

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

8. Jahrgang
Dezember 2000
ISSN 1434-3460

23/2000

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 44 ff.; IHKG § 7 - Vertretung einer Industrie- und Handelskammer

BGB § 1408 - Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft bzw. Gütertrennung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 675; RBerG Art. 1 § 1, 5 -

Geschäftsbesorgungsvertrag und Rechtsberatungsgesetz

KostO § 16; BGB § 925 - Getrennte Beurkundung von

Auflassung und Kaufvertrag

FGG §§ 55, 62 - Vormundschaftsgerichtliche

Genehmigung durch Rechtspfleger ohne Vorbescheid

UWG § 1; GWB § 20 - Grundstücksverkauf durch die Gemeinde mit privatrechtlichem Anschluß- und

Benutzungszwang für Fernwärme

EGBGB Art. 15; GBO § 33 - Gütergemeinschaft und

Erwerb von Alleineigentum

Aktuelles

KStG § 8 Abs. 3 - Kosten der Kapitalerhöhung als

verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 44 ff.; IHKG § 7 Vertretung einer Industrie- und Handelskammer

I. Sachverhalt

Die Industrie- und Handelskammer und die örtliche Handwerkskammer einer Gemeinde (in Bayern) errichteten als Gesellschafter eine GmbH. Das Registergericht verlangt zur Eintragung der GmbH ins Handelsregister, daß jeweils ein interner Beschluß der beiden Kammern bezüglich der Errichtung der GmbH vorgelegt wird, da nur dann eine Vertretungsmacht für die Kammern auch im Außenverhältnis vorläge.

II. Frage

Ist für die wirksame Außenvertretung einer IHK bzw. einer Handwerkskammer nachzuweisen, daß das jeweils zuständige interne Beschlußorgan dem Handeln des für die Außenvertretung zuständigen Organs zugestimmt hat?

III. Rechtslage

1. Sowohl die Industrie- und Handelskammer als auch die Handwerkskammer ist Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. § 90 Abs. 1 HwO, § 3 Abs. 1 IHKG). Ebenso

wie bei anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts (z. B. Gemeinde, Hochschule, Bundesnotarkammer, Landesnotarkammer etc.) bestehen bei den IHK's und den Handwerkskammern mehrere Organe, die unterschiedliche Aufgaben bei der Verwirklichung des Kammerzweckes haben. Nach § 92 HwO sind Organe der Handwerkskammer: Die Mitgliederversammlung (Vollversammlung), der Vorstand, die Ausschüsse. Bei der IHK sind nach § 4 IHKG Organe: die Vollversammlung, der Präsident, das Präsidium und der Hauptgeschäftsführer sowie die Ausschüsse.

Die Außenvertretung ist bei der IHK in § 7 Abs. 2 IHKG wie folgt geregelt:

“Präsident und Hauptgeschäftsführer vertreten nach näheren Bestimmungen der Satzung die Industrie- und Handelskammer rechtsgeschäftlich und gerichtlich.”

Bei der Handwerksordnung ist die Außenvertretung in § 109 S. 1 HwO geregelt:

“Dem Vorstand obliegt die Verwaltung der Handwerkskammer; Präsident und Hauptgeschäftsführer vertreten die Handwerkskammer gerichtlich und außergerichtlich.”

Sowohl bei der Handwerkskammer als auch bei der IHK wird allerdings weiter bestimmt, daß über bestimmte oder die meisten Angelegenheiten, soweit die Satzung nicht etwas anderes bestimmt, die Vollversammlung beschließt (§ 4 S. 1 IHKG; § 106 S. 1 HwO). Für die Beteiligung an Gesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts ist in § 106 Abs. 1 Zif. 8 HwO ausdrücklich die Beschlußfassung der Vollversammlung vorgesehen; für die IHK ergibt sich dies aus § 4 IHKG.

2. Selbst wenn das zuständige Gesetz vorsieht, daß für bestimmte Rechtsgeschäfte ein Beschluß der Vollversammlung erforderlich ist, so ist damit noch nicht geklärt, ob dieser Beschluß nur das **Innenverhältnis** zwischen den einzelnen Organen (Vertretungsorgan und Beschlußorgan) regelt oder ob diese Beschlußnotwendigkeit auch das **Außenverhältnis der Vertretungsmacht** betrifft mit der Folge, daß das Vertretungsorgan ohne den notwendigen Beschluß nicht vertretungsberechtigt wäre, so daß auch dieser Beschluß im Rechtsverkehr zum Nachweis der Vertretungsmacht vorgelegt werden müßte.

Es geht bei diesen Fragen um die **Unterscheidung zwischen der internen Willensbildung und der externen Vertretungsbefugnis**, die auch z. B. im Recht der privatrechtlichen Körperschaften allgemein anerkannt ist. Bei GmbH und Aktiengesellschaft ist allgemein anerkannt, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ihrem Umfang nach im Außenverhältnis unbeschränkt und auch nicht davon abhängig ist, daß nach interner Kompetenzverteilung notwendige Beschlüsse vorliegen (vgl. nur Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 35 Rn. 3 ff; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 78 Rn. 5 ff.). Auch im Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften wird von der überwiegenden Rechtsprechung und der herrschenden Literatur streng unterschieden zwischen der internen Willensbildung und der externen Vertretungsbefugnis (vgl. Schmidt-Assmann, in: ders., Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, Kommunalrecht, Rn. 78; BGH WM 1997, 2410 = DtZ 1997, 358; BGH NJW 1998, 3058). Insbesondere im Bereich des Kommunalrechts hat der BGH bei allen Entscheidungen zur **Vertretungsmacht des Bürgermeisters** als Vertreter der Gemeinde entschieden, daß die dem Bürgermeister von den Kommunalgesetzen und Gemeindeordnungen übertragene Vertretungsmacht allumfassend und unbeschränkt ist und daß die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen berechtigt und verpflichtet wird, die der Bürgermeister ohne die erforderliche (interne) Beschlußfassung des Gemeinderates vorgenommen hat. Der BGH führt mit Urteil vom 17.4.1997 wörtlich aus (BGH DtZ 1997, 358):

“Insoweit handelt es sich lediglich um eine interne Bindung des Bürgermeisters gegenüber der Gemeinde ... An diesen Rechtszustand, der sich an der im Kommunalrecht anerkannten strikten Unterscheidung zwischen interner Willensbildung und externer Vertretungsbefugnis orientiert, hält der Senat auch für den Anwendungsbereich des hier maßgebenden – inzwischen außer Kraft getretenen – Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR fest.”

Der BGH hat diese Unterscheidung zwischen interner Beschlußfassung und externer Vertretungsmacht mittlerweile in folgenden Fällen entschieden:

- Baden-Württembergisches Gemeinderecht (BGH MDR 1966, 669);
- Rheinland-Pfälzische Gemeindeordnung (BGH NJW 1980, 117);
- Landrat nach Baden-Württembergischen Kommunalrecht (BGH NJW 1986, 2271);
- Kommunalverfassung der DDR vom 17.5.1990 (BGH DtZ 1997, 358; fortgeführt von BGHZ 137, 89 = NJW 1998, 377; BGH NJW 1998, 3058; BGH NJW 1998, 377).

Im Urteil vom 17.4.1997 (a. a. O.) führt der BGH ausdrücklich auch folgendes aus:

“Dieser gesetzlichen Aufgabenverteilung lag der das Recht der Stellvertretung beherrschende Abstraktionsgrundsatz zugrunde, der für den Bereich der organschaftlichen Vertretung besagt, daß der Umfang der Vertretungsmacht unabhängig davon ist, ob und wie weit das Vertretungsorgan intern an die Willensbildung eines anderen Organs gebunden ist (Reuter, DtZ 1997, 15, 16). Das bedeutet, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen des Bürgermeisters als Vertreter der Gemeinde regelmäßig auch dann für die Gemeinde verbindlich waren, wenn sie der internen gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Gemeindevertretung und Bürgermeister oder der innergemeindlichen Willensbildung widersprachen.”

Der BGH weist weiter darauf hin, daß diese Auffassung dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz entspreche. Auch das OLG Dresden (OLG NL 1996, 267) folgt dieser überwiegenden Auffassung der Rechtsprechung mit dem Hinweis, entscheidend für eine unbeschränkte, vom gemeindeinternen Willensbildungsprozeß unabhängige Vertretungsbefugnis seien die Einheit der Rechtsordnung, Vertrauensschutz, Rechtssicherheit und eine angemessene Lastenverteilung. Es wäre unangemessen, dem Vertragspartner einer Gemeinde das Risiko schwer durchschaubarer, interner Entscheidungsprozesse zuzumuten. Derselbe Umfang der Vertretungsbefugnis gilt nach Auffassung des OLG Dresden auch für den jetzt geltenden § 51 der Sächsischen Gemeindeordnung.

Auch die Literatur äußert sich überwiegend in diesem Sinne, so z. B. *Schmidt-Assmann* (a. a. O., Rn. 78):

“Im Kommunalrecht muß also streng unterschieden werden zwischen der internen Willensbildungsbefugnis und der externen Vertretungsbefugnis, die zur Umsetzung der Willensentscheidung in außenwirksame Handlungen notwendig ist. Erstere ist innergemeindlich aufgeteilt, letztere liegt einheitlich beim Bürgermeister und ist nur gesetzlich, nicht aber durch Ratsbeschluß beschränkbar. Werden im Rahmen der Vertretungsbefugnis Erklärungen abgegeben, die nicht der innergemeindlichen Willensbildung entsprechen, so sind sie für die Gemeinde regelmäßig gleichwohl verbindlich (so auch der VGH für Baden-Württemberg, NVwZ 1990, 892).”

Im Bereich des Kommunalrechtes ist allein für Bayern vom BayObLG eine andere Auffassung vertreten worden für die Geschäfte, die nicht der laufenden Verwaltung zuzurechnen sind. Daher gilt in Bayern in Abweichung von der ganz überwiegenden Meinung außerhalb Bayerns für die Gemeinden, daß auch eine nach internem Kommunalrecht erforderliche Beschlußnotwendigkeit im Außenverhältnis wirkt (so BayObLG NJWRR 1986, 1080).

3. Soweit ersichtlich, ist diese Frage, für den Bereich der IHK und der Handwerkskammer vom BGH noch nicht entschieden worden. Dennoch spricht einiges dafür, diese allgemeinen Grundsätze des Rechts der Körperschaften einheitlich anzuwenden. Weiterhin spricht dafür die Tatsache, daß die Vertretungsmacht sowohl der Handwerkskammer als auch der IHK auf bundesrechtlichen Regelungen und nicht auf bayerischen Regelungen beruht, so daß nach unserer Auffassung die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch die herrschende Lehre auf diesen Fall übertragen werden muß.

