

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

15/1995 · August 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 313 S. 1; MaBV § 3 Abs. 1 und Abs. 2 - Verdecktes Bauherrenmodell; getrennte Beurkundung eines einheitlichen Rechtsgeschäftes

BGB §§ 2351, 812 - Aufhebung eines Erbverzichts; ungerechtfertigte Bereicherung

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 164; GBO §§ 19, 78 - Auslegung einer Finanzierungsvollmacht

UmwG § 56 b (alt); § 135 Abs. 2 (1994) - Ausgliederung zur Neugründung; Anforderung an Nachweis über Sacheinlage

Hinweise für die Praxis

Schenkungsteuerfreie Zuwendungen eines Familienwohnheimes unter Ehegatten (Jahressteuergesetz 1996)

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 313 S. 1; MaBV § 3 Abs. 1 und Abs. 2 Verdecktes Bauherrenmodell; getrennte Beurkundung eines einheitlichen Rechtsgeschäftes

I. Sachverhalt

A und B sind Miteigentümer zu je ½ von insgesamt 14 katastermäßig bereits verselbständigten Baugrundstücken. Die Grundstücke, deren Bebauung mit Ein- bzw. Zweifamilienhäusern in der Form beabsichtigt ist, daß auf jedem Grundstück nur ein Wohngebäude erstellt wird, sind mit einer Gesamtgrundschuld von DM 900.000,- belastet. Diese dient der Finanzierung des Erwerbes der Grundstücke durch A und B und valutiert in Nominalhöhe.

B ist gleichzeitig alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der C-Bau- und Bautreuhand GmbH. Diese Gesellschaft soll als Bauträger die Gebäude errichten und mit den Grundstückserwerbern in getrennter Urkunde entsprechende Herstellungsverträge abschließen; dabei soll der Herstellungspreis fällig gestellt werden entsprechend dem Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV. Grundstückskaufvertrag und Herstellungsvertrag sollen jeweils im gleichen Notartermin notariell beurkundet werden.

Der Kaufpreis aus dem Grundstückskaufvertrag, der ca. 25 bis 30 % des Gesamtpreises (Kauf und Herstellung) ausmacht, soll fällig sein nach der Bestätigung des Notars, daß der Vertrag rechtswirksam ist, die Eigentumsvormerkung an rangrichtiger Stelle beantragt ist, die Pfandentlassung des Globalgläubigers vorliegt und der Grundstückskaufpreis ausreicht, die Gläubigerauflagen zu erfüllen. Die Gläubigerin hat bereits

erklärt, die Pfandfreigabe jeweils gegen Zahlung des Grundstückskaufpreises zu erteilen.

Die Bindung zwischen den beiden Verträgen soll dadurch erfolgen, daß einerseits Besitz, Nutzung, Lasten und Gefahr am Grundstück erst übergehen sollen nach Zahlung des Grundstückskaufpreises und von 86 % des Herstellungspreises und Zug um Zug gegen Zahlung der vorletzten Rate von 10,5 % aus dem Herstellungsvertrag und andererseits die Eigentumsumschreibung von der vollständigen Zahlung des Kauf- und Herstellungspreises abhängig ist.

II. Frage

1. Ist es zulässig, daß trotz der engen personellen und sachlichen Verbindung zwischen Grundstücksverkäufer und Bauträger beide Rechtsgeschäfte in verschiedenen Verträgen beurkundet werden und der Grundstückskaufpreis unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 MaBV fällig gestellt wird?

2. Wenn ja, ist die Anwendung des § 3 MaBV auf den Herstellungsvertrag zulässig oder muß zwingend nach § 2 MaBV verfahren werden?

III. Rechtslage

Frage 1

1. Zu der aufgeworfenen Rechtsfrage, ob es zulässig ist, trotz einer engen personellen und sachlichen Verbindung zwischen Grundstücksverkäufer und Bauträger beide Verträge getrennt zu beurkunden, nehmen wir wie folgt Stellung.

a) Zunächst ist der **Umfang der Beurkundungspflicht** festzulegen, d. h. was bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft zu beurkunden ist. Ist danach ausnahmsweise auch der grundsätzlich formfreie Bauvertrag zu beurkunden, stellt sich die weitere Frage, wie zu beurkunden ist, welche verfahrens-

rechtlichen Möglichkeiten der Mitbeurkundung gegeben sind (vgl. hierzu Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Rz. 3.191).

aa) Für den Bauvertrag, sprich Werkvertrag, schreibt das Gesetz keine besondere Form vor. Er ist daher grundsätzlich auch dann gültig, wenn sich die Parteien nur mündlich einigen (Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, Handbuch des privaten Baurechts, 1. Aufl. 1992, § 6 Rz. 64; Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 2. Aufl. 1992, Rz. 35; Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB, 12. Aufl. 1993, A § 28 Rz. 24). **Ausnahmsweise kann die Einhaltung einer bestimmten Form gesetzliche Voraussetzung für den wirksamen Abschluß des Bauvertrages sein, wenn dieser mit einem anderen formbedürftigen Vertrag derart eine Einheit bildet, daß sich der für den anderen Vertrag geltende Formzwang auf den Bauvertrag erstreckt (Gesamtvertrag).** In Betracht kommt insbesondere die Verpflichtung zur notariellen Beurkundung auch des Bauvertrages, wenn im Zusammenhang mit dem Bauvertrag die Verpflichtung begründet wird, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben.

bb) **Dem Formzwang des § 313 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt** (BGH NJW 84, 974; BGH NJW 61, 1764). Rechtlich entscheidend ist die von den Parteien **gewollte gegenseitige Abhängigkeit** der beiden Rechtsgeschäfte oder ihre Unabhängigkeit voneinander und nicht die äußere Gestaltung des Vertragswerkes (Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a.a.O., § 6 Rz. 65). Ausgangspunkt für die Frage, ob der Bauvertrag der notariellen Form bedarf, ist der **Grundsatz, daß bei der Beurkundung von Verträgen stets der ganze Vertrag in die Niederschrift aufgenommen werden muß, also alles, was nach dem Willen der Vertragsteile miteinander "stehen oder fallen" soll. Maßgebend ist "der erkennbare, vom anderen Vertragspartner gebilligte oder zumindest hingenommene Wille eines Vertragspartners"** (BGH DNotZ 76, 783). Voraussetzung für die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages ist danach ein **Einheitlichkeitswille** der Beteiligten. Ein einheitliches Rechtsgeschäft liegt immer dann vor, wenn mindestens eine Partei ausdrücklich oder stillschweigend die eine Verpflichtung nicht ohne die andere gelten lassen will. Es kommt auf den "Einheitlichkeitswillen" an, darauf, "ob die einzelnen Teile miteinander stehen oder fallen sollen" (Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, Rz. 83).

