

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aktuelles

Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1741, 1766a; AdVermiG § 9a – Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes; zwingende vorherige Beratung der Beteiligten durch die Adoptionsvermittlungsstelle

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GrEStG § 9 Abs. 2 Nr. 1 – Bauträgervertrag; Grunderwerbsteuer bei nachträglichen Sonderwünschen des Käufers

Veranstaltung

Aktuelles

Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

Mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. 2021, I, S. 2133) ist das o.g. Gesetz in Kraft getreten und hat zahlreiche Vorschriften des BGB, insbesondere des Kaufvertragsrechts, modifiziert. Das Gesetz dient der Umsetzung der Warenkauf-RL (RL (EU) 2019/771), die ihrerseits die frühere Verbrauchsgüterkauf-RL abgelöst hat. Obgleich sich die Warenkauf-RL nur auf Verbraucherverträge bezieht, hat der deutsche Gesetzgeber sie überschießend umgesetzt und die Regelungen auf sämtliche Kaufverträge erstreckt. Zwar ist die Richtlinie vollharmonisierend, eine überschießende Umsetzung in Bezug auf den Anwendungsbereich ist jedoch möglich (vgl. Erwägungsgrund 12).

Grundlegend neu gefasst worden ist § 434 BGB. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist eine Sache nunmehr frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen (und die

Montageanforderungen) einhält. Erstere werden nach § 434 Abs. 2 BGB durch die vereinbarte Beschaffenheit, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung und durch das vereinbarte Zubehör sowie die vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, bestimmt. Die objektiven Anforderungen beziehen sich demgegenüber auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und die gewöhnliche Beschaffenheit vergleichbarer Sachen, die der Erwerber nach der Art der Sache und den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder einem anderen Glied der Vertragskette erwarten kann. Außerdem muss die Kaufsache einer zuvor überlassenen Probe oder einem Muster vergleichbar sein. Die Überlassung hat mit üblichem Zubehör inklusive Verpackung sowie Montage- oder Installationsanleitung zu erfolgen. Erstmals wird darüber hinaus in § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB der Begriff der Beschaffenheit definiert und klargestellt, dass hierunter jedes Merkmal der Sache fallen kann, so dass es nun für eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht mehr erforderlich ist, dass der in den Blick genommene Umstand der Sache dauerhaft anhaftet. Hinzu kommen bei der Be-

schaffenheit nun die Begriffe der „Kompatibilität“ und der „Interoperabilität“. Kompatibilität soll nach Art. 2 Nr. 8 Warenkauf-RL „die Fähigkeit der Waren, mit der Hardware oder Software zu funktionieren, mit der Waren derselben Art in der Regel benutzt werden,“ bezeichnen, während Interoperabilität nach Art. 2 Nr. 10 Warenkauf-RL die Fähigkeit der Waren beschreibt, „mit einer anderen Hardware oder Software zu funktionieren als derjenigen, mit den Waren derselben Art in der Regel benutzt werden“.

Zweifelhaft ist allerdings das Verhältnis zwischen subjektivem und objektivem Mangelbegriff. § 434 Abs. 1 BGB scheint beide Begriffe nebeneinander zu stellen, so dass sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen einzuhalten wären. Dies kann aber offensichtlich nicht zutreffen, weil dann der Verkauf einer Sache, die die objektive Mangelfreiheit nicht erreicht, wirtschaftlich ausgeschlossen wäre, weil sie stets Mängelrechte nach dem objektiven Mangelbegriff auslösen würde. Dass der subjektive Mangelbegriff vorrangig sein muss, zeigt zudem § 434 Abs. 3 BGB, der die Anwendbarkeit der objektiven Voraussetzungen davon abhängig macht, dass nichts anderes vereinbart wurde, und sich somit abweichenden Vertragsabreden öffnet. Eine entsprechende Vereinbarung muss daher dem objektiven Begriff vorgehen. Sie kann auch in AGB getroffen werden.