Soweit die Literatur zur HwO sich mit diesen Fragen befaßt, wird eine unbeschränkte Vertretungsmacht nach außen unabhängig von internen Willensbildungsprozessen angenommen:

Honig, HwO, Kommentar 2. Aufl. 1999, § 66 Rn. 10:

“Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist nach außen unbeschränkt und unbeschränkbar ... Beim Abschluß von ungenehmigten Verträgen, die nach § 61 Abs. 2 Nr. 7 eines Beschlusses der Innungsversammlung bedürfen, macht er sich regreßpflichtig, wenn der Vertragspartner auf die Rechtmäßigkeit vertrauen konnte. **Nach außen sind solche Verträge jedoch wirksam.**”

Auch im Bereich anderer Kammern wird in der Literatur unbeschränkte Vertretungsmacht des Vertretungsorgans angenommen.

So bestimmt z. B. § 82 Abs. 1 BNotO, daß der Präsident die Bundesnotarkammer gerichtlich und außergerichtlich vertritt. *Schippel* (BNotO, Kommentar, 7. Aufl. 2000, § 82 Rn. 6) führt wörtlich folgendes aus:

“Der Präsident vertritt die BNotK gerichtlich und außergerichtlich (Abs. 1). Er vertritt sie in allen Rechtsangelegenheiten. Die Wirksamkeit seiner Handlungen hängt nicht von der Zustimmung des Präsidiums oder der Vertreterversammlung ab. Die Satzung kann die Vertretungsmacht nicht beschränken.”

Auch er spricht sich also bei der Bundesnotarkammer ausdrücklich entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Verbandsrechtes für eine nach außen unbeschränkte Vertretungsmacht aus. Insofern dürfte u. E. nichts anderes für die Industrie- und Handelskammer und die Handwerkskammer gelten. Die Wirksamkeit einer Vertretungshandlung ist daher u. E. unabhängig von den im Innenverhältnis notwendigen Beschlüssen. Die Frage der internen Willensbildung betrifft nur die Verantwortung des Vertretungsorgans gegenüber der Vollversammlung und den Mitgliedern und kann bei Verstoß gegen Organkompetenzen ggf. zu Schadensersatzansprüchen oder auch Unterlassungsansprüchen im Innenverhältnis führen, berührt aber nicht die Wirksamkeit im Außenverhältnis.

BGB § 1408 Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft bzw. Gütertrennung

I. Sachverhalt

Ehegatten wollen **Gütertrennung** vereinbaren, zugleich aber einen **Zugewinnausgleich hinsichtlich bestimmter Gegenstände** bzw. bestimmter Erträge durchführen. Das heißt, im Scheidungsfall soll mit Ausnahme bestimmter, im Ehevertrag genannter Vermögensgegenstände ein Ausgleich trotz Gütertrennung stattfinden.

II. Frage

Kann ehevertraglich oder schuldrechtlich vereinbart werden, daß trotz Gütertrennung ein Vermögensausgleich für bestimmte Vermögensgegenstände stattzufinden hat, oder wird dadurch der Ehevertrag über die Gütertrennung als Scheingeschäft nichtig?

III. Rechtslage

1. Ehevertragsfreiheit

a) Nach § 1408 Abs. 1 BGB können die Ehegatten grundsätzlich ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag frei regeln, insbesondere auch nach Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern. Damit räumt das Gesetz den Ehegatten im Bereich ihrer güterrechtlichen Beziehungen weitgehend **Vertragsfreiheit** ein.

Diese Vertragsfreiheit gilt grundsätzlich nicht nur hinsichtlich der Wahl eines Güterstandes, sondern auch hinsichtlich seiner Abänderung. So ist insbesondere anerkannt, daß der gesetzliche Güterstand der **Zugewinnsgemeinschaft** die vielfältigsten **Modifikationen** zuläßt (vgl. nur Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rn. 339 ff.; Wegmann, Eheverträge, 2000, S. 28 ff.; Grziwotz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, B I Rn. 56 ff.). Die Ehegatten können vor allem bestimmte Vermögenswerte (insbesondere Betriebsvermögen und -beteiligungen) vom Zugewinnausgleich ausnehmen (vgl. BGH DNotZ 1999, 514 = NJW 1997, 2239; Grziwotz, B I Rn. 67).

b) **Schranken** der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht können sich aber aus den allgemeinen Grenzen der Privatautonomie (insbesondere §§ 134, 138 BGB), aus dem Verweisungsverbot des § 1409 BGB sowie hinsichtlich der im Recht der Gütergemeinschaft sowie der Zugewinnsgemeinschaft enthaltenen **zwingenden Vorschriften** ergeben (vgl. MünchKomm-Kanzleiter, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1408 Rn. 10 ff.; Grziwotz, B I Rn. 48 ff.; Staudinger/Thiele, BGB, 13. Bearb. 1994, Vorbem. zu §§ 1408 ff., Rn. 15; Langenfeld, Rn. 9).

Inwieweit darüber hinaus besondere, grundsätzliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Güterrecht bestehen, beispielsweise aus dem Wesen eines Güterstands oder seinem Ordnungsziel, ist bereits seit längerer Zeit Gegenstand der Erörterung in der Rechtswissenschaft, ohne daß sich hier bis zum heutigen Tage allgemein anerkannte Maßstäbe entwickelt hätten. Dies hängt u. a. damit zusammen, daß die Rechtsprechung bislang nur äußerst selten güterrechtliche Vereinbarungen zu beurteilen hatte.