Aus der Sicht des Käufers besteht in der Regel ein Zusammenhang zwischen Grundstückserwerb und Grundstücksbebauung, sprich keiner dieser Verträge würde jeweils ohne den anderen geschlossen, so daß sie alle - **selbst bei Personenverschiedenheit von Grundstücksverkäufer und Bauleistenden** - nach § 313 BGB beurkundungspflichtig sind (s. a. Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, Kutter, A II Rz. 125; Korte, a.a.O., Rz. 5.4, 5.56 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 17; vgl. hierzu auch Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, § 34 c GewO Rz. 40). Sofern der Bauvertrag und das Grundstücksgeschäft nach dem Willen mindestens einer Partei nicht jeweils für sich allein gelten, sondern miteinander "stehen oder fallen" sollen, gilt der Formzwang des Grund-

stücksgeschäftes für den Gesamtvertrag; **dabei ist es nicht erforderlich, daß an den beiden Vereinbarungen jeweils dieselben Parteien beteiligt sind** (Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a.a.O., § 6 Rz. 65; BGH NJW 89, 898/899; BGH NJW 87, 1069; BGH NJW 83, 565). Der Bauvertrag ist somit immer dann beurkundungspflichtig, wenn er mit dem Grundstückskaufvertrag zusammen eine "rechtliche Einheit" bildet, wenn er mit diesem "steht und fällt".

Maßgeblich sind zwar jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls, es kann hier jedoch eine **typisierende Betrachtungsweise** angebracht sein. Der Erwerber will das Bauwerk nur dann erwerben, wenn er auch das Grundstück erhalten kann, auf dem der Bau errichtet werden soll. Beide Verpflichtungen sind zu beurkunden, weil sie miteinander stehen und fallen sollen. Ob und welche Verknüpfung im Einzelfall vorliegt, ist Tatfrage. Übernimmt der Bauunternehmer sämtliche Leistungen bis zur schlüsselfertigen Erstellung, so ist der Vertrag mit dem Bauunternehmer der für den beabsichtigten Erwerb praktisch entscheidende Vertrag (Basisvertrag). Dieser Vertrag ist beurkundungspflichtig. Werden die genannten Verpflichtungen in **unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang** vereinbart, so ist anzunehmen, daß der eine Vertrag ohne den anderen nicht abgeschlossen werden soll, daß also beide Verträge nach dem Willen der Beteiligten voneinander abhängig sein sollen (Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl. 1992, D Rz. 27 ff.). Ein einheitlicher Vertragswille wird auch immer anzunehmen sein bei einer **Gesamtbaumaßnahme** (Reihenhäuser, Wohnungseigentum), wo dem einzelnen Käufer allein die Durchführung wirtschaftlich kaum möglich wäre (Basty, a.a.O., Rz. 17).

cc) Im vorliegenden Fall ergibt sich die - von allen Vertragspartnern gewollte - rechtliche Einheit von Kaufvertrag und Bauvertrag bereits aus der beabsichtigten Verbindung der beiden Verträge hinsichtlich des Besitz- und Gefahrübergangs sowie hinsichtlich der Eigentumsumschreibung, die erst nach Zahlung auch der Herstellungskosten erfolgen soll. Auch die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang beabsichtigte Beurkundung der beiden Verträge belegt den Einheitlichkeitswillen aller Beteiligten. **Kaufvertrag und Bauvertrag bilden danach einen Vertrag im materiell-rechtlichen Sinne.**

b) Von der Frage des Umfangs der Beurkundungspflicht ist die Frage zu unterscheiden, **wie die Beurkundung erfüllt** werden kann, insbesondere, ob eine getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Bauvertrag möglich ist. Auch wenn es sich bei Kaufvertrag und Bauvertrag um einen Vertrag im materiell-rechtlichen Sinne handelt, muß es sich noch nicht notwendig um **einen Vertrag im urkundentechnischen Sinne** handeln.

Kaufvertrag und Werkvertrag sind wegen ihres inneren Zusammenhanges regelmäßig gemeinsam zu beurkunden: Die notarielle Urkunde muß den ganzen Vertrag umfassen. **Teil des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäftes ist auch der Verknüpfungswille der Parteien.** Die in einer Urkunde zusammengefaßten Abreden rechtfertigen dementsprechend die Vermutung, daß sie alle Teile eines einheitlichen Schuldverhältnisses sind (BGH DNotZ 1976, 683; Korte, a.a.O., Rz. 3.206; MünchKomm-Kanzleiter, 3. Aufl. 1994, § 313 Rz. 52 a.

E., 53; Staudinger/Wufka, 12. Aufl. 1979, § 313 Rz. 150; Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1990, § 313 Rz. 69). Umgekehrt begründet nach Auffassung des BGH die äußerliche Trennung von Bauvertrag und Grundstücksvertrag die tatsächliche Vermutung dafür, daß die Verträge von den Parteien als selbständige Geschäfte gewollt seien und daß diese Absicht durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden solle (BGH NJW 87, 1069; BGH NJW 61, 1764, 1765; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a.a.O., § 6 Rz. 65; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 150; Soergel/Wolf, a.a.O., § 313 Rz. 69, 70).

Sind Kaufvertrag und Bauvertrag Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäftes, so steht dies einer getrennten Beurkundung zwar grundsätzlich nicht entgegen (allg. Meinung; vgl. hierzu Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 150). **Der Verknüpfungswille muß jedoch mitbeurkundet werden, da er als Teil des einheitlichen Rechtsgeschäftes dem Formzwang des § 313 BGB unterliegt** (BGH NJW 1988, 1781/1782; MünchKomm-Kanzleiter, a.a.O., § 313 Rz. 53; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 150).

aa) Nach Auffassung von *Korte* (a.a.O., Rz. 3.207) haftet der übereinstimmende Wille der rechtlichen Einheit jedem einzelnen Teil der inhaltlich getrennt niedergelegten Schuldverhältnisse an. Da der regelnde Inhalt der Abreden den Umfang der Form bestimme, **müsse dieser Wille in beiden Urkunden wechselseitig ausgedrückt werden** (so auch Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rz. 150). Werde der Zusammenhang nur in einer Urkunde verlaublich, erwecke die andere Urkunde den unzutreffenden Eindruck der rechtlichen Selbständigkeit ihres Inhalts. Könne der Verbindungswille auch im Wege der noch zulässigen Auslegung der beurkundeten Erklärung nicht festgestellt werden, sei das Schuldverhältnis unvollständig beurkundet und damit formnichtig. Form und Inhalt stimmten dann für das ganze Schuldverhältnis nicht überein. Dieser Grundsatz der wechselseitigen Verweisung in beiden Urkunden gelte jedenfalls dann, wenn die rechtliche Einheit von Anfang an gewollt gewesen sei (*Korte*, a.a.O., Rz. 3.209).

bb) Nach Auffassung von *Wolf* (in: Soergel, a.a.O., § 313 Rz. 70) reicht die **Erkennbarkeit des Einheitswillens in der Folgeurkunde aus** (so auch *Wiesner*, Beurkundungspflicht bei Gründung von Personengesellschaften und Unternehmensveräußerungen, NJW 1984, 95, 96). Auch nach Auffassung von *Kanzleiter* soll es genügen, wenn sich der Zusammenhang aus einem der getrennt beurkundeten Rechtsgeschäfte ergebe (in: MünchKomm, a.a.O., § 313 Rz. 53).