Auch und vor allem das Verbrauchsgüterkaufrecht (das nur auf bewegliche Sachen Anwendung findet) ist durch die Reform betroffen. In § 474 BGB wird im Anwendungsbereich der Normen nunmehr statt des Begriffs „bewegliche Sache“ der der „Ware“ im Sinne des § 241a Abs. 1 BGB verwendet. Inhaltlich ergeben sich dadurch keine nennenswerten Änderungen, da es sich bei Waren nach dieser Definition um bewegliche Sachen handelt, die nicht im Wege einer Zwangsvollstreckung oder einer anderen gerichtlichen Maßnahme verkauft werden. Der Anwendungsbereich wird damit nur sprachlich, nicht aber auch inhaltlich modifiziert. Von Bedeutung sind die §§ 474 ff. BGB in der notariellen Praxis vor allem, wenn eine Immobilie mit Inventar verkauft werden soll, soweit man mit der bisher herrschenden Meinung davon ausgeht, dass auf solche Verträge hinsichtlich der beweglichen Sachen das Verbrauchsgüterkaufrecht Anwendung findet.

Im Gegensatz dazu enthält § 476 BGB auch einige inhaltliche Veränderungen. Nach § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB kann die objektive Mangelbestimmung des § 434 Abs. 3 BGB nur dann ausgeschlossen oder verändert werden, wenn der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt

wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht und zudem die Vereinbarung ausdrücklich und gesondert getroffen wurde. Andernfalls verbleibt es beim objektiven Mangelbegriff. Dies hat besonders große Relevanz, weil § 475 Abs. 3 Satz 2 BGB die Anwendung des § 442 BGB ausschließt und damit eine Kenntnis des Verbrauchers vom Mangel der Geltendmachung von Mangelrechten nicht entgegensteht.

Welche Anforderungen für eine solche Vereinbarung innerhalb einer notariellen Urkunde zu wahren sind, ist bislang ungeklärt. Es dürfte aber wohl zu weit gehen, wenn man verlangen wollte, dass der Unternehmer im Vorfeld der Beurkundung den Verbraucher über die Beschaffenheit eigens aufklären muss. Durch das Verlesen des Vertragstextes durch den Notar erhält der Verbraucher über die getroffenen Vereinbarungen Kenntnis und ist damit vor Abschluss des Vertrages, der erst mit der Unterzeichnung zu Stande kommt, hinreichend informiert. Praktisch wird dies allerdings meist wegen der Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BGB kaum Bedeutung haben, da ohnehin der Text des beabsichtigten Vertrages dem Verbraucher für eine Frist von wenigstens zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung zu stellen ist und er daher schon hierdurch über die Abweichungen informiert ist. Durch die Aufnahme in den Notarvertrag sind auch die Anforderungen an die ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung eingehalten. Insoweit ist es auch unschädlich, wenn es sich dort um AGB handelt. Da für die Beurkundung der verlesene Text relevant ist, kann es zudem nicht darauf ankommen, wie die Urkunde drucktechnisch gestaltet ist, so dass sich aus § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Verpflichtung ableiten lässt, die entsprechende Vereinbarung zu unterstreichen, in Fettdruck anzugeben oder in anderer Weise hervorzuheben. Gleichwohl ist zukünftig für eine sichere Urkundsgestaltung erforderlich, dass etwaige Mängel bei der Veräußerung einer beweglichen Sache im Rahmen eines Verbrauchervertrages exakt beschrieben werden, um eine negative Beschaffenheitsvereinbarung nach § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB zu erreichen. Es wird sich zeigen, ob die bislang herrschende Meinung vor diesem Hintergrund Bestand haben wird (a. A schon bislang Feller, MittBayNot 2003, 81, 85; für Zubehör auch Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 13 Rn. 41). Denn nach neuem Recht würde dies dazu führen, dass für die wirtschaftlich untergeordneten beweglichen Gegenstände ein erheblich strengeres Haftungsregime gelten würde als für die wirtschaftlich bedeutende Hauptsache (Grundstück samt Gebäude). Überzeugender scheint es deshalb künftig auf den Schwerpunkt des Vertrages abzustellen. Ob sich diese Auffassung durchsetzen können, bleibt abzuwarten.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1741, 1766a; AdVermiG § 9a Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes; zwingende vorherige Beratung der Beteiligten durch die Adoptionsvermittlungsstelle

I. Sachverhalt

M und F sind verheiratet. Für F ist es die zweite Ehe. Aus erster Ehe hat F das minderjährige Kind K, das nunmehr im Wege der Stiefkindadoption von M als Kind angenommen werden soll (vgl. §§ 1741 ff. BGB).

