

# -Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

1/1997 · Januar 1997

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 23 - Einseitiger Widerruf des Treuhandauftrages über Löschungsbewilligung nach Fälligkeitsmitteilung und teilweiser Kaufpreiszahlung

GmbHG §§ 47, 53 - Stimmrechtslose Geschäftsanteile, Mehrstimmrecht, Abspaltungsverbot

WEG § 7 Abs. 4 - Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung aus bauplanungsrechtlichen Gründen - Ergänzung zu Gutachten im DNotI-Report 2/1996

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BGB §§ 164, 313 - Unwirksamkeit einer Vollmacht bei Bauherrenmodell

BGB §§ 315, 316 - Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts einer Nebenverpflichtung

BGB § 459; AGBG § 10 Ziff. 4 - Freizeichnungsklausel über Flächenabweichung in Bauträgervertrag

BGB §§ 1408, 138 - Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages

GmbHG §§ 19 Abs. 5, 53, 54, 56 - Verdeckte Sacheinlage; Heilung

ESiG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a - Vorweggenommene Erbfolge und dauernde Last

### Hinweise für die Praxis

BGB §§ 1908 i, 1804 - Abschluß von Überlassungsverträgen durch einen Betreuer

### Aktuelles

Die Bundesnotarkammer informiert: Änderung der KostO zum 01.01.1997

Die Bundesnotarkammer informiert: Änderungen durch das Jahressteuergesetz 1997

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

wir freuen uns, daß die **Notarkammer Hamm** auf ihrer letzten Kammerversammlung den Beitritt zum Deutschen Notarinstitut erklärt hat. Ihren Mitgliedern stehen daher die Leistungen des Deutschen Notarinstituts zur Verfügung. Sie finden in diesem DNotI-Report Formulare für den Anfragedienst und den Recherchedienst des Deutschen Notarinstituts sowie ein Vorstellungsschreiben, in dem die Leistungen des Deutschen Notarinstituts erläutert werden. Der Fax-Abruf-Dienst wird im Heft 2/1997 erläutert werden. Die Anfrageformulare sollten bei jeder Anfrage oder Recherche in Kopie beigelegt werden. Aufgrund des relativ kurzfristigen Beitritts der Notarkammer Hamm und der hierdurch bedingten erheblichen Zunahme der anfrageberechtigten Mitglieder kann es in den ersten Monaten des Jahres 1997 zu Verzögerungen kommen. Wir bitten alle Mitglieder des Deutschen Notarinstituts hierfür um Verständnis.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer**

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BNotO §§ 23, 24

#### Einseitiger Widerruf des Treuhandauftrages über Löschungsbewilligung nach Fälligkeitsmitteilung und teilweiser Kaufpreiszahlung

#### I. Sachverhalt

Die Beteiligten haben einen Grundstückskaufvertrag mit einem Kaufpreis von 1,98 Millionen DM beurkundet. Die für die Kaufpreisfälligkeit erforderliche Löschungsbewilligung wurde dem Notar unter der Treuhandaufgabe übersandt, daß der gesamte Kaufpreis an die Grundpfandrechtsgläubigerin zu überweisen sei. Nach Fälligestellung wurden vom Käufer 1,18 Millionen DM gezahlt. Nachdem der Verkäufer die fehlenden 800.000,- DM reklamierte, focht der Käufer den Kaufvertrag

wegen Irrtums an. Er sei davon ausgegangen, daß der Kaufpreis 1,18 Millionen DM betrage. Zugleich erhob er Klage auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises. Die Bank fordert nun den Notar unter Widerruf des Treuhandauftrages zur Rückgabe der Lösungsunterlagen sowie des Grundschuldbriefes auf. Der Käufer will der Rückgabe nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des an die Bank bereits geleisteten Betrages von 1,18 Millionen DM zustimmen.

#### II. Frage

Ist der Notar nach dem einseitigen Widerruf des Treuhandauftrages verpflichtet, die Lösungsunterlagen und den Grundschuldbrief an die Bank zurückzureichen?

#### III. Rechtslage

##### 1. Treuhandauftrag der Bank

a) Indem die Bank dem Notar die Lösungsunterlagen zu treuen Händen übersendet, entsteht mit der Annahme durch den

Notar ein formell einseitiges, von der Kaufvertragsabwicklung unabhängiges Treuhandverhältnis (Kawohl, Notar- underkonto, 1995, Rn. 143 - vgl. auch Brambring, DNotZ 1990, 615, 643; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 464).

b) Inwieweit derartige einseitige Treuhandaufträge vom Treugeber widerrufen werden können, ist von der Rechtsprechung noch nicht entschieden und auch in der Literatur im einzelnen strittig. Im Grundsatz ist davon auszugehen, daß ein einseitiger Treuhandauftrag selbstverständlich vom Treugeber auch einseitig widerrufen werden kann (Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, Rn. 100; Tönnies, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A I Rn. 362).

Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Soweit die Literatur die Frage diskutiert, hält sie den **Treuhandauftrag jedenfalls dann für nicht mehr einseitig widerrufbar, wenn der Notar über den hinterlegten Betrag bereits ganz oder teilweise verfügt hat** (Brambring, DNotZ 1990, 615, 644) bzw. **wenn bereits Rechte Dritter an der hinterlegten Summe entstanden sind - etwa durch Pfändung des Auszahlungsanspruches** (Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 23 BNotO Rn. 108). Dieser Auffassung ist auch *Kawohl* (a.a.O., Rn. 151 f.), der allerdings schon vor der tatsächlichen Ablösung der Grundpfandrechte **schutzwürdige Dispositionen der übrigen materiell Beteiligten im Vertrauen auf den mitgeteilten Ablösungsbetrag** für möglich hält, die einen einseitigen Widerruf der Treuhandauflage ebenfalls nicht zuließen - etwa die Fälligkeit anderer Raten oder eine Darlehensvalutierung im Hinblick auf die zugesagte Rangfreimachung. Die **weitestgehende Bindungswirkung** nimmt *Albrecht* (in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rn. 401, S. 211 f.) an: Seiner Meinung nach nimmt der Notar den Treuhandauftrag des Gläubigers häufig auch für den Verkäufer an - entsprechende Vollmacht vorausgesetzt -, wodurch die Bedingungen, unter denen von den Lösungsunterlagen Gebrauch gemacht werden darf, für alle Beteiligten unwiderruflich vereinbart werden.

Sämtliche der genannten Kriterien sind im vorliegenden Fall erfüllt, unabhängig davon, welcher der Theorien man sich anschließt: Der Käufer hat jedenfalls einen Teil des Kaufpreises im Vertrauen auf die Erklärung der Bank zur Lastenfreistellung bereits überwiesen. Somit kann dahingestellt bleiben, ob der Bank möglicherweise bereits ab einem früheren Zeitpunkt die Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs genommen wurde - etwa **ab der Fälligkeitsmitteilung durch den beurkundenden Notar, wozu wir neigen**. Eine derartige Bindung des Treugebers entspricht dem Sinn jedes Treuhandauftrages, dem Sicherungsinteresse der Beteiligten durch ausreichende Rechtsmacht für den Notar Geltung zu verschaffen (vgl. Bräu, a.a.O., Rn. 112).

c) Allenfalls könnte es vom Käufer treuwidrig sein, seine Zustimmung zum Widerruf der Treuhandauflage über die Lösungsbevollmächtigung zu verweigern, da der Käufer selbst nicht mehr an einem Vollzug des Vertrages interessiert ist, sondern dessen Anfechtung und Rückabwicklung will und diesbezüglich sogar bereits prozessuale Maßnahmen einschließlich eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes eingeleitet hat.

Hier sträubt sich der Käufer jedoch nicht gegen die Rückgabe der Lösungsunterlagen als solche, sondern er will nur zugleich seine im Vertrauen auf das Vorliegen der Lösungsunterlagen geleistete Zahlung wieder zurückerhalten. Dies halten wir nicht für treuwidrig: Solange nicht sicher ist, daß es zu einer Rückabwicklung des Vertrages kommt, will sich der Käufer die Möglichkeit offenhalten, doch wieder auf Erfüllung des Vertrages umzuschwenken.

d) Unseres Erachtens ist der Notar nicht verpflichtet, die Lösungsunterlagen an die Bank herauszugeben, da deren nachträglicher Widerruf nach erfolgter, jedenfalls teilweiser Zahlung durch den Käufer zu spät gekommen ist. Der **Notar sollte die Bank jedoch auf die Beschwerdemöglichkeit gegen seine Entscheidung zum Landgericht nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO hinweisen**.

## 2. Bindungswirkung zwischen den Beteiligten

a) Unabhängig von der Frage, ob der Notar aus seinem Treuhandverhältnis gegenüber der Bank zur Herausgabe der Lösungsbevollmächtigung verpflichtet ist, **könnte die grundbuchverfahrensrechtliche Lösungsbevollmächtigung bzw. die materiell-rechtliche Aufgabenerklärung zwischen den Beteiligten unwiderruflich geworden sein**. Die verfahrensrechtliche Lösungsbevollmächtigung wird nach h. M. wirksam, wenn sie in Urschrift oder Ausfertigung entweder dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten ausgehändigt wurde (Demharter, GBO, 21. Aufl. 1995, § 19 Rn. 22; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 107; KEHE, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 1991, § 19 Rn. 176). Dabei könnte der Notar den Käufer vertreten haben, eine entsprechende Notarvollmacht vorausgesetzt.

Ein Widerruf der Bewilligung ist nach Aushändigung der Urschrift oder einer Ausfertigung an den Begünstigten nur möglich, indem diese dem Begünstigten wieder entzogen wird (Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 107, KEHE, a.a.O., § 19 Rn. 178). Eine Unwiderruflichkeit der Grundbuchbevollmächtigung aufgrund Vertrages zwischen den Beteiligten gibt es nicht (BGH DNotZ 1967, 370, 371; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 107). Von daher würde grundbuchrechtlich die Lösungsbevollmächtigung auch dann noch widerruflich sein, wenn die Bewilligung dem Notar als Vertreter des Käufers zugegangen sein sollte. Allerdings wird der Widerruf erst wirksam, wenn die Bank auch in den Besitz des Originals der Lösungsbevollmächtigung gelangt.

b) Von der grundbuchverfahrensrechtlichen Lösungsbevollmächtigung nach §§ 19, 29 GBO ist **die materiell-rechtliche Aufgabenerklärung** hinsichtlich der Grundschuld nach § 875 Abs. 1 S. 1 BGB zu trennen. Diese Aufgabenerklärung wird bindend, wenn der dinglich Berechtigte demjenigen, zu dessen Gunsten die Aufhebung erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Lösungsbevollmächtigung ausgehändigt hat (§ 875 Abs. 2 Alt. 2 BGB). Enthält der Kaufvertrag, wie in der Praxis häufig, eine Vollzugsvollmacht für den Notar, die diesen ermächtigt, auch Lösungsbevollmächtigungen für die Beteiligten in Empfang zu nehmen, so ist die Bank bereits mit der Übergabe an den Notar als Vertreter des Käufers materiell-rechtlich an ihre Aufgabenerklärung gebunden.

c) Zu einer einvernehmlichen Rücknahme dieser Aufhebung und zur Zustimmung zur Rückgabe der Löschungsbewilligung ist der Käufer nach dem oben Gesagten (1. c) auch nicht aus § 242 BGB verpflichtet, obwohl er selbst eine Rückgängigmachung des Kaufvertrages anstrebt, solange er seine bereits geleisteten Zahlungen nicht zurückerhält.

d) Die Frage einer Bindung der Beteiligten nach § 875 Abs. 2 BGB betrifft jedoch allein das Verhältnis zwischen den Beteiligten. Das öffentlich-rechtliche Treuhandverhältnis zwischen Bank und Notar ist davon nicht berührt (Jansen, FGG, 2. Aufl. 1971, § 53 BeurkG Rn. 17; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 12. Aufl. 1986, § 53 BeurkG Rn. 21; Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 4. Aufl. 1974, Rn. 194). Denn es ist nicht Aufgabe des Notars, die Bindung nachzuprüfen und dabei die Würdigung eines Gerichts vorwegzunehmen.

## **GmbHG §§ 47, 53 Stimmrechtslose Geschäftsanteile, Mehrstimmrecht, Abspaltungsverbot**

### **I. Sachverhalt**

Es besteht eine GmbH mit einem Stammkapital von DM 50.000,-- . In der Satzung ist geregelt, daß pro DM 1.000,-- des Stammkapitals jedem Gesellschafter eine Stimme zusteht. Diese Stimmrechtsregelung soll wie folgt geändert werden: Die Anteile des Gesellschafters A, der zwei Geschäftsanteile zu DM 10.000,-- und DM 2.000,-- besitzt, sollen stimmrechtslos gestellt werden. Der Geschäftsanteil des Gesellschafters B zu DM 4.000,-- soll vierfache Stimmrechtskraft erhalten.

### **II. Frage**

Ist eine derartige Stimmrechtsgestaltung in der Satzung zulässig?

Kann das gewünschte Ergebnis auch durch eine vertragliche „Stimmrechtsübertragung“ zwischen A und B erreicht werden?

### **III. Rechtslage**

#### **Zu Frage 1: Stimmrechtsausschluß und Mehrstimmrecht**

##### **1. Geschäftsanteile des Gesellschafters A**

Aufgrund der das GmbH-Recht beherrschenden Satzungsautonomie ist es nach **h. M. zulässig, Geschäftsanteile ohne Stimmrecht zu bilden** (Hachenburg/Hüffer, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 47 Rn. 56; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 47 Rn. 11). Der Ausschluß vom Stimmrecht kann für bestimmte Beschlüsse oder alle Beschlüsse vorgesehen werden (Scholz/K. Schmidt, a.a.O.). Der Stimmrechtsausschluß kann bereits in der Gründungssatzung enthalten sein (Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 Rn. 56). Soll der Stimmrechtsausschluß erst nachträglich eingeführt werden, so bedarf es hierzu einer **Satzungsänderung** (Hachenburg/Hüffer, a.a.O.). Die Satzungsänderung kann nur mit der in § 53 Abs. 2 GmbHG vorgesehenen Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden und bedarf der Zustimmung des vom Stimmrechtsausschluß betroffenen Gesellschafters (Hachenburg/Hüffer, a.a.O.; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 14 Rn. 37; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 53 Rn. 59).

Grenzen für die Zulässigkeit eines solchen Stimmrechtsausschlusses werden jedenfalls für die personalistische GmbH, d. h. die auf einen kleineren und beständigen Gesellschafterkreis zugeschnittene GmbH, tendenziell nicht aufgestellt. Allerdings vertreten *Lutter/Hommelhoff* (GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 47 Rn. 4) die Auffassung, daß **die Bildung von Mehrstimmrechts-Anteilen nicht dazu führen dürfe, der Gesellschafterminderheit das Entscheidungsübergewicht über die Gesellschaftermehrheit zu geben**. Für die Erzielung eines Stimmenübergewichts sind u. E. ein Stimmrechtsausschluß beim Mehrheitsgesellschafter und ein Mehrstimmrecht beim Minderheitsgesellschafter jedoch austauschbar, so daß in der Konsequenz der von *Lutter/Hommelhoff* vertretenen Auffassung auch die Vereinbarung eines Stimmrechtsausschlusses nicht dazu führen darf, der Gesellschafterminderheit das Stimmenübergewicht über die Gesellschaftermehrheit zu geben. Allerdings begründen *Lutter/Hommelhoff* ihre Auffassung nicht. Nach einem Urteil des **OLG Frankfurt a. M.** v. 18.1.1989 (GmbHR 1990, 79, 80) **steht die inhaltliche Ausgestaltung von mit Mehrstimmrechten versehenen Geschäftsanteilen „grundsätzlich im Belieben der Gesellschafter**, soweit nicht zwingende Regelungen des GmbHG entgegenstehen“. Deshalb hat *Hüffer* (Hachenburg, a.a.O., § 47 Rn. 89) keine Bedenken, wenn ein Geschäftsanteil derart mit einem Mehrstimmrecht ausgestattet wird, daß auf den Anteil dreimal soviel Stimmen entfallen, wie sich aus seiner Kapitalbeteiligung ergeben. Zwar führt *Hüffer* (Hachenburg, a.a.O., § 47 Rn. 56) umgekehrt zur Zulässigkeit stimmrechtsloser Geschäftsanteile aus, daß die Begründung solcher Anteile nicht schrankenlos möglich sei, weil stimmrechtslose Geschäftsanteile zu einem Souveränitätsverlust auf Seiten der Kapitalgeber führten und zu einer überproportionalen Stimmrechtsmacht der Inhaber anderer, entsprechend ausgestatteter Anteile. Daß die Schranken zulässiger Gestaltung aber schon bei der Majorisierung der Kapitalmehrheit erreicht seien, folgt hieraus u. E. noch nicht. Ohnehin kann eine solche Majorisierung im Wege eines schuldrechtlichen Stimmverbindungsvertrages zulässigerweise erreicht werden (vgl. Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 39 f., 44, 47).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist A mit zwei Geschäftsanteilen im Nennbetrag von insgesamt DM 12.000,-- an der mit einem Stammkapital von DM 50.000,-- ausgestatteten GmbH beteiligt. Würden seine Anteile als stimmrechtslose Geschäftsanteile ausgestaltet werden, so wäre hiermit noch keine Majorisierung der Kapitalmehrheit verbunden. Im Ergebnis können die Geschäftsanteile des A daher u. E. zulässigerweise durch Satzungsänderung mit Zustimmung des A als stimmrechtslose Geschäftsanteile ausgestaltet werden.

##### **2. Geschäftsanteil des Gesellschafters B**

**Die Satzung kann zulässigerweise mit bestimmten Geschäftsanteilen Mehrstimmrechte verbinden** (OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1990, 79, 80; BayObLG DNotZ 1986, 373, 375 f.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 11). Die Einführung von Mehrstimmrechten im Wege der Satzungsänderung bedarf nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes der Zustimmung aller nicht bevorrechtigten übrigen Gesellschafter (OLG Frankfurt a. M., a.a.O.; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 Rn. 20). Darüber hinaus wird man u. E. annehmen müssen, daß sich derjenige

Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil mit einem Mehrstimmrecht verbunden werden soll, die Begünstigung nicht aufdrängen lassen muß und daher ein Vetorecht hat. Ist das Mehrstimmrecht einmal wirksam eingeräumt worden (bei Gründung der GmbH oder bei späterer Satzungsänderung), so kann es dem bevorzugten Gesellschafter analog § 35 BGB nicht mehr ohne dessen Zustimmung entzogen werden (BGH NJW-RR 1989, 542, 543; Scholz/Priester, a.a.O., § 53 Rn. 48). Nach dem mitgeteilten Sachverhalt würde B die übrigen Gesellschafter infolge seines Mehrstimmrechtes nicht majorisieren können. Seinen insgesamt 16 Stimmen würden immer noch 34 Stimmen aus insgesamt DM 34.000,-- Stammkapital gegenüberstehen, wenn die Geschäftsanteile des A kein Stimmrecht mehr gewähren. Soweit in der Literatur (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 47 Rn. 4) gefordert wird, ein Mehrstimmrecht dürfe nicht zu einer Majorisierung der Kapitalmehrheit führen, betreffen diese Bedenken die vorliegende Konstellation nicht.

#### **Zu Frage 2: „Stimmrechtsübertragung“**

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt besteht das gewünschte Ergebnis darin, dem A die bisher mit seinen Geschäftsanteilen verbundenen 12 Stimmen zu entziehen und dem B zusätzliche 12 Stimmen einzuräumen.

Dieses Ergebnis läßt sich nicht durch eine „Stimmrechtsübertragung“ von A auf B erreichen. **Die Mitgliedschaft in einer GmbH unterliegt dem in § 717 S. 1 BGB normierten Abspaltungsverbot. Danach ist es nicht zulässig, aus der einheitlichen Mitgliedschaft einzelne Verwaltungsrechte wie z. B. das Stimmrecht durch von der Mitgliedschaft losgelöste Übertragung abzuspalten** (BGHZ 43, 261, 267; OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1990, 79, 81; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 20; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 Rn. 53).

Denkbar wäre ein **schuldrechtlicher Stimmbindungsvertrag** zwischen A und B, nach dessen Inhalt A seine Stimmrechte nach Weisung des B ausüben wird. Derartige Stimmbindungsverträge sind jedoch nicht schrankenlos zulässig. Insbesondere verstößt eine ausbeuterische Stimmbindung gegen § 138 BGB (Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 44). Auch darf ein Gesellschafter, der nach § 47 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, nicht über den Umweg der Stimmbindung Einfluß auf die Willensbildung gewinnen (Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 47). Die Zulässigkeit eines Stimmbindungsvertrages zwischen A und B kann auf der Grundlage des mitgeteilten Sachverhalts jedoch nicht abschließend gewürdigt werden, sondern müßte ggf. einer gesonderten gutachtlichen Stellungnahme vorbehalten bleiben. Ob A den B im Wege einer Legitimationszession gem. § 185 Abs. 1 BGB ermächtigen könnte, seine, des A, Stimmrechte im eigenen, des B, Namen auszuüben, erscheint zweifelhaft. Eine höchstrichterliche Stellungnahme liegt - soweit ersichtlich - nicht vor. Im Schrifttum läßt sich eine herrschende Meinung u. E. nicht feststellen (befürwortend: Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 Rn. 54 f. m. w. N. in Fn. 115; ablehnend: Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 21). Allerdings wird die Frage ausdrücklich nur für eine Legitimationszession zugunsten eines Nichtgesellschafters erörtert. Wenn jedoch auf die Möglichkeit einer Stimmrechtsvollmacht verwiesen wird (so Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 21), so dürfte dieser Einwand auch

gegenüber einer Legitimationszession zugunsten eines Mitgesellschafters durchgreifen.

#### **WEG § 7 Abs. 4**

#### **Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung aus bauplanungsrechtlichen Gründen**

#### **Ergänzung zu Gutachten DNotI-Report 2/1996, 12**

Im DNotI-Report 2/1996, 12 wurde die Frage untersucht, ob eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 WEG mit der Begründung versagt werden kann, daß die Wohnungseigentumsrechtliche Aufteilung eines landwirtschaftlichen Austragungshauses gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften verstößt. Wir haben in diesem Gutachten die Auffassung vertreten, daß bauplanungsrechtliche Fragen für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht maßgeblich sind, das heißt, die Baubehörde darf allein aus bauplanungsrechtlichen Gründen eine beantragte Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht versagen. Das mit der Frage befaßte Landratsamt war der Argumentation des DNotI nicht gefolgt. Die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung wurde vom Landratsamt abhängig gemacht von der Eintragung einer sog. „Austragshausdienstbarkeit“.

Das Landratsamt hat diese Auffassung mittlerweile aufgegeben und folgendes mitgeteilt: *„Nach Auffassung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren regelt das WEG die Voraussetzungen der Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung abschließend, so daß kein Raum mehr für die Anwendung des Sicherungsinstituts des § 35 Abs. 6 BauGB besteht.“* In diesem Fall wurde daher die Abgeschlossenheitsbescheinigung ohne weitere Auflagen erteilt.

### **Gutachten im Fax-Abruf**

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes werden im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

#### **Erbrecht**

##### **BGB § 2079**

**Ausschluß der Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten**  
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1206

#### **Wiedervereinigungsrecht**

##### **GBBerG § 7; EGBGB Art. 233 § 2**

**Vertretung für unbekanntes Eigentümern in den neuen Bundesländern, zuständige Genehmigungsbehörde**  
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1609

#### **Internationales Privatrecht**

**Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes durch deutsche Staatsangehörige, deren einziges Immobilienvermögen in Frankreich liegt, Fragen der Nachlaßspaltung, Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes**

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1410

### Internationales Privatrecht

**Übertragung von in der Schweiz belegenem Grundbesitz auf deutsche Erben, Eintragung eines Nießbrauchs, Zulässigkeit eines Erbvertrages bei Grundbesitz in der Schweiz**

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1411

## Rechtsprechung

### BGB §§ 164, 313

#### Unwirksamkeit einer Vollmacht bei Bauherrenmodell

Bei einer nicht wirksam beurkundeten Vollmacht kann eine Haftung aus wissentlich veranlaßtem Rechtsschein auch dann zu bejahen sein, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint.

BGH, Urt. v. 22.10.1996 - XI ZR 249/95

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 522

#### Problem

Im Jahr 1984 beabsichtigte die Beklagte, sich an einer Bauherrengemeinschaft zu beteiligen und zwei Eigentumswohnungen zu erwerben. Mit notariell beurkundeten Erklärungen bot sie der G-GmbH den Abschluß eines umfassenden Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages an. Darin war vorgesehen, daß die G die Beklagte bei der Abwicklung des Vorhabens vertreten und eine entsprechende Vollmacht erhalten sollte. Dieses Angebot nahm G durch notariell beurkundete Erklärung an. Es war fraglich, ob die beurkundeten Verträge und auch die Vollmacht unwirksam waren, weil ein wesentlicher Bestandteil des Treuhandvertrages, die diesem als Anlage beigefügten „besonderen Bedingungen zum Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag“, nicht mitbeurkundet worden war.

#### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist der zwischen der G und der Beklagten geschlossene Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig. Der Treuhandvertrag war beurkundungsbedürftig, weil er mit einem von den Beteiligten beabsichtigten Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bilden sollte. Hierfür ist entscheidend, daß Treuhandvertrag, Grundstückserwerb und die Errichtung der Eigentumswohnungen nach den Vorstellungen der Beteiligten untrennbar voneinander abhängig sein sollten (ständige Rechtsprechung des BGH zum Bauherrenmodell, vgl. zuletzt BGH NJW 1994, 295 = DNotZ 1995, 35). **Die notarielle Form wurde nicht eingehalten, weil ein wesentlicher Bestandteil des Treuhandvertrages, die als Anlage beigefügten „besonderen Bedingungen“, nicht mitbeurkundet wurde.** Bei der Beurkundung von Willenserklärungen muß die Niederschrift die Erklärungen der Beteiligten enthalten. Erklärungen, die als Anlage der Niederschrift beigefügt werden, gelten nur dann als in der Niederschrift

selbst enthalten, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird (§ 9 Abs. 2 BeurkG). Die Verweisung muß als Erklärung der Beteiligten protokolliert werden und den Willen erkennen lassen, daß die Erklärung in der beigefügten Anlage ebenfalls Gegenstand der Beurkundung sein soll. Die Verweisung muß daher insbesondere klar ergeben, welche Schrift unter den Anlagen gemeint ist, so daß über den Gegenstand der Beurkundung kein Zweifel bestehen kann. Die Anlage muß ebenfalls vorgelesen werden. Die bloße Beifügung der Anlagen und ihre Verbindung mit der Urkunde durch Schnur und Siegel kann die Verweisungserklärung nicht ersetzen. **Denn § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG verlangt die Verweisung und die Beifügung gleichermaßen** (vgl. OLG Köln NJW-RR 1993, 223). Nach Auffassung des BGH liegt auch keine Kettenverweisung vor. Darunter ist eine Verweisung auf eine notarielle Niederschrift zu verstehen, die ihrerseits formwirksam auf eine dritte Niederschrift im Sinne des § 13 a BeurkG verweist (vgl. Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl., § 13 a Rn. 13).

### BGB §§ 315, 316

#### Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts einer Nebenverpflichtung

Die in einem notariellen Kaufvertrag aufgenommene Verpflichtung des Käufers, die „Freiflächen“ des erworbenen Gewerbegrundstücks „zur Erreichung einer architektonisch angemessenen Besiedlung“ zu bepflanzen, ist mangels Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts unwirksam.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.1995 - 9 U 101/95

Kz.: L I 1 - § 315 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 523

#### Problem

Häufig wünschen die Beteiligten in notariellen Grundstückskaufverträgen die Übernahme von Nebenverpflichtungen, deren genauer Umfang den Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht ausreichend klar ist. Die Formulierung allgemeiner Verpflichtungen in der notariellen Urkunde birgt erhebliches Prozeß- und Auslegungsrisiko. Im vorliegenden Fall war im Kaufvertrag eine Klausel enthalten, nach der sich der Käufer verpflichtet, „um eine architektonisch angemessene Besiedlung zu erreichen, die Freiflächen zu bepflanzen und die Grünanlagen instand zu halten“.

#### Entscheidung

Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf war die in der notariellen Urkunde enthaltene Klausel mangels Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts unwirksam. **Bestimmtheit der Leistung erfordere eine sich aus dem Vertrag ergebende Festlegung der Leistungsart und des Leistungsumfanges.** Die übernommene Bepflanzungsverpflichtung sei in diesem Sinn nicht näher bestimmt. Weder die Art der Bepflanzung noch der Bepflanzungsumfang und











die Bepflanzungsbereiche seien näher festgelegt. Haben Vertragsparteien die Bestimmung des Inhaltes einer vertraglich vereinbarten Leistung einer späteren Einigung vorbehalten, so kann eine Auslegung des Vertrages ergeben, daß das Bestimmungsrecht im Falle der Nichteinigung einer Vertragspartei gem. §§ 315, 316 BGB zustehen soll und deren Leistungsbestimmung gem. § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar ist (BGHZ 71, 276, 284). Ein solches **Leistungsbestimmungsrecht** wurde jedoch nicht ausdrücklich vereinbart. Das OLG Düsseldorf ist allerdings der Auffassung, daß eine Auslegung des Vertrages ergebe, daß die Klägerin für diesen Fall zu einer Bestimmung berechtigt sein solle. **Das Leistungsbestimmungsrecht aus § 315 Abs. 1 BGB setze als gesetzliche Auslegungsregel allerdings voraus, daß die Leistung durch einen Vertragsteil bestimmbar sei, d. h. im Vertrag rahmenmäßig festgelegt sein müsse.** Die Bestimmungsbefugnis müsse eingrenzbar sein, die Unbestimmtheit dürfe kein Ausmaß annehmen, daß ihre Tragweite und der Leistungsumfang nicht feststellbar seien. Liege keine Bestimmbarkeit vor, fehle es an den gesetzlichen Grundlagen für eine Auslegung, die weder bestimmte noch bestimmbare vertragliche Regelung sei unwirksam.

#### **BGB § 459; AGBG § 10 Ziff. 4 Freizeichnungsklausel über Flächenabweichung in Bauträgervertrag**

**Eine Freizeichnungsklausel in einem Bauträgervertrag, nach der Abweichungen von der Wohnfläche des verkauften Objektes bis zu 3% ausgleichslos zulässig sind, ist unwirksam.**

LG Augsburg, Urt. v. 11.03.1996 - 6 O 1654/94  
Kz.: L I 1 § 459 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 524**

#### **Problem**

In Bauträgerverträgen über die Errichtung von Eigentumswohnungen sind häufig Flächenangaben enthalten. Eine nachteilige Flächenabweichung stellt in der Regel einen Sachmangel dar (§ 459 Abs. 1 BGB). Das Vorhandensein einer bestimmten Wohnfläche kann allerdings auch als zugesicherte Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB) angesehen werden (vgl. zur Abgrenzung BGH NJW 1991, 912). Bei der Flächenangabe ist zu beachten, daß die Flächenberechnung nach unterschiedlichen Regeln erfolgen kann. In Betracht zu ziehen ist eine Berechnung nach der 2. Berechnungsverordnung, nach DIN 277 oder DIN 283 oder nach der Reihengrundfläche aufgrund der Rohbaumaße. Enthält der Vertrag keine Bestimmung, wonach sich die Fläche berechnet, so besteht Auslegungsunsicherheit (vgl. BGH NJW 1991, 912; BayObLG ZMR 1984, 66, welche bei Fehlen einer vertraglichen Bestimmung die Ermittlung der Wohnfläche nach den jeweils besonderen Umständen des Einzelfalles befürworten). **Die Angabe einer Berechnungsgrundlage ist daher empfehlenswert** (so Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl., Rn. 378). In Bauträgerverträgen findet sich häufig die Klausel, daß Abweichungen der Wohn- und Nutzflächen nur auszugleichen sind, soweit sie 3% übersteigen. Auch im vorliegenden Fall war eine entsprechende Klausel im Bauträgervertrag enthalten.

#### **Entscheidung**

**Das LG Augsburg ist der Auffassung, daß insoweit keine wirksame Freizeichnung vorgelegen habe, denn der Gewährleistungsausschluß sei gem. § 10 Ziff. 4 AGBG unwirksam, weil er für die Klägerin unzumutbar sei.** Bei der Bewertung der jeweiligen Interessen unter Berücksichtigung des hohen Wertes einer Wohnung sei eine Freizeichnungsklausel in Höhe von 3% unwirksam. Möglich seien nur Freizeichnungen bis zu 1% Abweichung. Das LG berücksichtigt allerdings nicht die Entscheidung des OLG München (BauR 1980, 470), das an einer Toleranzgrenze von 3% keinen Anstoß nahm. Auch die Literatur hält Abweichungen bis zu 3% weitgehend für zulässig (so Basty, a.a.O., Rn. 379; Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, Bürgerliches Recht, 1. Halbband 1992, S. 246; Schippel/Brambring, DNotZ 1977, 197, 220: 3%-5%).

#### **BGB §§ 1408, 138 Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages**

**Ein Ehevertrag, in dem die Eheleute Gütertrennung vereinbaren, den Versorgungsausgleich ausschließen und für den Fall der Scheidung gegenseitig auf Unterhalt verzichten, ist nicht deshalb wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, weil ein Ehegatte in einer Ehekrise den Versuch, die Ehe fortzusetzen, vom Abschluß eines solchen Vertrages abhängig gemacht hat.**

BGH, Beschl. v. 02.10.1996 - XII ZB 1/94  
Kz.: L I 1 - § 1408 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 525**

#### **Problem**

Bekanntlich hat der BGH in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß **Ehegatten im Einzelfall die Berufung auf einen Unterhaltsverzicht verwehrt sein könne, wenn dieser aufgrund einer späteren Entwicklung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar sei**, insbesondere, wenn und solange überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder der Geltendmachung des Verzichts entgegenstünden, etwa wenn der Unterhaltsberechtigte durch die Betreuung eines gemeinsamen Kindes an der Erwerbstätigkeit gehindert sei (vgl. BGH NJW 1991, 913; NJW 1992, 3164; vgl. auch BSG NJW-RR 1994, 1346). Im Urteil vom 18.09.1996 (DNotI-Report 22/1996, 207) lehnte es der BGH ab, **den Ausschluß des Versorgungsausgleichs** als sittenwidrig anzusehen, wenn er in Kenntnis des Umstandes vereinbart wurde, daß der andere Teil nicht in der Lage sein werde, eine eigene Altersversorgung aufzubauen, und demgemäß die Gefahr bestehe, daß er im Falle der Scheidung zum Sozialfall werde. Die Rechtsprechung zum Unterhaltsverzicht kann daher nicht ohne weiteres auf andere ehevertragliche Regelungen ausgedehnt werden. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob Sittenwidrigkeit vorliegt, wenn ein Ehepartner in einer Ehekrise die Fortsetzung der Ehe vom Abschluß eines Ehevertrages abhängig macht, in dem Gütertrennung vereinbart, der Versorgungsausgleich ausgeschlossen und auf Unterhalt verzichtet wird. Nach Abschluß dieses Vertrages lebten die Ehegatten hier

noch zehn Jahre zusammen. Das OLG als Vorinstanz war der Auffassung, daß der Ehevertrag sittenwidrig sei.

### **Entscheidung**

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß jedenfalls der Unterhaltsverzicht nicht gegen die guten Sitten verstoße. Es entspreche ständiger Rechtsprechung, daß sich ein geschiedener Ehegatte auf einen vereinbarten Unterhaltsverzicht nach Treu und Glauben nicht berufen könne, wenn und soweit das Wohl eines gemeinsamen, von dem anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltspflicht erfordere. Der Unterhaltsverzicht sei daher grundsätzlich auch dann nicht unwirksam, wenn er den Betreuungsunterhalt des § 1570 BGB mit umfasse. Gesamtnichtigkeit könne daher aus dem Unterhaltsverzicht nicht resultieren. Der BGH ist weiter der Auffassung, daß auch der Ausschluß des Versorgungsausgleiches **nicht** gegen die guten Sitten verstoße. **Für Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art, die Ehegatten während der Ehe oder vorsorglich schon vor der Eheschließung träfen, bestehe grundsätzlich volle Vertragsfreiheit.** Eine besondere Inhaltskontrolle, ob die Regelung angemessen sei, habe nicht stattzufinden. Daß sich die Regelung eines Ehevertrages im Fall der Scheidung ausschließlich oder überwiegend zu Lasten eines der beiden Ehegatten auswirken könne, rechtfertige nicht die Annahme der Sittenwidrigkeit. Daß in einem solchen Fall der Entschluß, sich scheiden zu lassen, einem der beiden Ehegatten aus wirtschaftlichen Gründen schwerer fallen könnte als dem anderen, habe keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung. Es müßten vielmehr besondere Umstände hinzutreten, wenn im Einzelfall ausnahmsweise das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit begründet sein solle. Unter Hinweis auf die Entscheidung v. 18.09.1996 (DNotI-Report 22/1996, 207) weist der BGH darauf hin, daß auch im vorliegenden Fall die konkrete Abschlusssituation - die schwere Ehekrise - nicht genüge, um als sittenwidrige Ausnutzung einer Zwangslage angesehen werden zu können.

### **GmbHG §§ 19 Abs. 5, 53, 54, 56 Verdeckte Sacheinlage; Heilung**

**Liegt zwischen einer Barkapitalerhöhung und einer Zahlung der GmbH an eine mit einem Gesellschafter verbundene Gläubigerin ein „längerer zeitlicher Abstand“ und trägt die Gesellschaft nicht ausdrücklich vor, die beiden Vorgänge seien zuvor abgesprochen gewesen, kann das Handelsregister nicht von einer verdeckten Sacheinlage ausgehen; es hat demnach die beschlossene Umwidmung einer Bar- in eine Sacheinlage nicht einzutragen (Leitsatz aus EWiR 4/96, 945).**

OLG Hamburg, Beschl. v. 05.08.1996 - 11 W 36/96 (rechtskräftig)

Kz.: L V 2 - § 56 GmbHG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 526**

### **Problem**

Der BGH schien im Urte. v. 04.03.1996 (DNotI-Report 8/1996, 71 f.) einen Schlußstrich unter die jahrelange Diskussion um die Möglichkeiten der Heilung einer verdeckten Sacheinlage zu ziehen. In diesem Urteil hatte der BGH den von *Priester* (DB 1990, 1753, 1758) vorgeschlagenen Weg der nachträglichen „**Umwidmung**“ einer fehlgeschlagenen Barkapitalerhöhung

**in eine Sachkapitalerhöhung für zulässig erklärt.** Auch wenn sich zu dieser Heilungsmöglichkeit bereits profunde Aufsätze in der Literatur finden (Mayer, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH, MittBayNot 1996, 164; Priester, Heilung verdeckter Sacheinlage bei der GmbH, ZIP 1996, 1025), die sich mit der praktischen Umsetzung dieses BGH-Urteils befassen, sind trotzdem **viele Detailfragen nach wie vor offen.** Das OLG Hamburg hatte über einen Fall der Heilung einer „verdeckten Sacheinlage“ zu entscheiden, bei der nicht eindeutig war, ob es sich tatsächlich um eine verdeckte Sacheinlage handelte.

### **Entscheidung**

Das OLG Hamburg hat im hier vorliegenden Fall das Vorliegen einer „verdeckten Sacheinlage“ verneint, da eine Verknüpfung von Einlageleistung und späterer Forderungstilgung von der die heilende Eintragung beantragenden Gesellschaft nicht behauptet wurde. Auch eine tatsächliche Vermutung greife nicht ein, weil zwischen Einlage und Tilgung „ersichtlich ein längerer zeitlicher Abstand“ liege. Damit geht das OLG Hamburg zwar grundsätzlich konform mit den vom BGH aufgestellten Voraussetzungen für die Annahme einer verdeckten Sacheinlage. **Allerdings hat das OLG Hamburg damit auch zum Ausdruck gebracht, daß es Voraussetzung für die Heilung einer verdeckten Sacheinlage sei, daß dem eintragenden Gericht diese verdeckte Sacheinlage nachgewiesen werde. Die bloße Behauptung der Beteiligten ließ das OLG nicht genügen.**

**Damit ist den betroffenen Gesellschaftern eine Heilungsmöglichkeit in zweifelhaften Fällen versagt.** Ein eventuell viele Jahre später durch den Konkursverwalter angerufenes anderes Gericht dürfte allerdings an die eine Heilung ablehnende Entscheidung grundsätzlich nicht gebunden sein. Kommt dieses Gericht dann zu der Erkenntnis, daß doch eine verdeckte Sacheinlage vorlag, besteht die Gefahr, daß es die vom Konkursverwalter verklagten Gesellschafter zur nochmaligen Zahlung der fehlgeschlagenen Bareinlage verurteilt, obwohl diese - vergeblich - versucht hatten, die verschleierte Sacheinlage wirksam zu heilen.

### **ESTG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Vorweggenommene Erbfolge und dauernde Last**

**Wird ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, das der Unternehmer sogleich weiterveräußert, sind im Zusammenhang hiermit vereinbarte Unterhaltszahlungen, die wiederkehrend auf die Lebenszeit des Übergebers zu leisten sind, nicht als Sonderausgaben (Rente oder dauernde Last) abziehbar (Fortführung des Senatsurteils vom 14. Februar 1996 X R 106/91, BFHE 180, 87).**

BFH, Urte. v. 24.07.1996 - X R 167/95

Kz.: L IX I - § 10 EStG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 527**

### **Problem**

Der X. Senat des BFH engt den Gestaltungsspielraum der **steuerlichen Anerkennung der vorweggenommenen Erbfolge unter Vereinbarung von Unterhaltszahlungen an den Übergeber weiter ein**. Zunächst hatte er im Urteil vom 31.08.1994 (DNotI-Report 12/1995, S. 110 ff.) die Anforderungen an den Inhalt der Vereinbarungen verschärft. Im Urteil vom 14.02.1996 (BFHE 180, 87 ff.) hatte der X. Senat entschieden, daß vereinbarte Zahlungen, die wiederkehrend auf die Lebenszeit des vormaligen Nießbrauchers zu erbringen seien, nicht als Sonderausgaben abziehbar seien, wenn ein Mietwohngrundstück unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen worden sei und der Berechtigte sein Nutzungsrecht aufgabe, damit der Eigentümer das nunmehr lastenfreie Grundstück veräußern könne.

Nun hält er auch die weitere Verwendung der überlassenen Gegenstände (hier Grundstück) teilweise für steuerschädlich. Im hier vorliegenden Fall hatten die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bedachten Kinder dem überlassenden Vater auf dessen Lebenszeit die Zahlung von wertgesicherten Unterhaltsleistungen in Höhe von DM 3.000,- zugesagt, wobei die Anpassung gem. § 323 ZPO vorbehalten war. Unmittelbar nach der Übertragung des Grundstücks verkauften die Kinder das Grundstück und verwendeten ihren anteiligen Erlös aus dem Verkauf zur Rückführung einer Hausfinanzierung, zum Erwerb einer stillen Beteiligung und für eine Festgeldanlage.

#### **Entscheidung**

Der **BFH** versagte deshalb die Anerkennung als Sonderausgaben. Denn er betonte erneut, **daß die Abziehbarkeit von wiederkehrenden Leistungen als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG voraussetze, daß eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit zum weiteren „Bewirtschaften“ durch den Übernehmer überlassen werde**. Die bloße Übergabe von Geldvermögen genüge diesen Anforderungen nicht. Nach dem Beschluß des Großen Senats des BFH v. 15.07.1991 (BStBl. II 1992, 78) könne der Vermögensübergabevertrag gegen Versorgungsleistungen (private Versorgungsrente) nur als vorweggenommene Erbfolge im ertragsteuerlichen Sinne eingeordnet werden, wenn sich die Parteien von dem Gedanken leiten ließen, das übertragene Vermögen, insbesondere einen übertragenen Betrieb, der Familie zu erhalten. Daher ist nach Ansicht des BFH hier eine wiederkehrende Leistung deswegen nicht als dauernde Last abziehbar, weil die Übergabe von Vermögen mit dem Ziele der Veräußerung erfolgt sei und deshalb nicht der steuerrechtlich privilegierten Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zugeordnet werden könne. Dabei ließ der BFH das Argument der Revision nicht gelten, daß das übertragene Vermögen zur Optimierung der Einkünfte der Bedachten eingesetzt werden können müsse, um daraus die Unterhaltsverpflichtung weiter zu erfüllen. Der BFH ließ allerdings offen, ob die Veräußerung eines überlassenen Grundstückes oder Gewerbebetriebes nach vielen Jahren (insbesondere wenn dies nicht von vornherein geplant war) ebenfalls steuerschädlich wäre.

### **Hinweise für die Praxis**

#### **BGB §§ 1908 i, 1804**

#### **Abschluß von Überlassungsverträgen durch einen Betreuer**

Im fortgeschrittenen Alter besteht häufig der Wunsch, Grundbesitz, landwirtschaftliche Betriebe oder sonstige Unternehmen noch zu Lebzeiten auf die jüngere Generation zu übertragen. Ist der Übergeber aber gem. § 104 Nr. 2 BGB im natürlichen Sinne geschäftsunfähig und hat er keine ausreichende und wirksame Vollmacht erteilt, so kann er am Rechtsverkehr nur noch wirksam durch einen Betreuer als seinen gesetzlichen Vertreter (§ 1902 BGB) teilnehmen. Die Übertragung der Vermögensgegenstände müßte daher durch den Betreuer erfolgen (soweit diese Angelegenheit von dem ihm übertragenen Aufgabenkreis umfaßt ist), wobei der Vertrag beispielsweise bei Übertragung von Grundbesitz gem. §§ 1908 i Abs. 1 S. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Erlangung der Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Hierbei wird in der Praxis bisweilen übersehen, **daß ein Betreuer (ebenso wie die Eltern gem. § 1641 BGB oder der Vormund/Pfleger nach §§ 1804, 1915 BGB) grundsätzlich dem Schenkungsverbot des § 1804 BGB unterliegt (vgl. § 1908 i Abs. 2 S. 1 BGB)**. Neben den nach § 1804 S. 2 BGB auch für sonstige gesetzliche Vertreter ausnahmsweise zulässigen **Anstands- oder Pflichtschenkungen** eröffnet § 1908 i Abs. 2 S. 1 BGB dem Betreuer allerdings die Möglichkeit, in Vertretung des Betreuten Gelegenheitsgeschenke auch dann zu machen, wenn dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach seinen Lebensverhältnissen üblich ist (vorsichtige Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten).

Die Hoffnung, daß sich die besondere Situation der volljährigen „Mündel“ zumindest in einer großzügigen Auslegung der zulässigen Schenkung durch die Rechtsprechung niederschlagen wird, hat jedoch mit der **Entscheidung des BayObLG v. 24.05.1996** (BayObLGZ 1996, 118 ff. = FamRZ 1996, 1359 f. = Rpfleger 1996, 508) vorerst ihr Ende gefunden. Nach dem in dieser Entscheidung mitgeteilten Sachverhalt hatte die Betroffene, **vertreten durch ihren Betreuer, durch notariell beurkundeten Vertrag ihren Grundbesitz „unentgeltlich und schenkungsweise unter Anrechnung auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Erwerber“ und unter Vorbehalt des Nießbrauchs auf ihre beiden Töchter übertragen**. Das BayObLG (a.a.O.) hat für diesen Sachverhalt **das Vorliegen einer (zulässigen) Pflichtschenkung verneint und die Grundstücksüberlassung durch den Betreuer an die künftigen Erben des Betreuten grundsätzlich wegen Verstoßes gegen § 1804 BGB für nichtig erachtet und zwar auch dann, wenn darin eine vorweggenommene Erbfolge enthalten sei**. Das BayObLG (a.a.O.) hat diese Auffassung damit begründet, daß grundsätzlich niemand gehalten sei, zu seinen Lebzeiten auf künftige Erben unentgeltlich Vermögen zu übertragen und Sitte und Moral eine solche Übertragung auch dann nicht gebieten würden, wenn mit ihr für die künftigen Erben eine Steuerersparnis erreicht werden könne.

Aus dieser Entscheidung läßt sich schließen, **daß beispielsweise auch ein Vertrag, in dem ein landwirtschaftlicher**

**Betrieb gegen Gewährung der üblichen Altenteilsleistungen übergeben werden soll, wegen Verstosses gegen das Schenkungsverbot nichtig sein kann, wenn der geschäftsunfähige Betreute hierbei durch seinen Betreuer vertreten wird.** Denn nach Auffassung des BGH (MittBayNot 1989, 206, 207) können die bei einem Überlassungsvertrag zugesagten Altenteilsleistungen grundsätzlich auch nicht als echte Gegenleistungen angesehen werden, so daß sie am Vorliegen des Schenkungstatbestandes nichts ändern würden. Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem, daß der Vertrag bei Verstoß gegen § 1804 BGB **schlechthin nichtig** ist und zwar nach h. M. auch dann, wenn er vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden wäre (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 56. Aufl. 1997, § 1804 Rn. 1; BayObLGZ 1996, 118, 120).

Für geschäftsunfähige Betreute besteht folglich nur die Möglichkeit der Übergabe durch den Betreuer gem. § 1908 BGB (als Ausstattung mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung), wobei dieser Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren vor allem Bedeutung für Hof- und Geschäftsübergaben zugemessen worden ist (vgl. Palandt/Diederichsen, a.a.O., § 1908 Rn. 1 m. w. N.). Übersteigt die Ausstattung dabei nicht das den Vermögensverhältnissen des Betreuten entsprechende Maß, so wäre sie **nicht** als Schenkung anzusehen (Staudinger/Bienwald, BGB, 12. Aufl. 1995, § 1908 Rn. 1; Bobenhausen, BtPrax 1994, 160).

Die eben dargelegte Problematik im Rahmen der gesetzlichen Vertretung kann m. E. im Einzelfall als weiteres Argument für die Zweckmäßigkeit der rechtzeitigen Erteilung einer Einzelvollmacht, bzw. einer **umfassenden (Alters-)**

**Vorsorgevollmacht** (vgl. dazu zuletzt ausführlich Perau, MittRhNotK 1996, 285 ff.) angeführt werden. Denn anders als der gesetzliche Vertreter unterliegt der Bevollmächtigte grundsätzlich nicht den Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht, könnte folglich auch unentgeltlich über das Vermögen des Vollmachtgebers verfügen, sofern bei der Vollmachtserteilung nichts anderes bestimmt wurde.

**Gabriele Müller**

## Aktuelles

### Die Bundesnotarkammer informiert: Änderung der KostO zum 01.01.1997

Zum 01.01.1997 ist das Zweite Gesetz zur Änderung des Rechtspflegeanpassungsgesetzes in Kraft getreten, das eine Änderung der Kostenordnung enthält. Die Gebührenberechnung der Notare **bei Beurkundungen von Handelsregisteranmeldungen** ändert sich dadurch wesentlich. Die Novellierung der kostenrechtlichen Vorschriften über die Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister steht im Zusammenhang mit dem grundsätzlichen Wegfall der Einheitswerte durch das Jahressteuergesetz 1997. In einem Eilverfahren hat der Gesetzgeber die Änderung der Kostenordnung in das Zweite Gesetz zur Änderung des Rechtspflegeanpassungsgesetzes eingefügt. An die Stelle der Betriebseinheitswerte als Berechnungsgrundlage für den Geschäftswert bei Handelsregi-

steranmeldungen, die eine Eintragung ohne bestimmten Geldwert betreffen, treten gesetzlich festgelegte Beträge. Beibehalten wird die Differenzierung zwischen Anmeldungen zum Handelsregister, bei denen ein bestimmter, und solchen, bei denen ein unbestimmter Geldbetrag in das Register einzutragen ist, sowie die Differenzierung zwischen Erstanmeldung und späteren Anmeldungen. Ferner legt § 26 Abs. 1 KostO (neu) abschließend fest, welche Eintragungen einen bestimmten Geldwert zum Gegenstand haben. Weiterhin darf als Geschäftswert für Anmeldungen höchstens DM 1 Mio. angenommen werden, § 39 Abs. 4 KostO (neu). Gemäß § 27 Abs. 1 KostO (neu) gelten die gesetzlich festgelegten Geschäftswerte auch für Beschlüsse von Gesellschaftsorganen, deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert haben.

Folgende Paragraphen wurden geändert:

### § 26 - Anmeldung zum Handelsregister, Eintragungen in das Handelsregister

(1) Bei den folgenden Anmeldungen zum Handelsregister und Eintragungen in das Handelsregister ist der Geschäftswert der in das Handelsregister einzutragende Geldbetrag, bei Änderung bereits eingetragener Geldbeträge der Unterschiedsbetrag:

1. Erste Anmeldung oder Eintragung einer Kapitalgesellschaft; ein in der Satzung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bestimmtes genehmigtes Kapital ist dem Grundkapital hinzuzurechnen;
2. Erste Anmeldung oder Eintragung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit;
3. Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung;
4. Beschluß der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien über
  - a) Maßnahmen der Kapitalbeschaffung (§§ 182 bis 221 des Aktiengesetzes); dem Beschluß über die genehmigte Kapitalerhöhung steht der Beschluß über die Verlängerung der Frist, innerhalb derer der Vorstand das Kapital erhöhen kann, gleich;
  - b) Maßnahmen der Kapitalherabsetzung (§§ 222 bis 240 des Aktiengesetzes);
5. Erste Anmeldung oder Eintragung einer Kommanditgesellschaft; maßgebend ist die Summe der Kommanditeinlagen; hinzuzurechnen sind 50.000,-- DM für den ersten und 25.000,-- DM für jeden weiteren persönlich haftenden Gesellschafter.
6. Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft oder Ausscheiden eines Kommanditisten; ist ein Kommanditist als Nachfolger eines anderen, ein bisher persönlich haftender Gesellschafter als Kommanditist oder ein bisheriger Kommanditist als persönlich haftender Gesellschafter einzutragen, ist die einfache Kommanditeinlage, höchstens ein Betrag von 1.000.000,-- DM maßgebend;
7. Erhöhung oder Herabsetzung einer Kommanditeinlage.

(2) Bei sonstigen Anmeldungen und Eintragungen bestimmt sich der Geschäftswert nach den Abs. 3-7.

(3) Der Geschäftswert beträgt bei der ersten Anmeldung oder Eintragung

1. eines Einzelkaufmannes oder eines Unternehmens nach § 36 des HGB 50.000,-- DM;
2. einer OHG mit zwei Gesellschaftern 75.000,-- DM; hat die Gesellschaft mehr als zwei Gesellschafter, erhöht sich der Wert

für den dritten und jeden weiteren Gesellschafter um jeweils 25.000,-- DM;

3. einer juristischen Person (§ 33 des HGB) 100.000,-- DM.

(4) Bei einer späteren Anmeldung oder Eintragung beträgt der Geschäftswert, wenn die Anmeldung

1. eine Kapitalgesellschaft betrifft, eins vom Hundert des eingetragenen Grund- und Stammkapitals, mindestens 50.000,-- DM und höchstens 1.000.000,-- DM;

2. einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit betrifft, 100.000,-- DM;

3. eine Personengesellschaft betrifft, 50.000,-- DM; bei Eintritt oder Ausscheiden von mehr als zwei persönlich haftenden Gesellschaftern sind als Wert 25.000,-- DM für jeden eintretenden und ausscheidenden Gesellschafter anzunehmen;

4. einen Einzelkaufmann, ein Unternehmen nach § 35 des HGB oder eine juristische Person (§ 53 des HGB) betrifft, 50.000,-- DM.

(5) Der Geschäftswert nach Absatz 4 Nr. 1 und 2 beträgt bei der Eintragung

1. einer Prokura oder deren Änderung höchstens 300.000,-- DM;

2. des Erlöschens einer Prokura höchstens 50.000,-- DM;

3. des Erlöschens einer Firma oder der Löschung einer Gesellschaft höchstens 400.000,-- DM.

(6) Betrifft die Anmeldung oder Eintragung eine Zweigniederlassung, so beträgt der Geschäftswert die Hälfte des nach den vorstehenden Absätzen bestimmten Wertes. Betrifft die Anmeldung oder Eintragung mehrere Zweigniederlassungen, so ist der Wert für jede Zweigniederlassung durch Teilung des nach S. 1 bestimmten Betrages durch die Anzahl der betroffenen Zweigniederlassungen zu ermitteln.

(7) Ist eine Anmeldung oder Eintragung nur deshalb erforderlich, weil sich der Ortsname geändert hat, oder handelt es sich um eine ähnliche Anmeldung oder Eintragung, die für das Unternehmen keine wirtschaftliche Bedeutung hat, so beträgt der Geschäftswert 5.000,-- DM.

(8) Bei Eintragungen, für die nach § 79 Abs. 2 eine einheitliche Gebühr anzusetzen ist, werden die nach den vorstehenden Absätzen bestimmten Werte zusammengerechnet.

#### **§ 27 - Beschlüsse von Organen bestimmter Gesellschaften**

(1) § 26 Abs. 4 gilt entsprechend für Beschlüsse von Organen von Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit oder juristischen Personen - (§ 33 des HGB), deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat.

(.....)

#### **§ 39 - Geschäftswert**

(.....)

(4) Bei der Beurkundung von Satzungen ist der Wert höchstens auf 10 Millionen DM, in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 7, auch wenn mehrere Anmeldungen in derselben Verhandlung beurkundet werden, auf höchstens 1 Million DM, anzunehmen.

#### **Die Bundesnotarkammer informiert:**

#### **Änderungen durch das Jahressteuergesetz 1997**

Das Jahressteuergesetz 1997 hat zu zahlreichen Änderungen im Steuerrecht geführt. Von notarieller Relevanz dürfte dabei in erster Linie die Änderung des Bewertungsgesetzes, des

Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes, des Grunderwerbsteuergesetzes sowie des Umwandlungssteuergesetzes sein.

#### **Bewertungsgesetz (BewG)**

Mit der Änderung des BewG kommt der Gesetzgeber den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichtes zur Einheitswertbesteuerung nach. Wegen der Beibehaltung der Gewerbesteuer wird es nun neben den Einheitswerten gem. §§ 138 ff. BewG neue Bewertungen für Grundbesitz geben, wenn dies für die Grunderwerbsteuer oder Erbschaftsteuer erforderlich ist (**Bedarfsbewertung**). Unterschieden wird dabei zwischen land- und forstwirtschaftlichem Vermögen, das eine Sonderbehandlung erfährt (§§ 140 f. BewG). **Unbebaute Grundstücke** werden gem. § 145 BewG nach den **Bodenrichtwerten der nach dem BauGB eingerichteten Gutachterausschüssen festgesetzt, wobei ein Abschlag von 20% erfolgt**. Der Nachweis eines niedrigeren Wertes ist möglich. **Bebaute Grundstücke werden im Grundsatz nach dem 12,5fachen der im Durchschnitt der letzten 3 Jahre vor dem Besteuerungszeitpunkt erzielten Jahresmiete bewertet**. Für das Alter des Gebäudes erfolgt ein Abschlag **von 0,5%-Punkten** pro Jahr, begrenzt auf insgesamt 25%. Ist eine entgeltliche Nutzung nicht gegeben, tritt anstelle der Jahresmiete die übliche Miete. Ein- und Zweifamilienhäuser erhalten einen Zuschlag von 20%. Der so ermittelte Ertragswert darf jedoch nicht niedriger sein als der Grundstückswert gem. § 145 BewG. Läßt sich die übliche Miete nicht ermitteln, so soll nach § 147 der Substanzwert aus der Summe des Wertes des Grund und Bodens und des Wertes des Gebäudes herangezogen werden. Der Grund- und Bodenwert bestimmt sich dann wieder nach dem Bodenrichtwert mit einem Abschlag von 30%, der Wert des Gebäudes bestimmt sich nach den ertragsteuerlichen Bewertungsvorschriften. Eine besondere Vorschrift regelt die Bewertung von Grundstücken im Zustand der Bebauung (§ 149).

#### **Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG)**

Hier finden sich im Detail sehr viele Änderungen. So ist § 10 ErbStG im Hinblick auf die Entscheidung des BFH vom 14.12.1995 (DB 1996 S. 762 = BStBl 1996 II S. 546 mit dem daraufhin ergangenen Nichtanwendungserlaß BStBl 1996 I S. 1172) insoweit geändert worden, als bei der **Übertragung eines Anteils an einer BGB-Gesellschaft**, die nur vermögensverwaltend tätig ist, ein vollständiger Schuldenabzug nicht möglich ist und § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG Anwendung findet. Der bisherige § 13 Abs. 2 a wurde im wesentlichen in § 13 a eingefügt. Danach ist bei der **Übertragung von Betriebsvermögen ein Freibetrag von 500.000,-- DM** vorgesehen. Von dem nach Abzug dieses Betrages verbleibenden Wert sind lediglich 60% anzusetzen. Diese Privilegierung gilt auch für eine im Privatvermögen gehaltene Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, wenn die Beteiligungshöhe mehr als 25% beträgt, so daß eine Steuerverstrickung i. S. d. § 17 ErbStG gegeben ist. Die steuerschädlichen Tatbestände sind erweitert worden. So entfällt die Privilegierung nunmehr auch dann,

wenn die Einnahmen mehr als 100.000,- DM überschreiten. Die Steuerklassen wurden modifiziert. Die Steuerklasse IV ist entfallen. Die **Freibeträge** wurden für Ehegatten auf 600.000,- DM, für Kinder auf 400.000,- DM, für die übrigen Personen der Steuerklasse I (etwa die Eltern) auf 100.000,- DM geändert. Personen der Steuerklasse II, beispielsweise die Geschwister, erhalten 20.000,- DM und die übrigen Personen der Steuerklasse III 10.000,- DM als Freibetrag. Die Steuersätze beginnen in der Steuerklasse I mit 7%, in der Steuerklasse II mit 12%, in der Steuerklasse III mit 17%. Bei **Betriebsnachfolgern** ist für Personen der Steuerklasse II oder III eine Tarifbegrenzung vorgesehen, die im wesentlichen dazu führt, daß die Steuersätze der Steuerklasse I Anwendung finden.

#### **Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG)**

Eingefügt wurde mit § 1 Abs. 2 a GrEStG ein neuer Steuertatbestand, wonach die **Abtretung von Anteilen an Personengesellschaften, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört**, bereits dann steuerpflichtig ist, wenn sich innerhalb von 5 Jahren der Gesellschafterbestand vollständig oder wesentlich ändert. Dies ist stets der Fall, wenn 95% der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen. Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes ein Grundstück von einem Gesellschafter erworben, entfällt die Steuerbarkeit insoweit, als die Steuer nach der Befreiungsvorschrift des § 5 GrEStG von der Bemessungsgrundlage für das von dem Ge-

sellschafter erworbene Grundstück zu erheben ist. Der Steuersatz wurde von 2,0% auf 3,5% (§ 11 GrEStG) erhöht. Die Bemessungsgrundlage wurde u. a. bei Umwandlungen geändert auf den Wert entsprechend § 138 Abs. 2, 3 BewG. Durch die Änderung des § 13 GrEStG wird nun auch bei vollständiger oder wesentlicher Änderung des Gesellschafterbestandes die Personengesellschaft als solche Steuerschuldner. Sie ist auch nach der Änderung des § 19 GrEStG zur Anzeige an das Finanzamt verpflichtet. Die im DNotI-Report 23/1996 S. 219 ff. vorgestellte Übergangsregelung ist im § 23 Abs. 4 GrEStG übernommen worden.

#### **Umwandlungssteuergesetz (UmwStG)**

Für Zwecke der Gewerbesteuer wurde in § 18 die Umwandlung/Vermögensübertragung auf eine Personengesellschaft der Aufgabe oder Veräußerung eines Teilbetriebes bzw. eines Anteils an einer Personengesellschaft gleichgestellt. Die Besteuerung des Anteilseigners gem. § 21 Abs. 2 UmwStG wurde erweitert um die Ausschüttung von Eigenkapital gem. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG (EK 04).

#### **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  
e-mail: dnoti@t-online.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, 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.

#### **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 9444, 97094 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333