

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

4/1996 · Februar 1996

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV §§ 3, 7 - Vermischung der Sicherheiten beim Bauträgervertrag; Aushändigung der Bürgschaftsurkunde

BGB § 181 - Doppelvertretung bei vollmachtlosem Vertreter; Genehmigung

Rechtsprechung

BGB §§ 306, 504, 1094 - Nichtigkeit eines dinglichen Vorkaufsrechts an einer Teilfläche

BGB §§ 1812, 1821, 1822, 1839, 1915, 1960 ff., 1975 - Änderung des Grundstückskaufvertrages und nachlaßgerichtliche Genehmigung

GBO § 53 Abs. 1 S. 1 - Umfang der Prüfung des Güterrechts im Eintragungsverfahren

SachRBerG § 78 - Verfügungsverbot bei Identität von Grundstücks- und Gebäudeeigentum

KStG § 8 Abs. 3 S. 2 - Verdeckte Gewinnausschüttung

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 3, 8 Abs. 2 Nr. 2 - Grunderwerbsteuer beim Erwerb aller Anteile an einer Grundstücks-GbR

GmbHG §§ 2, 53 f.; BGB § 182 Abs. 2 - Änderung des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung

Aktuelles

In Spanien ist der Immobilienerwerb sicherer geworden

Literatur

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

aufgrund der großen Nachfrage erlauben wir uns Ihnen mitzuteilen, daß die **Einbanddecke des DNotI-Reportes** für die **Jahrgänge 1995/1996** erst **Anfang 1997** erscheinen wird. **Bestellungen** hierfür nehmen wir **ab sofort** entgegen.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV §§ 3, 7

Vermischung der Sicherheiten beim Bauträgervertrag; Aushändigung der Bürgschaftsurkunde

I. Frage

1. Ist folgende Klausel der Bürgschaftserklärung für einen Bauträger mit § 7 MaBV vereinbar?

„Soweit § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 MaBV nicht entgegensteht, vermindert sich der verbürgte Höchstbetrag in den Fällen des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO jeweils um den Betrag, der von dem vorerwähnten Konto ordnungsgemäß abverfügt und verwendet worden ist.“

2. Ist es mit § 7 MaBV vereinbar, daß das Original der Bürgschaftsurkunde beim Notar hinterlegt wird und dem Erwerber lediglich eine Abschrift ausgehändigt wird, ohne eine ausdrückliche Treuhandvereinbarung, daß die Hinterlegung ausschließlich im Interesse und nach Weisung des Erwerbers erfolgt?

II. Rechtslage

1. Schrittweise Herabsetzung der Bürgschaftssumme

Die zitierte Klausel ist korrekt, aber im Bauträgervertrag überflüssig und mißverständlich. Sie trifft beim Makler zu und findet sich deshalb auch in der Literatur (als Musterformulierung vgl. Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, MaBVwV Anl. 7 - Musterentwurf einer Bürgschaft nach § 7 MaBV), **bei der Bauträgerbürgschaft hat sie aber keinen Regelungseffekt**. Allenfalls besteht die Gefahr, daß die Erwerber - und manchmal auch die Bauträger selber - sie mißverstehen.

a) Die MaBV kennt zwei verschiedene Arten von Bürgschaften: die nach § 2 und die nach § 7 MaBV. Die Regelung des § 2 MaBV gilt ausdrücklich nicht für Bauträger (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO), die dem Erwerber Eigentum an einem Grundstück oder einer Wohnung verschaffen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 MaBV). Im Anwendungsbereich des § 2 MaBV verbleiben somit insbesondere Makler (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO) sowie Baubetreuer (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b GewO). Diese müssen nur solange und insoweit Sicherheit leisten, bis klargestellt ist, daß sie die Gelder ordnungsgemäß weitergeleitet haben. Deshalb entfällt die Sicherheitsleistung nach § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 MaBV für den Makler, soweit dieser Beträge bestimmungsgemäß weitergeleitet hat, nach § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 MaBV für den Baubetreuer, sobald dieser insgesamt Rechnung abgelegt hat. § 2 Abs. 5 Satz 1 MaBV gilt also für den Bauträger nicht direkt.

b) **Als zweite Bürgschaftsart kennt die MaBV die Bürgschaft nach § 7 MaBV.** Diese gilt sowohl für Bauträger, die Eigentum an einem Grundstück oder an einer Wohnung zu verschaffen haben (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 MaBV) wie für alle anderen Gewerbetreibenden nach § 34 c GewO (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 MaBV). **Sie ermöglicht eine Freistellung von den Verpflichtungen der §§ 2 ff. MaBV, sofern dem Auftraggeber Sicherheit für seine sämtlichen Ansprüche auf Rückgewähr erbrachter Vermögenswerte geleistet wird.** Damit wird insbesondere dem Bauträger ermöglicht, Gelder des Auftraggebers auch schon vor der Fälligkeit nach § 3 MaBV in Empfang zu nehmen. Dabei ist Sicherheit für sämtliche vom Auftraggeber geleisteten Vermögenswerte in deren vollen Höhe zu stellen. Zwar verweist auch § 7 Abs. 1 Satz 2 MaBV auf § 2 Abs. 5 Satz 1 MaBV, wonach sich die Sicherheit entsprechend verringern kann, soweit Vermögenswerte bestimmungsgemäß vom Makler weitergeleitet wurden. Die zitierte Klausel der Bankbürgschaft wiederholt nur diese gesetzliche Verweisung. Diese Verweisung gilt jedoch nicht für den Bauträger. **Für ihn enthält § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV eine Sonderregelung, wonach die Sicherheit so lange aufrechtzuerhalten ist, bis sowohl die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind, als auch das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist.** § 2 Abs. 5 Satz 1 MaBV gilt also für den Bauträger auch nicht kraft einer Verweisung (vgl. Marks, MaBV, a.a.O., § 7 Rn. 5). Doch auch die zitierte Bürgschaftsklausel beschränkt sich in ihrer Anwendung ausdrücklich, wenn auch dem Laien kaum verständlich, auf Makler (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO), erfaßt aber nicht Bauträger.

c) **Nach § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV ist nur ein Austausch beider Sicherungsmöglichkeiten zulässig, aber keine Vermischung** (vgl. hierzu ausführlich DNotI-Report 5/1995, S. 41 ff.).

Die Bürgschaft ist danach in jedem Fall in voller Höhe aufrechtzuerhalten, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind **und** das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist. Die Bürgschaft nach § 7 MaBV darf erst dann aufgegeben werden, wenn die Anforderungen des § 3 MaBV hinsichtlich der Absicherung der Vermögenswerte des Auftraggebers voll erfüllt sind, also die Sicherungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorgenommen worden sind und ein die bisherigen (Abschlags-)Zahlungen entsprechender Bautenstand gem. § 3 Abs. 2 MaBV erreicht worden ist.

Wenn die zitierte Klausel somit eine Herabsetzung der Bürgschaftsverpflichtung darstellen würde, soweit Gelder vom Bauträger bestimmungsgemäß für Bauleistungen bereits erbracht wurden, wäre sie als Vermischung beider Sicherungsformen unzulässig. Nach ihrem klaren Wortlaut stellt die Klausel aber lediglich eine Wiederholung der gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 5 Satz 1 MaBV dar. Sie gilt ausdrücklich nur für Makler (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO), nicht für Bauträger (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO). Deshalb stellt sie keinen Verstoß gegen das Vermischungsverbot dar.

2. Hinterlegung der Bürgschaftserklärung beim Notar

a) Wie dargestellt, wird die Bürgschaft oft von der Bank dem Notar zu treuen Händen übergeben. Der Notar verpflichtet sich der Bank gegenüber als Treuhänder, die Bürgschaft nur unter gewissen Voraussetzungen an den Wohnungserwerber weiter-

zugeben, insbesondere häufig nur beim Erreichen eines gewissen Mindestkaufpreises (vgl. LG Bremen, Urt. v. 14.12.1993, NJW-RR 1994, 476). Der Erwerber erhält dann oft lediglich eine Abschrift der Bürgschaftsurkunde, insbesondere wenn es sich um eine Globalbürgschaft für das gesamte Objekt handelt.

b) **Die Bürgschaft ist nach § 766 Satz 1 BGB formwirksam erteilt, auch wenn der jeweilige Bürgschaftsgläubiger bei einer Globalbürgschaftsurkunde lediglich eine einfache Abschrift der Bürgschaftserklärung durch den als Treuhänder eingeschalteten Rechtsanwalt bzw. Notar erhalten hat** (BGH, Urt. v. 14.11.1991, NJW 1992, 1448).

c) **Fraglich ist jedoch, ob damit den Anforderungen der §§ 7 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV genüge getan ist, wonach der Bauträger dem Erwerber die zur unmittelbaren Inanspruchnahme der Bürgschaft erforderlichen Urkunden auszuhändigen hat.** Von daher hält das OVG Bremen die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde beim Notar grundsätzlich für nicht statthaft (Urt. v. 27.06.1986, GewA 1986, 327; vgl. Marcks, MaBV, a.a.O., § 7 Rn. 5). Die Literatur hat demgegenüber betont, daß die Bürgschaftsurkunde selbstverständlich wie jede andere Urkunde auch beim Notar verwahrt werden könne, sofern der Erwerber selbst als Verfügungsberechtigter über die Bürgschaftsurkunde einen entsprechenden Verwahrauftrag erteilt und die Verwahrung ausschließlich nach seinen Weisungen erfolgt (Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rn. 245; Speck, MittRhNotK 1995, 117, 124 f.). Nunmehr betont auch *Reithmann*, **daß die Hinterlegung ausschließlich für und nach Weisung des Erwerbers erfolgen müsse** (Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Rn. 138 - klarstellend gegenüber der Voraufgabe, die noch jegliche Hinterlegung ohne Einschränkung für möglich angesehen hatte - ebenso Dietrich MittBayNot 1992, 178, 179). Nach *Reithmann* könnte also evtl. der Treuhandauftrag selbst auch von der Bank kommen, sofern Inhalt des Treuhandauftrages eine Verwahrung nach Weisung des Erwerbers ist. Der praktische Unterschied ist minimal. Mit dem Sonderfall einer Globalbürgschaft befaßt sich ein Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 01.03.1994. Unter Hinweis darauf, daß die Verwahrung einer Bürgschaft eine sonstige betreuende Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO darstellt, zu deren Übernahme der Notar nicht verpflichtet ist, empfiehlt die Landesnotarkammer Bayern, die Verwahrung von Globalbürgschaften grundsätzlich abzulehnen. Sie hält eine Verwahrung durch den Notar jedoch jedenfalls dann für wohl zulässig, wenn die Bürgschaft ausschließlich für den Käufer verwahrt wird und ausschließlich seinen Weisungen unterliegt und wenn der Käufer eine Abschrift der Bürgschaftsurkunde, vorzugsweise eine beglaubigte Abschrift, erhalten hat.

d) Eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar ist also unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist im Einzelfall zu prüfen. Zunächst muß die Hinterlegung ausschließlich für den Erwerber und nach dessen Weisungen erfolgen. Zweckmäßigerweise wird man den entsprechenden Treuhandauftrag mit den maßgeblichen Bestimmungen für die Hinterlegung in der Kaufurkunde selbst festhalten. Der Erwerber muß vom Notar im Auftrag der Bank eine Abschrift der Bürgschaftsurkunde erhalten, sinnvollerweise eine beglaubigte Abschrift, bei einer Global-

bürgschaft eine auszugsweise Abschrift, welche den auf sein Kaufobjekt entfallenden Teilbetrag ausweist. In den Hinterlegungsbedingungen ist insbesondere zu regeln, daß die Bürgschaftsurkunde nur dann an den Bürgen zurückgegeben werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 oder Satz 4 MaBV nachgewiesen sind. Zum Nachweis wird regelmäßig die Bestätigung des Erwerbers erforderlich sein, daß das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist bzw. die bisher geleisteten Zahlungen dem Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV entsprechen. Bei einer Globalbürgschaft darf die Rückgabe der Urkunde nur auf Anweisung bzw. Erklärung sämtlicher Bürgschaftsgläubiger erfolgen. Bei einer Globalbürgschaft ist ferner regelungsbedürftig, unter welchen Voraussetzungen der Notar die Bürgschaftsurkunde an einen einzelnen der Erwerber herauszugeben hat, sofern dieser das Original der Urkunde zur Geltendmachung seiner Rechte benötigt, insbesondere in einem Prozeß (vgl. Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern, a.a.O., S. 3 f.; Speck MittRhNotK 1995, 117, 125). Entsprechend ist auch der vorherige Treuhandauftrag gegenüber der Bank zu formulieren. Dabei spricht es für die Bank, wenn sie von sich aus auf Einhaltung der dem Schutz des Erwerbers dienenden Vorschriften besteht.

3. Zu der in Punkt 1 des Gutachtens besprochenen Bürgschaftsklausel schrieb uns Regierungsdirektor Dr. Marcks, der Autor des zitierten Kommentares zur MaBV:

„Den von Ihnen gerügten Passus in der Anlage 7 MaBVwV habe auch ich als verunglückt betrachtet, zumal § 7 Abs. 1 S. 2 lediglich § 2 Abs. 5 S. 1, und nicht etwa auch S. 2, für anwendbar erklärt. Die Verbände der Kreditwirtschaft haben auf meinen Vorschlag das von ihnen entworfene Formular für die Bürgschaft nach § 7 überarbeitet und den o. a. Text gestrichen. Die MaBVwV wurde entsprechend angepaßt, auf den in Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. II unter Nr. 251 abgedruckten Text darf ich insoweit verweisen. In die 6. Auflage des Kommentares des Unterzeichners wird zu gegebener Zeit die geltende Fassung aufgenommen.“

BGB § 181

Doppelvertretung bei vollmachtlosem Vertreter; Genehmigung

I. Sachverhalt

Bei einem Vertrag zwischen der A-GmbH und der B-GmbH wird die A-GmbH (zulässigerweise) durch zwei Gesamtprokuristen vertreten, die nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind. Die B-GmbH wird durch einen dieser Gesamtprokuristen als „vollmachtloser Vertreter“ vertreten. Die „ordnungsgemäß“ vertretene B-GmbH genehmigt den Vertrag.

II. Frage

1. Fällt die Doppelvertretung bei vollmachtlosem Vertreter unter § 181 BGB?
2. Würde der Vertrag durch die Genehmigung der B-GmbH wirksam?

III. Rechtslage

1. Nach § 181 BGB kann ein Vertreter weder mit sich im eigenen Namen (Selbstkontrahieren) noch mit einem von ihm

vertretenen Dritten (Doppelvertretung) ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder eine Gestattung vorliegt. Dabei beschränkt § 181 BGB sowohl die rechtsgeschäftliche als auch die gesetzliche Vertretungsmacht. Da er für das gesamte Privatrecht gilt, findet § 181 BGB auch für das Gesellschaftsrecht Anwendung. § 181 BGB beruht auf dem Gedanken, daß die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts die Gefahr eines Interessenkonfliktes und damit die Schädigung des vertretenen Teiles in sich birgt (vgl. z. B. BGHZ 51, 210; 56, 101).

2. Der vorliegende Sachverhalt dürfte den Tatbestand der Doppelvertretung im Sinne des § 181 BGB formal erfüllen. Denn der gesamtvertretungsberechtigte Prokurist P1 handelte auf seiten der A-GmbH als nicht befreiter organschaftlicher Vertreter. Auf seiten der B-GmbH handelte der P1 ebenfalls als Vertreter, und zwar vollmachtlos. Formal hat der P1 also als Doppelvertreter im Sinne des § 181 BGB den aufgezeigten Vertrag abgeschlossen, so daß grundsätzlich § 181 BGB Anwendung findet.

3. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts allein aufgrund der Tatsache, daß P1 auf der einen Seite ohne Vertretungsmacht handelte und die von ihm abgegebene Willenserklärung ohne die Genehmigung des Vertretenen nicht bindend war (vgl. BayObLG Rpfleger 1988, S. 61 f.). Denn zum einen wird auch in diesem Fall der Tatbestand des § 181 BGB nach seinem Wortlaut erfüllt. Darüber hinaus wird auch das gesetzgeberische Motiv, nämlich einen Interessengegensatz zwischen den mehreren vom Vertreter repräsentierten Personen zu vermeiden, hier relevant. Denn der Umstand, daß P1 für die B-GmbH ohne Vollmacht gehandelt hat und deshalb die Wirksamkeit des Vertrages von deren Genehmigung abhing, schließt lediglich die Gefahr aus, daß die B-GmbH ohne ihr Wissen benachteiligt werden konnte. Die Gefahr jedoch, daß P1 die Interessen der A-GmbH nicht wahrte, war dadurch allein nicht ausgeschlossen. Daher sieht das BayObLG im oben genannten Beschluß vom 13.02.1986 keinen Grund, § 181 BGB in diesem Fall nicht anzuwenden (vgl. aber kritische Anmerkung von Fertl Rpfleger 1988, 61 f., der allerdings überwiegend bezogen auf den konkreten Einzelfall argumentiert).

4. **Nach allgemeiner Meinung** (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl. 1995 § 181 BGB Rn. 15) **ist ein unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommenes Rechtsgeschäft schwebend unwirksam** (vgl. auch BGH NJW-RR 94, 291). **Die Genehmigung kann durch den Vertretenen selbst oder durch seinen gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten erteilt werden. Bei der hier vorliegenden Doppelvertretung müssen allerdings beide Vertretene das Rechtsgeschäft genehmigen** (vgl. Palandt, a.a.O., § 181 BGB Rn. 15). Erfolgt also die Gestattung des Insihgeschäfts nicht bereits vor Abschluß des Rechtsgeschäfts, kann sie wegen der schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bei einem Verstoß gegen § 181 BGB nur als nachträgliche Zustimmung (Genehmigung im Sinne des § 184 BGB) erteilt werden (Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1980, § 181 Rz. 34).

5. Der Prokurist P1 war auf seiten der A-GmbH nicht von der Beschränkung des § 181 BGB befreit. Daher ist u. E. schon auf

dieser Seite des Vertrages eine Gestattung/
Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch den Vertretenen erforderlich. Ein Prokurist ist in der Regel nicht Unterbevollmächtigter des Geschäftsführers einer GmbH, sondern Vertreter der GmbH selbst (vgl. BGHZ 91, 334). Daher muß u. E. die A-GmbH als Vertretene das Insichgeschäft des P1 noch genehmigen.

6. a) Auf der Seite der B-GmbH hat P1 zunächst als vollmachtloser Vertreter gehandelt. Schon aus diesem Grund ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung nach §§ 178, 182, 184 BGB durch die vertretene B-GmbH. Diese muß grundsätzlich durch die GmbH selbst oder deren Vertreter erfolgen (Palandt, a.a.O., § 178 Rn. 6). Eine solche Genehmigung des Vertrages dürfte nach dem dargestellten Sachverhalt bereits erfolgt sein.

b) Der Vertrag ist aber auch entsprechend § 177 BGB schwebend unwirksam wegen des Verstoßes gegen § 181 BGB (Palandt, a.a.O., § 181 Rn. 15). Daher bedarf es auch diesbezüglich einer nachträglichen Gestattung bzw. Genehmigung des Rechtsgeschäftes. Allerdings dürfte diese in der allgemeinen Genehmigung des Vertrages mit enthalten sein.

Lichtenberger (Meickel, u. a., Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1988, § 20 Rn. 163) **hält in den Fällen, in denen der Vertreter ohne Vertretungsmacht so für mehrere Beteiligte handelt, daß, wäre er Bevollmächtigter, eine Befreiung von § 181 BGB nötig wäre, die bloße Genehmigung des jeweils Vertretenen für genügend.** Diese Genehmigung müsse weder ausdrücklich noch konkludent eine Befreiung von § 181 BGB enthalten, und es komme nicht darauf an, ob ein Fall des § 181 BGB überhaupt vorliege. Dadurch sei auch der Schutzzweck des § 181 BGB nicht verletzt, weil der Genehmigende das bereits abgeschlossene Geschäft sehe und nicht dem Spielraum eines Vertreters ausgesetzt sei, der in Interessenkollision für mehrere handele.

Vorsichtiger formulieren diesbezüglich **Haegele/Schöner/Stöber** (Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 3557), **daß die nachträgliche Genehmigung eines Beteiligten bei einem Grundstücksveräußerungsvertrag nicht nur das Handeln des anderen Beteiligten als Vertreter ohne Vertretungsmacht erfasse, sondern auch die Gestattung eines Insichgeschäftes.** Der Zusatz im Text der Genehmigungserklärung „Der Vertreter ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“ sei zwar empfehlenswert, aber nicht notwendig, da die nachträgliche Genehmigung das vorgenommene Geschäft so erfasse, wie es abgeschlossen worden sei. Allerdings werde der Vertrag durch die Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen noch nicht wirksam, soweit ein Vertreter für eine Seite aufgrund Vollmacht und für die andere Seite als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt habe, wenn und solange der Vertreter nicht vom anderen Vertragsteil (Vollmachtgeber) von § 181 BGB befreit sei.

In der hier vorliegenden Fallkonstellation, in der P1 als Vertreter ohne Vertretungsmacht zugleich für andere aufgrund rechtsgeschäftlicher oder organschaftlicher Vertretung handelt, wird auch von **Lichtenberger** (a.a.O., § 20 Rz. 164) die Genehmigung des ohne Vertretungsmacht Vertretenen nicht für ausreichend gehalten. Denn es könne eine Interessenkollision

zwischen dem mit Vertretungsmacht Vertretenen und dem ohne Vertretungsmacht Vertretenen entstehen, die der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der zugleich als Vertreter mit Vertretungsmacht für einen anderen handele, nicht zweifelsfrei vermeiden könne.

c) Bezüglich der nachträglichen Gestattung des Insichgeschäftes stellt sich allerdings u. E. noch die Frage, wer genau durch den P1 vertreten wurde und wer das Rechtsgeschäft gestattet hatte.

aa) Wenn der Prokurist P1 als vollmachtloser Vertreter für die B-GmbH selbst aufgetreten ist, dürfte die Gestattung des Insichgeschäftes durch die vertretene B-GmbH selbst in der Form eines Gesellschafterbeschlusses unproblematisch sein.

bb) Wenn der Prokurist P1 als vollmachtloser Vertreter der B-GmbH aufgetreten ist, dürfte auch der Geschäftsführer der B-GmbH als deren Vertreter die Gestattung/Genehmigung des Rechtsgeschäftes erklären können (vgl. z. B. BGH DB 94, 271 zum Fall der Genehmigung durch einen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers, der selbst am Vertragsschluß als gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer unter Verstoß gegen § 181 BGB beteiligt war). Denn grundsätzlich kann die Genehmigung im Sinne der §§ 178, 182, 184 BGB durch den Vertretenen selbst oder durch seinen gesetzlichen Vertreter oder sogar Bevollmächtigten erteilt werden (vgl. oben).

cc) Problematisch erscheint u. E. aber, wenn der vollmachtlose Vertreter P1 nicht als unmittelbarer Vertreter der B-GmbH, sondern vielmehr als Untervertreter des organschaftlichen Vertreters der B-GmbH, nämlich des Geschäftsführers, aufgetreten ist. In diesem Fall könnten sich zusätzliche Probleme mit der Gestattung eines Insichgeschäftes bzw. der nachträglichen Genehmigung ergeben, die in Literatur und Rechtsprechung diskutiert werden, wenn der Geschäftsführer der B-GmbH wiederum nicht selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Nach allgemeiner Meinung (vgl. zuletzt BayObLG BB 93, 746) **kann nämlich der Vertreter, der keine Erlaubnis zum Selbstkontrahieren hat, seinen Untervertreter nicht von § 181 BGB befreien** (vgl. auch Soergel/Leptien, 12. Aufl. 1987, § 181 Rz. 36, sowie ausführlich DNotI-Report 5/1993, 1 ff.). **Demgegenüber ist die Frage, ob der Vertreter ein Rechtsgeschäft, welches der Untervertreter als nicht gestattetes Insichgeschäft vorgenommen hat, genehmigen kann, umstritten** (vgl. KG DR 1941, S. 997 Nr. 7; Palandt/Heinrichs, 54. Aufl. 1995, § 181 BGB Rz. 18; Soergel/Leptien, a.a.O., § 181 Rz. 36; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1980, § 181 BGB Rz. 26; Harder, Das Selbstkontrahieren mit Hilfe des Untervertreters, AcP 170, 295 ff., 303 ff.). Das Kammergericht (a.a.O., S. 997) hat in seinem zweiten Leitsatz entschieden:

„Ein von dem Unterbevollmächtigten aufgrund der Untervollmacht mit sich selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft kann aber dadurch rechtswirksam werden, daß der Hauptbevollmächtigte es namens des Vollmachtgebers genehmigt.“

Der Geschäftsherr könne ein Interesse nur daran haben, daß der Hauptbevollmächtigte das abzuschließende Geschäft vor dessen Wirksamwerden in allen Einzelheiten nachprüft, dazu sei

dieser aber auch vor der Genehmigungserteilung in der Lage. Demgegenüber wird geltend gemacht, daß ein von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreiter Vertreter auch keine von den Beschränkungen des § 181 BGB freigestellte Untervollmacht hätte erteilen können; im übrigen sei der Vertreter auch keine zum Schutz der Interessen des Prinzipals geeignete „Kontrollinstanz“, wenn er selbst den zu kontrollierenden Untervertreter bestellt habe (zu beiden Argumenten vgl. Harder, a.a.O., S. 304 ff.).

7. Wenn P1 als *vollmachtloser Untervertreter des Geschäftsführers* der B-GmbH handelte, muß das vorliegende Rechtsgeschäft sowohl von der A-GmbH als auch von der B-GmbH selbst (*durch Gesellschafterbeschuß*) *genehmigt* werden, es sei denn, der Geschäftsführer der B-GmbH ist bereits von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Rechtsprechung

BGB §§ 306, 504, 1094

Nichtigkeit eines dinglichen Vorkaufsrechts an einer Teilfläche

Ein Vertrag, mit dem ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt werden soll, das nur an einem Teil eines Flurstücks besteht, ist nach § 306 BGB nichtig, wenn es nicht dahin ausgelegt werden kann, der von dem Vorkaufsrecht erfaßte Grundstücksteil solle als selbständiges Flurstück katasterrechtlich abgeteilt werden.

Einem vertraglich vereinbarten dinglichen Vorkaufsrecht liegt ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht nur dann zugrunde, wenn die Vertragspartner dieses nur schuldrechtlich wirkende Recht begründen wollten, etwa für den Fall, daß das dingliche Vorkaufsrecht nicht entstehe.

OLG Hamm, Urt. v. 05.10.1995 - 22 U 175/94
Kz.: L I 1 - § 504 BGB

BGB §§ 1812, 1821, 1822, 1839, 1915, 1960 ff., 1975

Änderung des Grundstückskaufvertrages und nachlaßgerichtliche Genehmigung

1. Der Nachlaßverwalter darf nach Abschluß des Grundstückskaufvertrages ohne Genehmigung des Nachlaßgerichts mit der anderen Vertragspartei eine Stundungs- und Zinsübernahmeabrede treffen, die §§ 1812, 1821, 1822 BGB stehen nicht entgegen.

2. Änderungen des Grundstückskaufvertrages nach Auflassung sind, da die Übereignungs- und Erwerbsverpflichtung mit der Auflassung erlischt, nicht formbedürftig.

OLG Hamm, Urt. v. 27.03.1995 - 22 U 74/94
Kz.: L I 1 - § 1975 BGB

Problem

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war die Frage, ob die nachträgliche Änderung eines Grundstückskaufvertrages, der mit einem Nachlaßverwalter geschlossen wurde, nach Erklärung der Auflassung der notariellen Beurkundung und der Genehmigung durch das Nachlaßgericht bedurfte. Der zugrundeliegende Grundstückskaufvertrag wurde vom Nachlaßgericht genehmigt. Anschließend vereinbarten der Nachlaßverwalter und der Käufer, daß nicht, wie im Kaufvertrag vorgesehen, sofort der Gesamtkaufpreis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu zahlen war. Sie trafen vielmehr eine Änderungsabrede, nach der nach Abruf des Nachlaßverwalters der Kaufpreis in Teilbeträgen gezahlt werden sollte. Zum Ausgleich sollten die Kläger die Darlehenszinsen des Nachlasses auf ein bestimmtes Bankkonto übernehmen. Diese Vereinbarung wurde lediglich mündlich getroffen.

Lösung

Das OLG Hamm ist der Auffassung, daß **für die nachträgliche Vertragsänderung keine Genehmigung des Nachlaßgerichtes erforderlich** gewesen sei. Der Nachlaßverwalter vertritt wie ein Pfleger die Erben, so daß die Vorschriften über die Nachlaßpflegschaft (§ 1960 f. BGB) anwendbar sind. Auf die Pflegschaft finden gem. § 1915 Abs. 1 BGB die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechend Anwendung, so daß auch der Nachlaßverwalter der Aufsicht des Nachlaßgerichts unterliegt und er dessen Genehmigung in den Fällen der §§ 1821, 1822, 1828 ff. BGB bedarf, auch wenn die Erben nicht minderjährig sind (vgl. Palandt/Edenhofer, 55. Aufl., §§ 1985 Rz. 2). Das OLG Hamm ist allerdings der Auffassung, **daß hier kein Fall der §§ 1821, 1822 BGB, sondern vielmehr ein Fall des § 1812 (Verfügungen über Forderungen) vorliege**. Diese Vorschrift sei jedoch auf die Nachlaßverwaltung nicht anwendbar (streitig ebenso Palandt/Edenhofer, a.a.O., a. A. Soergel/Stein, 11. Aufl., § 1985 Rz. 2). Darüber hinaus sei die nachträgliche Absprache zwischen dem Nachlaßverwalter und dem Käufer auch nicht formnichtig, da im Vertrag bereits die Auflassung erklärt worden sei. **Änderungen nach der Auflassung jedoch seien nicht formbedürftig**, weil die Übereignungs- und Erwerbsverpflichtung mit der Auflassung erlösche und daher nicht mehr bestehe (BGH NJW 1985, 266).

GBO § 53 Abs. 1 S. 1

Umfang der Prüfung des Güterrechts im Eintragsverfahren

1. Die Eintragung eines ausländischen Ehegatten als Alleineigentümer eines Grundstücks ist nicht unter Ver-

letzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt, wenn das Grundbuchamt keine sichere Kenntnis davon hatte, daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde, weil nach dem maßgebenden Güterrecht das erworbene Grundstück gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten wurde.

2. Liegen die Eintragungsvoraussetzungen vor, ist das Grundbuchamt allein wegen des ausländischen Namens des Einzutragenden nicht berechtigt und verpflichtet, das maßgebende Güterrecht zu erforschen. Insoweit darf es auch keine Zwischenverfügung erlassen.

3. Die Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO) kommt unbeschadet eines Berichtigungsanspruchs des anderen Ehegatten (§ 894 BGB) nicht in Betracht.

OLG Hamm, Beschl. v. 05.10.1995 - 15 W 199/95
Kz.: R IV 1 - Art. 15

Problem

Eine gemischt-nationale Ehe, er jugoslawischer Staatsangehöriger, sie tschechische Staatsangehörige, übersiedelte 1971 in die Bundesrepublik Deutschland. Der Ehemann erwarb wenige Jahre später ein Grundstück zu Alleineigentum. In den Urkunden wurde die Auflassung erklärt und die Eintragung der Eigentumsumschreibung bewilligt und beantragt. Hinweise auf die Staatsangehörigkeit und den Familienstand des Beteiligten enthielt die Urkunde nicht. Auch fehlten Vermerke darüber, daß ausländisches Recht zur Anwendung kommt oder darüber Zweifel bestehen. Nach Scheidung der Ehe beantragte die Ehefrau die Eintragung eines Amtswiderspruchs mit der Begründung, das Grundbuch sei hinsichtlich der Eintragung des Ehemannes als Alleineigentümer unrichtig, da nach dem für sie maßgeblichen slowenischen Güterrecht das Grundstück kraft Gesetzes gemeinschaftliches Vermögen geworden sei. Der Ehemann hingegen meinte, daß aufgrund des Lebensmittelpunktes der Eheleute in der Bundesrepublik Deutschland deutsches Recht anzuwenden sei. Das LG hat durch Beschluß das Grundbuchamt angewiesen, den Ehemann als Alleineigentümer im Grundbuch zu löschen.

Lösung

Das OLG Hamm setzt sich in seiner Entscheidung ausführlich mit dem Prüfungsrecht und der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes auseinander, wenn die Möglichkeit besteht, daß ausländisches Güterrecht beim Erwerb einer Immobilie zu berücksichtigen ist. Allein aus dem Führen eines ausländischen Namens müsse das Grundbuchamt jedoch noch nicht schließen, daß ggf. ausländisches Güterrecht zur Anwendung komme. Auch sei insbesondere zu berücksichtigen, daß das Grundbuchverfahren vom Legalitätsgrundsatz beherrscht werde, wonach auf die Gesetzesmäßigkeit der Eintragung zu achten und das Grundbuch möglichst mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu halten sei. Dieser werde durch die gesetzlich bestimmten Eintragungsvoraussetzungen konkretisiert. **Zu einer darüber hinausgehenden Prüfung der materiellen Rechtslage sei das Grundbuchamt nur in Ausnahmefällen berechtigt und verpflichtet.** Die zur Eintragung des Alleineigentums des Ehemannes erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen waren hier nicht in Zweifel zu ziehen. Das Grundbuch wird zwar unrichtig, wenn der Ehegatte aufgrund des maßgeb-

lichen Güterrechts nicht Alleineigentum erwerben kann, dies berühre aber nicht die Eintragungsgrundlage. **Vielmehr dürfe das Grundbuchamt die Eintragung als Alleineigentümer nur ablehnen, wenn aufgrund von Tatsachen mit Sicherheit feststehe, daß das Grundbuch durch die beantragte Eintragung als Alleineigentümer unrichtig werde. Eine Ablehnung, weil es möglicherweise nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimme, sei nicht möglich.** Sichere Kenntnis aber hatte das Grundbuchamt nicht, denn der fremdländische Name des ausländischen Ehemannes rechtfertige diese Vermutung nicht. Auch der Umstand, daß er verheiratet sei, ergab sich nur andeutungsweise. Der Umstand, ob eine gemeinsame Staatsbürgerschaft bestehe, wann und wo die Eheschließung nach welchem Recht erfolgt war und wo die Eheleute ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt genommen hatten, war ungeklärt, **so daß das Grundbuchamt keine Anhaltspunkte über das zur Anwendung berufene Güterstatut hatte.**

SachRBERG § 78

Verfügungsverbot bei Identität von Grundstücks- und Gebäudeeigentum

Denjenigen, in dessen Person sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern vereinigt haben, trifft die Pflicht, das Eigentum am Gebäude aufzugeben, sobald dieses unbelastet ist. Eine Ausnahme von dieser Vorschrift gilt dann, wenn nicht das Gebäude, aber das Grundstück mit Restitutionsansprüchen belastet ist. Allein die Gefahr, daß eine einmal erteilte Grundstücksverkehrsgenehmigung widerrufen werden kann, begründet keine vergleichbare Einschränkung des § 78 SachRBERG.

LG Potsdam, Beschl. v. 20.11.1995 - 5 T 552/95
Kz.: L VI 10 - § 78 SachRBERG

Problem

Die Anwendung des § 78 Abs. 1 SachRBERG bereitet in der Praxis immer wieder Probleme (vgl. OLG Dresden DNotI-Report 24/1995, S. 225, und DNotI-Report 23/1994, S. 3). § 78 Abs. 1 S. 3 SachRBERG bestimmt, daß der Eigentümer verpflichtet ist, das Eigentum am Gebäude nach § 875 BGB aufzugeben, sobald dieses unbelastet ist oder sich die dinglichen Rechte am Gebäude mit dem Eigentum am Gebäude in seiner Person vereinigt haben. Im vorliegenden Fall verkaufte der Rat der Stadt X das auf dem volkseigenen Grundstück errichtete Eigenheim an die Käuferin. Später wurde auch das dazugehörige Grundstück an die Käuferin veräußert und die Grundstücksverkehrsgenehmigung erteilt. Das Amtsgericht forderte die Käuferin auf, nach § 78 SachRBERG das Gebäudeeigentum aufzugeben.

Lösung

Das Landgericht ist der Auffassung, daß diese Aufforderung des Grundbuchamtes zu Recht erging. Obwohl die Pflicht, bei identischer Eigentumslage und fehlender Fremdbelastung des Gebäudeeigentums die Aufgabe des Eigentums am Gebäude zu erklären, nach dem Wortlaut des Gesetzes ohne Einschränkungen bestehe, **sei nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift eine Einschränkung für den Fall denkbar, daß nicht das Gebäude, wohl aber das Grundstück anmeldebekannt sei.**

Der Gebäudeeigentümer könne nicht zur Aufgabe seines Gebäudeeigentums verpflichtet werden, da dies zur Folge hätte, daß er bei erfolgreichem Restitutionsanspruch mit der Aufgabe seines Gebäudeeigentums auch jede weitere Eigentumsposition verlieren würde. Eine derartige Konstellation sei hier nicht gegeben. Ein Verlust des Eigentums am Grundstück infolge eines von der Käuferin befürchteten Widerrufs der erteilten Grundstücksverkehrsgenehmigung sei ausgeschlossen. Gem. § 4 Abs. 2 der GVVO 1991 könne der Widerruf der Genehmigung nur bis zum Ablauf eines Jahres erfolgen. Aufgrund dieser Schutzvorschrift sei der spätere Widerruf ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn die Verwaltung bei der Erteilung der Genehmigung verwaltungsrechtliche Fehler gemacht haben sollte.

Darüber hinaus stellt das LG fest, daß § 78 SachRBerG auch auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 b SachRBerG sei dieses Gesetz auf Grundstücke anzuwenden, bei denen - wie vorliegend - das Eigentum am Grundstück und das Eigentum am daraufstehenden Gebäude auseinanderfallen. Aufgrund welchen Gesetzes der Erwerb des Grundstücks vorgenommen wurde, sei insoweit nicht von Bedeutung. Entscheidend komme es darauf an, daß derzeit durch das Bestehen eines selbständigen Gebäudeeigentums eine Rechtslage bestehe, die dem BGB fremd sei.

KStG § 8 Abs. 3 Satz 2

Verdeckte Gewinnausschüttung

1. Ist eine Rechtsfrage, die Auswirkung auf die Wirksamkeit eines Vertrages hat, zivilrechtlich ungeklärt und holt der beherrschende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu dieser Frage bei einer zur Rechtsberatung berufenen Person Rat ein, so ist eine im Vertrauen auf diesen Rat abgeschlossene Vereinbarung steuerlich anzuerkennen, sofern nicht andere Gesichtspunkte für eine mangelnde Ernsthaftigkeit der getroffenen Vereinbarung sprechen (Fortführung von BFH-Urteil vom 17. September 1992 I R 89-98/91, BFHE 196, 171, BStBl II 1993, 141).

2. Ist im Handelsregister die Befreiung des (beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführers von § 181 BGB nicht eingetragen, so kann - jedenfalls derzeit - nicht davon ausgegangen werden, daß allein die fehlende Handelsregistereintragung zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führt.

3. Ein Anstellungsvertrag zwischen Kapitalgesellschaft und (beherrschendem) Gesellschafter-Geschäftsführer muß zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht von den (Mit-)Gesellschaftern unterzeichnet werden.

BFH, Urt. v. 31.05.1995 - I R 64/94

Kz.: L IX 5- § 8 III S. 2 KStG

Problem

Im Rahmen der im Fluß befindlichen Rechtsprechung des BFH zur verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) (vgl. schon DNotI-Report 24/1995, S. 226 f.) hat der BFH zu zwei Einzel-

problemen Stellung genommen, ohne hierbei jedoch diesbezüglich grundsätzlich von seiner bisherigen Rechtsprechung abzurücken. Einerseits wird im konkreten Fall das Erfordernis der Handelsregistereintragung der Befreiung eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers von § 181 BGB zur Vermeidung einer vGA aus einem durch ihn mit der Gesellschaft abgeschlossenen Pachtvertrag verneint. Zum anderen wird auch nicht verlangt, daß der Anstellungsvertrag von den Mitgesellschaftern unterzeichnet werden mußte.

Lösung

Zunächst stellt der BFH entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. nur BFH BStBl II 1993, 141 m.w.N.) fest, daß unter einer **verdeckten Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen ist, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.** Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hatte der BFH bisher eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte. Ist der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender Gesellschafter, so kann eine verdeckte Gewinnausschüttung nach der bisherigen Rechtsprechung auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an ihn erbringt, für die es an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehlt oder diese entweder nicht durchgeführt oder zivilrechtlich unwirksam ist.

An einem zivilrechtlich wirksamen Pachtvertrag fehlte es aber im vorliegenden Fall gerade, da die Befreiung von § 181 BGB nicht im Handelsregister eingetragen war. Ein gegen § 181 BGB verstößender Vertrag ist nämlich (schwebend) unwirksam. Die im Rahmen des Vollzugs eines solchen Vertrages an den beherrschenden Gesellschafter geleisteten Zahlungen werden daher nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich als (verdeckte und andere) Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2, § 27 KStG beurteilt.

Sinn und Zweck dieser Rechtsprechung können allerdings im Einzelfall eine andere Beurteilung erforderlich machen. Denn die Forderung nach rechtswirksamen Verträgen zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem beherrschenden Gesellschafter dient dazu, verdeckte und andere Gewinnausschüttungen und Leistungen aufgrund schuldrechtlicher Verpflichtungen klar voneinander unterscheiden zu können, um auf diese Weise steuerliche Manipulationen des beherrschenden Gesellschafters zu vermeiden. **Daher dürfe für steuerliche Zwecke nicht unberücksichtigt bleiben, daß auch derzeit noch namhafte Autoren eine generelle Befreiung von § 181 BGB durch einfachen Gesellschafterbeschuß für möglich halten.** Auch die nach der Zivilrechtsprechung des BGH notwendige Handelsregistereintragung führe nach derzeit herrschender zivilrechtlicher Meinung jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit des Dispenses. **In dieser Rechtssituation hat der BFH es zur Vermeidung des Verdachts von Gewinnmanipulationen für**

ausreichend angesehen, wenn der Steuerpflichtige im zeitlichen Zusammenhang mit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts sich entsprechend dem Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters den Rat einer zur Rechtsberatung berufenen Person (hier eines Notars) eingeholt hat und die getroffenen (klaren, eindeutigen und rechtzeitigen) Vereinbarungen dann auch vertragsgemäß durchgeführt hat. Denn der anlässlich der Gründung der Klägerin und der Geschäftsführerbestellung aufgesuchte Notar hatte der Klägerin geraten, die Befreiung von § 181 BGB in einer notariellen Urkunde zur Geschäftsführerbestellung und nicht in dem am gleichen Tag geschlossenen Gesellschaftervertrag zu regeln.

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 3, 8 Abs. 2 Nr. 2 Grunderwerbsteuer beim Erwerb aller Anteile an einer Grundstücks-GbR

1. Der Übergang von Grundstückseigentum infolge Anwachsung beim Erwerb aller Anteile an einer Personengesellschaft durch eine einzige Person unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer.

2. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 ist im Wege teleologischer Reduktion einschränkend auszulegen und auf den Erwerb aller Anteile an einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft durch eine einzige Person nicht anwendbar.

3. Die Gegenleistung ist in diesen Fällen gem. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 GrEStG 1983 dem Vertrag über den Erwerb der Gesellschaftsanteile (ersetzendem Rechtsakt) zu entnehmen.

BFH, Urt. v. 13.09.1995 - II R 80/92
Kz.: L IX - 4- § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG

Problem

Der BFH hatte einen Fall zu den schwierigen Abgrenzungsproblemen zwischen den Grunderwerbsteuertatbeständen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG und des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG zu entscheiden. Die Klägerin hatte von den Gesellschaftern einer GbR sämtliche Anteile an der GbR erworben. Das Vermögen dieser Gesellschaft bestand im wesentlichen aus zwei Grundstücken. Der BFH nahm einen grunderwerbsteuerpflichtigen Tatbestand nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG an, obwohl vom Wortlaut her § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG genau gepaßt hätte. Dies war um so folgenschwerer, da konsequenterweise nicht § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG Anwendung finden konnte, also nicht die Einheitswerte der Grundstücke, sondern der für die Gesellschaftsanteile entrichtete Kaufpreis als Bemessungsgrundlage herangezogen wurde.

Lösung

Der BFH nahm entgegen der Auffassung der Klägerin an, daß der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG dadurch verwirklicht war, daß diese im Wege der Anwachsung (§ 738 BGB) Eigentümerin der vorher den früheren Gesellschaftern der GbR zur gesamten Hand gehörenden Grundstücke geworden ist. Denn nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG unterliege auch der bloße Übergang des Eigentums an einem Grundstück

der Grunderwerbsteuer, wenn kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist und es auch keiner Auflassung bedarf. Diese Voraussetzungen hat der BFH im Streitfall angenommen, da das Eigentum an den vormalig der GbR gehörenden Grundstücken im Wege der Anwachsung auf die Klägerin übergegangen ist, ohne daß es besonderer Übertragungsakte in bezug auf die Grundstücke (hier insbesondere: Grundstücksauflassung) bedurfte. Der Übergang aller Gesellschaftsanteile der früheren Gesellschafter auf die Klägerin führte zur Auflösung der Gesellschaft und mit dieser zum Übergang des vormalig gesamthänderisch gebundenen Vermögens der Gesellschafter in das Alleineigentum der Klägerin als Erwerberin aller Gesellschaftsanteile.

Demgegenüber verneinte der BFH das Vorliegen des Tatbestandes von § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG. Er führt aus, daß ein Rechtsgeschäft nach dieser Norm der Grunderwerbsteuer unterliegt, das den Anspruch auf Übertragung aller Anteile einer Gesellschaft begründet, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört. Weiter führt er aus, daß der Erwerb aller Anteile an einer grundstücksbesitzenden Gesamthand (Personengesellschaft) durch eine einzige Person zwar dem bloßen Wortlaut nach diese Voraussetzungen erfüllt. Gleichwohl entspreche ein solcher Erwerb jedoch nicht den vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift für besteuernswürdig gehaltenen Sachverhalten. Denn die Tatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG 1983 stellen die Vereinigung aller Anteile an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft in einer Hand sowie die weitere Übertragung aller Anteile grunderwerbsteuerrechtlich dem Erwerb der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke durch den Anteilserwerber gleich. Das Gesetz fingiert mit diesen Ersatztatbeständen - zivilrechtlich nicht vorhandene - grundstücksbezogene Erwerbsvorgänge und trägt damit dem Umstand Rechnung, daß demjenigen, der alle Anteile an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft in seiner Hand vereinigt, eine dem (Voll-)Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück zuwächst. Die Tatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG zielen deshalb - wie diejenigen des § 1 Abs. 1 GrEStG - auf eine in dem Innehaben aller Gesellschaftsanteile liegende Änderung der Rechtszuständigkeit in bezug auf ein Grundstück ab. **Deshalb sei § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG im Wege teleologischer Reduktion einschränkend auszulegen und auf den Erwerb aller Anteile an einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft durch eine einzige Person nicht anwendbar.**

Da also weder die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 noch diejenigen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG vorlagen, hat der BFH - trotz der zweifelhaften zivilrechtlichen Zuordnung - den Kaufpreis für die GbR-Anteile als Gegenleistung für die der Klägerin zugewachsenen Grundstücke angenommen.

GmbHG §§ 2, 53 f.; BGB § 182 Abs. 2 Änderung des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung

1. Auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages der GmbH noch während des Gründungsstadiums sind nicht die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages

nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister anzuwenden, sondern die Vorschriften über den Abschluß des Gesellschaftsvertrages.

2. § 182 Abs. 2 BGB wird durch § 2 Abs. 2 GmbHG dahin eingeschränkt, daß die Genehmigung einer vollmachtlos abgegebenen Erklärung in den Fällen des § 2 Abs. 1 GmbHG nicht formfrei erfolgen kann, sondern der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung bedarf.

OLG Köln, Beschl. v. 28.03.1995 - 2 Wx 13/95 (rkrG.)
Kz.: L V 2 - § 2 GmbHG

Aktuelles

In Spanien ist der Immobilienerwerb sicherer geworden

Neues Dekret vermindert Grundbuchrisiken

Die Sicherheit des Immobilienerwerbs in Spanien war nicht nur ein Thema der Petitionskommission des Europäischen Parlaments (McMillen-Bericht), sondern zugleich auch ein wichtiger Diskussionspunkt auf dem 5. Spanischen Notarkongreß in Granada im Oktober 1993. Eine spanische Gesetzgebungs-kommission, der insbesondere auch Notare und Grundbuchrichter angehören, hat sich in der Folge gebildet und ihre Arbeit aufgenommen. Der Ausgangspunkt war ein anderer als in Deutschland, wo das Eigentum an Immobilien erst mit der Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Eigentümer übergeht. In Spanien hingegen muß das wirkliche Eigentum nicht notwendigerweise mit der Grundbuchsituation übereinstimmen, weil die Grundbucheintragung selbst keine rechtsbegründende Wirkung hat. Andererseits wird jedoch in Spanien wie hierzulande der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs geschützt.

Bisher gab es gefährliche Lücken zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages („Escritura Pública“) und seiner Eintragung im Grundbuch („Registro de la Propiedad“). Trotz gesetzgeberischer Maßnahmen zu Beginn der 90er Jahre war die Gefahr des Doppelverkaufs oder von Verfügungen des noch eingetragenen Eigentümers zu Lasten des Erwerbers nicht völlig beseitigt worden. Diese Risiken für den Erwerber dürften jedoch aufgrund des am 01.03.1995 in Kraft getretenen Königlichen Dekrets Nr. 2537/94 weitestgehend ausgeschaltet sein. **Die wesentlichen Neuerungen sind folgende:**

1. Es besteht nunmehr die **grundsätzliche Verpflichtung des Notars zur Grundbucheinsicht vor Beurkundung eines Immobilienrechtsgeschäfts**. Diese erfolgt in der Regel per Telefax. Der Grundbuchrichter ist insoweit zur unverzüglichen Auskunft - spätestens drei Tage nach Erhalt der notariellen Anfrage - verpflichtet, wobei sich dieser auch auf beim Grundbuchamt eingegangene, aber noch nicht eingetragene Urkunden bezieht. Auch hat er über solche Auskunftersuchen anderer Notare, hinsichtlich der angefragten Liegenschaft („Finca“), zu

informieren, die in den letzten zehn Tagen vor der Anfrage eingegangen sind.

2. **Von der erfolgten Beurkundung eines Immobiliengeschäfts hat der Notar das Grundbuchamt noch am selben Tage per Fax oder anderweitig zu verständigen**, unter Angabe der Nummer und des Datums des Protokolls, der Parteien, der erworbenen Rechte und der genauen Bezeichnung des Immobilienobjektes. Geht die Urkundenausfertigung binnen zehn Tagen beim Grundbuchamt ein, so hat die Faxmitteilung hiervon rangwahrende Wirkung.

3. Ist seitens des Notars eine **Vormerkung** („Asiento de Presentación“) beantragt worden, soll dies der Grundbuchrichter am selben oder an dem folgenden Werktag bestätigen. Aufgrund des vorangegangenen notariellen Auskunftersuchens hat der Grundbuchrichter eine neun Tage nachwirkende Informationsverpflichtung gegenüber diesem Notar über zwischenzeitlich eingegangene Urkunden, aus denen sich eine veränderte Grundbuchsituation ergeben könnte. Auch hat der Grundbuchrichter über zwischenzeitlich eingegangene Auskunftersuchen anderer Notare zu berichten. Dies hat binnen 24 Stunden per Telefax zu erfolgen.

Die vorgenannten Maßnahmen des spanischen Gesetzgebers sind im großen Zusammenhang mit dem europäischen Verbraucherschutz zu sehen. Die Verantwortlichkeiten der spanischen Notare und Grundbuchrichter sind wesentlich verschärft und präzisiert worden. Der spanische Notar ist damit erheblich stärker als früher in die Gesamtabwicklung eingebunden und auch zum Vollzug von Immobilienrechtsgeschäften verpflichtet. Gleichzeitig geht damit eine Verstärkung der Rechte des Konsumenten einher. Eine gute, aber auch notwendige Entwicklung!

Das übliche Notifikationsfax des protokollierenden Notars an das Grundbuchamt sieht wie folgt aus:

„Mitteilung zwecks Eintragung einer Vormerkung
(„Asiento de Presentación“)
der Urkunde: (Rechtsnatur des Vertrags)

Protokoll-Nr.: ...

Datum: ...

Erschienen und ggf. Vertretene: ...

Recht, auf welches sich die Urkunde bezieht, die eingetragen werden soll: ...

Grundstück: Städtisch oder ländlich

Ort: Straße, Platz, Bezirk, Nr., Appartement oder Geschäftslokal.

Grundbuchdaten:

Grundbuch von ... Nr.

Band ...,
Buch ...,
Blatt ...,
Liegenschaftsnr.: ...

Es wird hierdurch bescheinigt, daß zwischen obigen Daten und denen der zuvor genannten Urkunde kein Widerspruch besteht.

Beurkundender Notar und Unterschrift.

Notariatssiegel.“

Die obligatorische Telefaxmitteilung des beurkundenden Notars an das Grundbuchamt noch am Tage der Beurkundung ist für deutsche Verhältnisse ein absolutes Novum. Wenn-gleich sich diese Maßnahme aufgrund des anderweitigen spanischen Grunderwerbssystems als notwendig herausgestellt hat, um Risiken zwischen Beurkundung und Grund-bucheintragung zu minimieren, erhebt sich doch für den deutschen Rechtsraum die Frage, ob dergleichen nicht auch hier-zulande eingeführt werden sollte. In Spanien hat sich diese Neuregelung als nützliche Institution erwiesen. Warum sollte nicht auch ein Rechtsexport von Spanien nach Deutschland stattfinden, diesmal auf dem Gebiete des Grundbuchrechts? Die spanische Regelung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Mieters, hierzulande vom Gesetzgeber eingeführt, steht als Beispiel da.

Dr. Burckhardt Löber, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt am Main, Rechtsanwalt, Marbella

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

Kimme/Pée/Schmidt-Räntsch (Hrsg.), Offene Vermögensfragen, RWS-Rechtsprechungssammlung, Bände I-IV, Stand: August 1995, RWS-Verlag Kommunikationsforum GmbH Köln

Das vorliegende vierbändige Werk stellt ein hervorragendes Hilfsmittel für den mit vermögensrechtlichen Fragen befaßten Praktiker dar. Es enthält zu jeder Vorschrift des VermG einschlägige Entscheidungen der Instanz, Ober- und Bundesgerichte. Insbesondere die Aufnahme der untergerichtlichen Entscheidungen, die häufig nicht veröffentlicht sind, macht das Werk zu einer wertvollen Fundgrube an Fallmaterial. Darüber hinaus enthält das Werk auch Entscheidungen zum Einigungsvertrag, zum VZOG, zum Treuhandgesetz und zu sonstigen wichtigen Gesetzen der Wiedervereinigung.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg

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