2. Verbot von Mischgüterständen

a) Nach derzeitigem Stand kann aber beispielsweise davon ausgegangen werden, daß ein bestimmter Güterstand immer nur für das Gesamtvermögen, nicht für einzelne Vermögensmassen vereinbart werden kann (**Verbot von Mischgüterständen**, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 32 III 3; Langenfeld, Rn. 9; MünchKomm-Kanzleiter, § 1408 Rn. 13 m. w. N.; a. A. aber beispielsweise Staudinger/Thiele, Vorbemerkung zu §§ 1408 ff. Rn. 23). Dies wird u. a. mit dem Gebot der Freiheit des Güterstandes von inneren Widersprüchen begründet (vgl. Knur, DNotZ 1957, 463; Soergel/Gaul, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1408 Rn. 17). So kann beispielsweise nicht für bestimmte Vermögensgegenstände der Güterstand der Gütertrennung vereinbart werden, während für das übrige Vermögen der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beibehalten wird, da es sich hierbei um eine unzulässige Vereinbarung eines Mischgüterstandes handeln würde.

Weiterhin ist anerkannt, daß bei der Gütergemeinschaft Modifizierungen hinsichtlich des Innenverhältnisses (nicht aber im Außenverhältnis zu Lasten Dritter) vorgenommen werden können (vgl. Grziwotz, B I Rn. 96) und auch der gesetzliche Güterstand Modifikationen zugänglich ist (und nur hinsichtlich der dinglich wirkenden Bestimmungen bzw. der zwingenden Vorschriften Vorsicht geboten ist).

b) Was die **Gütertrennung** angeht, so ist zu berücksichtigen, daß dieser Güterstand auf eine Negation der spezifisch güterrechtlichen Beziehungen unter den Ehegatten gerichtet ist. Daher geht die wohl herrschende Auffassung davon aus, daß der Güterstand der Gütertrennung **keine güterrechtlichen Vereinbarungen** bzw. Modifikationen zuläßt (OLG Schleswig NJW-RR 1996, 134; MünchKomm-Kanzleiter, § 1408 Rn. 15; Grziwotz, B I Rn. 82).

Würde also bei ausdrücklicher Vereinbarung der Gütertrennung eine Ausgleichsregelung wie im gesetzlichen Güterstand vorgesehen vereinbart, dann würde diese (nach herrschender Auffassung unzulässige) Modifikation der Gütertrennung entweder im Sinne der Entscheidung des OLG Schleswig (NJW-RR 1996, 134) als modifizierte Zugewinnngemeinschaft ausgelegt werden oder man ginge davon aus, daß es sich um eine wegen ihrer Widersprüchlichkeit (Perplexität) unwirksame Regelung handelt.

c) Das Verbot von Mischgüterständen bzw. die Unwirksamkeit perplexer Regelungen ist jedoch nur dann einschlägig, wenn eine dem Zugewinnausgleich angenäherte Ausgleichsverpflichtung der Ehegatten vereinbart wird. Auch im Rahmen der Gütertrennung steht es den Ehegatten nämlich frei, für den Fall der Scheidung **Leistungs- bzw. Zahlungsverpflichtungen** zu begründen (auch als Ausgleich für einen Verzicht auf Durchführung des Zugewinnausgleichs). Solche Leistungs- oder Zahlungsverpflichtungen können allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB problematisch werden, vor allem dann, wenn sie zu einer übermäßigen Erschwerung der Ehescheidung führen (vgl. BGHZ 97, 304, 307 = NJW 1986, 2046; FamRZ 1990, 373 = NJW 1990, 7803; OLG Hamm FamRZ 1991, 443 f.; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 1454 ff.; Gutachten DNotI-Report 2000, 173 ff.).

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 1/2000). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

WEG § 15

Aufhebung der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Wohnungseigentum ohne gleichzeitige Neuzuweisung

Fax-Abruf-Nr.: **11169**

BeurkG § 53; ZPO § 894

Ersetzung der Kaufpreisbestätigung durch Versäumnisurteil

Fax-Abruf-Nr.: **11170**

BGB § 138; ApothG §§ 8, 9, 12

Ehevertragliche Vereinbarung, 50 % des mit einer Apotheke erzielten Gewinns ohne zeitliche Beschränkung dem Ehegatten auszukehren

Fax-Abruf-Nr.: **1236**

ErbStG § 13a; GrEStG §§ 1, 3, 5

Vorweggenommene Erbfolge; Betriebsvermögen

Fax-Abruf-Nr.: **1370**

BGB §§ 284, 288, 1118

Haftung der Hypothek für gesetzlichen Verzugszins

Fax-Abruf-Nr.: **11171**

Rechtsprechung

BGB § 675; RBerG Art. 1 § 1, 5

Geschäftsbesorgungsvertrag und Rechtsberatungsgesetz

Wer ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, bedarf der Genehmigung nach Art. 1 § 1 Satz 1 RBerG. Verfügt er darüber nicht, ist ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig.

Einem Notar, der im Jahre 1993 einen derartigen Vertrag beurkundete, kann die Unkenntnis des Erfordernisses der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht als schuldhaft vorgeworfen werden.