Der Adoptionsantrag und alle erforderlichen Einwilligungen wurden notariell beurkundet. Der Notar schickt die Unterlagen an das für die Adoption zuständige Familiengericht. Wenige Tage später werden die Unterlagen vom Gericht zurückgesandt mit der Bemerkung, die Beteiligten müssten zwingend vor der Beurkundung zur Adoptionsvermittlungsstelle, um sich dort beraten zu lassen.

II. Fragen

1. Besteht eine Beratungspflicht der Beteiligten?
2. Wenn ja, können die Adoptionsunterlagen nach der Beratung erneut beim Gericht eingereicht werden, oder sind sie neu zu beurkunden?
3. Wie wäre die Rechtslage,
 - a) wenn es sich um eine Stiefkindadoption innerhalb einer gleichgeschlechtlichen Ehe/Lebenspartnerschaft handeln würde?
 - b) wenn das anzunehmende Kind bereits volljährig wäre?
 - c) wenn die „Stiefkindadoption“ des minderjährigen Kindes durch M erst nach dem Tod der leiblichen Mutter F erfolgen würde?

III. Zur Rechtslage

1. Erforderlichkeit einer vorherigen Beratung der Beteiligten im Falle einer Stiefkindadoption

a) Rechtsgrundlage

Zum **1.4.2021** ist das **Adoptionshilfe-Gesetz** („Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption“) in Kraft getreten (BGBl. I, 2021, S. 226). Ziel des Gesetzes ist es, das Gelingen von Adoptionen im Interesse

der beteiligten Personen zu fördern und damit zuvörderst dem Kindeswohl zu dienen (BR-Drucks. 575/19, S. 23). Zur Erreichung dieses Ziels wurde die Beratung im Vorfeld von Adoptionen gestärkt. Betroffen hiervon sind auch Stiefkindadoptionen: Das Gesetz hat in **§ 9a Abs. 1 Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)** eine **Verpflichtung der Beteiligten** eingeführt, sich vor Abgabe ihrer notwendigen Erklärungen und Anträge für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen bei einer Adoptionsvermittlungsstelle **beraten zu lassen** (eingehend hierzu Bernauer, notar 2021, 79 ff.).

Gesetzgeberischer Hintergrund ist, dass Stiefkindadoptionen – obwohl in der Praxis überaus zahlreich – oftmals nicht unproblematisch sind. Denn diese erfolgen in nicht wenigen Fällen dem Ehepartner zuliebe, die Pflicht zur Übernahme lebenslanger elterlicher Verantwortung für das Kind wird häufig nicht realisiert (Müller-Engels, in: Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 78; Frank, StAZ 2010, 324, 325 f.). Durch die Einführung der Beratungspflicht soll nun sichergestellt werden, dass die Beteiligten schon vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. Reinhardt, Adoptionsvermittlungsgesetz, 9. Online-Auflage 2021, § 9a Rn. 2).

Die zwingende vorherige Beratung der Beteiligten im Rahmen einer Stiefkindadoption hat bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zahlreiche **Kritik** ausgelöst, u. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände (vgl. dazu noch unten 3.a). Aus notarieller Sicht lässt sich v. a. kritisieren, dass das Gesetz durch die Verpflichtung zur **notariellen Beurkundung** der im Rahmen des Adoptionsverfahrens erforderlichen Anträge und Einwilligungserklärungen bereits *de lege lata* eine Beratung vorsieht, wobei sich die Beratungen durch Notar und Adoptionsvermittlungsstelle auch noch zumindest partiell inhaltlich decken (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80). Nicht unkritisch ist auch der Zeitpunkt, zu dem die Beratung erfolgen muss (vgl. dazu noch unten 2).

b) Personenkreis

Der **Personenkreis**, der der Beratungspflicht unterworfen ist, ergibt sich aus § 9a Abs. 1 AdVermiG: Beratungspflichtig sind der abgebende, der annehmende Elternteil und der Ehegatte des annehmenden Elternteils (bzw. im Falle des § 1766a BGB der nichteheliche Lebensgefährte, vgl. § 9a Abs. 5 AdVermiG) sowie das Kind gem. § 8 SGB VIII.

Beratungspflichtig ist wohl auch ein Vaterschaftsprätendent, also eine Person, die noch nicht als Vater fest-

gestellt ist, aber eine Vaterschaft geltend macht, wohl nicht aber ein anonymer Samenspender (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 81 f.).

c) Ausnahmefälle

Abs. 3 der Vorschrift normiert **Ausnahmefälle**, in denen eine Beratung entbehrlich ist. Die in Abs. 3 geregelten Fälle beziehen sich – zusammengefasst – auf den abgebenden Elternteil. Nach dieser Bestimmung ist die Beratung eines Elternteils **nicht** erforderlich, wenn

- er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande ist,
- sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist,
- seine Einwilligung nach § 1748 BGB ersetzt wird oder
- es sich um den abgebenden Elternteil handelt und dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

d) Inhalt der Beratung

Der Inhalt der vorzunehmenden Beratung ist beispielhaft in § 9 AdVermiG beschrieben und umfasst v. a. die **psychosozialen Auswirkungen der Adoption**, die Aufklärung über die Bedeutung der Kenntnis des Kindes von seiner Herkunft, die Information über Hilfsangebote, den Ablauf des Adoptionsverfahrens und dessen Rechtsfolgen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Der Beratungsinhalt wird in der Praxis eher **individuell** am Beratungsbedarf der jeweiligen Beteiligten auszurichten sein.

In Bezug auf die Adoptionsbeteiligten bleibt zu bemerken, dass sich die gesetzliche Verpflichtung auf die Inanspruchnahme der Beratung beschränkt. Es besteht keine aktive Mitwirkungsverpflichtung, d. h. die Beteiligten können den Beratungstermin auch einfach „über sich ergehen lassen“. Die beratende Adoptionsvermittlungsstelle kann jedoch das Verhalten der Beteiligten und auch ein etwaiges Desinteresse im Rahmen der von ihr zu erstellenden fachlichen Äußerung nach § 189 Abs. 2 FamFG würdigen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Hierdurch können solche Umstände zur Kenntnis des Familiengerichts gebracht werden, das anschließend über die Begründetheit des Adoptionsantrages entscheidet.

e) Nachweis der Beratung

Die Adoptionsvermittlungsstelle hat nach § 9a Abs. 2 AdVermiG über die erfolgte Beratung eine **Bescheinigung** auszustellen. Hierbei wird es sich in der Regel um eine schriftliche Bescheinigung handeln. Eine bestimmte Form ist allerdings hierfür nicht vorgeschrieben; ggf. könnte diese auch nur per Fax oder elektronisch erteilt werden (vgl. § 9 SGB X; Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Die Beratungsbescheinigung muss **dem Familiengericht gem. § 196a FamFG vorgelegt** werden; andern-

falls ist der Adoptionsantrag als **unbegründet** zurückzuweisen.

f) Ergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt handelt es sich hier um die Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes der Ehefrau. Für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen gilt seit dem 1.4.2021 § 9a Abs. 1 AdVermiG, so dass sich die Beteiligten (Stiefvater, Mutter, leiblicher Vater, Kind) vor Beurkundung des Adoptionsantrags und der Einwilligungen von der Adoptionsvermittlungsstelle beraten lassen müssen.

2. Nachholung der Beratung

Der Gesetzeswortlaut ist, was den Zeitpunkt der Beratung anbelangt, auf den ersten Blick eindeutig. Die verpflichtende Beratung hat nach § 9a Abs. 1 AdVermiG **vor Abgabe der notwendigen Erklärungen und Anträge zur Adoption** zu erfolgen.

Der Gesetzeswortlaut wird in der bislang **vorliegenden Literatur** einhellig dahin gehend verstanden, dass die Beratung **vor der notariellen Beurkundung** des **Antrags** bzw. der **Einwilligungen** zu erfolgen habe (Reinhardt, § 9a Rn. 11; Bernauer, notar 2021, 79, 80; BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand: 1.4.2021, § 9a AdVermiG Rn. 9; vgl. auch Botthof, NJW 2021, 1127, 1129).

Ein Teil der Literatur hält dies auch für **zwingend** (vgl. Raude, notar 2021, 351, 359; BeckOGK-AdVermiG/Löhnig, § 9a Rn. 9). So führt etwa *Löhnig* aus, die Beratung habe vor Abgabe der Einwilligung von Kind und Eltern des Kindes sowie des Adoptionsantrags stattzufinden, weil sie ansonsten zur **bloßen Formalität** würden. Auch die **Familiengerichte** gehen – soweit uns bislang bekannt wurde – davon aus, dass Beratungsbescheinigungen nicht nachgereicht werden können, wenn die Beratung erst nachträglich erfolgt.

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die eine Nachholung der Beratung und Nachreichung des Beratungsnachweises für zulässig halten. So führt beispielsweise *Reinhardt* (§ 9a Rn. 17) aus, dass der Umstand, dass die Beratung erst **nach der Abgabe** der notariellen Einwilligung bzw. der Stellung des notariellen Adoptionsantrags stattgefunden habe, ebenso wenig ein Adoptionshindernis darstelle wie die Beratung durch eine örtlich unzuständige Vermittlungsstelle. Aus seiner Sicht sei daher auch nicht erforderlich, das Beratungsdatum in die Bescheinigung aufzunehmen (Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Auch *Bernauer* (notar 2021, 79, 80, 83) hält ein **Nachreichen der Beratungsbescheinigung** für zulässig. Er begründet dies damit, dass sich mit einer nach der Beurkundung erfolgenden Beratung der Beteiligten das gesetzgeberische Ziel ebenso gut erreichen lasse und die Beratung nicht Voraussetzung für Zulässigkeit des Antrags, sondern für dessen Begründetheit darstelle, wofür die Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts maßgeblich seien (vgl. § 196a FamFG). Hierfür lässt sich ferner anführen, dass die gesetzgeberische Entscheidung, eine Beratungspflicht vor der notariellen Beurkundung festzuschreiben, ohnehin kritisch gesehen werden müsse, da dies Probleme namentlich in zeitkritischen Fällen, etwa dem eines Adoptionsantrags „am Sterbebett“ (vgl. § 1753 Abs. 2 BGB), verursache (Bernauer, notar 2021, 79, 80).

Aus unserer Sicht dürfte dem Schutzzweck der Norm zumindest dann Genüge getan sein, wenn die Beratung zwar nach Beurkundung der Erklärungen, aber **vor Einreichung des Antrages bzw. der Einwilligungen beim Familiengericht** erfolgt. Denn auch dadurch wäre sichergestellt, dass die Beteiligten vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. dazu oben 1.a). Auch der Wortlaut der Norm steht einer solchen Auslegung u. E. nicht entgegen. Denn letztlich sind die Erklärungen erst zu diesem Zeitpunkt **gegenüber dem Familiengericht** als dem maßgeblichen Erklärungsempfänger **„abgegeben“** (vgl. zum Charakter des Antrags als „amtsempfangsbedürftiger Willenserklärung“ BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.1.2022, § 1752 Rn. 5). Eine solche Auslegung der Norm würde es zumindest ermöglichen, in einem Fall wie dem hier vorliegenden den betreffenden Antrag bzw. die Einwilligungen (erneut) einzureichen, nachdem die Beratung erfolgt ist und damit eine etwaige Neubeurkundung entbehrlich machen, ohne dass der Schutzzweck der Norm umgangen wäre.

Zusammenfassend betrachtet ist die Rechtslage aber, was die Nachholung der Beratung anbelangt, unsicher, zumal Rechtsprechung noch nicht vorliegt. Daher empfiehlt es sich in der notariellen Praxis, die vom Gesetz vorgezeichneten Abläufe einzuhalten und die Beteiligten sicherheitshalber bereits **vor der Beurkundung des Antrags bzw. der Einwilligungen** zur (vorherigen) Beratung bei der Adoptionsvermittlungsstelle zu schicken.

In diesem Zusammenhang kommt es immer auf **den jeweiligen Beteiligten** an, der seine Erklärung notariell beurkunden lassen will (Bernauer, notar 2021, 79, 83). Sofern es zur getrennten Beurkundung von Adoptions-

antrag und Einwilligungserklärungen kommt, müssen folglich nicht bei der ersten Beurkundung bereits die Beratungen sämtlicher weiterer Personen erfolgt sein (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 83).

Was den **Nachweis** der vorherigen Beratung anbelangt, so wird sich der Notar regelmäßig den Beratungsschein nach § 9a Abs. 2 AdVermiG vorlegen lassen und diesen bei Gericht einreichen; der Notar kann sich aber auch von den Beteiligten versichern lassen, eine Beratung in Anspruch genommen zu haben (Bernauer, notar 2021, 79, 82 mit Formulierungsmuster). Der Umstand, dass die Beratung durch die Adoptionsvermittlungsstelle tatsächlich stattgefunden hat, ist dagegen vom Gericht, nicht vom Notar, zu prüfen.

3. Rechtslage bei den Fallalternativen

a) Beratungspflicht bei gleichgeschlechtlichen Ehen/ Lebenspartnerschaften

Die Einführung einer zwingenden Beratungspflicht der Beteiligten im Rahmen einer geplanten Stiefkindadoption war im Gesetzgebungsverfahren äußerst umstritten. Kritik an der Regelung kam v. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände, die eine diskriminierende Verschärfung der Anforderungen an die Stiefkindadoption insbesondere bei **lesbischen Paaren** reklamierten (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80 m. w. N.). Denn nach derzeitiger Rechtslage haben lesbische Paare nur die Möglichkeit, eine „Mit-Mutterschaft“ der Partnerin durch Stiefkindadoption zu begründen, nachdem eine statusrechtliche Zuordnung entsprechend § 1592 Nr. 1 BGB (BGH NJW 2019, 153 = DNotI-Report 2018, 166) oder durch „Mutterschaftsanerkennung“ ausscheidet.

So wurde am Ende des Gesetzgebungsverfahrens durch den **Vermittlungsausschuss** die Beratungspflicht eingeschränkt (vgl. BT-Drucks. 19/25163). Es wurde in den Paragraphen § 9a AdVermiG dessen Abs. 4 S. 1 neu aufgenommen, wonach eine Beratungspflicht nach Abs. 1 nicht besteht, wenn der annehmende Elternteil **zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dem Elternteil des Kindes verheiratet** ist. Entsprechendes gilt nach Abs. 5 der Vorschrift in den Fällen des § 1766a BGB, d. h. bei nichtehelichen Lebensgefährten unter den dort niedergelegten Voraussetzungen. Eine Beratungspflicht besteht daher im Ergebnis nicht bei allen Stiefkind-Adoptionen, bei denen der Elternteil und der annehmende Elternteil im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet sind bzw. in einer verfestigten Lebensgemeinschaft i. S. v. § 1766a BGB leben.

Eine Ausnahme gilt in den vorgenannten Fällen nach S. 2 der Vorschrift für den annehmenden und den ver-

bleibenden Elternteil allerdings, wenn das Kind im Ausland geboren wurde und der abgebende Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

b) Volljährigenadoption

Für die notarielle Praxis ist besonders wichtig, dass eine Beratungspflicht nur bei Stiefkindadoptionen von Minderjährigen, **nie bei Volljährigenadoptionen** i. S. d. §§ 1767 ff. BGB besteht (Bernauer, notar 2021, 79, 81). Dies gilt selbst dann, wenn die Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (vgl. § 1772 BGB) erfolgen soll. Dies folgt daraus, dass sich der Anwendungsbereich des **Adoptionsvermittlungsgesetzes** auf die **Adoption Minderjähriger** beschränkt, wie sich auch aus § 1 S. 1 AdVermiG ergibt (Bernauer, notar 2021, 79, 81; Keuter, NZFam 2021, 49, 50).

c) „Stiefkindadoption“ nach dem Tod des leiblichen Elternteils

Ob der in Frage 3.c) genannte Fall des **Vorversterbens** der Ehefrau (die zugleich Mutter des minderjährigen anzunehmenden Kindes ist) auch einen Ausnahmefall darstellt, bei dem eine Beratungspflicht des Annehmenden entfällt, ist zweifelhaft. Eine ausdrückliche Stellungnahme in Rspr. oder Lit. liegt hierzu bislang leider nicht vor.

Aus unserer Sicht dürfte § 9a Abs. 1 AdVermiG bereits deswegen keine Anwendung finden, da nach dem Tod der Kindesmutter **kein echter Fall einer Stiefkindadoption** (Annahme des Kindes des Ehegatten) mehr vorliegt. Denn das Gesetz definiert die Stiefkindadoption als Annahme des Kindes des Ehegatten (vgl. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB). Ist der Ehegatte bereits verstorben, ist hierdurch die **Ehe aufgelöst**. Es liegt also streng genommen keine Stiefkindadoption mehr vor, sondern eine Einzelannahme nach § 1741 Abs. 2 S. 1 BGB (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 79; vgl. auch MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1741 Rn. 23: „Die Stiefkindadoption, bei der ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten annimmt, setzt eine wirksame Ehe zwischen dem Elternteil des Kindes und dem Annehmenden voraus [Abs. 2 S. 3].“).

Im Hinblick darauf, dass die Nichtdurchführung einer erforderlichen Beratung ein **Adoptionshindernis** darstellt (vgl. Reinhardt, § 9a AdVermiG Rn. 17), könnte es sich angesichts des Fehlens ausdrücklicher Rechtsprechung und Literatur empfehlen, in einem solchen Fall mit der Adoptionsvermittlungsstelle bzw. dem Familiengericht Rücksprache zu halten.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 3

Sicherung der Lastenfreistellung i. S. d. MaBV bei abhandengekommenem Grundschuldbrief
Abruf-Nr.:

AktG § 179a; BGB § 21

Analoge Anwendung des § 179a AktG auf den Verein; Veräußerung des Vermögens im Ganzen eines eingetragenen Vereins; Gesamtvermögensgeschäft; Zustimmung der Mitgliederversammlung
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GrEStG § 9 Abs. 2 Nr. 1

Bauträgervertrag; Grunderwerbsteuer bei nachträglichen Sonderwünschen des Käufers

1. Zahlungen für nachträgliche Sonderwünsche des Käufers einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung unterliegen der Grunderwerbsteuer, wenn sie in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Erwerbsvorgang stehen; dies ist der Fall, wenn sich aus dem ursprünglichen Kauf- bzw. Kauf-/Werkvertrag ein Anspruch auf Mehrentgelte im Falle etwaiger nachträglicher Sonderwünsche ableiten lässt.

2. Für jeden Sonderwunsch wird ein eigenständiger Grunderwerbsteuertatbestand in dem Zeitpunkt verwirklicht, in dem die zusätzliche Gegenleistung i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bindend vereinbart wird. Die Steuer für eine nachträglich vereinbarte Sonderleistung ist in einem selbständigen Steuerbescheid festzusetzen, der neben den ursprünglichen Steuerbescheid tritt. Es ist grundsätzlich zulässig, dass die Grunderwerbsteuer für mehrere Zusatzleistungen in einem Steuerbescheid in einem Betrag festgesetzt wird.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Problem

Die Käufer erwarben mit notariellem Kauf- und Werkvertrag mehrere noch zu errichtende Eigentumswohnungen. Im Vertrag wurde für den Fall von Änderungswünschen nach Beurkundung (und vor Abnahme) bestimmt, dass diese Änderungen nicht selbst von den Käufern (oder von diesen beauftragten Handwerkern) durchgeführt werden durften, dass Ausführungen der Sonderwünsche durch den Veräußerer der einvernehmlichen Abstimmung bedurften und die Käufer die durch die Sonderwünsche verursachten Mehrkosten zu tragen hatten. Nach mehreren Änderungswünschen, die jeweils Mehrentgelte auslösten, erließ das Finanzamt zusätzlich zum ursprünglichen Grunderwerbsteuerbescheid einen weiteren Bescheid, in dem Grunderwerbsteuer auf diese zusätzlichen Leistungen i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG festgesetzt wurde.

Entscheidung

Das Gericht führt aus, Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer sei gem. § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung; bei einem Grundstückskauf gelte gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung u.a. der Kaufpreis einschließlich der vom Erwerber übernommenen sonstigen Leistungen. Ergebe sich aus weiteren Vereinbarungen, die mit diesem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stünden, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück **im bebauten Zustand erhalte**, liege ein **einheitlicher Erwerbsvorgang** vor und **die Gebäudeerrichtungskosten seien in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen**.

Hinsichtlich der **nachträglichen** Sonderwünsche der Käufer, die jeweils ein Mehrentgelt auslösten, gelte Folgendes: Gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG gehörten zur Gegenleistung auch noch weitere Leistungen des Erwerbers, die dieser dem Veräußerer (neben der ursprünglich vereinbarten Leistung) zusätzlich gewähre. Solche zusätzlichen Leistungen lägen vor, wenn sie **mit dem seinerzeitigen Erwerb in einem rechtlichen Zusammenhang** stünden. Ein solcher rechtlicher Zusammenhang bestehe z.B. dann, **wenn sich bereits aus dem ursprünglichen Notarvertrag**, also aus dem Kaufvertrag oder aus dem Kauf- und Werkvertrag – sei es unmittelbar oder über allgemeine Rechtsgrundsätze (z.B. Treu und Glauben) – **ein Anspruch auf die spätere zusätzliche Leistung ableiten lasse**.

Im vorliegenden Fall schaffe die Klausel zur Übernahme von Mehrkosten bei späteren Sonderwünschen die

Grundlage für die Erbringung von Zusatzleistungen in Abhängigkeit von zukünftig geäußerten, **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinsichtlich „Ob“ und „Wie“ noch offenen Sonderwünschen des Erwerbers**. Damit stehe die spätere Sonderleistung in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem seinerzeitigen Erwerb.

Da **erst mit der (bindenden) Vereinbarung einer zusätzlichen Leistung jeweils ein eigenständiger Steuertatbestand verwirklicht** werde, wirke diese nicht als rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO zurück, weshalb der ursprüngliche Erwerbsvorgang unberührt bleibe. Die zusätzliche Gegenleistung i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG sei verwirklicht, sobald die Bindung der Vertragspartner hinsichtlich der zusätzlichen Gegenleistung eingetreten sei; auf die Zeitpunkte der Erfüllung der Leistung oder der Gegenleistung komme es hingegen nicht an.

Im Urteils Sachverhalt gab es mehrere nachträgliche Sonderwünsche und somit auch mehrere weitere Grunderwerbsteueratbestände. Das Gericht stellte fest, dass es nicht gegen das **Bestimmtheitsgebot** verstoße, wenn die Grunderwerbsteuer für mehrere Steueratbestände **in einem Bescheid** und in einem Betrag festgesetzt werde, wenn sich hinreichend klar aus dem Bescheid ergebe, welche Sachverhalte besteuert würden. Hierfür genüge es, dass die Sonderwünsche, auf denen die weiteren Gegenleistungen beruhten, in dem Bescheid **ihrer jeweiligen Art nach**, mit dem jeweiligen **Zeitpunkt ihrer Vereinbarung** und jeweiligem **Entgelt, einzeln aufgeführt** seien.

Hinweis

In der Praxis wird häufig bei Bauträgerverträgen vereinbart, dass der Käufer dem Bauträger die Ausführung von Änderungswünschen, die nach Abschluss des Vertrags und vor Abnahme des Bauwerks durch den Käufer geäußert werden, zusätzlich zu vergüten hat. Das praxisrelevante FG-Urteil fasst die Besonderheiten des materiellen Steuerrechts und des Verfahrensrechts, die bei nachträglichen Sonderwünschen gelten, zusammen.

Zu beachten ist, dass eine „zusätzliche“ Leistung, *die bereits im Erwerbszeitpunkt vereinbart wird*, schon gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bei der Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage erfasst wird. Hingegen entsteht ein weiterer (neuer) Steueranspruch gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG, wenn eine zusätzliche Leistung *erst nachträglich vereinbart* wird und diese in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Erwerbsvorgang steht.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: 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. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. 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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit