grundstückseigentümer zur Übernahme einer auf seinem Grundstück lastenden Aufbauhypothek, eines vergleichbaren Grundpfandrechts oder eines Aufbaukredits verpflichtet und löst er diese Verbindlichkeiten ab, sind diese Zahlungen als Leistungen auf der Vermögensebene einkommensteuerrechtlich unbeachtlich, sie können nicht als Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abgezogen werden und erhöhen nicht die Anschaffungs- oder Herstel-

lungskosten (vgl. dazu Tz. 1). Das gleiche gilt im Fall eines bei Rückübertragung des enteigneten Grundstücks oder Rückgabe nach Aufhebung der staatlichen Verwaltung zu leistenden Wertausgleichs nach § 7 VermG.

4. Veräußerung innerhalb von zwei Jahren nach Rückübertragung:

Veräußert der Steuerpflichtige das Grundstück innerhalb von zwei Jahren nach Rückübertragung, findet § 23 EStG (Spekulationsgeschäfte) keine Anwendung (vgl. dazu Tz. 1), es sei denn, mit der Rückübertragung wurde ein entgeltlich erworbener Anspruch (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VermG) erfüllt.

Der Deutsche Bundestag hat der Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses zur Änderung des Investitions- erleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 12.2.1993 zugestimmt. Das Änderungsgesetz wird ab 1.5.1993 in Kraft treten. Für die notarielle Praxis sind folgende Gesetzes- änderungen von Bedeutung:

1. Änderung des Zweiten Vermögensrechtsänderungsge- setzes

Artikel 14 Abs. 5 des Zweiten Vermögensrechtsänderungsge- setzes vom 14. Juli 1992 (BGBl. I S. 1257) wird wie folgt ge- ändert:

1. Satz 6 wird wie folgt gefaßt:

"Im Einvernehmen mit den Bundesministerien der Finanzen und für Wirtschaft kann das Bundesministerium der Justiz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates re- geln:

1. die Anwendung des § 3 Abs. 1 des Investitionsvor- ranggesetzes auf die Verlegung von Verfassungsorga- nen und Dienststellen des Bundes und Vertretungen der Länder und ausländischer Staaten in das Beitrittsgebiet,

2. die Art und Weise der Sicherung oder Schaffung von Arbeitsplätzen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Investi- tionsvorranggesetzes, in welchem Umfang die Berück- sichtigung anderer Grundstücke nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 Satz 2 des Investitionsvorranggesetzes erfor- derlich ist, die Art und Weise des Nachweises dafür, daß der Vorhabenträger gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 des Investitionsvorranggesetzes nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen hinreichend Gewähr für die Durchführung des Vorhabens bietet, und die Behandlung von Investitionsanträgen des Anmelders in den Fällen des § 4 des Vermögensgesetzes,

3. weitere Einzelheiten des Verfahrens nach den Ab- schnitten 2 bis 6 des Investitionsvorranggesetzes, insbe- sondere zum Inhalt des Vorhabenplans, zu weiteren zu übersendenden Unterlagen und zur Zuständigkeit der Behörden, wobei von den darin enthaltenen Bestim- mungen abgewichen werden kann."

2. Nach Satz 6 werden folgende Sätze angefügt:
"Die Ermächtigung nach Satz 6 kann das Bundesministerium

der Justiz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bun- desrates auf die Landesregierungen übertragen. Unbeschadet der vorstehenden Vorschriften und des § 24 Abs. 3 des Investi- tionsvorranggesetzes werden die Landesregierungen er- mächtigt, die Zuständigkeit der für die Erteilung von Investi- tionsvorrangbescheiden zuständigen Stellen des Landes abwei- chend zu regeln, soweit die Verfügungsberechtigung nicht bei Stellen des Bundes oder bei der Treuhandanstalt liegt; in der Verordnung kann die Zuständigkeit auch Stellen übertragen werden, die nicht verfügungsberechtigt sind."

2. Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnversorgung

"Artikel 13

Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnversorgung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsver- ordnungen Gebiete zu bestimmen, in denen die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemese- nen Bedingungen in einer Gemeinde oder in einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist. Ist an vermieteten Wohn- räumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigen- tum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden, so gilt in den so bestimmten Gebieten abweichend von den Be- stimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

1. Bis zum Ablauf von zehn Jahren nach der Veräußerung werden berechnete Interessen des Vermieters im Sinne des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berücksichtigt.

2. Auch danach werden berechnete Interessen des Vermieters im Sinne des § 564 b Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berücksichtigt, wenn die vertragsmäßige Beendi- gung des Mietverhältnisses für den Mieter oder ein bei ihm le- bendes Mitglied seiner Familie eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten würde, es sei denn, der Vermieter weist dem Mieter angemessenen Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedin- gungen nach."

Fortbildung

Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

1. Grundkurs für angehende Anwaltsnotare
 - 21. Juni bis 2. Juli 1993 (Kurs II)
Braunlage, Maritim Hotel
 - 22. November bis 3. Dezember 1993 (Kurs I)
Timmendorf, Maritim Seehotel
 - 31. Januar bis 11. Februar 1994 (Kurs II)
Bad Kissingen, Kurhaus

Tagungsleitung:

Notarassessor Dr. Hanns-Jakob Pützer

Notar Dr. Hans-Ulrich Jerschke

2. Wiederholungs- und Vertiefungswoche zum Grundkurs für angehende Anwaltsnotare

- 2. bis 6. August 1993
Bad Sulzflufen, Maritim Hotel
Tagungsleitung:
Notarassessor Dr. Hanns-Jakob Pützer
Notar Dr. Hans-Ulrich Jerschke

3. Intensivkurs zum Erbrecht

- 13. bis 15. Mai 1993
Kassel, Schloß Wilhelmshöhe
Referenten:
Notar Dr. Gregor Basty
Notar Professor Dr. Günter Brambring
Notar Dr. Heinrich Nieder

4. Grundstückskauf und Grundpfandrechte

- 24. und 25. Mai 1993
Hamburg, Hotel Lindtner

5. Intensivkurs zum Familienrecht

- 3. bis 5. Juni 1993
Bad Kreuznach, Steigenberger Hotel
Leitung:
Notar Dr. Gregor Basty
Referenten:
Notar Professor Dr. Gerrit Langenfeld
Rechtsanwalt und Notar Jochem Riemann

6. Novelle Baugesetzbuch

- 25. Juni 1993, Düsseldorf, Renaissance Hotel
- 26. Juni 1993, München, Hotel Vier Jahreszeiten

7. Bauträgervertrag

- 9. Juli 1993
Bochum, Tagungsraum des DAI

8. Intensivkurs für Anwaltsnotare zum Grundstücksrecht

- 30. August bis 3. September 1993
Würzburg, Maritim Hotel
Referenten:
Notar Professor Dr. Günter Brambring
Notariatsbürovorsteher Fritz Reibold
Dr. Holger Schmidt

9. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht

- 11.- bis 13. November 1993
Bad Kissingen, Steigenberger Kurhaus Hotel

10. Erbrecht in der notariellen Praxis

- 11. und 16. November 1993
Bremen

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. - Fachinstitut für Notare -, Postfach 101109, 4630 Bochum 1, Telefon 0234/9706417, Telefax 0234/703507, Bankverbindung: Dresdner Bank AG Bochum (BLZ 43080083) Konto-Nr. 802950700.

Sonstiges

Berichtigung:

In der ersten Ausgabe des DNotI-Reportes hat sich zu unserem größten Bedauern ein Druckfehler eingeschlichen. Auf der Seite 1, vorletzter Satz, muß es richtig heißen:

"Dies gilt nach ganz herrschender Meinung auch für Klauseln, die Umsatzsteuererhöhungen abwälzen, sofern die vereinbarte Lieferfrist **nicht** mehr als 4 Monate beträgt, und zwar auch dann, wenn der Erwerber selbst zum Vorsteuerabzug berechtigt ist."

Deutsches Notarinstitut

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
8700 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 0931/50547
Telefax: 0931/50587

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, 8700 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalender-Halbjahres erfolgen.

Bezugspreis:

halbjährlich DM 150.--, Einzelheft DM 8,50. Jeweils zuzüglich Versandkosten. Die Mitglieder des DNotI erhalten den DNotI-Report im Rahmen ihrer Mitgliedschaft und Beitragszahlung kostenfrei.

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 und Herausgeber:

Deutsches Notarinstitut (Adresse siehe oben)

Druck:

Bernhard GmbH, Postfach 1265, 5632 Wermelskirchen, Tel: 02196/6011, Fax: 02196/81515