BGH, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 279/99

Kz.: L III 8 – Art. 1 § 1 RBerG

Fax-Abruf-Nr.: **985**

Problem

Die Grundkonstellation wurde bereits im DNotI-Report 2000, 85 anhand dreier instanzgerichtlicher

Entscheidungen dargestellt. Nunmehr hat der BGH über die Revision gegen das dort näher dargestellte Urteil des OLG Stuttgart v. 8.7.1999 entschieden: Der klagende Anleger hatte mit Urkunde des beklagten Notars einen Antrag auf Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages abgegeben. Der beauftragte Treuhänder, der dieses Angebot später angenommen und die hierin enthaltenen Vollmachten ausgenutzt hatte, sollte namens des Klägers eine Eigentumswohnung kaufen und die zur Finanzierung erforderlichen Darlehen aufnehmen. Nachdem sich das Steuersparmodell als unrentabel herausstellte, wurde der Notar mit der Begründung in Anspruch genommen, die beurkundete Offerte sei wegen Verstoßes gegen das RBERG (§ 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBERG) nichtig. Bei Beachtung seiner Amtspflichten hätte der Notar die Beurkundung ablehnen müssen.

Entscheidung

Zunächst bestätigt der BGH den auch von den Instanzgerichten nicht in Frage gestellten Ansatz, wonach die Tätigkeit des Treuhänders im Rahmen eines Steuersparmodells **auch** Rechtsberatung nach Art. 1 § 1 RBERG beinhalte. Dies ergebe sich schon aus dem Auftrag, die inhaltliche Gestaltung der abzuschließenden Erwerbs- und Finanzierungsverträge zu überwachen und auf sie Einfluß zu nehmen. Das Problem stellt sich bei der Anwendung des **Nebenzweckprivilegs**, also der Gegen Ausnahme nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG. Der BGH unterscheidet danach, **ob neben der rechtsbesorgenden Tätigkeit auch eine andere Tätigkeit auf nicht-rechtsberatemem Gebiet ausgeübt** wird und diese – andere – Tätigkeit den **vertraglichen Hauptzweck** darstellt. Ein solcher, dann nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG privilegierter Vertrag liege bei einer **Vollbetreuung durch den Treuhänder** vor, wenn dieser auch die technische Überwachung der Gebäudeerrichtung und für die wirtschaftliche Rentabilität/Kalkulation verantwortlich sei. Dann richte sich der Hauptzweck darauf, das Bauvorhaben in technischer Hinsicht entstehen zu lassen. Die hierzu erforderlichen Vertragsabschlüsse seien diesem Hauptzweck untergeordnet. Das Nebenzweckprivileg könne aber dann **nicht** angewandt werden, wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag ausschließlich auf den Abschluß der Verträge mit dritten Leistungserbringern, also auf rechtsberatende und -gestaltende Tätigkeit gerichtet sei. Anders als das OLG Stuttgart als Vorinstanz hält der BGH damit im zu entscheidenden Sachverhalt das Nebenzweckprivileg für nicht einschlägig.

Zwar weist auch der BGH im Ergebnis die Klage ab, dies aber mit der Begründung, daß bei der Beurkundung der Offerte im Jahre 1993 der beklagte Notar diesen Verbots-tatbestand nicht habe erkennen müssen. Die Amtspflichtenverletzung sei deswegen ausnahmsweise unverschuldet gewesen. **Diese Begründung trägt indes allenfalls noch bei Altfällen.**

Für die notarielle Praxis wirft das Urteil die Frage auf, ob mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag auch die dem Treuhänder erteilten **Vollmachten** (etwa zur Grundschuldbestellung oder Auflassung) unwirksam sind.

KostO § 16; BGB § 925

Getrennte Beurkundung von Auflassung und Kaufvertrag

Die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung ist jedenfalls dann keine unrichtige Sachbehandlung, wenn dem Sicherungsbedürfnis des Verkäufers eine Bedeutung zukommt, die über das Sicherungsbedürfnis bei einem einfachen Grundstückskaufvertrag hinausgeht.

BayObLG, Beschl. v. 27.9.2000 - 3 Z BR 186/00
Kz.: L III 3 - § 16 KostO
Fax-Abruf-Nr.: 986

Problem

Seit langem ist umstritten, ob der Notar im Regelfall verpflichtet ist, Kaufvertrag und Auflassung in einer Urkunde zu beurkunden. Ansatzpunkt ist § 16 KostO, wonach Kosten, die durch eine unrichtige Sachbehandlung entstanden sind, nicht erhoben werden dürfen. Nach Auffassung eines Teiles der Gerichte nimmt der Notar, falls nicht besondere Umstände ein erhöhtes Sicherungsinteresse des Verkäufers begründen, eine unrichtige Sachbehandlung vor, wenn er Kaufvertrag und Auflassung getrennt beurkundet (OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 674; DNotZ 1996, 324; OLG Frankfurt JurBüro 1989, 1132; jedenfalls dann, wenn der Notar ohne Belehrung die Beurkundung vornimmt; OLG Köln JurBüro 1997, 487; wenn kein besonderes Sicherungsinteresse vorliegt und auch eine Belehrung unterblieben ist; ähnlich auch SchlOLG JurBüro 1997, 435). Das Kammergericht (DNotZ 1976, 434) und das OLG Hamm (MittBayNot 1998, 275) sind der Auffassung, eine getrennte Beurkundung würde dem Sicherheitsinteresse des Verkäufers mehr gerecht, die gemeinsame Beurkundung könne daher nicht als gleichwertig angesehen werden (ebenso Wolfsteiner, Rpfleger 1990, 505; Kanzleiter, DNotZ 1996, 242).

