

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

6. Jahrgang
Juni 1998
ISSN 1434-3460

12/1998

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 15; EStG § 20 Abs. 2 a - Zurechnung von Gewinnausschüttungen bei Übertragung von GmbH-Anteil

Philippinen - Minderjährigenadoption

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 504 - Qualifizierung einer Vereinbarung als kaufähnlicher Vertrag für Vorkaufsfall

BGB § 652 - Maklerprovision und Verflechtung

BGB § 1477 Abs. 2 S. 2 - Übernahmerecht bei Beendigung der Gütergemeinschaft

BGB §§ 167 Abs. 2, 1410 - Form der Vollmacht für einen Ehevertrag

BGB §§ 107, 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 - Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Grundstücksüberlassung an Minderjährigen bei vorbehaltenem Rückübertragungsanspruch

GmbHG § 11 Abs. 2; BGB §§ 414, 415 - Haftung in der Vorgründungsgesellschaft

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 6 Abs. 2, Abs. 4 - Einheitliche Beurteilung der Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 2 GrEStG bei Errichtung eines Gebäudes nach Anteilserwerb

Aktuelles

Das Schiedsgericht in Wohnungseigentumsverfahren

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 15; EStG § 20 Abs. 2 a Zurechnung von Gewinnausschüttungen bei Übertragung von GmbH-Anteil

I. Sachverhalt

Malermeister B und seine Ehefrau sind die alleinigen Gesellschafter der M-GmbH. Sie wollen T als Teilhaber aufnehmen, dem zunächst 25% der Anteile abgetreten werden sollen. Die Bilanz für 1997 ist noch nicht vollständig fertiggestellt, weshalb der Gewinnverteilungsbeschuß noch nicht gefaßt werden konnte. Die zu erwartenden Gewinne für 1997 sollen noch den Eheleuten B gebühren, während für das Jahr 1998 eine zeitanteilige Beteiligung des T an seinem Anteil vorgesehen ist. Auch für 1998 ist mit einem Gewinn zu rechnen, über dessen Verwendung planmäßig im Sommer 1999 entschieden werden soll.

II. Frage

1. Wer muß die Gewinnausschüttung einer GmbH versteuern, wenn der Geschäftsanteil vor dem

Gewinnverteilungsbeschuß abgetreten wird, die Gewinne aber kraft Gesetzes oder kraft Parteivereinbarung noch dem Veräußerer zustehen?

2. Falls der Erwerber die Gewinne zu versteuern hat, kann erreicht werden, daß die Besteuerung doch beim Veräußerer durchgeführt wird?

III. Rechtslage

1. Bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils ist nach ganz h. M. der sog. **Gewinnanspruch von dem sog. Gewinnbezugsrecht bzw. dem Gewinnstammrecht** zu unterscheiden (vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Aufl., § 29 Rn. 43 ff.; BGH WM 1998, 450; BGH DNotZ 1995, 963 = ZIP 1995, 374; BayObLG NJW 1988, 426; RGZ 98, 318, 320). Das Gewinnbezugsrecht oder das Gewinnstammrecht des Gesellschafters ist Bestandteil der Mitgliedschaft und ist daher **fest mit dem Geschäftsanteil verbunden**. Als Bestandteil der Mitgliedschaft geht dieses Gewinnstammrecht im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils mit diesem auf den Dritten über.

Der Gewinnanspruch, d. h. der Anspruch auf Ausschüttung des Anteils an dem jährlichen Reingewinn entsteht erst, wenn sämtliche

Voraussetzungen des § 29 GmbHG für die Entstehung des Anspruchs auf Ausschüttung des jährlichen Reingewinns erfüllt sind, d. h. mit der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafter und anschließender Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses (RGZ 98, 318, 320; BFH GmbHR 1986, 329; Scholz/Emmerich, a. a. O., Rn. 46). Dies bedeutet, daß das Gewinnstammrecht immer dem jeweiligen Gesellschafter zusteht. Der aus dem Stammrecht resultierende Gewinnanspruch steht dem Erwerber eines Geschäftsanteils auch für das der Übertragung vorausgegangene Geschäftsjahr zu, wenn der Jahresabschluß für dieses Geschäftsjahr vor der Übertragung des Geschäftsanteils noch nicht festgestellt worden ist (so BGH WM 1998, 450). Denn erst mit der Feststellung entsteht der Gewinnanspruch der Gesellschafter. Das bedeutet im Verhältnis zur GmbH, daß - mangels anderweitiger Abrede - diejenige Person Anspruchsinhaber ist, die Inhaber des Gewinnstammrechts ist.

In der Praxis werden in der Regel allerdings andere Verteilungen gewünscht. Hier sind verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar. Zum einen ist anerkannt, daß der Gewinnanspruch, der sich gegen die GmbH richtet, abgetreten werden kann, und zwar auch schon vor der unbedingten Entstehung des Anspruchs durch Feststellungs- und Gewinnverwendungsbeschuß, da nach § 398 BGB auch zukünftige Ansprüche abtretbar sind, sofern sie bestimmbar sind (Scholz/Emmerich, a. a. O., Rn. 45). Zu berücksichtigen ist, daß bei der Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses und des Feststellungsbeschlusses die Gesellschafter keine Rücksicht auf die Interessen desjenigen zu nehmen brauchen, an den der Anspruch abgetreten wurde. Schließen die Gesellschafter den Gewinn in wirksamer Weise ganz oder teilweise von der Verteilung aus, so geht insoweit der Zessionar leer aus. Als bloß obligatorisch Berechtigter hat er weder ein Stimmrecht noch ein Anfechtungsrecht hinsichtlich der Beschlüsse auf Feststellung des Abschlusses und auf Gewinnverwendung (RGZ 98, 318, 320).

Ist keine Abtretung des zukünftigen Gewinnanspruchs vorgenommen, dann sieht allerdings nach der h. M. **§ 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB eine Regelung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber des GmbH-Geschäftsanteils** vor. Diese Vorschrift, die als **schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch** zwischen Veräußerer und Erwerber konzipiert ist, ist nach h. M. auch auf den Gewinnanspruch aus abgetretenem GmbH-Geschäftsanteil anzuwenden (BGH DNotZ 1995, 963; Scholz/Emmerich, a. a. O., Rn. 44; BFH GmbHR 1986, 329; Sommer, GmbHR 1985, 224, 230). Rechtsfolge der Anwendung dieser Vorschrift ist, daß der Anspruch auf Ausschüttung des Jahresgewinnes erst in der Person des Erwerbers des Anteils entsteht, sofern er bei Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses gem. § 16 Abs. 1 GmbHG bei der Gesellschaft angemeldet ist. Jedoch ist im Innenverhältnis schuldrechtlich zwischen Erwerber und Veräußerer des GmbH-Geschäftsanteils geregelt, daß der veräußernde Gesellschafter einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erwerber auf den während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entfallenden anteiligen Gewinn hat, sofern er ausgeschüttet wird. Der BGH hat allerdings erst unlängst darauf hingewiesen, daß diese Regelung nicht gilt, wenn der GmbH-Geschäftsanteil an

die GmbH abgetreten wurde (BGH WM 1998, 450; BGH DNotZ 1995, 963). In diesem Fall müßte ggf. eine vertragliche Regelung getroffen werden.

2. Mit dem Standortsicherungsgesetz v. 13.09.1993 (BGBl I 1993, 1569) hat der Gesetzgeber **eine eigenständige steuerliche Regelung der Zuordnung des Gewinns bei der Veräußerung von GmbH-Anteilen in § 20 Abs. 2 a EStG geschaffen** (vgl. zur Neuregelung Wichmann, GmbHR 1995, 426; Schuck, DStR 1996, 371; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 682; Huke, BWNtZ 1997, 156, 165). Die Regelung lautet:

“Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 - 3 erzielt der Anteilseigner. Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an dem Kapitalvermögen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind. Sind einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger die Einnahmen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zuzurechnen, gilt er als Anteilseigner.”

Die Vorschrift gilt seit 01.01.1994. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

*“Die Neuregelung stellt klar, daß ein Dividendenanspruch bis zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses unselbständiger Bestandteil des Stammrechts ist und daher von demjenigen als Kapitalertrag zu versteuern ist, dem im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses das Stammrecht steuerlich zuzurechnen ist. **Vereinbarungen i. S. d. § 101 Nr. 2 2. Hs. BGB darüber, wer berechtigt sein soll, die Gewinnanteile zu beziehen, betreffen bereits die Einkommensverwendung und sind daher für die steuerrechtliche Zurechnung von Kapitalerträgen nicht maßgebend**” (BT-Drs. 12/5016, S. 87 f.).*

Vor dieser Regelung war zwischen verschiedenen Senaten des BFH umstritten, ob sich die steuerliche Zurechnung des Gewinnanteils nach der zivilrechtlichen Vereinbarung bzw. § 101 BGB zwischen Verkäufer und Käufer richtet (vgl. etwa BFH BStBl. II 1991, 571 einerseits und BFH BStBl. II 1986, 1815; BMF-Schreiben v. 18.03.1980, BStBl. I 1980, 146 andererseits).

Folge der gesetzlichen Regelung ist nun **für das Steuerrecht, daß Gewinnausschüttungen, die auf einem Gewinnverwendungsbeschuß beruhen, der nach der Anteilsabtretung gefaßt wurde, vom Käufer des Anteils zu versteuern sind, und zwar vollständig, auch wenn nach § 101 Nr. 2 BGB eine zeitanteilige Verrechnung vorzunehmen ist.**

Die Problematik dieses Auseinanderfallens von steuerlicher und zivilrechtlicher Gewinnzurechnung liegt nicht nur darin, daß eine von den zivilrechtlichen Abreden abweichende Versteuerung der Gewinne vorzunehmen ist, sie kann sogar zu einer **Doppelbelastung** führen. Wird etwa nach der zivilrechtlichen Regelung ein Teil des Gewinnes an den Verkäufer vom Käufer entsprechend § 101 BGB abgeführt, dann führt dies dazu, daß zunächst der Käufer den vollen Gewinn als Zinseinnahme versteuern muß. Außerdem ist der dann an den Verkäufer abgeführte Teil des Gewinns bei diesem u. U. als Veräußerungsgewinn erneut zu versteuern. Beim Verkäufer erhöht nämlich der abgeführte Teil der Gewinnausschüttung den Kaufpreis und damit den

Veräußerungsgewinn (vgl. FG Baden Württemberg EFG 1994, 353 = GmbHR 1994, 727; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 682, 683; Weber, GmbHR 1995, 494; Schuck, DStR 1996, 371). Im Ergebnis **wird dann ein ausgeschütteter Gewinn doppelt belastet, wenn der Veräußerer die Anteile im Betriebsvermögen gehalten hat, gem. § 17 EStG wesentlich beteiligt war oder es sich um einbringungsgeborene Anteile gem. § 21 UmwStG handelte**. Aus diesem Auseinanderfallen von zivilrechtlicher und steuerlicher Zuordnung folgen auch häufig zivilrechtliche Auslegungsprobleme, wenn die übliche Klausel verwendet wird, nach der der Gewinnanspruch für abgelaufene Geschäftsjahre noch dem Veräußerer zustehen soll, wenn zum Zeitpunkt der Abtretung des Geschäftsanteils noch kein Gewinnverwendungsbeschluß gefaßt worden war (vgl. zu dieser Problematik Weber, GmbHR 1995, 496 mit einem Beispielfall). Es stellt sich nämlich dann die Frage, was vom Käufer noch an den Verkäufer aufgrund der Klausel im GmbH-Geschäftsanteilsübertragungsvertrag zu bezahlen ist: die Bruttoauszahlung oder der Nettogewinn nach Steuern.

3. In der **steuerrechtlichen Literatur werden verschiedene Gestaltungsvarianten vorgeschlagen**, um diese steuerlichen Nachteile zu vermeiden oder zumindest zu minimieren. Die Rechtsprechung hat sich zu diesen Gestaltungen bisher noch nicht geäußert. Folgende Lösungen werden vorgeschlagen:

a) Zum einen wird vorgeschlagen, daß die **zivilrechtliche Übertragung erst nach Bilanzaufstellung und Ergebnisverwendungsbeschluß wirksam werden sollte** (vgl. Weber, GmbHR 1995, 498; Mayer, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl., D I Rn. 157). Dies kann etwa dadurch erreicht werden, daß der GmbH-Geschäftsanteilsübertragungsvertrag erst nach diesen Beschlüssen abgeschlossen wird, oder dadurch, daß die Anteilsabtretung aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses erfolgt (so Mayer, a. a. O.). Bei dieser Regelung bleibt die Problematik, daß der Erwerber nicht sofort Mitgesellschafter wird, und sie ermöglicht keine zeitanteilige Erfassung entsprechend § 101 Nr. 2 BGB.

b) Zum Teil wird auch eine **sog. Vorabausschüttung** empfohlen (vgl. Weber, GmbHR 1995, 497; Schuck, DStR 1996, 372; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 687). Es wird vorgeschlagen, daß die veräußernden Gesellschafter noch vor der Übertragung der Anteile eine Vorabausschüttung beschließen und den insofern beschlossenen Gewinnanspruch tatsächlich auszahlen. Ein Vorabausschüttungsbeschluß ist ein den **gesellschaftsvertraglichen Vorschriften entsprechender Gewinnverteilungsbeschluß, der unter der auflösenden Bedingung steht, daß die GmbH in dem betreffenden Geschäftsjahr tatsächlich einen Gewinn erzielt** (vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG, § 29 Rn. 158). Durch diese Lösung kann eine **zeitanteilige Zurechnung** des geschützten Gewinnanspruchs erreicht werden. Die steuerrechtliche Literatur geht davon aus, daß bei einem derartigen Beschluß der Gewinnanteil, der an den Veräußerer noch vor der Anteilsübertragung ausgeschüttet wird, diesem auch steuerlich zuzurechnen ist (so Weber, GmbHR 1995, 497; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 687). Problematik dieser Lösung ist, daß der voraussichtliche Gewinn häufig nicht zuverlässig

feststellbar ist. In der Literatur werden dementsprechend Klauseln vorgeschlagen, nach denen nach endgültiger Bilanzfeststellung und Gewinnverwendung ggf. zwischen Veräußerer und Erwerber Ausgleichszahlungen zu leisten sind (vgl. Formulierungsvorschlag bei Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 687 f.).

c) Von *Gondert/Behrens* (GmbHR 1997, 685) wird alternativ eine Regelung vorgeschlagen, **nach der der gesamte, noch nicht ausgeschüttete Gewinn dem Käufer zustehen soll. § 101 BGB wird ausdrücklich ausgeschlossen**. Die Abgeltung dieses mitveräußerten Gewinns soll über eine **entsprechende Erhöhung des Kaufpreises erfolgen**, wobei auch hierbei wieder die Frage geklärt werden muß, ob bei Abweichen des geschätzten vom tatsächlichen Gewinn eine Korrekturzahlung erfolgen soll oder nicht (vgl. Formulierungsbeispiele zu beiden Klauseln bei Gondert/Behrens, a. a. O.).

d) Soll es dagegen bei der **Regelung des § 101 Nr. 2 BGB verbleiben**, etwa weil keine Doppelbelastung eintritt (z. B. der Veräußerer hält den Anteil im Privatvermögen und es liegt kein Fall des § 17 EStG bzw. 21 UmwStG vor), oder die Doppelbelastung wird von den Beteiligten in Kauf genommen, dann wird von der Literatur darauf hingewiesen, daß in diesen Fällen zur **Vermeidung von Auslegungszweifeln im Vertrag eindeutig festzulegen ist, welche Beträge der Käufer dem Verkäufer im Falle einer nach Anteilsübertragung beschlossenen Gewinnausschüttung zu zahlen hat** (so Weber, GmbHR 1995, 497; Wichmann, GmbHR 1995, 428; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 687 mit Formulierungsvorschlag). Wird im Vertrag eine Regelung getroffen, nach der der Erwerber verpflichtet ist, den "Vorjahresgewinn" oder einen Zeitanteil des laufenden "Gewinns" an den Veräußerer abzuführen, so bleibt die Frage, was unter dem Begriff "Gewinn" zu verstehen ist. Offen bleibt hier insbesondere die Frage, wem die Körperschaftsteuergutschrift sowie die anrechenbare Kapitalertragsteuer zuzurechnen ist (vgl. Schuck, DStR 1996, 576; vgl. auch Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 687), ob der Bruttobetrag oder der Nettobetrag nach Steuern abzuführen ist (der Käufer muß ja nach § 20 Abs. 2 a EStG den ausgeschütteten Gewinn versteuern) und welche Bilanz für diesen Gewinn u. U. maßgeblich ist (Handelsbilanz oder Steuerbilanz; vgl. zu einer derartigen Auslegungsfrage BGH MittRhNotK 1994, 107 mit Anm. Schuck, der empfiehlt, auf den ertragsteuerlichen Gewinn abzustellen).

Gondert/Behrens (GmbHR 1997, 687) sind, soweit ersichtlich, die einzigen, die bisher einen **Formulierungsvorschlag** abgegeben haben:

"Der Verkäufer kann vom Käufer Auszahlung des auf den Geschäftsanteil bis zum Übertragungstichtag entfallenden Gewinns des laufenden Geschäftsjahres verlangen. Als Gewinn gilt, was von dem von der Gesellschaft an den Käufer ausgezahlten zeitanteiligen Gewinn zzgl. des Körperschaftssteuer- sowie des Kapitalertragsteueranrechnungsguthabens nach Versteuerung durch den Käufer verbleibt. Der Berechnung ist ein Steuersatz (ggf. einschl. Gewerbeertragsteuer) in Höhe von zugrunde zu legen. Sofern der tatsächliche individuelle Steuersatz davon abweicht, erfolgt keine Korrektur. Ein späterer Gewinn

steht dem Käufer zu. Der Käufer verpflichtet sich, alsbald nach Feststellung des Jahresabschlusses einer Vollausschüttung zuzustimmen. Über § 20 Abs. 2 a EStG wurde belehrt.“

Durch diese Regelung werden Unzuträglichkeiten vermieden, die sonst entstehen könnten, wenn der Käufer den Bruttogewinn zu versteuern und gleichzeitig an den Verkäufer den Bruttobetrag zu bezahlen hätte.

e) Ebenfalls von *Gondert/Behrens* (GmbHHR 1997, 688) empfohlen wird die Lösung der **Belastung des GmbH-Anteils mit einem Nießbrauch zugunsten des Verkäufers**. Danach soll sich der Verkäufer an dem Geschäftsanteil ein Nießbrauchsrecht vorbehalten. Der Nießbrauch soll danach zeitlich beschränkt werden und mindestens bis zum Zeitpunkt des ersten auf die **A n t e i l s ü b e r t r a g u n g f o l g e n d e n** Gewinnausschüttungsbeschlusses dauern. Diese Gestaltung, die allerdings noch nicht richterlich geklärt ist, macht sich § 20 Abs. 2 a S. 3 EStG zunutze, wonach ein Nießbraucher, dem die Einnahmen zuzurechnen sind, als Anteilseigner im Sinne der Vorschrift gilt. Die Literatur ist daher der Auffassung, daß unter diesen Umständen die Dividende dem Vorbehaltsnießbraucher, also dem Veräußerer zuzurechnen ist, wenn zum Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses der Nießbrauch bestand. Bei dieser Gestaltung wird allerdings ebenfalls empfohlen, daß dem Nießbraucher die Gesellschaftsrechte einzuräumen sind, so daß eine ähnliche Situation besteht wie bei einer bedingten Abtretung (oben 3a). Eine zeitanteilige Verteilung entsprechend § 101 BGB ist bei dieser Gestaltung ebenfalls nicht möglich. **Durch diese Gestaltung kann erreicht werden, daß die Vorjahresgewinne noch dem Veräußerer zugerechnet, die laufenden Gewinne des Übertragungsjahres dem Erwerber zugerechnet werden.**

f) Abschließend ist festzustellen, daß sich wegen dieser Trennung der zivilrechtlichen von der steuerrechtlichen Gewinnzurechnung eine aus steuerlicher Hinsicht günstige Lösung zuverlässig nur ermitteln läßt, wenn die steuerliche Gesamtsituation sowohl des Verkäufers als auch des Erwerbers berücksichtigt wird. Je nachdem, ob etwa der Veräußerer oder der Erwerber den Geschäftsanteil im Betriebsvermögen oder Privatvermögen hält, ob es sich um eine wesentliche Beteiligung i. S. d. EStG o. ä. handelt, ist die zivilrechtliche Gewinnzurechnung steuerlich vorteilhafter oder nachteiliger. **Eine abschließende Gesamtbewertung kann nur ein Steuerberater durch eine Vergleichsrechnung vornehmen**, aus der dann die konkrete, steuerlich günstigste Gewinnverteilungsklausel abgeleitet werden kann (vgl. *Gondert/Behrens*, GmbHHR 1997, 682; *Schuck*, DStR 1996, 371; *Vossius*, NotBZ 1998, 75).

Philippinen - Minderjährigenadoption

I. Sachverhalt

Die Ehefrau ist philippinische Staatsangehörige, der Ehemann deutscher Staatsangehöriger. Die Eheleute haben im Jahre 1997 in Deutschland die Ehe geschlossen. Die Ehefrau hat ein nichteheliches Kind mit in die Ehe gebracht, welches im Jahre 1992 geboren wurde und die philippinische Staatsangehörigkeit besitzt. Alle Beteiligten

haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Der Ehemann möchte nunmehr das Kind seiner Ehefrau adoptieren.

II. Frage

1. Nach welchem Recht wird die Adoption durchgeführt werden?
2. Welche Anträge und Einwilligungen sind hierfür erforderlich?
3. Kann, soweit nach philippinischem Recht die Einwilligung des nichtehelichen Vaters des Kindes erforderlich sein sollte, diese ersetzt werden?
4. Welches Gericht ist für die Adoption zuständig?

III. Rechtslage

1. Das auf die Adoption anwendbare Recht

Das auf die Annahme als Kind anwendbare Recht bestimmen aus deutscher Sicht die Art. 22, 23 EGBGB. Danach ist bei einer Einzeladoption grundsätzlich das Heimatrecht des Annehmenden, bei der Adoption durch ein Ehepaar das Recht der persönlichen Wirkungen ihrer Ehe berufen. Darüber hinaus findet das Heimatrecht des Kindes für seine Zustimmung zur Adoption und die Zustimmung seiner Verwandten Anwendung.

a) Das nach Art. 22 EGBGB berufene Recht

Gemäß Art. 22 Satz 2 EGBGB unterliegt die Annahme durch einen oder beide Ehegatten dem Recht, das nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist. Nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB ist bei gemischt-nationalen Ehen, wie vorliegend, das Recht des Staates berufen, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, und zwar zum Zeitpunkt der Adoption (*Staudinger/Henrich*, 13. Aufl. 1996, Art. 22 EGBGB Rn. 7). Für die Voraussetzungen (insbesondere Altersgrenzen, Probezeit und ähnliches), die Art und Weise des Zustandekommens (Mitwirkungsrechte usw.) und teilweise auch die Wirkungen der Adoption gilt demnach vorliegend das deutsche Recht.

b) Das nach Art. 23 EGBGB berufene Recht

Art. 23 EGBGB bestimmt darüber hinaus, daß die Erforderlichkeit der Zustimmungen des Kindes sowie der Personen, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, sich nach dem Recht des Staates, dem das Kind angehört, richtet, vorliegend also nach philippinischem Recht. Streitig ist, ob es sich bei der Verweisung durch Art. 23 EGBGB um eine Gesamtverweisung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB handelt (*Staudinger/Henrich*, a. a. O., Art. 23 EGBGB Rn. 6; *Jayme*, Kindesrecht und Rückverweisung im internationalen Adoptionsrecht, IPRax 1989, 157) oder ob es sich um eine Sachnormverweisung handelt (*Palandt/Heldrich*, 57. Aufl. 1998, Art. 23 EGBGB Rn. 2; *BayObLG NJW-RR* 1988, 1352). Folgt man der Auffassung, daß es sich um eine Gesamtverweisung handelt, ist zunächst das internationale Privatrecht der philippinischen Rechtsordnung zu beachten.

Eine besondere Regelung des Adoptions- oder Zustimmungsstatuts fehlt im philippinischen Internationalen Privatrecht. Jedoch knüpft das philippinische Kollisionsrecht das Personalstatut im weitesten Sinne an die Staatsangehörigkeit an, wie sich aus Art. 15 des philippinischen Civil Code (CC) ergibt. Diese Anknüpfung gilt auch in Kind- und Vormundschaftssachen (*Bergmann/Ferid/Cieslar*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Philippinen, Stand: 31.12.1995, S. 12). Art. 15 CC bestimmt im

Wortlaut:

Art. 15

Die Gesetze betreffend die Rechte und Pflichten der Familie oder den Personenstand, die Stellung und die Geschäftsfähigkeit der Person sind für die philippinischen Staatsangehörigen bindend, auch wenn sie im Ausland leben.

(Bergmann/Ferid/Cieslar, a. a. O., S. 44).

Da somit auch das philippinische IPR infolge der philippinischen Staatsangehörigkeit des Kindes philippinisches Recht auf seine Zustimmung anwenden würde, ist vorliegend irrelevant, ob es sich bei Art. 23 S. 1 EGBGB um eine Gesamt- oder Sachnormverweisung handelt.

2. Erforderliche Zustimmungen nach philippinischem Adoptionsrecht

Welche Zustimmungen für eine Adoption nach philippinischem Adoptionsrecht erforderlich sind, regelt Art. 188 CC:

Art. 188

Die schriftliche Zustimmung folgender Personen ist für die Adoption notwendig:

(1) der zu adoptierenden Person, wenn sie 10 Jahre alt oder älter ist;

(2) der leiblichen Eltern eines Kindes oder seines Vormunds oder der entsprechenden autorisierten staatlichen Institutionen;

(3) der ehelichen und adoptierten Kinder der adoptierenden Eltern im Alter von 10 oder mehr Jahren;

(4) der nichtehelichen Kinder des adoptierenden Elternteils im Alter von 10 oder mehr Jahren, wenn sie bei diesem leiblichen Elternteil ggf. dessen Ehegatten leben; und

(5) ggf. des Ehegatten der verheirateten adoptierenden oder zu adoptierenden Person.

(Bergmann/Ferid/Cieslar, a. a. O., S. 38).

Danach wäre vorliegend also grundsätzlich die Zustimmung des nichtehelichen, leiblichen Vaters erforderlich. Eine Regelung, in welchen Fällen und ggf. wie die entsprechende Einwilligung ersetzt werden kann, trifft das philippinische Recht nicht.

3. Ersatzweise Anwendung deutschen Rechts

Art. 23 S. 2 EGBGB unterstellt die **Zustimmungserfordernisse des Kindes und seiner Verwandten ausnahmsweise statt dem Personalstatut des Kindes dem deutschen Recht, soweit es zum Wohl des Kindes erforderlich ist.** Diese Vorschrift will das Heimatrecht des Kindes dort unberücksichtigt lassen, wo es sich zu Lasten des Kindes auswirkt (Baumann, Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung, 1992, S. 46 f.). Sie will ermöglichen, das Kind in die Adoptivfamilie einzugliedern, wenn es sich seit längerer Zeit in deren Obhut befindet und wenn

die Zustimmungsvoraussetzungen nach ausländischem Recht nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten erfüllbar sind (Baumann, a. a. O., S. 47).

Die Erforderlichkeit der Anwendung des deutschen Rechts ergibt sich aus objektiven Gesichtspunkten in bezug auf die Annahme als Kind und ihre notwendigen Voraussetzungen (BayObLG FamRZ 1988, 868, 870). Ob es für die Erforderlichkeit genügt, daß es dem Wohl des Kindes dient, deutsches Recht anzuwenden, oder ob dieses vielmehr für das Kindeswohl unerlässlich sein muß, ist zweifelhaft. Das Wohl des Kindes verlangt jedoch in erster Linie, daß die Interessen des Kindes bei seiner Adoption in einem grundlegenden Bereich gem. Art. 23 S. 1 EGBGB nach seinem Personalstatut gewährleistet sind. Das fremde Zustimmungsrecht darf daher nicht voreilig nach Art. 23 S. 2 EGBGB außer acht bleiben. Bei Art. 23 S. 2 EGBGB handelt es sich deshalb um eine Ausnahmevorschrift, die als solche eng, anhand strenger Maßstäbe auszulegen ist (BayObLG FamRZ 1988, 868, 870; OLG Celle StAZ 1989, 9, 10; Palandt/Heldrich, a. a. O., Art. 23 EGBGB Rn. 6; Staudinger/Henrich, a. a. O., Art. 23 EGBGB Rn. 32; Baumann, a. a. O., S. 48). Deutsches Recht ist also nicht schon dann anwendbar, wenn es einfacher und für das Kind besser ist. Vielmehr müssen ernsthafte Nachteile von dem Kind dadurch abgewendet werden können, daß statt des ausländischen das deutsche Recht gilt. Es muß mit dem Wohl des Kindes unvereinbar sein, sein Personalstatut anzuwenden (OLG Celle StAZ 1989, 10).

Ob vorliegend die Zustimmungserfordernisse ausnahmsweise nach deutschem Recht beurteilt werden können, muß anhand der nicht in allen Einzelheiten bekannten Sachverhaltsumstände i. e. geprüft werden und kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend beurteilt werden.

4. Form der erforderlichen Zustimmungserklärungen

Nach dem vorliegend grundsätzlich berufenen philippinischen Recht würde bereits die Schriftform für die Zustimmungserklärungen ausreichen (Art. 188 CC). Dies ist auch aus der Sicht des deutschen IPR genügend, da nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB für die Form die Einhaltung entweder der Geschäftsrechtsform oder der Ortsform genügt. Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist nach h. M. auch auf die Zustimmung zur Adoption anwendbar (MünchKomm-Klinkhardt, 3. Aufl. 1998, Art. 23 EGBGB Rn. 10). Die Gegenmeinung, die die Anwendung des jeweiligen Sachrechts verlangt (BayObLG StAZ 1978, 294, 296), kommt hier zu keinem anderen Ergebnis, da das philippinische Sachrecht gerade die weniger strenge Form vorsieht. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Belehrung der Beteiligten über die Bedeutung ihrer Erklärungen empfiehlt sich allerdings eine notarielle Beurkundung der Zustimmungen, wie sie in § 1750 Abs. 1 S. 2 BGB bei Anwendung des deutschen Rechts vorgesehen ist.

5. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Die deutschen Gerichte sind für eine Adoption nach Maßgabe des § 43 b Abs. 1 FGG in all den Fällen international zuständig, in denen der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Gegen die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bestehen vorliegend

demnach keine Bedenken.

Für die Angelegenheiten, welche die Annahme eines Kindes betreffen, ist gem. § 43 b Abs. 2 FGG das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Annehmende oder einer der annehmenden Ehegatten seinen Wohnsitz oder, falls ein solcher im Inland fehlt, seinen Aufenthalt hat.

Gutachten im Faxabruf

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

BauGB § 133 Abs. 3 S. 5
Ablösungsvereinbarung bei Teilflächenverkauf
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1186

WEG §§ 5, 7
Wohnungseigentum an getrennten Häusern; gemeinsamer Wasseranschluß
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1187

GmbHG §§ 15, 16, 47; BGB §§ 177, 182, 184
Rechtswirkungen der Anmeldung eines neuen Gesellschafters; Abhaltung einer Gesellschafterversammlung unmittelbar an eine beurkundete Geschäftsanteilsabtretung; Heilung eines Nicht-Beschlusses
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1322

Serbien - Pflichtteilsrecht; Pflichtteilsverzicht
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1450

Rechtsprechung

BGB § 504
Qualifizierung einer Vereinbarung als kaufähnlicher Vertrag für Vorkaufsfall

Wendet der Eigentümer in einem "Erbvertrag" durch "Vermächtnis" seine Eigentumswohnung einem anderen gegen Zahlung eines bestimmten Betrages mit der Verpflichtung zu, zu Lebzeiten Verfügungen über das Wohnungseigentum (einschließlich Maßnahmen der Zwangsvollstreckung) zu unterlassen, und sichert er diese Unterlassungspflicht durch einen bedingten Übereignungsanspruch, der durch eine Auflassungsvormerkung bewährt ist, sowie durch weitere Nebenabreden ab, so kann diese Vereinbarung als "kaufähnlicher" Vertrag einen Vorkaufsfall im Sinne des § 504 BGB begründen (Fortführung von BGHZ 115, 335 ff.).

BGH, Urt. v. 20.03.1998 - V ZR 25/97
Kz.: L I 1 - § 504 BGB
Dokumentennr. Fax-Abruf: 691

Problem

Im vorliegenden Fall war fraglich, ob ein ein Vorkaufsrecht auslösender Vorkaufsfall vorlag. Nach § 504 BGB hat der sog. Vorkaufsfall als Voraussetzung

einen **wirksamen Kaufvertrag** zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Drittkäufer. In diesem Fall kann der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausüben. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts tritt der Ausübende nicht in den Drittkauf ein, sondern es **entsteht ein neuer selbständiger Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten**. Im vorliegenden Fall schlossen der Verkäufer und der Dritte einen als "Erbvertrag" bezeichneten notariellen Vertrag. Darin "vermachte" der Verkäufer dem Dritten eine Eigentumswohnung. Der Dritte hatte eine Briefgrundschuld und eine Darlehensverbindlichkeit zu übernehmen. Außerdem mußten mehrere Raten und ein monatlicher Betrag bezahlt werden. Der Dritte sollte über das Wohnungseigentum nur mit Zustimmung bestimmter Personen verfügen dürfen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung wurde ein Anspruch auf Übertragung der Wohnung an die dritte Person vereinbart, der durch eine Auflassungsvormerkung gesichert wurde. Die Vorkaufsberechtigte übte daraufhin ihr Vorkaufsrecht aus.

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, daß es Vertragsgestaltungen gebe, die einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, daß sie - unter Berücksichtigung der Interessen des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsverpflichteten - gleichgestellt werden können. Bei der Frage, ob ein Vorkaufsfall gegeben sei, müßten rein formale Kriterien zurücktreten gegenüber einer materiellen Betrachtungsweise und einem interessengerechten Verständnis. Umgehungsgestaltungen werden daher in der Regel als Vorkaufsfall qualifiziert (vgl. eingehend BGHZ 115, 335). Entscheidend sei nicht die Vertragsbezeichnung, sondern der im Vertragsinhalt zum Ausdruck gebrachte Wille der Erklärenden. Unter Bewertung des gesamten Vertrages und der Interessenlage kommt daher der BGH zu der Auffassung, daß es sich letztlich um eine Vertragsgestaltung handelte, die kaufähnlich sei und nur dazu dienen sollte, die Vorkaufsrechtsausübung unmöglich zu machen, da keine Gründe ersichtlich seien, die Sache anders als durch Verkauf zu veräußern. Zur abschließenden Bewertung verwies der BGH die Sache zurück an das Berufungsgericht.

BGB § 652
Maklerprovision und Verflechtung

Eine "unechte Verflechtung" des Maklers mit dem Verkäufer, die den Anspruch des Maklers gegen den Käufer auf die vereinbarte Provision entfallen läßt, ergibt sich nicht ohne weiteres daraus, daß der Makler die Vollmacht des Verkäufers besitzt, den Hauptvertrag (hier: Grundstücksveräußerung) in seinem Namen - zu einem bestimmten Preis - abzuschließen.

BGH, Beschl. v. 26.03.1998 - III ZR 206/97
Kz.: L I 1 - § 652 BGB
Dokumentennr. Fax-Abruf: 692

Problem

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß einem Makler kein Vergütungsanspruch zusteht, wenn durch seine

Tätigkeit ein Hauptvertrag mit einer Person zustandekommt, mit der der Makler "verflochten" ist (BGH NJW 1992, 2818). Im vorliegenden Fall war fraglich, ob eine derartige, den Makleranspruch ausschließende Verflechtung vorliegt, wenn der Makler eine Verkaufsvollmacht des Verkäufers besitzt.

Entscheidung

Der BGH hatte bereits früher entschieden, daß eine derartige Verflechtung vorliegt, wenn der Makler gleichzeitig als Stellvertreter der Gegenseite über den Abschluß des von ihm vermittelten Hauptvertrages entscheidet. Dieser Grundsatz gelte nicht nur für den gesetzlichen Geschäftsführer, sondern auch für den Bevollmächtigten (BGH WM 1979, 58), im letzteren Fall allerdings nur dann, wenn der betreffende rechtsgeschäftliche Vertreter selbständig darüber zu entscheiden habe, ob der in Rede stehende Hauptvertrag abgeschlossen werden soll (Dehner, NJW 1993, 2225). Bei einem Bevollmächtigten, der einen Vertrag aufgrund eigener Willensbildung abschließen, sei in gleicher Weise ein Interessenkonflikt institutionalisiert wie etwa bei dem Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage, von dessen Zustimmung die Gültigkeit eines Wohnungsverkaufs abhängig ist (dazu BGHZ 112, 240, 242). Im vorliegenden Fall ist allerdings der BGH der Auffassung, daß noch keine derartige Verflechtung vorliegt, da die Maklerin als Bevollmächtigte des Verkäufers von seinen Weisungen abhängig war. Die Vollmachterteilung als technisches Hilfsmittel zur Durchführung des Kaufvertrages ändere grundsätzlich nichts an der Verpflichtung, die Interessen beider Parteien zu wahren.

BGB § 1477 Abs. 2 S. 2 Übernahmerecht bei Beendigung der Gütergemeinschaft

a) Ein Nachlaßgegenstand ist auch dann im Sinne des § 1477 Abs. 2 S. 2 BGB durch Erbfolge erworben, wenn er einem Miterben im Zuge der Erbauseinandersetzung zugefallen ist und der Miterbe Ausgleichszahlungen an die übrigen Erben leisten mußte.

b) Das Recht eines Ehegatten, bei der Auseinandersetzung einer ehelichen Gütergemeinschaft ein durch Erbfolge erworbenes Grundstück zu übernehmen, wird durch eine nach dem Erwerb durchgeführte Flurbereinigung nicht beeinträchtigt.

BGH, Urt. v. 25.03.1998 - XII ZR 139/96

Kz.: L I 1 - § 1477 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 690

Problem

Bei Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft besteht für jeden Ehegatten nach § 1477 Abs. 2 BGB ein **Gestaltungsrecht auf Übernahme** von bestimmten Gegenständen, die er entweder selbst in die Gütergemeinschaft eingebracht oder während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat. Im

vorliegenden Fall hatte die Ehefrau u. a. ein Grundstück zu 1/3 zusammen mit ihren Schwestern geerbt. Im Wege der Erbauseinandersetzung erhielt die Ehefrau das erwähnte Grundstück übertragen gegen eine Ausgleichszahlung an ihre beiden Geschwister. Das Grundstück war in ein Flurbereinigungsverfahren einbezogen, innerhalb dessen teilweise die Grundstücksflächen geändert wurden. Es war nun fraglich, ob ein Übernahmerecht deswegen bestand, weil ein Erwerb "durch Erbfolge" vorlag.

Entscheidung

Der BGH bejaht das Übernahmerecht. Grund für die Gewährung dieses Rechts sei die Tatsache, daß der Erwerb auf besonderen persönlichen Beziehungen des Ehegatten zum früheren Rechtsinhaber beruhe. Hierdurch sollten Vermögenswerte aus der Familie des bedachten Ehegatten erhalten bleiben. Diese Argumentation gelte ebenso, wenn ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte einen Gegenstand gegen Zahlung einer Abfindung an seine Geschwister von seinen Eltern nach dem Tod durch Erbfolge und einen Erbauseinandersetzungsvertrag mit seinen Geschwistern erlangt habe. Der Annahme, die Ehefrau habe die Grundstücke im Wege der Erbfolge erworben, stehe auch nicht entgegen, daß der Zuschnitt der Grundstücke durch die durchgeführte Flurbereinigung verändert worden sei. Zwar bestehe nach allgemeiner Auffassung kein Übernahmerecht an Surrogaten eines Gegenstandes. Bei Veränderung der Grenzen im Wege der Flurbereinigung könne man jedoch nicht davon ausgehen, daß der Eigentümer als Surrogat für das alte Grundstück ein neues Grundstück erhalten habe. Im Sinne des Übernahmerechts handele es sich jedenfalls um dasselbe Grundstück.

BGB §§ 167 Abs. 2, 1410 Form der Vollmacht für einen Ehevertrag

Die widerruflich erteilte Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages bedarf grundsätzlich keiner notariellen Beurkundung.

BGH, Urt. v. 01.04.1998 - XII ZR 278/96

Kz.: L I 1 - § 1410 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 693

Problem

Die Beteiligten schlossen am 21.11.1989 einen notariell beurkundeten Ehevertrag. Hierin hoben sie die bisherige Gütertrennung auf und vereinbarten rückwirkend die Zugewinnngemeinschaft. Die Ehefrau war bei der Beurkundung durch eine Angestellte des Notars vertreten, der sie eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt hatte. Im Scheidungsverfahren berief sich die zugewinnausgleichspflichtige Ehefrau auf die Unwirksamkeit der Vollmacht und des Ehevertrages. Die Vorinstanz ging davon aus, daß die Vollmacht im vorliegenden Fall nicht aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 1410, 167 Abs. 2 BGB notariell beurkundet werden mußte (vgl. OLG Frankfurt DNotI-Report 1997, 221; a. A. aber Einsele, NJW 1998, 1206 ff.).

Entscheidung

In seiner für die Praxis wichtigen Entscheidung schließt sich der BGH der Auffassung des OLG Frankfurt an. Der **BGH hält es auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht für gerechtfertigt, die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages generell der Form des § 1410 BGB zu unterwerfen**, da der Gesetzgeber der Schutzfunktion des heutigen § 1410 BGB gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs grundsätzlich keinen Vorrang eingeräumt habe. Der BGH geht weiter davon aus, daß bei einer Ausdehnung der Beurkundungspflicht des Ehevertrages auf die Abschlußvollmacht nichts Entscheidendes für die Schutz- und Warnfunktion des § 1410 BGB gewonnen sei, da sich die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG bei der Vollmachtserteilung ohnehin nicht notwendig auch auf den Inhalt und die Ausgestaltung des Vertretergeschäfts beziehe. Nach Auffassung des BGH können die zur Blankobürgschaft entwickelten Grundsätze (vgl. BGHZ 132, 119, 124 f.) wegen der andersgearteten Interessenlage auf den Fall des § 1410 BGB nicht angewendet werden. Denn hier gehe es allein um die sachgerechte Aufklärung der Vertragsteile über die Konsequenzen einer von ihnen beabsichtigten Regelung, und dieser Schutzzweck könne - wie bereits oben erwähnt - allein durch den Formzwang der Vollmacht nicht gefördert werden.

Im vorliegenden Fall sei die **Vollmacht auch nicht unwiderruflich oder sonst mit gleicher rechtlicher oder tatsächlicher Bindung erteilt worden, was bei Anwendung der zu § 313 BGB ergangenen Rechtsprechung eine Beurkundungspflicht begründet hätte**. Die zum Teil in der Literatur vertretene Auffassung, eine Vollmacht sei auch dann formbedürftig, wenn der Vertreter keinen eigenen Entscheidungsspielraum habe (vgl. Staudinger/Thiele, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1410 Rn. 5), lehnt der BGH dagegen ab, da für ein Formerfordernis in diesen Fällen kein besonderer Grund vorliege. Ausgehend von der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation läßt der BGH schließlich offen, inwieweit andere Fallgestaltungen, die nach den zu § 313 BGB entwickelten Grundsätzen eine Formbedürftigkeit der Vollmacht bedingen, auch für Eheverträge von Bedeutung sind.

BGB §§ 107, 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Grundstücksüberlassung an Minderjährigen bei vorbehaltenem Rückübertragungsanspruch

Ein Vertrag, durch den einem Minderjährigen ein Grundstück (hier: Wohneigentum) geschenkt wird, bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB, wenn sich der Schenker nicht nur die Rechte nach §§ 528, 530 BGB vorbehält, sondern für weitere Fälle ein Rückübertragungsanspruch Dritter begründet wird und sich der Minderjährige verpflichtet, an der Rückübertragung mitzuwirken. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht ist schon dann zu bejahen, wenn auch nur Zweifel bestehen können, ob der Minderjährige nur mit dem geschenkten Gegenstand haftet.

OLG Köln, Beschl. v. 10.11.1997 - 14 Wx 10/97

Lz.: L I 1 - § 1821 BGB

Dokumentennr. Fax-Abuf: 694

Problem

Bei Grundstücksüberlassungen an Minderjährige stellt sich stets die Frage, ob der Erwerb nach § 1821 BGB vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden muß. Wegen des teilweise identischen Schutzzweckes von § 107 BGB und § 1821 BGB wird vertreten, daß ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft auch nicht genehmigungspflichtig sein könne (vgl. Klüsener, Rpfleger 1981, 466). Für die Frage des lediglich rechtlichen Vorteils ist dabei entscheidend, ob der Minderjährige aus seinem Vermögen, das er vor Abschluß des Vertrages besaß, nichts aufgeben und auch keine neuen Belastungen auf sich nehmen muß, damit der Vertrag zustande kommt (vgl. BayObLG DNotZ 1975, 219 ff. m. w. N.; OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 290; Jerschke, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A V Rn. 50). Im vorliegenden Fall hatte der Beteiligte zu 2 eine Eigentumswohnung an den Minderjährigen, vertreten durch seine Eltern, schenkweise übertragen. Neben einem Nießbrauch wurde den Eltern ein Eigentumsübertragungsanspruch "analog § 513 BGB" eingeräumt für die Fälle der Veräußerung und Belastung des Wohneigentums ohne ihre Zustimmung und für die Fälle der Zwangsvollstreckung in das Wohneigentum oder der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Wohnungseigentümers. Der Minderjährige verpflichtete sich, bei der Rückübertragung mitzuwirken. Zugunsten der Eltern wurde eine **A u f l a s s u n g s v o r m e r k u n g** eingetragen. Vormundschaftsgericht und Landgericht hielten den Vertrag für nicht genehmigungspflichtig.

Entscheidung

Das OLG Köln weist zunächst in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung darauf hin, **daß die Schenkung mit einer Belastung oder einer bei der Übertragung vollzogenen Belastung (etwa mit einem Nießbrauch) lediglich rechtlich vorteilhaft ist**. Weiter führt das OLG Köln aus, daß das Rechtsgeschäft auch dann rechtlich vorteilhaft bleibe, wenn sich der Schenker ein **Widerrufs- oder Rückforderungsrecht vorbehalten** habe, solange die Haftung des Minderjährigen **entsprechend § 531 Abs. 2 BGB auf die Herausgabe des Geschenkten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beschränkt** bleibe. Dies entspricht ebenfalls dem Standpunkt der herrschenden Rechtsprechung und Literatur, nach der das Rechtsgeschäft dann insgesamt rechtlich nachteilig wird, wenn der Minderjährige eine persönliche Verpflichtung (die vertragliche Verpflichtung zur Rückübertragung mit der Folge der §§ 280 ff. BGB bei Leistungsstörungen) oder eine zusätzliche persönliche Verpflichtung, z. B. den Verzicht auf Aufwendungsersatz, übernommen hat (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3611 m. w. N.; OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 290; Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 52 f.). Während aber beispielsweise das OLG Dresden in seinem Beschl. v. 02.04.1996 (MittBayNot 1996, 288 ff.) die Annahme einer nur bereicherungsrechtlichen Haftung des Minderjährigen recht großzügig beurteilt hat, verlangt das OLG Köln in der hier vorliegenden Entscheidung, daß die rein

bereicherungsrechtliche Haftung durch den Notarvertrag zuverlässig gesichert sein müsse, also eine **ausdrückliche Haftungsbeschränkung** enthalten sein müsse, um auch eine abstrakte Haftungsgefahr auszuschließen. Da dies hier zweifelhaft war, ging das OLG Köln wie bei anderen Zweifelsfällen von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht des Vertrages aus.

GmbHG § 11 Abs. 2; BGB §§ 414, 415 Haftung in der Vorgründungsgesellschaft

Zur Frage

a) der Haftung aus Handeln im Namen einer GmbH vor deren Errichtung,

b) der Zustimmung zur Schuldübernahme aus einem Rechtsgeschäft, das vor Errichtung einer GmbH in deren Namen getätigt worden ist, durch den Vertragspartner.

BGH, Urt. v. 09.03.1998 - II ZR 366/96

Kz.: L V 2 - § 11 GmbHG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 685

Problem

Vor Errichtung einer GmbH verkauften und lieferten der Beklagte und sein Sohn namens der GmbH eine Maschine. Der Klägerin war nicht bekannt, daß diese Gesellschaft nicht existierte. Über das Vermögen der Gesellschaft ist mittlerweile das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden. Mit ihrer Klage macht die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages geltend.

Entscheidung

Der BGH führt aus, daß die GmbH bei Abschluß des Kaufvertrages noch nicht gegründet war, so daß die Handelnden den Rechtsträger des Unternehmens, für das sie gehandelt haben, falsch bezeichneten. In einem solchen Fall werde der wahre Rechtsträger aus dem betriebsbezogenen Geschäft berechtigt und verpflichtet (BGHZ 91, 148, 152). Deshalb hafte der Beklagte unbeschränkt für die Kaufpreisschuld. Durch die spätere Gründung der GmbH gingen die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrag nicht automatisch auf die Vor-Gesellschaft und mit der Handelsregistereintragung auf die GmbH über. Um den Beklagten von der Kaufpreisschuld zu befreien und die Vor-GmbH zu verpflichten, hätte es nach Ansicht des BGH vielmehr einer Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 BGB - oder einer die Schuldübernahme umfassenden Vertragsübernahme - durch die Vor-GmbH bedurft.

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 6 Abs. 2, Abs. 4 Einheitliche Beurteilung der Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 2 GrEStG bei Errichtung eines Gebäudes nach Anteilerwerb

Die Frage, ob die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG nach § 6 Abs. 4 GrEStG zu versagen oder zu

verringern ist, kann hinsichtlich des Grundstücks und eines darauf errichteten Gebäudes nur einheitlich beantwortet werden. Ist die Steuervergünstigung für den Erwerb des Grundstücks nach § 6 Abs. 4 GrEStG zu versagen oder zu verringern, so gilt dies für das miterworbene Gebäude auch dann, wenn dieses erst errichtet worden ist, nachdem der grundstückserwerbende Gesamthänder seine Beteiligung an der Gesellschaft erworben oder aufgestockt hat.

BFH, Urt. v. 16.07.1997 - II R 27/95

Kz.: L IX 4 - § 6 GrEStG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 695

Problem

Durch Gesellschaftsvertrag vom 04.01.1984 gründete die Klägerin zusammen mit der B-GmbH eine GbR. Der Zweck der Gesellschaft war die Bebauung, Vermietung und Verpachtung eines bestimmten Grundstücks. Der Gesellschaftsanteil jedes Gesellschafters betrug 50 vom Hundert. Am 08.10.1984 erwarb die GbR das im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Grundstück. Am 19.12.1984 übernahm die Klägerin mit Wirkung zum 01.01.1985 von der B-GmbH deren Gesellschaftsanteil in Höhe von 45 vom Hundert. Ein Entgelt hierfür wurde nicht entrichtet, Einlagen in die GbR waren bis zu diesem Zeitpunkt nicht erbracht worden. 1985 wurde das Grundstück bebaut. Zum 30.12.1986 schied die B-GmbH aus der GbR aus, wobei ein Entgelt für das Ausscheiden der B-GmbH nicht bezahlt und diese aus der Mithaftung für die Verbindlichkeiten der GbR freigestellt wurde. Das Finanzamt setzte für den durch Anwachsung des Vermögens erfolgten Erwerb des Grundstücks durch die Klägerin Grunderwerbsteuer gegen diese fest. Hierbei ließ sie gem. § 6 Abs. 2 GrEStG 50 vom Hundert steuerfrei.

Entscheidung

Der BFH stellt zunächst fest, daß die Anwachsung nach § 142 Abs. 3 HGB i. V. m. § 738 BGB ein Grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG ist, soweit der GbR ein Grundstück gehört. In diesen Fällen sei die Gegenleistung nach § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 GrEStG dem Vertrag über den Erwerb des Gesellschaftsanteils als ersetzendem Rechtsakt zu entnehmen (BFHE 178, 468; BStBl II 1995, 903). Beim Übergang vom Grundstückseigentum infolge Anwachsung gehörten vom erwerbenden Gesellschafter übernommene Verbindlichkeiten der untergegangenen Personengesellschaft zur Gegenleistung. Die Schulden der Gesellschaft, für die der übernehmende Gesellschafter nunmehr allein einzustehen habe, gehörten insgesamt zur Gegenleistung. Denn beim Kauf eines Grundstücks durch einen Gesellschafter von einer Personengesellschaft gegen Übernahme von Schulden gehöre die Schuldübernahme im vollen Umfang zur Gegenleistung, auch wenn der Gesellschafter als solcher bereits vorher für die Gesellschaftsschulden einzustehen hatte. Der Erwerb der Klägerin sei nach § 6 Abs. 2 GrEStG in Höhe von 50 vom Hundert begünstigt, da die vermögensmäßige Beteiligung im Erwerbszeitpunkt in Höhe von 95 vom Hundert noch keine fünf Jahre bestand und deshalb wegen § 6 Abs. 4 GrEStG in dieser Höhe nicht berücksichtigt werden konnte.

Der darüber hinaus von der Klägerin begehrten Vergünstigung in Höhe von 45 vom Hundert der auf das

Gebäude entfallenden Gegenleistung stehe § 6 Abs. 4 GrEStG entgegen. Zwar sei das Gebäude von der GbR erst errichtet worden, als die Klägerin bereits mit 95 vom Hundert an der GbR vermögensmäßig beteiligt gewesen sei. Dies führe jedoch nicht dazu, daß die Steuer in Höhe von 95 vom Hundert des auf das Gebäude entfallenden Teils der Gegenleistung unerhoben bleiben könne. Die Sperrfrist des § 6 Abs. 4 GrEStG greife zwar entgegen dem Wortlaut in den Fällen nicht, in denen die veräußernde Gesamthand noch keine fünf Jahre vor dem Erwerbsvorgang bestanden habe bzw. die veräußernde Gesamthand das Grundstück innerhalb des Fünfjahreszeitraums erworben habe, wenn die Beteiligungsverhältnisse an der veräußernden Gesamthand seit dem Erwerb des Grundstücks durch diese unverändert geblieben seien (BFH, Urt. v. 18.05.1994, BFH/NV 1995, 267; BFHE 95, 292, BStBl II 1969, 400). Diese Auslegung finde jedoch dort ihre Grenze, wo sie gegen andere grundlegende Prinzipien des GrEStG verstoßen würde. Das Grunderwerbsteuerrecht sehe das Grundstück im bürgerlich-rechtlichen Sinn auch Grunderwerbsteuerrechtlich als Einheit an, es sei denn, eine Abweichung sei ausdrücklich vom Gesetz angeordnet (§ 2 Abs. 1 und 2 GrEStG). Grundstück und aufstehendes Gebäude müßten Grunderwerbsteuerlich als Einheit behandelt werden, so daß Gegenstand des von der Klägerin verwirklichten Erwerbsvorgangs das mit einem Gebäude bebaute Grundstück sei. Die Frage, ob die der Klägerin dem Grunde nach zustehende Steuervergünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG nach § 6 Abs. 4 GrEStG ausgeschlossen sei, könne daher hinsichtlich Grundstück und Gebäude notwendigerweise nur einheitlich beantwortet werden. Die Versagung der Steuervergünstigung hinsichtlich des Grundstücks erfasse daher auch das aufstehende und einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks bildende Gebäude, das sowohl zivilrechtlich als auch Grunderwerbsteuerrechtlich automatisch mit übergegangen sei. Eine differenzierende Betrachtung sei insoweit nicht möglich.

Aktuelles

Das Schiedsgericht in Wohnungseigentumsverfahren

Seit Oktober 1997 besteht ein **“Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentumsachen in Leipzig”** - Kurzbezeichnung **“Ständiges Schiedsgericht”** mit Sitz in Leipzig (Geschäftsstelle, Richard-Bogue-Straße 2, 04425 Tucha; Tel.: 034298/5060, Fax: 034298/50611). Es ist zuständig für ganz Deutschland und insbesondere nicht auf die neuen Bundesländer beschränkt. Träger des Schiedsgerichts sind das Evangelische Siedlungswerk in Deutschland e. V. (ESW i. D.) in Nürnberg, das Deutsche Volksheimstättenwerk e. V. (vhw) in Bonn und der Dachverband Deutscher Hausverwalter e. V. (DHH) in München.

Das Schiedsgericht entscheidet erst- und letztinstanzlich. Es gibt also keine Rechtsmittel. Damit bleibt es auch billiger, zumindest gegenüber einem mehrinstanzlichen Verfahren. Die Entscheidungen werden ebenso wie die Gerichtsentscheidungen veröffentlicht. Eine erste vorläufige Schiedsrichterliste mit 17 Personen ist bereits erstellt.

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird als

Vereinbarung i. S. d. § 10 Abs. 2 WEG in der Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) festgelegt (§ 3 Abs. 2 Statut). Dabei handelt es sich um eine Schiedsklausel nach § 1029 Abs. 2 ZPO (n. F.). Bei einer notariellen Beurkundung ist kein gesondertes Schriftstück erforderlich (§ 1031 Abs. 5 ZPO n. F.). § 4 des Statuts enthält einen Formulierungsvorschlag. Hierbei sind zwei Bereiche abzudecken, nämlich die Schiedsklausel der Wohnungseigentümer untereinander (§ 4 Abs. 1) und die Schiedsvereinbarung mit dem Verwalter (§ 4 Abs. 3), die dann auch in den Verwaltervertrag Eingang finden muß. In der Diskussion um das Schiedsverfahren spielte die Frage eine große Rolle, ob eine Eigentümergemeinschaft auf alle Zeiten an das Schiedsverfahren gebunden bleibt, es sei denn, sie ändert die Gemeinschaftsordnung mit den Stimmen sämtlicher Miteigentümer. Deshalb wurde in den Vorschlag eine **Öffnungsklausel** aufgenommen, nach der die Eigentümergemeinschaft nach fünf Jahren durch Mehrheitsbeschluß von 75% sämtlicher Miteigentümer wieder zum Verfahren nach § 43 WEG zurückkehren kann. Damit soll ein Anreiz zur Einführung einer Schiedsklausel bei der Aufstellung der Gemeinschaftsordnung gegeben werden. Der nach § 8 WEG teilende Eigentümer wird so auch nicht dem Vorwurf ausgesetzt, er zwingt die künftigen Wohnungseigentümer auf alle Zeiten zum Schiedsgericht.

Von Bedeutung ist ferner, daß jede bestehende Eigentümergemeinschaft, die keine Schiedsabrede in der **Gemeinschaftsordnung** hat, durch **“vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschluß”** zum Schiedsverfahren allgemein oder auch für einen konkreten Einzelfall kommen kann (§ 3 Abs. 3 und 4 Statut). Die Wirksamkeit tritt ein, wenn ein solcher Beschluß nicht angefochten wird. Damit kann es interessant werden, das Schiedsgericht **“auszuprobieren”**.

Mit dem Schiedsverfahren werden für bestehende und Eigentümerneue Eigentümergemeinschaften wichtige Möglichkeiten geschaffen, rasche und von großer Sachkompetenz getragene Entscheidungen zu erreichen. Zugleich soll dies zu einer Entlastung der Gerichte führen.

Der vollständige Text des Statuts des Schiedsgerichts kann im **Fax-Abruf-Dienst, Dokumentennummer: 148** abgerufen werden. Statut und vorläufige Schiedsrichterliste sind auch abgedruckt in WE 1998, 95 ff.

Notar Friedrich Schmidt, Bayreuth

Literaturhinweise

Johannes Urban, Die steuerliche Förderung des Wohnungsbaus, systematische Gesamtdarstellung einschl. Eigenheimzulage, Werner Verlag Düsseldorf 1998, 384 Seiten, 128,— DM

Das vorliegende Werk des Kölner Finanzrichters Urban behandelt im Rahmen einer systematischen Gesamtdarstellung alle wesentlichen Probleme der steuerlichen Förderung des Wohnungsbaus und der Nutzung von Gebäuden zu Wohnzwecken. Angesprochen werden auch sämtliche damit im Zusammenhang stehenden Fragen wie z. B. Verträge zwischen nahen Angehörigen und Ablösung dinglicher Nutzungsrechte sowie umsatzsteuerliche Aspekte des Wohnungsbaus, die Grunderwerbsteuer, die Grundsteuer und das InvZulG 1999. Vor allem die in den Fußnoten berücksichtigte höchstrichterliche Finanzrechtsprechung ermöglicht es dem Praktiker, die angesprochene Thematik zu vertiefen. Dem Notar, der sich einen Überblick über die steuerliche Förderung des Wohnungsbaus und der Nutzung von Gebäuden zu Wohnzwecken verschaffen will, ohne auf die Kommentierungen zu den zahlreichen, quer durch das Steuerrecht verteilten Förder- und Ausnahmenvorschriften zurückzugreifen, kann das Werk nur zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Gerd Holland

Röhricht/von Westphalen (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1998, 2601 Seiten, DM 298,—

Das vorliegende Werk stellt einen neuen Großkommentar zum HGB dar, der von Praktikern verfaßt wurde. Die geplante Änderung zum HGB durch das HRefG wird in der Kommentierung zumindest ansatzweise bereits berücksichtigt. Das Werk zeichnet sich dadurch aus, daß es über eine reine Kommentierung des HGB hinausgeht und auch umfangreiche Ausführungen zu den modernen Verträgen des Handelsrechts, wie EDV-Verträge, Factoring, Leasing, Lizenzverträge etc., enthält.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, 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:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.