cc) Nur für den Fall der Ergänzung hat der BGH mit Urteil vom 16.03.1988 (NJW 1988, 1781 f.) entschieden, daß es genüge, **den rechtlichen Zusammenhang in der zweiten Urkunde zu verlaublichen**. Das Schuldverhältnis sei in diesem Fall mit Abschluß der ersten Urkunde (zunächst) inhaltlich und formal vollständig erfaßt und abgeschlossen. Die Ergänzung und deren Zusammenhang zur ersten Urkunde könnten daher überhaupt nur in der Folgeurkunde ausgedrückt werden. Zu der Frage, ob die Beurkundung des Einheitswillens in der Folgeurkunde auch dann ausreicht, wenn die rechtliche Einheit von Anfang an gewollt war, hat der BGH in den Urteilsgründen nicht Stellung genommen; insoweit geht der amtliche Leitsatz des Urteils weiter als die Entscheidungsgründe.

dd) Im Ergebnis ist u. E. somit davon auszugehen, daß Kaufvertrag und Bauvertrag, selbst wenn sie ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen, zwar getrennt beurkundet werden können, daß aber, da der Notar stets dem sichersten Weg verpflichtet ist (vgl. hierzu *Haug*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, a.a.O., K Rz. 19), in beiden Urkunden der rechtliche Wille der Vertragsteile zur Verknüpfung beider Verträge zum Ausdruck kommen sollte.

2. Ausgangspunkt für die Frage, ob es zulässig ist, trotz enger personeller und sachlicher Verbindung zwischen Grundstücksverkäufer und Bauträger den Grundstückskaufpreis unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 MaBV fällig zu stellen, ist die Frage nach der **Anwendbarkeit der Makler- und Bauträgerverordnung, wenn das zu bebauende Grundstück nicht im Eigentum des Erbringers der Bauleistungen steht**.

a) Wie sich aus dem einleitenden Satzteil des § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV ergibt, betrifft die Bestimmung nur solche **Gewerbetreibende im Sinne von § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a GewO, die dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück übertragen**. Wird das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstück von einem Dritten übertragen, ist danach die MaBV - zumindest dem Wortlaut nach - nicht anwendbar.

aa) Aus der *Rechtsprechung* liegen lediglich zwei in diesem Zusammenhang zu erwähnende Entscheidungen vor, die sich mit der Frage der **Bauherreneigenschaft** des Gewerbetreibenden befassen, wenn dieser nicht auch die Übereignung des zu bebauenden Grundstücks schuldet. Der BGH hatte über die Bauherreneigenschaft eines Gewerbetreibenden in einem Fall zu entscheiden, in dem der Auftraggeber bereits Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks war. Hier hat der BGH die Bauherreneigenschaft des Gewerbetreibenden verneint (DNotZ 1978, 344 ff., 345 = NJW 1978, 1054 f.). Sei der Auftraggeber bereits Eigentümer des Grundstücks, so sei sein **bestimmender Einfluß auf das gesamte Baugeschehen** bei einem Generalunternehmer- bzw. Generalübernehmervertrag nicht geringer, als wenn er zur Errichtung eines Wohnhauses auf seinem Grundstück einen Architekten mit der Planung, Bauleitung und Bauaufsicht sowie verschiedene Handwerker mit den Bauleistungen betraut hätte. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war die Finanzierung des Bauvorhabens allein Sache des Auftraggebers; er sollte auch den Baubehörden gegenüber als Bauherr auftreten und trug daher nach Auffassung des BGH das volle „Bauherren-Risiko“ wie jeder andere, der auf seinem Grundstück baut. Wortlaut und Sinn und Zweck des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO rechtfertigen es nach Auffassung des BGH nicht, den Gewerbetreibenden, der auf dem Grundstück seines Auftraggebers Bauleistungen zum Festpreis erbringe und dafür Ratenzahlungen nach Baufortschritt fordere, als „Bauherren“ („Bauträger“) zu betrachten (NJW 1978, 1055). **Die Gefahr erheblichen Vermögensschadens sei verhältnismäßig gering, wenn der Auftraggeber bereits Eigentümer des Grundstückes sei**. Er sei dann in der Regel hinreichend dadurch gesichert, daß er Abschläge oder Raten erst nach Bauleistungen zahle, durch die ihm ein entsprechender Vermögenswert bereits zugeflossen sei. Das BVerwG hat mit Urteil vom 10.06.1986 (NJW 1987, 511 f.) zur Frage des Bauher-

renbegriffs im Sinne der Gewerbeordnung Stellung genommen und hat dabei die Auffassung des BGH bestätigt, wonach regelmäßig derjenige nicht den Regeln des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO und des § 3 MaBV unterworfen sei, der ein Bauwerk auf dem Grundstück des Auftraggebers erstellen solle. **Das BVerwG hebt jedoch hervor, daß auch in diesen Fällen ausnahmsweise eine Anwendung der GewO sowie der MaBV in Betracht komme, wenn der Auftraggeber mit Risiken belastet werde, die über das übliche Vertragsrisiko hinausgingen und den Risiken ähnlich seien, die für den Auftraggeber beim Bauen auf dem eigenen Grundstück des Auftragnehmers bei Vorleistungspflicht des Auftraggebers gegeben seien** (NJW 1987, 512). Hierfür genüge es jedoch nicht, daß der Baubetreuer dem Auftraggeber auch den Erwerb des Grundstücks vermittelt habe. Eine Anwendung der GewO bzw. der MaBV komme nur dann in Betracht, wenn Grundstückskaufvertrag und Bauvertrag dergestalt miteinander verknüpft sind, daß der Auftraggeber bei vorzeitiger Beendigung des Bauvertrages zur Rückübereignung des Grundstücks an den Veräußerer verpflichtet wäre. Bei einer solchen Konstellation könne der Generalübernehmer als Bauherr betrachtet werden, auch wenn das zu bebauende Grundstück bereits im Eigentum des Auftraggebers stehe.

bb) Nach Auffassung von *Marcks* (a.a.O., § 3 Rz. 5; § 34 c GewO Rz. 37, 38) ist die MaBV nicht - auch nicht entsprechend - anwendbar, wenn sich der Gewerbetreibende verpflichtet, ein Bauvorhaben auf einem Grundstück durchzuführen, das dem Auftraggeber erst noch von einem Dritten übereignet werden soll oder das dem Auftraggeber vom Gewerbetreibenden oder einem Dritten übereignet worden ist. Unter Hinweis auf das Urteil des BVerwG vom 10.06.1986 (NJW 1987, 511 f.) und des BGH vom 26.01.1978 (DNotZ 1978, 344 ff. = NJW 1978, 1054 f.) führt *Marcks* aus, daß der Gewerbetreibende in den hier in Frage stehenden Fällen nicht Bauherr (Bauträger) im Sinne des § 34 c GewO, sondern General-(Bau-)unternehmer bzw. Generalübernehmer mit der Folge sei, daß weder § 34 c GewO noch die MaBV auf ihn Anwendung fänden. Nach Auffassung von *Marcks* müsse man dieses Ergebnis auch für die Gestaltung akzeptieren, wenn der Gewerbetreibende auf einem Grundstück baue, das dem Auftraggeber noch von einem Dritten übereignet werden müsse (*Marcks*, a.a.O., § 3 Rz. 5; § 34 c GewO Rz. 37). Dies begründet *Marcks* u. a. auch damit, daß die **Position des Gewerbetreibenden bei der Baudurchführung** (bestimmender Einfluß auf den Ablauf des gesamten Bauvorhabens) dadurch erheblich geschwächt sei, daß er, bei Durchkreuzen der ursprünglichen Planung durch den Auftraggeber, nicht die Rückübereignung des Grundstücks verlangen könne. **Bauherr sei der Gewerbetreibende nur dann, wenn er bestimmenden Einfluß auf die Planung und den gesamten Ablauf des Bauvorhabens habe**, den Bauantrag im eigenen Namen stelle sowie Vertragspartner der Bauhandwerker sei (*Marcks*, a.a.O., § 34 c GewO Rz. 37). Ist der Gewerbetreibende nicht Eigentümer des Baugrundstückes, sprächen „erhebliche Gründe“ gegen die Annahme seiner Bauherreneigenschaft, da er dann nur ausnahmsweise in der Lage sei, bestimmenden Einfluß auf die Planung und den gesamten Ablauf des Bauvorhabens zu nehmen. Bauherreneigenschaft des Gewerbetreibenden käme - in Anschluß an die Rechtsprechung von BGH und BVerwG - allenfalls dann in Betracht, wenn der Gewerbetreibende im Falle der vorzeitigen Beendigung des Bauvorhabens vom

Auftraggeber die Rückübereignung des Grundstückes verlangen könnte.

Im weiteren schließt sich *Marcks* allerdings der Auffassung der Landesnotarkammer Bayern an, daß auch beim Abschluß derartiger Verträge die in der MaBV vorgesehenen Bestimmungen zu beachten seien, da diese Fallgestaltungen mit erheblichen Gefahren für den Auftraggeber verbunden seien. Dies gelte insbes. für die Fälligkeit des Kaufpreises für das Grundstück und des Werklohns für die Baumaßnahmen und die hierzu vorgesehenen Sicherungen (z. B. Eintragung der Auflassungsvormerkung, Sicherung der Lastenfreistellung, Vorliegen der Baugenehmigung, der Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB, der vollziehbaren Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz und der Angemessenheit der Baufortschrittsraten) sowie für die Gewährleistung nach Werkvertragsrecht des BGB (*Marcks*, a.a.O., § 3 Rz. 5 a. E.).

cc) Die *Landesnotarkammer Bayern* hat in dem von ihr herausgegebenen Bauträgermerkblatt vom 01.08.1991 unter B zu Fragen des sog. verdeckten Bauherrenmodells Stellung genommen. Danach kann, wenn Grundstück und Bauleistung von einer Person angeboten werden, nur ein Bauträgervertrag (im materiell-rechtlichen Sinne) über die Gesamtleistung abgeschlossen werden. Der Erwerb von Wohnraum könne in zwei Verträge nur aufgespalten werden, wenn zwei verschiedene Vertragspartner vorhanden seien. **Auf den Bauvertrag seien dann die Schutzbestimmungen der MaBV entsprechend anzuwenden: Die Gegenleistung für das Gebäude dürfe nur nachträglich, d. h. für bereits erbrachte Bauleistungen fällig werden. Ratenzahlungen dürften den Wert der Teilleistungen des Bauträgers nicht übersteigen. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen § 9 AGBG i.V.m. § 641 BGB vor. Als Anhaltspunkt könne § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV dienen** (so auch *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, a.a.O., D Rz. 36; *Basty*, a.a.O., Rz. 18). Angeschlossen hat sich dieser Auffassung der Landesnotarkammer Bayern inzwischen die *Landesnotarkammer Berlin* (Vermerk vom 24.05.1995).

In diesem Zusammenhang geht die Landesnotarkammer Bayern davon aus, daß das Eigentum an dem Grundstück nicht erst nach Bezahlung auch der (nahezu gesamten) Herstellungskosten, sondern - wie üblich - nach Zahlung des Grundstückskaufpreises auf den Käufer übertragen werden soll („Ist bei Vertragsschluß mit dem Bau bereits begonnen, so gehören die vorhandenen Teile des Bauwerks kraft Gesetzes dem Grundstückseigentümer. Das muß im Grundstückskaufvertrag zum Ausdruck kommen“).

dd) Nach Auffassung von *Warda* (Ausgewählte Probleme der Makler- und Bauträgerverordnung, MittRhNotK 1987, 173 ff.) muß auch in den Fällen, in denen ein Gewerbetreibender Bauträgerleistungen in bezug auf ein Grundstück verspricht, das dem Erwerber von einem Dritten unmittelbar übereignet werden soll, die MaBV (unmittelbar) zur Anwendung kommen. *Warda* stützt sich neben dem seiner Ansicht nach offenen Wortlaut des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO insbesondere auf eine teleologische, am Schutzzweck der Vorschriften orientierte Auslegung. Nur wenn sichergestellt sei, daß der Auftraggeber bei Erbringung der ersten Leistung an den Gewerbetreibenden bereits lastenfreies Eigentum erlangt habe und ihm dieses nicht durch eine an das Scheitern des

Bauvertrages gekoppelte Rückübertragungspflicht bezüglich des Grundstückes genommen werden könne, gelte etwas anderes.

Für eine Geltung der GewO sowie der MaBV haben sich daneben auch *Schulze-Hagen* (Aktuelle Probleme des Bauträgervertrages, BauR 1992, 320 ff., 321 f.) und *Reithmann* (Das Generalübernehmer- und Architektenmodell im Bauträger-Recht, WM 1987, 61 ff., 63) ausgesprochen.

b) Die Frage, ob die MaBV - direkt oder analog - auch dann anzuwenden ist, wenn der Auftraggeber das Grundstück von einem Dritten erwirbt, kann hier u. E. aus zwei Gründen offenbleiben. Zum einen liegt die Besonderheit des hier zu beurteilenden Sachverhalts darin, daß der Auftraggeber und Käufer Eigentümer des Grundstücks erst dann werden soll, wenn auch 86,5 % der Herstellungskosten bezahlt sind. Zum anderen besteht zwischen Grundstückseigentümer und Gewerbetreibendem eine personelle Verflechtung, die insbesondere dann besonders deutlich werden dürfte, wenn A und B Ehegatten sind. Beide Umstände legen die Vermutung nahe, daß es sich hier um einen Versuch handelt, die Schutzvorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung zu umgehen. **Die Aufspaltung des einheitlichen Bauträgervertrages in einen Kaufvertrag über das Grundstück und einen Bauvertrag dürfte somit als Umgehung der gesetzlichen Schutzvorschriften der MaBV zur Nichtigkeit beider Verträge führen, § 134 BGB** (so auch die Landesnotarkammer Bayern sowie die Landesnotarkammer Berlin).

In diesem Zusammenhang ist auch auf solche Gestaltungen hinzuweisen, bei denen zwischen Grundstücks-GmbH und Bauträger-GmbH ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht, so daß es sich bei den beiden Gesellschaften um verbundene Unternehmen handelt, §§ 15, 291, 292 AktG (die aktienrechtlichen Bestimmungen über verbundene Unternehmen sind auf GmbHs entsprechend anwendbar; vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, Anh. § 13 Rz. 3). **Im Hinblick auf die in der Regel bestehende Umgehungsabsicht sind solche Vertragsgestaltungen den gesetzlichen Regeln zu unterwerfen, bei denen der als Übereigner des Grundstückes auftretende „Dritte“ wirtschaftlich und/oder personell eng mit dem Erbringer der Bauleistungen verflochten ist.** Aus den beiden höchstrichterlichen Entscheidungen kann u. E. nicht der Schluß gezogen werden, daß die Gerichte auch in diesen Fällen eine Geltung der MaBV und der GewO ablehnen würden.

U. E. darf auch nicht übersehen werden, daß die Begründung einer Rückübertragungspflicht im Fall der vorzeitigen Beendigung des Bauvertrages nicht die einzige Verknüpfung zwischen Kaufvertrag und Bauvertrag sein kann, die eine Bauherreneigenschaft des Gewerbetreibenden zu rechtfertigen vermag. Zu denken ist hier auch an die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall, daß das Bauvorhaben vorzeitig beendet werden sollte.

3. Schließlich ist in diesem Zusammenhang nochmals auf die Rechtsprechung des BFH zur **Grunderwerbsteuerpflicht** hinzuweisen (vgl. DNotI-Report 1995, 118 f. = BB 1995, 812 ff.). **Nach Auffassung des BFH ist Grunderwerbsteuerlich**

Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück in bebautem Zustand, wenn sich die Verpflichtung zur Über-eignung des Grundstücks und zur Errichtung des Gebäudes zwar aus zwei (oder mehreren) an sich selbständigen Verträgen ergibt, diese Verträge jedoch aufgrund ihres rechtlichen Zusammenhangs als einheitlicher Vertrag (gerichtet auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand) anzu- sehen sind. Ausreichend ist nach Auffassung des BFH sogar nur ein enger sachlicher Zusammenhang, wonach der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält. Daraus ergibt sich für den Notar, der auch den Bauvertrag beurkundet, nach § 18 I 1 GrEStG die Verpflichtung, diesen - auch bei getrennter Beurkundung - ebenfalls dem Finanzamt anzuzeigen. Trotz der sich bei Vorliegen eines engen sachlichen oder rechtlichen Zusammenhangs ergebenden Grunderwerbsteuerpflicht auch bzgl. der Werkleistungen des Bauunternehmers sind diese Werkleistungen nach wohl h. M. nicht umsatzsteuerfrei nach § 4 Nr. 9 a UStG. Denn die Rechtsprechung des II. Senats zur Grunderwerbsteuerpflicht ist für die Vorschrift des § 4 Nr. 9 a UStG unbeachtlich, soweit sie Leistungen des Grundstücksveräußerers und Leistungen Dritter zu einem einheitlichen Grundstückserwerb zusammenfaßt. Denn nur Umsätze des Grundstücksveräußerers, nicht aber Umsätze Dritter können nach § 4 Nr. 9 a UStG steuerfrei sein (Klenk, in: Rau/Dürwächter/Flick/Geist, UStG-Kommentar, Stand: Mai 1995, § 4 Nr. 9 Rz. 9 m.w.N.).

Frage 2

Zu der aufgeworfenen Rechtsfrage, **ob § 3 MaBV auf den Herstellungsvertrag anwendbar ist oder ob zwingend nach § 2 MaBV verfahren werden muß**, nehmen wir wie folgt Stellung.

Die **herrschende Meinung** geht davon aus, daß in den Fällen, in denen dem Auftraggeber anläßlich des Bauvertrages auch das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstück von einem Dritten verschafft werden soll, **auf den Bauvertrag § 3 Abs. 2 MaBV entsprechend heranzuziehen ist, um zu verhindern, daß der Bauvertrag wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG i.V.m. § 641 BGB unwirksam ist** (Landesnotarkammer Bayern, Bauträgermerkblatt, Teil B II; Reithmann/Meichssner/von Heymann, a.a.O., D Rz. 36). Lediglich *Warda* vertritt die Auffassung (a.a.O., S. 177), daß die Freistellung von den Sicherungspflichten des § 2 MaBV und der Übergang zu den Möglichkeiten des § 3 MaBV allein für diejenigen Bauträger gedacht sei, die ihrem Vertragspartner auch das Eigentum an dem Baugrundstück zu verschaffen haben. Die Auffassung *Wardas* steht u. E. im vorliegenden Fall der Anwendbarkeit des § 3 MaBV jedoch schon deshalb nicht entgegen, da es sich im Hinblick auf die personelle Verflechtung von Grundstücksverkäufer und Bauträger um einen Bauträgervertrag und nicht um ein sog. „verdecktes Bauherrenmodell“ handelt. Da Grundstückskaufpreis und Herstellungspreis als ein Betrag dem Anwendungsbereich des § 3 MaBV unterliegen, besteht u. E. kein sachlicher Grund, eine Sicherstellung nach § 2 MaBV zu verlangen.

BGB §§ 2351, 812

Aufhebung eines Erbverzichts; ungerechtfertigte Bereicherung

I. Sachverhalt

Frau P hat ein in ihrem Alleineigentum stehendes Grundstück mit notariellem Überlassungsvertrag auf ihren Sohn J übertragen. Dabei hat auch der Ehemann der Überlasserin und Vater des Erwerbers, Herr J (sen.), mitgewirkt. Der Erwerber hat in dem Überlassungsvertrag seinen Eltern den Nießbrauch am übertragenen Grundbesitz eingeräumt und auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht am Nachlaß sowohl seines Vaters als auch am Nachlaß seiner Mutter verzichtet, und zwar jeweils zugunsten des längstlebenden Elternteils bzw. zugunsten seiner Schwester I. Die Mutter ist nachfolgend verstorben und aufgrund Gesetzes von ihrem Ehemann J (sen.) und ihrer Tochter I je zur Hälfte beerbt worden. Vater J (sen.) und Sohn J wollen nunmehr den in der vorgenannten Urkunde erklärten Erbverzicht, soweit dieser sich auf den Nachlaß des noch lebenden Vaters bezieht, wieder aufheben.

II. Frage

1. Ist die Aufhebung des Erbverzichts nach dem Tod der Mutter P noch möglich?
2. Wenn die Aufhebung noch möglich ist, kann der übertragene Grundbesitz von der Schwester I in deren Eigenschaft als Miterbin nach ihrer Mutter P zurückgefordert werden?

III. Rechtslage

Zu Frage 1:

1. **Zur Aufhebung eines Erbverzichts ist ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich, die den Verzichtsvertrag geschlossen haben. Daher kann der Aufhebungsvertrag nur zu Lebzeiten des Erblassers und des Verzichtenden geschlossen werden** (MünchKomm-Strobel, 2. Aufl. 1989, § 2351 Rn. 2). Im vorliegenden Fall lebt der Erblasser J (sen.) noch. Somit dürfte eine Aufhebung des auf dessen Erbfall bezogenen Erbverzichts unabhängig vom Versterben der Mutter möglich sein, da eine Verzichtsauflösung auch nur teilweise erfolgen kann (Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2351 Rn. 15; Soergel/Damrau, 12. Aufl. 1992, § 2351 Rn. 5). Eine entgegenstehende Bindungswirkung ist nicht ersichtlich.
2. **Der Verzichtende erlangt durch die Aufhebung des Erbverzichts dieselbe Rechtsstellung, die er ohne den Verzicht hat.** Dies gilt selbst dann, wenn der Erblasser inzwischen die Erbfolge durch Erbvertrag festgelegt hätte (BGH WM 1980, 1126 (1127)). Die Zustimmung des durch den Erbverzicht Begünstigten - also hier der Schwester I - ist entbehrlich (MünchKomm, a.a.O., § 2351 Rn. 2; Staudinger, a.a.O., § 2351 Rn. 8; Soergel, a.a.O., § 2351 Rn. 5).
3. Die Aufhebung des Erbverzichts wäre, auch bei Unentgeltlichkeit, keine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers an den Verzichtenden im Sinne des § 516 BGB und keine Schenkung im Sinne der §§ 516, 2287 BGB. Daher könnte die Aufhebung des Erbverzichts nicht einmal Ansprüche aus § 2287 BGB auslösen (BGH WM 1980, 1127).

Zu Frage 2:

1. **Im Regelfall ist der Erbverzicht mit einer Gegenleistung des Erblassers oder eines Dritten verknüpft.** Dadurch wird der Verzichtende abgefunden (Holthaus, Leistungsstörungen beim entgeltlichen Erbverzicht, 1992, S. 2). **Der Erbverzicht selbst besitzt verfügenden Charakter.** Nach der wohl herrschenden Meinung ist er abstrakt und bedarf deshalb eines Verpflichtungsgeschäftes als Rechtsgrundlage (Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1989, S. 127 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 17; MünchKomm, a.a.O., § 2346 Rn. 2). Der BGH hat diese Frage - soweit ersichtlich - aber bisher offengelassen.

Wie das Kausalgeschäft den Abfindungsvertrag mit dem abstrakten Erbverzicht verknüpft, hängt im Einzelfall vom Parteiwillen, also von den vertraglichen Regelungen und deren konkreter Auslegung ab. In der Literatur werden verschiedene Möglichkeiten der Verknüpfung diskutiert (vgl. Staudinger, a.a.O., § 2346 BGB Rn. 75 ff.; Soergel, a.a.O., § 2346 Rn. 2 ff., und MünchKomm, a.a.O., § 2346 Rn. 21 ff.), dies erfolgt allerdings meist unter dem Blickwinkel des Schutzes des Verzichtenden vor Leistungsstörungen u. ä.

2. **Einhellige Meinung ist wohl, daß der Erbverzicht selbst mit der Abfindungsvereinbarung keinen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB bilden kann.** Denn der Erbverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft kann nicht im Synallagma zu der Abfindungsvereinbarung stehen (MünchKomm, a.a.O., § 2346 Rn. 21; Staudinger, a.a.O., Einl. zu § 2346 Rn. 76). Vielmehr kann dem Erbverzicht nur ein kausales Rechtsgeschäft zugrunde liegen, das eine Verknüpfung zwischen dem Erbverzicht und der Abfindung herstellt (Staudinger, a.a.O., Einl. zu § 2346 Rn. 59). Dieses Kausalgeschäft kann ein Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB sein, der den Erblasser zur Leistung der Abfindung, den Erbanwärter zum Abschluß des Verzichtsvertrages verpflichtet (allgemeine Meinung vgl. nur MünchKomm, a.a.O., § 2346 Rn. 22).

3. Ob im konkreten Fall ein solches Grundgeschäft vereinbart ist, läßt sich nur unter Auslegung der vorliegenden Vereinbarung und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles beurteilen und entzieht sich daher einer generellen Begutachtung. Einerseits spricht die Verbindung der Grundstücksüberlassung mit dem Erbverzicht in einer Urkunde eher für eine gewollte Verknüpfung der beiden Vereinbarungen. Ob diese synallagmatisch sein sollte, bleibt aber offen. Die Überschrift der Urkunde, die beide Vereinbarungen neutral nebeneinander nennt, ergibt keine Anhaltspunkte für eine solche Verknüpfung des Erbverzichts und der Überlassung als Leistung und Gegenleistung. Die Anerkennung der Abfindung für seine sämtlichen Elterngutsansprüche und der Erbverzicht auf die dem Übernehmer am seinerzeitigen Nachlaß seines Vaters und seiner Mutter zustehenden gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsansprüche haben ihre Regelung in einem gesonderten Absatz gefunden. Insbesondere würde die Vereinbarung der Anrechnung auf die Erb- und Pflichtteilsansprüche des Erwerbers am Nachlaß seiner Mutter als Gegenleistung für die Überlassung keinerlei Sinn ergeben zusätzlich zu der Anerkennung der Abfindung für sämtliche Elterngutsansprüche und dem Erb- und Pflichtteilsverzicht auch in bezug auf den Nachlaß seiner Mutter. Anhaltspunkte könnten sich allgemein

wohl auch aus den zugrundeliegenden Wertverhältnissen des Grundstückes, des Nießbrauches und der jeweiligen zu erwartenden Nachlässe ableiten lassen.

4. Wenn der Erbverzicht gegen eine Abfindung erklärt worden ist, wird in der Aufhebung des Verzichts zugleich die Aufhebung des Grundgeschäftes gesehen (Erman/Schlüter, 9. Aufl. 1993, § 2351 Rn. 3; Staudinger, a.a.O., § 2351 Rn. 16 mit Verweis auf BGB RGRK-Johannsen, Erl. zu § 2351 a. E.). Dies hätte zur Folge, daß die Abfindung nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. zurückzugewähren ist (Münch-Komm, a.a.O., § 2351 Rn. 5; vgl. auch BGH NJW 80, 2307 ff. (2309) m. w. N.; a. A. Soergel, a.a.O., § 2351 Rn. 5).

Dies ist u. E. aber nicht zwingend. Denn in dem Aufhebungsvertrag könnte wohl ausdrücklich vereinbart werden, daß nur der abstrakte Erbverzicht aufgehoben werden soll, das eventuell zugrundeliegende Kausalgeschäft aber unberührt bleiben und auch nicht rückabgewickelt werden soll. So ist wohl auch *Damrau* (Soergel, a.a.O., § 2351 Rn. 5) zu verstehen, wenn er ausführt, daß der Aufhebungsvertrag seine eigene causa habe, eine Rückforderung der Abfindung also z. B. ausscheide, wenn der Erblasser die Aufhebung zum Zwecke der Belohnung vorgenommen habe. Einem Schenker steht es grundsätzlich frei, mit dem Geschenknehmer zu vereinbaren, in welcher Weise der Schenkgegenstand auf seine Erb- und Pflichtteilsansprüche angerechnet wird. Dafür gibt es zahlreiche Abstufungen. Wenn der Erbverzicht, der im Rahmen einer Schenkung vereinbart wird, nachträglich aufgehoben wird, bedeutet dies nur, daß damit eine andere Variante gewählt wird. Dies hätte auch von Anfang an geschehen können. Daher kann u. E. nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß in der Aufhebung des Erbverzichts zugleich eine Aufhebung des Grundgeschäftes zu sehen ist.

Die Tatsache, daß die bereits verstorbene Mutter an dem Aufhebungsvertrag nicht mehr mitwirken kann, dürfte daran nichts ändern, obwohl das Grundstück im vorliegenden Fall ganz aus ihrem Vermögen überlassen wurde. Der Erbverzicht bezüglich des Nachlasses der Mutter wurde ja bereits durchgeführt. Über seinen Nachlaß und somit auch über den diesbezüglichen Erbverzicht des Sohnes J kann der Vater J (sen.) grundsätzlich frei Vereinbarungen treffen (siehe oben). Anhaltspunkte für eine Bindung an die in dem ursprünglichen Überlassungsvertrag abgegebenen Erklärungen sind u. E. nicht ersichtlich. Es hätte den Vertragsteilen freigestanden, die wechselseitigen Erklärungen stärker zu vinkulieren oder aber - zumindest bei dem Pflichtteilsverzicht - die begünstigte Schwester zuzuziehen und mit ihr einen Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche zu vereinbaren.

Bei einer entsprechenden Vereinbarung im Aufhebungsvertrag dürfte u. E. auch nicht die *condictio* nach § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB eingreifen (so aber MünchKomm, a.a.O., § 2351 Rn. 5 für den Fall, daß dem Erbverzicht kein gegenseitiger Vertrag als causa zugrunde liegt; ebenso wohl auch Staudinger, a.a.O., Einl. zu § 2346 Rn. 99 für den Fall des mangelhaften und daher unwirksamen Erbverzichts).

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 164; GBO §§ 19, 78

Auslegung einer Finanzierungsvollmacht

1. Vollmachten, die sowohl zum Abschluß eines materiell-rechtlichen Geschäfts als auch zur Abgabe von Grundbucheintragungen ermächtigen, können im Rechtsbeschwerdeverfahren nur beschränkt nachgeprüft werden.

2. Eine Vollmacht, durch die der Veräußerer eines Grundstücks den Erwerber ermächtigt, ihn bei der Bestellung von Grundpfandrechten zu vertreten, und die nur unter der Einschränkung steht, daß sie an eine Notarstelle gebunden ist, berechtigt zur Bestellung von Grundschulden in unbeschränkter Höhe.

BayObLG, Beschl. v. 11.05.1995 - 2Z BR 32/95

Kz.: L I 1 - § 164 BGB

Problem

Häufig will der Käufer eines Grundstücks zur Finanzierung des Kaufpreises Fremdmittel aufnehmen, die auf dem Kaufgrundstück dinglich gesichert werden sollen. In der Praxis wird daher in diesen Fällen dem Käufer vom Verkäufer eine Vollmacht zur Bestellung von Grundpfandrechten erteilt (vgl. im einzelnen zu diesem Verfahren Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, S. 213 f.). Zur Sicherung des Verkäufers muß darauf geachtet werden, daß die zur Kaufpreisfinanzierung bestellten Grundpfandrechte nur zu diesem Zweck valutiert werden. Um dies sicherzustellen, wird im Sicherungsvertrag eine **einschränkende Zweckbestimmung** aufgenommen (vgl. Reithmann/Röll/Gebele, a.a.O., S. 215 f.). Weiterhin muß eine etwaige Finanzierungsvollmacht diese Einschränkung enthalten. Im vorliegenden Fall war eine solche Beschränkung in der Vollmacht enthalten und außerdem vereinbart, daß nach außen die **Vollmacht nur unter der Bedingung erteilt ist und unter der Einschränkung steht, daß sie nur vor einem Notar in M verwendet werden darf**. Der Käufer erwarb das Grundstück zum Preis von 220.000,- DM und bestellte aufgrund dieser eingeschränkten Vollmacht Grundpfandrechte im Gesamtbetrag von 750.000,- DM. Das Grundbuchamt war der Auffassung, daß eine Genehmigung des Verkäufers erforderlich sei, weil die in der Kaufvertragsurkunde erteilte Vollmacht nur die Belastung mit Grundpfandrechten bis zur Höhe des Kaufpreises deckte.

Lösung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß diese Auslegung wesentliche Gesichtspunkte außer Betracht lasse. Bei den in der Praxis üblichen Vertragsbestimmungen über die Finanzierung des Grundstückskaufpreises unter Mitwirkung des Verkäufers sei grundsätzlich zu unterscheiden einerseits zwischen der Vollmacht zur Bestellung der Grundschulden und der Frage, ob die Vollmacht inhaltlich begrenzt sei, und andererseits der sog. Sicherungsabrede. Zwar werde in der Vollmacht nicht ausdrücklich geregelt, ob die Vollmacht berechtige, Grundschulden in beliebiger Höhe oder nur bis zur Höhe des Kaufpreises zu bestellen. **Aus Wortlaut und Sinn ergebe sich je-**

doch, daß die Vollmacht hinsichtlich der Höhe der zu bestellenden Grundschulden nicht eingeschränkt sei. Es heißt dort nämlich, daß die Vollmacht nach außen nur unter einer einzigen Bedingung und Einschränkung stehe, nämlich daß sie nur vor einem Notar in M verwendet werden dürfe. Alle anderen Einschränkungen betreffen nicht die Vollmacht zur Bestellung der Grundschulden, sondern die Sicherungsabrede. Dieses Ergebnis widerspreche auch nicht der Interessenlage des Verkäufers. **Den Interessen des Verkäufers sei durch die eingeschränkte Sicherungszweckerklärung hinreichend Rechnung getragen.** Darüber hinaus würden die Risiken des Verkäufers auch dadurch gemindert, daß die Vollmacht nur vor dem Notar in M verwendet werden dürfe. Dies diene auch der Kontrolle der Finanzierungsabwicklung durch den Notar und damit dem Schutz des Verkäufers.

UmwG § 56 b (alt); § 135 Abs. 2 (1994)

Ausgliederung zur Neugründung; Anforderung an Nachweis über Sacheinlage

Die Eintragung der Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine „kleine GmbH“ (§ 267 HGB) kann nicht generell von der Vorlage einer durch einen unabhängigen Prüfer geprüften und testierten Bilanz abhängig gemacht werden.

Erst wenn nach Einzelfallüberprüfung der geforderten Anmeldungsunterlagen substantiierte Zweifel an der Werthaltigkeit der Sacheinlage verbleiben, kommen Maßnahmen nach § 12 FGG in Betracht.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.1995 - 3 WX 568/94
Kz.: L V 5 - § 135 II

Problem

Das OLG Düsseldorf hatte im Zusammenhang mit einer errichtenden Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine sog. „kleine GmbH“ über die Anforderungen an einen hinreichenden Nachweis für die entsprechende Werthaltigkeit der eingebrachten Sacheinlage zu entscheiden (§ 9 c S. 2 GmbHG). Das vorliegende Urteil betrifft zwar noch die Rechtslage vor dem 31.12.1994 nach dem alten UmwG. Nach § 56 a UmwG (alt) konnte ein Einzelkaufmann ein von ihm betriebenes vollkaufmännisches Unternehmen in eine GmbH errichtend umwandeln. Im neuen UmwG wird dieser Vorgang dogmatisch richtiger nach §§ 152 ff. UmwG (1994) als Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmannes, also als Unterfall der Spaltung (vgl. § 123 Abs. 3 UmwG (1994)) geregelt. Nach § 56 b Abs. 2 S. 1 UmwG (alt) wurde das Gründungsrecht der GmbH im Falle der errichtenden Umwandlung eines Einzelunternehmens für entsprechend anwendbar erklärt. Dies gilt gem. § 135 Abs. 2 UmwG (1994) auch nach neuem Recht ebenso für die nach neuem Rechtsverständnis hier vorliegende Ausgliederung zu Neugründung einer GmbH. Daher dürfte die hier entschiedene Problematik auch nach dem 01.01.1995 für die Praxis von Bedeutung sein.

Lösung

Das OLG Düsseldorf führt aus, daß zwar § 50 b Abs. 2 S. 1 UmwG (alt) u. a. auch auf die Sachgründungsvorschriften

verweise, dennoch hätten die Bestimmungen über die Umwandlung die an die Sachgründung einer GmbH zu stellenden Anforderungen nicht verschärft. Auch für die GmbH werde zwar ein Sachgründungsbericht verlangt. Die GmbH-Novelle habe aber ganz bewußt die darüber hinaus im Aktienrecht erforderliche Gründungsprüfung durch außenstehende Sachverständige nicht übernommen. So dürfe der Registerrichter zwar die Eintragung der Sachgründung oder Umwandlung ablehnen, wenn er begründeten Anlaß zu Zweifeln daran habe, daß der eingebrachte Sachwert die dafür übernommene Stammeinlage decke. Er habe dabei jedoch zu berücksichtigen, daß die insoweit zu stellenden formalen Anforderungen jedenfalls „generalisierend“ bereits vom Gesetzgeber festgelegt seien. **Wenn die vom Gesetz geforderten Anmeldungsunterlagen vorliegen, sei ihm - lediglich - die Einzelfallüberprüfung der zur Werthaltigkeit der Sacheinlage nach gesetzlicher Vorschrift eingereichten Unterlagen abgefordert.** Weil die vom Gesetzgeber geplante regelmäßige Freistellung der Sachgründung von Drittprüfungen nicht praktisch zur Ausnahme werden sollte, **würde eine „generalisierende“ Handhabung des Registergerichts, die den gesetzlichen Katalog der vorzulegenden Gründungs- bzw. Umwandlungsunterlagen praktisch erweitern würde, den gesetzlichen Bestimmungen und dem damit verfolgten Zweck zuwiderlaufen.**

Es bestehe auch keine „allgemeine Ansicht“, daß es zum Nachweis des Eigenkapitals eines eingebrachten oder umzuwandelnden Unternehmens der Vorlage einer geprüften und testierten Bilanz bedürfe. Dies gelte insbesondere bei einer „kleinen GmbH“ im Sinne des § 267 HGB, die nicht der gesetzlichen Pflichtprüfung nach §§ 316 ff. HGB unterfalle, also auch im laufenden Geschäftsbetrieb keine solche Bilanz benötige.

Hinweise für die Praxis

Schenkungsteuerfreie Zuwendungen eines Familienwohnheimes unter Ehegatten (Jahressteuergesetz 1996)

Nach dem Schreiben des BMF v. 10.11.1988 (BStBl 1988 I, 513) waren Zuwendungen unter Ehegatten, wenn sie als Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens anzusehen waren, schenkungsteuerfrei, soweit sie ein Familienwohnheim betrafen (sog. unbenannte Zuwendung).

Aufgrund des BFH-Urt. v. 02.03.1994 (BStBl 1994 II, 366 = DNotI-Report 9/1994, S. 8 f.), nach dem ehebedingte Zuwendungen unter Ehegatten grundsätzlich schenkungsteuerpflichtig sind, ordnet die Finanzverwaltung seit dem 31.05.1994 Zuwendungen unter Ehegatten, unabhängig vom Gegenstand der Zuwendung, als steuerpflichtig ein (BMF v. 26.04.1994, BStBl I 1994, 297 = NJW 1994, 2275).

Das Jahressteuergesetz 1996 sieht nun im Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages (BR-Drs. 304/95 v. 02.06.1995)

rückwirkend ab 31.05.1994 demgegenüber wieder vor, daß bestimmte Zuwendungen unter Ehegatten im Zusammenhang mit einem Familienwohnheim von der Schenkungsteuer befreit sind. Unter die neue Befreiungsvorschrift sollen insbesondere folgende Fälle fallen:

- Zuwendungen von Eigentum oder Miteigentum an einem im Inland belegenen zu eigenen Wohnzwecken genutzten Haus oder einer solchen Eigentumswohnung (Familienwohnheim);
- Freistellung von Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Anschaffung oder der Herstellung des Familienwohnheims;
- Übernahme nachträglichen Herstellungs- und Erhaltungsaufwandes für ein Familienwohnheim im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten oder im Eigentum des anderen Ehegatten.

Allerdings ist das Jahressteuergesetz 1996 noch nicht in Kraft, so daß sich noch Änderungen ergeben könnten. Im Hinblick auf die zu erwartende Rechtsänderung sollten sich aber schon jetzt Zuwendungen unter Ehegatten an den Voraussetzungen der künftigen Rechtslage orientieren und gegebenenfalls anders lautende Schenkungsteuerbescheide nicht akzeptiert werden.

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

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.

Literaturhinweise

Langenfeld, GmbH-Vertragspraktikum, Gestaltungs- und Beratungsempfehlungen, Verträge und Formulare zum GmbH-Recht, 2. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1995, 224 Seiten

Dieses Buch ist ohne Zweifel aus der Praxis für die Praxis geschrieben. Es enthält eine Vielzahl von Vertragsmustern und Hinweisen zur Vertragsgestaltung bei der GmbH. Die Neuauflage berücksichtigt insbesondere die aktuelle Rechtsprechung zur Heilung verdeckter Sacheinlagen, zur Anpassung von Abfindungsklauseln an veränderte Umstände, zur Haftung in qualifizierten faktischen GmbH-Konzernen und zur eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung. Besonders zu begrüßen ist, daß bereits das neue Umwandlungsrecht berücksichtigt wurde und sogar Vertragsmuster enthalten sind. Beigefügt ist dem Werk eine Textdiskette, die alle im Buch enthaltenen Muster sofort der Textverarbeitung zugänglich macht. Damit stellt das Werk ein hervorragendes Hilfsmittel für die notarielle Praxis dar.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333