Entscheidung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß die Wahl der getrennten Beurkundung jedenfalls dann nicht als unrichtige Sachbehandlung angesehen werden kann, wenn dem Sicherungsbedürfnis des Verkäufers eine Bedeutung zukommt, die über das Sicherungsbedürfnis bei einem einfachen Grundstückskaufvertrag hinausgeht. Das OLG Hamm und das KG haben in ihrer Entscheidung überzeugend dargelegt, daß die getrennte Beurkundung dem Verkäufer grundsätzlich die größere Sicherheit biete, weil vor der Beurkundung der Auflassung eine Eintragung des Käufers in das Grundbuch ausgeschlossen sei und auch kein (pfändbares) Anwartschaftsrecht zugunsten des Käufers entstehe. Ein derartiges **erhöhtes Sicherungsbedürfnis nimmt das BayObLG bei einem Bauträgervertrag an**, wonach der Käufer von einem Bauträger eine im Bau befindliche, noch nicht fertiggestellte Eigentumswohnung erwarb.

FGG §§ 55, 62

Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung durch Rechtspfleger ohne Vorbescheid

Die Beschwerde gegen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Erbteilsveräußerungs- und

Übertragungsvertrages bleibt zulässig, wenn der Rechtspfleger diese Entscheidung nicht vorher durch einen beschwerdefähigen Bescheid angekündigt hat (BVerfG v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96).

SchlHOLG, Beschl. v. 13.7.2000 – 2 W 107/00

Kz.: L II 2 - § 55 FGG

Fax-Abruf-Nr.: 987

Problem

Gem §§ 55, 62 FGG können Verfügungen, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, vom Vormundschaftsgericht (Familien-, Nachlaßgericht) bzw. Beschwerdegericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung Dritten gegenüber wirksam geworden ist (vgl. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB). Das **BVerfG hat mit Beschluß vom 18.1.2000** (NJW 2000, 1709 = JZ 2000, 783 m Anm. Heß/Vollkommer = BWNZ 2000, 91 m. Anm. Kraiß = ZEV 2000, 148 m. Anm. Langenfeld, ZEV 2000, 195 = DNotZ 2000, 387 = Rpfleger 2000, 205 m. Anm. Eickmann/Sonnenfeld/Dümig, Rpfleger 2000, 245 ff. = MittBayNot 2000, 311 m. Anm. Reiß, MittBayNot 2000, 373 ff.) entschieden, daß die §§ 62 und 55 FGG **mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar** sind, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, **Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen**. Anlaß hierzu gab ein Fall, in dem der Rechtspfleger des Nachlaßgerichts den Verkauf eines Grundstücks durch den Nachlaßpfleger ohne Anhörung der zum Teil bereits bekannten (!) Erben genehmigt hatte und anschließend die erteilte Genehmigung aufgrund Ausübung der dem Notar erteilten Doppelvollmacht sofort wirksam wurde. Bis der Gesetzgeber eine den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung tragende Regelung erlassen haben wird (wozu verschiedene Möglichkeiten bestehen), sind die Rechtspfleger nach Auffassung des BVerfG von Verfassungs wegen verpflichtet, den Erlaß einer in den Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG fallenden Verfügung (wie im Erbscheinsverfahren) **durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen**, wenn erkennbar ist, daß die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst (jedenfalls faktisch) versperrt wäre.

Im vorliegenden Fall des SchlHOLG hatte eine Betreuerin einen Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrag geschlossen, der nach Ergehen des oben angegebenen Beschlusses des BVerfG von der Rechtspflegerin des Vormundschaftsgerichts genehmigt wurde. Obwohl der für den Betreuten bestellte Verfahrenspfleger bereits im Genehmigungsverfahren gegen das in bezug auf die Immobilie vorgelegte Wertgutachten Bedenken angemeldet hatte, wurde kein Vorbescheidverfahren durchgeführt. Eine Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses wurde vielmehr zuerst dem Urkundsnotar zugestellt, der aufgrund der ihm erteilten Doppelvollmacht durch Einreichung der betreffenden Urkunden beim Grundbuchamt Genehmigung und Rechtsgeschäft wirksam werden ließ und die Eigentumsumschreibung herbeiführte. Dem Verfahrenspfleger wurde dagegen eine Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses erst nach Grundbuchvollzug zugesandt, so daß er faktisch von seinem Beschwerderecht keinen Gebrauch machen konnte.

Entscheidung

Nach Auffassung des OLG hätte die Rechtspflegerin vor Erteilung der Genehmigung das Vorbescheidsverfahren durchführen müssen, um dem Verfahrenspfleger eine richterliche Überprüfung ihrer Entscheidung zu ermöglichen. Der Verfahrensverstöß begründet nach der Auffassung des OLG (im Anschluß an die Ausführungen des BVerfG und entgegen §§ 55, 62 FGG) die Zulässigkeit der eingelegten Beschwerde des Verfahrenspflegers. Auch die zwischenzeitlich erfolgte Eigentumsumschreibung steht nach Auffassung des OLG der Zulässigkeit der eingelegten Beschwerde nicht entgegen; für den Fall, daß sich im Beschwerdeverfahren herausstellen sollte, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu Unrecht erteilt worden sei, sei vielmehr der Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrag unwirksam und das Grundbuch zu berichtigen.

Hinweis

Derzeit ist noch nicht absehbar, welche Konsequenzen sich für die Vollzugstätigkeit des Notars aus der vorliegenden Entscheidung des BVerfG (sowie der vorstehenden des SchlHOLG) ergeben. Zwar ergab sich auch aus dem bisherigem Rechtszustand, daß eine eingelegte Beschwerde entgegen §§ 55, 62 FGG bei besonders krassen Verfahrensverstößen zulässig sein konnte. Infolge des neuen Beschlusses des BVerfG wird das Problem, daß die erteilte und wirksam gewordene Genehmigung, mithin das wirksam gewordene Rechtsgeschäft, nachträglich wegen Verfahrensfehlern in der Beschwerdeinstanz aufgehoben und das Rechtsgeschäft damit unwirksam werden kann, aber ungleich häufiger auftreten.

UWG § 1; GWB § 20

Grundstücksverkauf durch die Gemeinde mit privatrechtlichem Anschluß- und Benutzungszwang für Fernwärme

Eine Gemeinde, die Baugrundstücke in einem Neubaugebiet, die ihr gehören, nur gekoppelt mit der Verpflichtung des Käufers zum Fernwärmebezug verkauft, mißbraucht ihre Monopolstellung.

OLG Schleswig, Urt. v. 11.7.2000 - 6 U Kart 78/99

Kz.: L IV 6 - § 1 UWG

Fax-Abruf-Nr.: 988

Problem

Die Gemeinde hat eine Gas- und Wärmedienst-GmbH gegründet. Diese betreibt ein Blockheizkraftwerk für das Neubaugebiet. Die Gemeinde ist außerdem Eigentümerin von Baugrundstücken im Bereich dieses Gebietes. Alle privaten Käufer von Baugrundstücken mußten eine **privatrechtliche Verpflichtung** zum Anschluß und zur Benutzung der **Fernwärme** der GmbH eingehen, diese Verpflichtung dinglich durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit absichern und an etwaige Rechtsnachfolger weitergeben. Die Gemeinde wurde auf Unterlassung aus Gesichtspunkten des **Kartellrechts** in Anspruch genommen.

Entscheidung

Das OLG Schleswig-Holstein ist der Auffassung, daß die Gemeinde zur Unterlassung derartiger Handlungen nach § 1 UWG und §§ 33, 20 Abs. 4 und 5 GWB verpflichtet ist. Andere Energielieferanten würden vom Markt ferngehalten. Die Koppelung von Grundstückserwerb und Anschluß- und Benutzungszwang stelle eine **mißbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung** der Gemeinde dar. Die Revision gegen das Urteil ist anhängig.

EGBGB Art. 15; GBO § 33 Gütergemeinschaft und Erwerb von Alleineigentum

Zweifel, daß der Erwerber güterrechtlich Alleineigentum erwerben kann, rechtfertigen eine Zwischenverfügung nicht, vielmehr muß zur sicheren Überzeugung des Grundbuchgerichts feststehen, daß das Grundbuch im Falle der Eintragung unrichtig würde.

LG Bremen, Beschl. v. 11.10.2000 – 3 T 781/00
Kz.: 4100 Art. 15
Fax-Abruf-Nr.: 989

Problem

Der Erwerber gehörte ebenso wie seine Ehefrau der Republik Mazedonien an. Sie lebten getrennt. In Deutschland erwarb er eine Immobilie zu Alleineigentum. Durch Zwischenverfügung des Grundbuchgerichts wurde die Eintragung als Alleineigentümer verweigert.

Entscheidung

Das Gericht stellt fest, daß auch bei Bestehen einer Gütergemeinschaft des Erwerbenden ein Alleineigentumserwerb eines Ehegatten keinesfalls ausgeschlossen sei. Es müsse zur sicheren Überzeugung des Grundbuchamtes feststehen, daß ein Erwerb zu Alleineigentum nicht möglich sei, Zweifel rechtfertigten dies nicht. Das Gericht folgt damit der ganz h. M. (BayObLGZ 1992, 85, 86; Demharter, 23. Aufl. 2000, § 33 Rn. 28).

Aktuelles

KStG § 8 Abs. 3 Kosten der Kapitalerhöhung als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)

Eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (vgl. Streck, KStG-Kommentar, 5. Aufl. 1990, § 8 Anm 65 c). Rechtsfolge einer vGA ist, daß das Einkommen der betreffenden Kapitalgesellschaft zu korrigieren ist. Dies geschieht, indem die Kapitalgesellschaft in der Weise besteuert wird, als ob die verdeckte Gewinnausschüttung nicht erfolgt sei.

Beispiel: Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zahlt sich monatlich ein Gehalt in Höhe von DM 10.000, obwohl kein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist. Da es an einem vertraglichen Anspruch fehlt, stellt die Zahlung eine vGA dar. Dem Gewinn der Gesellschaft werden am Jahresende DM 120.000 hinzugerechnet, so daß entsprechend dem höheren Gewinn höhere Körperschaft- und Gewerbesteuern zu zahlen sind. Die zusätzliche Steuerbelastung kann schlimmstenfalls dazu führen, daß die GmbH in Zahlungsschwierigkeiten gerät, so daß vGA's vermieden werden sollten.

Probleme der vGA können auch bei Übernahme der Gründungs- oder der Kapitalerhöhungskosten einer Gesellschaft entstehen. Wie bereits wiederholt entschieden, stellt die Übernahme der Gründungskosten einer Gesellschaft eine vGA dar, wenn nicht in der Gesellschaftssatzung die Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft vorgesehen ist (vgl. BFH NV 1997, S. 711 m.w.N.). In Formularen ist deshalb regelmäßig die Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft vorgesehen (vgl. z. B. Münchener Vertragshandbuch Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Formular IV.2 § 9; Hopt, Vertrags- und Formularbuch, 2. Aufl. 2000, Formular II.D, 1 § 13).

Die Rechtslage bei der Gründung ist allerdings mit der bei der Kapitalerhöhung nicht vergleichbar. Während die Gründung nur von den Gesellschaftern erklärt werden kann, setzt die Kapitalerhöhung nicht die Beteiligung sämtlicher Gesellschafter voraus, da die bisherigen Gesellschafter nicht zwingend neue Geschäftsanteile übernehmen (§ 55 Abs. 2 GmbHG). Es ist daher zwar zulässig, auch die Personen der Übernehmer und die jeweils übernommene Stammeinlage im Kapitalerhöhungsbeschluß anzugeben, dies muß jedoch nicht geschehen. Hinsichtlich der Kosten der Stammkapitalerhöhung und der Übernahme der neuen Stammeinlagen ist daher zu differenzieren.

Anders als bei der Gründung gilt für Kosten der Kapitalerhöhung uneingeschränkt das Veranlassungsprinzip nach § 4 Abs. 4 EStG, wonach die Kosten von dem zu tragen sind, in dessen Rechtssphäre sie verursacht sind. Es bedarf daher keiner Regelung im Kapitalerhöhungsbeschluß.

Nach dem Veranlassungsprinzip sind die Kosten der eigentlichen Kapitalerhöhung (Beurkundungs- und Eintragungskosten) Kosten der Gesellschaft und daher als Betriebsausgaben zu berücksichtigen. Die Kosten, die durch die Übernahme der Kapitalanteile entstehen (also die diesbezüglichen anteiligen Beurkundungs- und Eintragungskosten), sind demgegenüber vom Übernehmer zu tragen (vgl. BFH, HFR 2000, S. 439f).

Die Zahlung dieser Übernahmekosten durch die Gesellschaft ist daher nach Ansicht des BFH grundsätzlich als vGA zu behandeln, es sei denn, daß gesellschaftliche Motive zugrundeliegen. Denkbar wäre m. E., daß die Gesellschaft an einer Sachkapitalerhöhung so großes Interesse hat, daß sie auch die Kosten der Übernahme trägt, wenn andernfalls eine Einigung nicht zustande kommt: Derartige Gründe dürften allerdings bei Barkapitalerhöhungen regelmäßig nicht vorliegen. Die Frage, ob eine vGA auch dann vorliegt, wenn im

Kapitalerhöhungsbeschluß oder in der Gründungssatzung bestimmt ist, daß sämtliche mit einer Kapitalerhöhung im Zusammenhang stehenden Kosten durch die Gesellschaft zu tragen sind, ist noch nicht entschieden. M. E. könnte eine entsprechende Regelung in der Gründungssatzung eine vGA vermeiden.

Die Entscheidung des BFH bedeutet für die Praxis, daß die Notarkostenrechnung entweder aufzuspalten ist in die Kosten der reinen Kapitalerhöhung (die die Gesellschaft zu tragen hat) und die Kosten der Übernahme der Kapitalanteile (die die Übernehmer zu tragen haben) oder im Übernahmevertrag Feststellungen getroffen werden sollten, welche besonderen Gründe für die Übernahme der gesamten Kosten durch die Gesellschaft bestehen.

Thomas Reich
(Notarassessor)

Literaturhinweise

Firsching, Karl/Graf, Hans-Lothar, Nachlaßrecht, Verlag C. H. Beck, 8. Aufl. München 2000, 700 Seiten, 128 DM

Das in der Reihe "Handbuch der Rechtspaxis" erschienene Werk stellt prägnant und umfassend die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Fragen des Nachlaßrechts dar. Der Schwerpunkt liegt im Verfahren des Nachlaßrichters, die Verfahrensgrundsätze werden daher sehr ausführlich behandelt. Für den Notar von

besonderer Bedeutung sind die Ausführungen zum materiellen Erbrecht, zum Erbscheinsverfahren, zur Nachlaßauseinandersetzung und zur Erbausschlagung. Positiv hervorzuheben sind die umfangreichen Formulare, die jetzt auch auf einer Diskette elektronisch verfügbar sind. Vor allem die Verzahnung zwischen formellem und materiellem Recht macht den besonderen Wert dieses Handbuches aus.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Reibold, Friedrich, Praxis des Notariats, Eine Einführung, 7. Aufl. Darmstadt 2000, Verlag Elisabeth Haferland, 510 Seiten, 59 DM

Das von Reibold verfaßte Werk über die Praxis des Notariats enthält knapp und übersichtlich eine Darstellung der wichtigsten Fragen der notariellen Praxis: Notarrecht, Beurkundungsrecht, Grundstücksrecht, Verwahrungstätigkeit, Gesellschafts- und Erbrecht. Es ist an den Berufsanfänger und die Mitarbeiter des Notars gerichtet und enthält vielfältige Formulierungsbeispiele und Formulare zu den Standardsituationen in der notariellen Praxis. Besonders die Erläuterungen zum Urkundsvollzug und die Muster für den Schriftverkehr im Rahmen des Vollzuges geben vielfältige Anregungen.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg