

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

8. Jahrgang
März 2000
ISSN 1434-3460

5/2000

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 24; BGB §§ 145, 3428, 873, 1113, 1191 - Freistellungsverpflichtung der abzulösenden Grundschuldgläubigerin

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 - "Wiederbelebung" einer erloschenen Auflassungsvormerkung

BNotO §§ 23, 24; BGB §§ 249; BeurkG § 54c - Notar-anderkonto und einseitiger Widerruf

BNotO §§ 15, 23, 24; BeurkG § 54a ff. - Pfändung von Zahlungsanspruch bei hinterlegtem Geld

GmbHG § 39 Abs. 1; HGB § 12 - Anmeldung zum

Handelsregister durch "Noch-Nicht-Geschäftsführer";
Registervollmacht

Hinweise für die Praxis

Zur Abziehbarkeit von wiederkehrenden Bezügen als "dauernde Last"

Aktuelles

Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und zum Bauvertragsrecht

Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 24; BGB §§ 145, 328, 873, 1113, 1191

Freistellungsverpflichtung der abzulösenden Grundschuldgläubigerin

I. Sachverhalt

Die D-Bank als Grundschuldgläubigerin hatte die Löschungsbewilligung für ein im Zuge der Kaufvertragsabwicklung zu löschendes Buchgrundpfandrecht dem Notar auflagenfrei übersandt. Daraufhin wurde der Kaufpreis gezahlt. Kurz nach Übersendung der Löschungsbewilligung trat die D-Bank jedoch ihr Grundpfandrecht an die L-Bank ab (offenbar weil sie die vorherige Erteilung der Löschungsbewilligung übersehen hatte). Die L-Bank verlangt nunmehr als Ablösebetrag Zahlung des gesamten (bereits an den Verkäufer gezahlten) Kaufpreises an sich. Über das Vermögen des Verkäufers wurde zwischenzeitlich das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet.

II. Frage

Ist die neue Grundschuldgläubigerin (L-Bank) zur auflagenfreien Erteilung einer Löschungsbewilligung verpflichtet? Kann der Käufer, wenn er nochmals einen Ablösebetrag an die neue Grundschuldgläubigerin zahlen muß, diesen von der ursprünglichen Gläubigerin (D-Bank) ersetzt erhalten?

III. Rechtslage

1. Rechtsgeschäft über die Grundschuld selber

a) Zunächst ist zu prüfen, ob die Grundschuld sachenrechtlich weiterbesteht und wem sie jetzt zusteht. In der Übersendung der Löschungsbewilligung durch die D-Bank als ursprüngliche Grundschuldgläubigerin könnte man ein **Angebot auf Aufhebung der Grundschuld** sehen. Dessen Annahme durch den Eigentümer wäre wohl zumindest konkludent im Löschantrag im Kaufvertrag enthalten. Doch fehlt für das Wirksamwerden des Aufhebungsvertrags der Vollzug durch Löschung der Grundschuld im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Dieser Vollzug ist nun nicht mehr möglich, da die D-Bank nach erfolgter Abtretung der Buchgrundschuld und der Eintragung im Grundbuch nicht mehr Verfügungsbefugter ist.

b) Die Grundsuld ist auch nicht infolge **Zahlung** auf die Grundsuld auf den Eigentümer übergegangen (§ 1143 BGB analog). Denn vorliegend erfolgte weder eine Zahlung an den ursprünglichen noch an den jetzigen Grundsuldgläubiger. Auch wenn eine Zahlung erfolgt wäre, so wäre diese im Zweifel nicht auf die Grundsuld, sondern auf das zugrundeliegende Darlehen erfolgt.

c) Die Buchgrundsuld besteht damit sachenrechtlich fort. Sie steht aufgrund der Abtretung und des Vollzugs der Abtretung im Grundbuch der L-Bank als neuer Gläubigerin zu.

2. Schuldrechtliche Verpflichtung der L-Bank

a) Die L-Bank selbst ist keinerlei schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber den Kaufvertragsparteien eingegangen.

b) Allenfalls könnte man daran denken, daß die L-Bank in schuldrechtliche Verpflichtungen der D-Bank gegenüber einer Kaufvertragspartei eingetreten ist. Im vorliegenden Fall wurde aber lediglich die Grundsuld als solche ohne die zugrundeliegende Forderung aus dem Darlehensvertrag abgetreten. Damit wäre allenfalls denkbar, daß sich die Landesbank entsprechende Verpflichtungen der D-Bank aus dem **Sicherungsvertrag einredeweise entgegenhalten lassen** muß.

Nach h. M. finden jedoch auf die Abtretung der Grundsuld die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb der §§ 1157, 892 BGB entsprechende Anwendung (BGHZ 85, 388; BGHZ 103, 72; BGH DNotZ 1997, 383; MünchKomm-Eickmann, BGB, 3. Aufl. 1997, § 11191 BGB Rn. 51; Palandt/Bassenge, BGB, 59. Aufl. 2000, § 1191 BGB Rn. 22; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 13. Bearb. 1996, § 1191 BGB Rn. 5; a. A. Wilhelm JZ 1980, 625). Nach der h. M. muß sich daher der Grundsuldzessionar bestehende Einreden gegen die Geltendmachung der Grundsuld nur dann entgegenhalten lassen, wenn sie ihm entweder bekannt sind oder im Grundbuch eingetragen (bzw. auf dem Grundschuldbrief vermerkt) sind. Die Eintragungsfähigkeit von Einreden aus dem Sicherungsvertrag wiederum wird von der h. M. abgelehnt, so daß ein gutgläubiger Erwerb nur bei Kenntnis des Grundsuldzessionars ausscheidet. Die Kenntnis des Zessionars davon, daß eine Grundsuld Sicherungsgrundsuld ist, reicht für seine Bösgläubigkeit nicht aus. Erforderlich ist vielmehr Kenntnis der einredebezüglichen Tatsachen (BGHZ 103, 72, 81). Damit ist kein Rechtsgrund erkennbar, aufgrund dessen die L-Bank an eine Verpflichtung der D-Bank zur Freistellung gebunden wäre bzw. sich eine solche zumindest entgegenhalten lassen müßte.

3. Pflichten der D-Bank gegenüber dem Veräußerer

a) Aus dem **der Grundsuld zugrundeliegenden Sicherungsvertrag** könnte man evtl. eine Nebenpflicht der D-Bank gegenüber ihrem Darlehensnehmer, d. h. gegenüber dem Veräußerer, ableiten, nach Abgabe der auflagenfreien Löschungsbewilligung zum einen keine neuen Auflagen zu machen und zum anderen die Löschung nicht durch eine Abtretung des Grundpfandrechts zu vereiteln (wobei dahingestellt sein kann, ob eine diesbezügliche Verpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden könnte).

b) Eine Verpflichtung der D-Bank gegenüber dem Veräußerer würde aber hier dem Erwerber nicht helfen. Denn aus dem Sachverhalt ergibt sich nichts, wonach allfällige Ansprüche des Veräußerers an den Erwerber abgetreten wären. Infolge der Insolvenz (Gesamtvollstreckung) des Veräußerers kann eine Abtretung nun auch nicht mehr nachgeholt werden.

4. Verpflichtung der D-Bank gegenüber dem Erwerber

a) Entscheidende Frage ist damit, ob eine Verpflichtung der D-Bank gegenüber dem Erwerber besteht, die eingetragenen Grundschulden auflagenfrei löschen zu lassen. Geht der Grundsuldgläubiger gegenüber dem Eigentümer (und Veräußerer) eine ausdrückliche Verpflichtung ein, das Grundstück bzw. bestimmte Wohnungseigentumseinheiten (gegen Zahlung einer Ablössungssumme) freizustellen, so versteht dies der BGH als **berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter** i. S. d. § 328 BGB (BGH DNotZ 1977, 356 m. Anm. Schöner = NJW 1976, 2340 = MDR 1976, 918; BGH DNotZ 1984, 322 m. Anm. Schelter = NJW 1984, 169, 170 = WM 1983, 961; zustimmend Clemente, Recht der Sicherungsgrundsuld, 3. Aufl. 1999, Rn. 707).

Die Literatur versteht demgegenüber eine entsprechende Freistellungsverpflichtung überwiegend als Vertrag unmittelbar zwischen Kreditinstitut und Käufer, wobei in der Freistellungserklärung der Bank ein **Angebot** liege, das der Käufer stillschweigend annehme (so allg. Behmer, DNotZ 1985, 195; Schöner, DNotZ 1974, 327, 330 f. – ebenso für den speziellen Fall der Freistellungsverpflichtung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rn. 143; Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A II Rn. 64; Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rn. 175; Schelter, DNotZ 1984, 330, 332; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 13. Bearb. 1996, Vorbem. zu §§ 1191 ff. BGB Rn. 156; ebenso wohl Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3214; ohne eigene Stellungnahme hingegen Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Aufl. 1991, Rn. 8.32). Hauptargument hierfür ist das Schutzbedürfnis des Erwerbers. Denn bei einem Vertrag zugunsten Dritter könnte der Versprechende (d. h. die Bank) Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Versprechensempfänger (dem Verkäufer) gegen den Dritten (d. h. den Käufer) vorbringen. Das Freigabeversprechen soll aber gerade solche Einwendungen ausschließen und müsse deshalb als Vertrag unmittelbar zwischen der Bank und dem Käufer aufgefaßt werden (Reithmann/Meichssner/von Heymann, B Rn. 175).

Der BGH hat eine entsprechende Verpflichtung auch für den Fall angenommen, daß die Bank dem beurkundenden Notar eine **Löschungsbewilligung unter einer Treuhandaufgabe übersandte** (BGH DNotZ 1992, 560 = NJW 1992, 1390 = WM 1992, 605; zustimmend zitiert von Basty, Rn. 205, und Clemente, Rn. 711). Jedenfalls nach dem im BGH-Urteil wiedergegebenen Sachverhalt hatte die Bank keine ausdrückliche Verpflichtung zur Freistellung abgegeben. Dennoch nahm der BGH eine Verpflichtung zur Freistellung an (und außerdem die Bindung der Bank an diese Freistellungserklärung, auch wenn der Käufer die Zahlung des Kaufpreises zu Unrecht verweigere).

b) Dem widerspricht auch nicht, daß die Treuhandaufgaben der Bank gegenüber dem Notar (die sich nach § 24 BNotO richten – bzw. bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto nach § 54a Abs. 6 BeurkG) jedenfalls nach einer Ansicht frei widerruflich sind (vgl. Hertel, ZNotP, Beilage 3/1998, S. 15; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 23 BNotO Rn. 28; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 54c BeurkG Rn. 59; Schilling, Treuhandauftrag und Notarbestätigung, 1996, S. 95; a. A. LG Köln, DNotI-Report 1998, 97; Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 130; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 146 ff.; König, Rechtsverhältnisse und Rechtsprobleme bei der Darlehensvalutierung über Notaranderkonto, 1988, S. 67; Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 112; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, 1989, S. 212 - jeweils zu Auflagen bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto; ebenso zu Auflagen bei Direktzahlung des Kaufpreises: Eylmann/Vaasen/Hertel; BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rn. 29 - zitiert nach Druckfahnen; a. A. Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rn. 401). Denn hier ist streng zu unterscheiden zwischen dem öffentlich-rechtlichen Treuhandverhältnis gegenüber dem Notar und der zivilrechtlichen Verpflichtung zur Freistellung gegenüber den Kaufvertragsparteien. Eine Widerruflichkeit im öffentlich-rechtlichen Verwahrungs- oder Treuhandverhältnis kann auch bei zivilrechtlicher Bindung der Beteiligten untereinander bestehen.

c) Im Ergebnis ist daher u. E. die L-Bank als neue Gläubigerin nicht zur auflagenfreien Zustimmung zur Löschung verpflichtet. Jedoch ist die **D-Bank als ursprüngliche Gläubigerin zur auflagenfreien Freistellung verpflichtet**. Wenn sie diese Verpflichtung nun nicht mehr erfüllen kann (falls also die L-Bank als neue Gläubigerin nicht doch noch eine auflagenfreie Löschungsbewilligung erteilt), so macht sie sich gegenüber **dem Erwerber schadensersatzpflichtig**. Der Erwerber kann dann die von ihm an die L-Bank gezahlten Ablösebeträge von der D-Bank wieder einfordern bzw. bereits vorab Freistellung davon verlangen.

5. Vorsorge im Kaufvertrag

Soweit die notarrechtliche Literatur die Frage überhaupt behandelt, hält sie eine Absicherung des Erwerbers gegen die Gefahr, daß eine vorliegende Löschungsbewilligung infolge späterer Abtretung nicht mehr verwendet werden kann, jedenfalls dann, wenn **”Gläubiger ein der deutschen Kreditaufsicht unterliegendes Institut”** ist, für nicht erforderlich (Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, 404).

Ähnlich vermerkt *Amann*: “Die Freistellung könnte auch scheitern, wenn ein Gläubiger bis zu ihrem Vollzug im Grundbuch die Verfügungsmacht verliert, z.B. durch Abtretung oder Konkurs. Zumindest bei inländischen Banken ist dieses Risiko so gering, daß nur ausnahmsweise Vorsorge getroffen wird. Wo diese nötig erscheint, müßte der Gläubiger sich gegenüber dem Käufer (unter bestimmten Voraussetzungen) zur

Freistellung verpflichten und dieser Anspruch des Käufers sofort durch eine Vormerkung am Recht des Gläubigers gesichert werden.” (Amann, in: Beck’sches Notar-Handbuch, A I Rn. 103).

Ein bloß schuldrechtliches Freistellungsversprechen wird auch bei nicht insolvenzfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts genügen. Bei anderen Gläubigern kann eine Absicherung entweder durch **Eintragung einer Vormerkung für den Löschungsanspruch** erfolgen oder - bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto - durch **Auszahlung erst nach Löschung der Vorbelastung** (bzw. Antragstellung auf Löschung und Einsicht im Grundbuch und Grundakten - dann allerdings mit ähnlichen Restrisiken wie bei einer Rangbescheinigung - vgl. hierzu BNotK, DNotZ 1999, 369).

Gutachten im Faxabruf

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

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

BGB § 1374 Abs. 2; § 312
Ehevertrag und Erbschaftsvertrag
Fax-Abruf-Nr.: **1229**

BGB § 2113; ErbbauVO § 5
Mitwirkung des Nacherben bei Zustimmung zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts durch Vorerben als Grundstückseigentümer
Fax-Abruf-Nr.: **11100**

BGB §§ 1018, 1090; BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1; BauNVO § 7 Abs. 2 Nr. 6, § 8 Abs. 2 Nr. 1 - Dienstbarkeit zur Absicherung der Nutzung durch Betriebsinhaber oder Betriebsleiter
Fax-Abruf-Nr.: **11101**

AktG §§ 181, 179, 222, 124 - Bescheinigung des Notars über den vollständigen Wortlaut der Satzung einer AG nach Satzungsänderung; Kapitalherabsetzung ohne Änderung der Satzungsbestimmung über das Grundkapital
Fax-Abruf-Nr.: **1362**

BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 "Wiederbelebung" einer erloschenen Auflassungsvormerkung

a) Eine erloschene Auflassungsvormerkung kann durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden.

b) Der Rang der neu bewilligten Vormerkung bestimmt sich nicht nach der alten Eintragung, sondern nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.

BGH, Urt. v. 26.11.1999 - V ZR 432/98

Kz.: LI 1 - § 883 BGB

Fax-Abuf-Nr.: 893

Problem

Die Vormerkung nach § 883 BGB ist ein streng akzessorisches Sicherungsmittel, das vom Bestand der gesicherten Forderung abhängt (vgl. Palandt/Bassenge, 59. Aufl. 2000, § 883 BGB Rn. 2; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1482; Staudinger/Gursky, 13. Aufl. 1996, § 883 BGB Rn. 16). In der Praxis ergeben sich häufig **Probleme, wenn nach Eintragung der Vormerkung der gesicherte schuldrechtliche Anspruch geändert oder aufgehoben wird**. Es besteht in der Literatur Einigkeit, daß die Vormerkung notwendigerweise untergeht, wenn der gesicherte Anspruch erlischt. Ein anderer als der in der Eintragung angegebene Anspruch kann durch die Vormerkung nach der bisher herrschenden Meinung nicht gesichert werden (Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rn. 16 ff.; MünchKommWacke, 3. Aufl. 1997, § 883 BGB Rn. 3; RGZ 124, 81, 84;). Auch Änderungen des Anspruchs sind bei der Vormerkung im Grundbuch zu vermerken (OLG Köln DNotZ 1976, 375; OLG Frankfurt DNotZ 1994, 247; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1986, 195). Im einzelnen ist allerdings noch unklar, wann eine inhaltliche Änderung des Anspruchs vorliegt, die einer Anpassung der Vormerkung im Grundbuch bedarf. Die Rechtsprechung und Literatur faßt den Kreis der eintragungsbedürftigen Änderungen eher weit. So ist anerkannt, daß etwa auch die **Verlängerung der Annahmefrist eines vormerkungsgesicherten Angebots der Eintragung in das Grundbuch bedarf** (OLG Frankfurt, a. a. O., OLG Köln, a. a. O.; weniger streng OLG Düsseldorf MittRhNotK 1986, 195). Wegen dieser Unsicherheit enthält der vorliegende Fall wichtige Hinweise für die Praxis.

Gegenstand des Verfahrens war ein notarieller Kaufvertrag vom 19.9.1996. Zum Schutz der Käufer wurde eine Auflassungsvormerkung am 16.10. in das Grundbuch eingetragen. Am 11.11.1996 schlossen die gleichen Vertragsparteien einen weiteren notariellen Kaufvertrag über das gleiche Grundstück, wobei der Preis und auch andere Vertragsbestimmungen sich grundlegend änderten. In der Einleitung des Vertrages wurde die Erklärung aufgenommen, daß der Kaufvertrag vom 19.9. durch die bevorstehende neue Beurkundung insgesamt aufgehoben und ein neuer Grundstückskaufvertrag abgeschlossen werde. Der Verkäufer bewilligte zugunsten der Käufer erneut eine inhaltsgleiche Auflassungsvormerkung. Die am 19.9.1996 bewilligte

Vormerkung sollte aber im Falle ihrer bereits erfolgten Eintragung aufgrund des zweiten Kaufvertrages als fortbestehend gelten. Es wurde daher keine neue Vormerkung eingetragen. Im Dezember wurden Höchstbetragshypotheken eingetragen. Es war nun fraglich, **ob die beim ersten Kaufvertrag eingetragene Vormerkung auch die Ansprüche aus dem zweiten Kaufvertrag absichert**.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst auf die herrschende Meinung hin, wonach die Vertragsaufhebung nicht nur das Erlöschen des durch die eingetragene Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruchs, sondern auch der vom Bestand dieses Anspruchs abhängigen (akzessorischen) Vormerkung bewirkt (BGH NJW 1981, 447; BayObLG DNotZ 1989, 363). Dennoch ist der BGH der Auffassung, daß die am 16.10.1996 zunächst wirksam eingetragene Vormerkung mit Wirkung vom 11.11.1996 den aus dem neuen Vertrag erwachsenen Übereignungsanspruch der Kläger sichert. Mit Abschluß des zweiten notariellen Kaufvertrages wurde trotz des Verzichts auf ihre nachfolgende Grundbucheintragung wirksam eine erneute Auflassungsvormerkung begründet. Der BGH folgert dies aus § 873 BGB, der für die Eintragung eines dinglichen Rechtes keine bestimmte Reihenfolge von Bewilligung und Eintragung vorsieht, **so daß die Bewilligung einer Vormerkung der Grundbucheintragung zeitlich nachfolgen könne** (LG Lübeck NJW-RR 1996, 914; Staudinger/Gursky, § 885 Rn. 11). Für den Fall einer Grundstücksübereignung habe der Senat bereits entschieden, daß ein Erwerber, der aufgrund eines nichtigen Vertrages mit einem Nichtberechtigten als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde, durch eine spätere vertragliche Einigung mit dem wahren Rechtsinhaber ohne Neueintragung das Eigentum am Grundstück erlange (BGH NJW 1973, 613). Diese Erwägung will der BGH auch auf die Vormerkung ausdehnen. Durch die Aufhebung des gesicherten Anspruchs werde die im Grundbuch verbliebene Eintragung unrichtig. Solange sie nicht gelöscht oder ihre Löschung beantragt werde, könne sie auch wieder werthaltig werden. Allerdings gelte dies nicht uneingeschränkt. Vielmehr müssen die Eintragungen und eine nachträgliche Bewilligung einander entsprechen. Die beiden Rechtsakte brauchten dabei nicht in einem beabsichtigten Zusammenhang zu stehen. Ausreichend sei vielmehr, daß Eintragung und nachträgliche Bewilligung der Vormerkung den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen. Entgegen einer teilweise in der Literatur geäußerten Ansicht können es keinen Unterschied machen, ob sich die bereits im Grundbuch befindliche Eintragung von vorne herein auf ein nicht entstandenes Recht beziehe oder eine ursprünglich wirksame, nach erfolgter Eintragung aber erloschene Forderung betreffe. In all diesen Fällen wäre eine Löschung und Neueintragung des gleichen Rechts bzw. der gleichen Vormerkung unnötiger Formalismus.

Zur Frage des Ranges führt der BGH aus, daß die neuerlich bewilligte Vormerkung keine auf den alten Eintragungszeitpunkt (16.10.1996) zurückreichende Sicherungswirkung entfalte. Der Rang bestimme sich vielmehr nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung. Dies sei ggf. im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen.

BNotO §§ 23, 24; BGB §§ 249, 254; BeurkG § 54c

Notaranderkonto und einseitiger Widerruf

a) **Haben die Beteiligten gemeinsam dem Notar eine unwiderrufliche Hinterlegungsanweisung erteilt, braucht der Notar einen einseitigen Widerruf in der Regel nicht zu beachten.**

b) **Macht der Notar geltend, der durch eine pflichtwidrig veranlaßte Auszahlung verursachte Schaden sei durch Tilgung einer anderweitigen Verbindlichkeit seines Auftraggebers gegenüber einem Dritten ausgeglichen worden, trifft den Notar insoweit die Beweislast.**

c) **Haftet der Notar einer Gesellschaft wegen amtspflichtwidriger Ausführung eines Treuhandauftrags, der dazu diente, im Interesse der Gesellschaft einen ordnungsgemäßen Zahlungsverkehr zu gewährleisten, begründen unberechtigte Zahlungsanweisungen eines Gesellschafters nicht den Einwand des Mitverschuldens, wenn der schuldhafte Notarfehler gerade darin liegt, daß er den Anweisungen Folge geleistet hat.**

BGH, Urt. v. 18.11.1999 - IX ZR 153/98

Kz.: L III 2 - § 54c BeurkG

Fax-Abruf-Nr.: 894

Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit den schwierigen Fragen des einseitigen Widerrufs einer unwiderruflichen Hinterlegungsanweisung auf Notaranderkonto vor Inkrafttreten der §§ 54a ff. BeurkG. Der Kläger und der Beklagte gründeten eine BGB-Gesellschaft, um gemeinsam ein Baugebiet zu erschließen und an bauwillige Erwerber zu veräußern. Der Kläger und der Beklagte trafen bei dem Notar eine "unwiderrufliche" Vereinbarung, wonach Geld auf ein Notaranderkonto hinterlegt werden und Auszahlungen entsprechend der Vereinbarung erfolgen sollten. Insbesondere war in der Vereinbarung festgelegt, daß der Notar ermächtigt werde, gegen Vorlage "von geprüften Rechnungen Überweisungen zum Zwecke der Erschließung und Durchführung des Bauobjekts vorzunehmen". Der verbleibende Überschuß sollte auf ein bestimmtes Konto überwiesen werden. Später zahlte der Notar auf Anweisung des Beklagten ohne weitere Prüfung Auszahlungen. Schon im Juni 1992 hatte der Kläger die Hinterlegungsvereinbarung einseitig widerrufen. Das Berufungsgericht war der Auffassung, daß bereits die Nichtbeachtung des einseitigen Widerrufs zu Schadensersatzansprüchen führe.

Entscheidung

Dies lehnt der BGH ab. Er läßt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen der einseitige Widerruf eines von mehreren Personen dem Notar erteilten Treuhandauftrags nach altem Recht beachtet werden mußte. Der Kläger habe jedenfalls den von ihm erklärten einseitigen Widerruf nicht darauf gestützt, daß das mittels der Treuhandvereinbarung abzuwickelnde Rechtsverhältnis unwirksam oder vertraglich aufgehoben worden sei. Daher sei der einseitige Widerspruch zu Recht als unbeachtlich angesehen worden. Die Anweisung als gemeinschaftliche Verfahrenshandlung könne grundsätzlich nur gemeinsam geändert oder

zurückgenommen werden. Der BGH ist jedoch der Auffassung, daß der Notar seine notarielle Betreuungspflicht durch die Auszahlung verletzt habe, da er Auszahlungen ohne "geprüfte Rechnung" vornahm. Der BGH macht sodann weitere Ausführungen zur Ermittlung des Schadens bei weisungswidriger Verwendung von Treuhandgeldern. Es sei zu fragen, wie sich das Vermögen des Treugebers im Vergleich zum tatsächlichen Ablauf entwickelt hätte, wenn der Notar seine Amtspflichten erfüllt hätte.

BNotO §§ 15, 23, 24; BeurkG § 54a ff. Pfändung von Zahlungsanspruch bei hinterlegtem Geld

1. **Streitigkeiten über die Abwicklung von Notaranderkonten sind durch die Beschwerde nach § 15 BNotO auszutragen.**

2. **Bei Notaranderkonten ist alleiniger Kontoinhaber und damit Gläubiger der Bank der Notar.**

3. **Derjenige, zu dessen Gunsten auf einem Notaranderkonto eine Hinterlegung erfolgt ist, hat keinen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen die Bank. Er kann lediglich vom Notar Auskehrung des zu seinen Gunsten hinterlegten Betrages verlangen.**

4. **Wird der Anspruch auf Auskehrung des Hinterlegungsbetrages gepfändet, so ist Drittschuldner i. S. d. § 829 Abs. 3 ZPO der Notar und nicht die Bank.**

BayObLG, Beschl. v. 22.12.1999 - 3Z BR 378/99

Kz.: L III 2 - § 54

Fax-Abruf-Nr.: 895

Problem

Die Entscheidung befaßt sich mit der Pfändung in ein Notaranderkonto bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto. Der Gläubiger erwirkte einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, mit dem der Anspruch des Schuldners auf Auszahlung eines auf Notaranderkonto hinterlegten Betrages gepfändet wurde. Zuvor war vom Schuldner der Auszahlungsanspruch an eine Firma in London abgetreten worden. Der Notar kündigte bei Auszahlungsreife dem Pfändungsgläubiger an, daß er den hinterlegten Betrag an den Abtretungsempfänger auszahlen werde, falls dieser nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Beschwerde nach § 15 BNotO gegen die Auszahlung einlegen werde.

Entscheidung

Das BayObLG stellt zunächst fest, daß **Streitigkeiten im Rahmen der Abwicklung eines Notaranderkontos im Verfahren nach § 15 BNotO Abs. 2 zu klären seien**. Die Beschwerde sei auch dann zulässig, wenn sie sich wie hier gegen die Ankündigung einer Amtshandlung (**Vorbeseid**) richte.

Weiter stellt das BayObLG fest, daß die Pfändung des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar unwirksam sei und eine Verpflichtung zur Auszahlung an den Gläubiger nicht bestehe. Mit der Überweisung auf das Notaranderkonto hätten die Schuldner einen Anspruch gegen den Notar auf Auskehrung des Erlöses erworben. Der Notar sei alleiniger Gläubiger im Verhältnis zur Bank.

Für die Schuldner bestehe daher kein unmittelbarer Anspruch gegen die Bank. Den Anspruch auf Auskehrung des Erlöses habe der Gläubiger allerdings nicht wirksam gepfändet. Es fehle im Pfändungs- und Überweisungsbeschuß an einer ausreichenden Individualisierung des Anspruchs gegen den Notar auf Auskehrung des Erlöses. Gepfändet sei vielmehr der nichtbestehende Anspruch der Schuldner gegen die Bank, nicht der Auskehrungsanspruch gegen den Notar.

Geschäftsführer bestellt worden war und die Anmeldung als Verfahrenshandlung erst mit Zugang beim Registergericht wirksam wurde. Der Notar sei auch nicht wirksam zur Ergänzung bzw. Berichtigung der Anmeldung vom September 1998 bevollmächtigt gewesen, da B als Vollmachtgeber zu diesem Zeitpunkt noch nicht zum Geschäftsführer bestellt und daher selbst nicht anmeldungsberechtigt gewesen sei.

Hinweise für die Praxis

GmbHG § 39 Abs. 1; HGB § 12 Anmeldung zum Handelsregister durch "Noch-Nicht-Geschäftsführer"; Registervollmacht

1. Die Anmeldung einer in der Zukunft liegenden Bestellung zum neuen Geschäftsführer einer GmbH ist unwirksam.

2. Die vom noch nicht bestellten Geschäftsführer bei der Anmeldung gegebene Vollmacht an den Notar, "alles zu erklären und zu veranlassen, damit die Eintragung der eingetretenen Veränderungen im Handelsregister erfolgen kann", ermächtigt den Notar nicht zur Einreichung einer selbständig um das Datum der Geschäftsführerbestellung aktualisierten Anmeldung, wenn der Anmeldende zur Zeit der Abgabe seiner Anmeldung nicht zum Geschäftsführer bestellt und daher selbst nicht anmeldebefugt war.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.1999 – 3 Wx 354/99
Kz.: L V 2 - § 39 GmbHG
Fax-Abuf-Nr.: 896

Problem

Im März 1999 reichte der Notar eine von ihm im September 1998 beglaubigte Handelsregisteranmeldung des B über dessen Bestellung zum weiteren Geschäftsführer der X-GmbH ein. Der Anmeldung war das Protokoll einer Gesellschafterversammlung vom 2.2.1999 mit dem Beschuß über die Bestellung des B zum Geschäftsführer beigefügt. Das Datum der Gesellschafterversammlung hatte der Notar nachträglich handschriftlich in die Anmeldung eingefügt. In der Handelsregisteranmeldung vom September 1998 war der beglaubigende Notar durch B bevollmächtigt worden, alles zu erklären und zu veranlassen, damit die Eintragung der eingetretenen Veränderung im Handelsregister erfolgen könne, insbesondere die Anmeldung zu ergänzen, zu berichtigen oder registerrechtlichen Erfordernissen anzupassen. Das Handelsregister hat die Eintragung verweigert. Die Beschwerde war erfolglos.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf wies die weitere Beschwerde ab, da die Anmeldung einer aus damaliger Sicht in der Zukunft liegenden Geschäftsführerbestellung in der Urkunde vom September 1998 eine unschlüssige und damit nicht eintragungsfähige Tatsache zum Gegenstand gehabt habe. Ferner sei B zum Zeitpunkt der Abgabe der Anmeldungserklärung im September 1998 nicht anmeldebefugt gewesen, da er zu diesem Zeitpunkt noch nicht zum Geschäftsführer bestellt worden war. Dem stehe nicht entgegen, daß B zum Zeitpunkt der Einreichung der Anmeldung durch den Notar im März 1999 zum

Zur Abziehbarkeit von wiederkehrenden Bezügen als "dauernde Last"

Der X. Senat hat ein Revisionsverfahren zum Anlaß genommen, dem Großen Senat die Frage vorzulegen, ob im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen auch dann als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 EStG) abziehbar sind, wenn sie nicht aus den laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können (Beschuß vom 10. November 1999, Az. I R 46/97). Der vorlegende Senat hält die Ansicht der Finanzverwaltung, daß bei Übertragung nur dem Grunde nach ertragbringender Wirtschaftsgüter ("**Typus 2**" i. S. v. Textziff. 17-19, 38-40 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508; im folgenden "**Rentenerlaß**" genannt) eine "dauernde Last" vorliegen kann, für unzutreffend.

Der Beschuß kann im **Internet unter "www.dnoti.de"** abgerufen werden.

1. Problem

Häufig wird Vermögen vom Eigentümer noch zu Lebzeiten (unentgeltlich) auf seine potentiellen Erben übertragen. Unabhängig davon, ob es sich hierbei um gesetzliche Erben handelt oder um Personen, die der Eigentümer durch Testament als Erben einsetzen würde, wird ein derartiger Vorgang als "Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" (auch "**Vermögensübergabe**") bezeichnet. Der Eigentümer behält sich meist, um sein zukünftiges Auskommen zu sichern, Erträge vor (z. B. durch Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs) oder läßt sich wiederkehrende Leistungen versprechen. Die steuerliche Einordnung dieser Leistungen ist im Einzelfall schwierig.

Soweit sich der Eigentümer "Leistungen" **vorbehält**, ist die steuerliche Behandlung weitgehend geklärt. Die Ansicht der Finanzverwaltung findet sich im sog. Nießbrauchserlaß vom 24.7.1998 (BGBl. I, S. 914).

Die steuerliche Behandlung von wiederkehrenden Bezügen, die im Rahmen einer Vermögensübergabe **zugesagt** werden, ist hingegen umstritten. Die Ansicht der Finanzverwaltung findet sich im BMF-Schreiben vom 23.12.1996 (BStBl. I 1996, 1508), dem sogenannten "Rentenerlaß".

Bei der Frage, wie wiederkehrende Bezüge steuerlich zu behandeln sind, ist zu prüfen, ob es sich um ein **entgeltliches** oder um ein **unentgeltliches** Geschäft handelt – nämlich, ob ein **Veräußerungsgeschäft** oder eine **Vermögensübergabe** vorliegt.

a) Entgeltliches Geschäft (Veräußerungsgeschäft)

aa) Begriffsbestimmung

Eine Übertragung von Vermögen gegen Zusage von wiederkehrenden Leistungen (Veräußerungsrente) ist dann entgeltlich, wenn die Beteiligten den Wert der Leistung (Wert des übergebenen Vermögens) und den Wert der Gegenleistung (Kapitalwert der wiederkehrenden Leistungen) **nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen** haben und subjektiv von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen ausgehen durften. In diesem Fall liegt ein Veräußerungsgeschäft vor.

bb) Steuerliche Behandlung

Der Vermögensübernehmer hat in Höhe des Kapitalwertes der zugesagten Leistungen eigene **Anschaffungskosten**, die er, soweit die übernommenen Wirtschaftsgüter der Abnutzung unterliegen und der Einkünfteerzielung dienen, im Wege der Abschreibung als Werbungskosten oder Betriebsausgaben berücksichtigen kann.

Der Übergeber hat einen möglichen **Veräußerungsgewinn** (Kapitalwert der zugesagten Leistungen abzüglich des Steuerwertes) zu versteuern, falls ein Einkunftsstatbestand erfüllt wird. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn eine fremdvermietete Immobilie innerhalb der Zehnjahresfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG veräußert wird.

Zusätzlich bzw. unabhängig davon, hat der Übergeber den jeweiligen Ertragsanteil der wiederkehrenden Leistungen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. Der **Ertragsanteil** kann beim Leistenden bei den Werbungskosten oder als Betriebsausgabe berücksichtigt werden, wenn das übernommene Vermögen der Einkünfteerzielung dient. Der Ertragsanteil ergibt sich aus der Tabelle in § 22 EStG.

Die steuerliche Behandlung eines entgeltlichen Geschäfts stellt regelmäßig keine Probleme.

b) Unentgeltliches Geschäft (Vermögensübergabe)

aa) Begriffsbestimmung der Versorgungsleistung

Wiederkehrende Leistungen, deren Höhe nicht nach kaufmännischen Gesichtspunkten, sondern **unabhängig vom Wert des übernommenen Vermögens nach dem Versorgungsbedürfnis** des Berechtigten und der **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** des Verpflichteten bestimmt ist und die zumindest teilweise **aus den Erträgen des übernommenen Vermögens** erbracht werden können, stellen Versorgungsleistungen dar. Wenn Versorgungsleistungen vorliegen, handelt es sich nach der Rechtsprechung des BFH stets um ein unentgeltliches Geschäft. Die Versorgungsleistungen stellen nämlich gerade keine Gegenleistung, sondern einen **Vorbehalt von Vermögenserträgen** dar (GrS BStBl. 1990 II, S. 847); dies gilt bei Übergabe von Betriebsvermögen auch dann, wenn (wie häufig der Fall) Verbindlichkeiten übernommen werden. Vertraglich kann allerdings ausdrücklich vereinbart werden, daß ein Teil entgeltlich und ein Teil unentgeltlich übertragen wird. Jeder Teil ist dann für sich steuerlich getrennt zu behandeln.

Wenn es sich um ein unentgeltliches Geschäft handelt, erzielt der Übergeber weder einen Veräußerungsgewinn, noch hat der Übernehmer Anschaffungskosten. Der Übernehmer hat zwingend die **Buchwerte des Übergebers** fortzuführen (§ 6 Abs. 3 S. 2 EStG, § 11d EStDV). Soweit es sich dabei um abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter handelt, die der Einkünfterzielung dienen, sind (wie bisher vom Übergeber) die sich aus den ursprünglichen Anschaffungskosten ergebenden AfA-Beträge als Werbungskosten oder Betriebsausgaben zu berücksichtigen.

bb) Abgrenzung der Versorgungsleistung von der Unterhaltsrente

Schwierig kann im Einzelfall die Einordnung einer wiederkehrenden Leistung als **Versorgungs- oder Unterhaltsrente** sein. Kriterien für die Unterscheidung sind nach der Rechtsprechung des BFH, daß die familien- und erbrechtliche Natur der Vermögensübertragung und die wirtschaftliche Sicherung des Übergebers im Vordergrund steht (BFH BStBl. 1992 II, S. 78). Versorgungsleistungen liegen daher nach der Ansicht des BFH vor, wenn eine künftige Erbregelung vorweggenommen wird und die wirtschaftliche Sicherung des Übergebers durch Zusage von Leistungen, die aus den Erträgen des übernommenen Vermögens erbracht werden können, bezweckt ist. Die Versorgungsleistung muß grundsätzlich auf Lebenszeit des Übernehmers zugesagt werden. Eine Verkürzung oder Verlängerung der Leibrente kann zur Nichtanerkennung führen (BFH DStR 2000, 147). Die Übergabe kann auch an familienfremde Personen erfolgen (vgl. BFH BStBl. II 1998, S. 718). Eine Unterhaltsrente liegt demgegenüber vor, wenn die Vermögensübertragung lediglich das Motiv dafür darstellt, Unterhaltsleistungen zu versprechen. Wesentlicher Anhaltspunkt soll hierbei sein, ob der Wert der Gegenleistung bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des Wertes der übernommenen Rentenverpflichtung beträgt.

Im Einzelfall ist darauf abzustellen, ob tatsächlich ein **Vorbehalt von Vermögenserträgen** vorliegt (im Rentenerlaß wird auf das Kriterium der "ertragbringenden Wirtschaftseinheit" abgestellt) oder ob lediglich anlässlich einer Vermögensübertragung als Motiv eine Unterhaltsrente versprochen wird. Eindeutige von der Rechtsprechung anerkannte Kriterien gibt es bisher hierzu nicht. Finanzrechtsprechung und Finanzverwaltung sind sich aber insoweit einig, daß immer dann eine steuerlich irrelevante Unterhaltsrente vorliegt, wenn ertragloses Vermögen übertragen wird. Wenn somit beispielsweise eine wertvolle Kunstsammlung übertragen wird und der Übernehmer anlässlich der Übernahme wiederkehrende Bezüge verspricht, können diese steuerlich nicht berücksichtigt werden. Andernfalls käme den steuerlichen Abzugsverboten nach § 2 Nr. 1 und 2 EStG nur noch geringe Bedeutung zu. Unterhaltsrenten könnten sonst immer dann steuermindernd beim Leistenden berücksichtigt werden, wenn diese anlässlich einer Vermögensübertragung versprochen werden.

cc) Steuerliche Behandlung

Nur Versorgungsleistungen haben einkommensteuerliche Auswirkungen. Unterhaltsleistungen unterliegen beim Leistenden dem Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 bzw. 2 EStG; spiegelbildlich werden sie beim Empfänger nicht

berücksichtigt. Die Qualifizierung als Unterhaltsleistung soll daher aus der Sicht der Beteiligten regelmäßig vermieden werden, wenn die steuerliche Belastung des Vermögensübernehmers höher als die des Übergebers ist. Andernfalls würden nämlich die Einkünfte aus dem übertragenen Vermögen beim Übernehmer zu einer weiteren Erhöhung der Steuerbelastung (unter Umständen mit Progressionsverschärfung) führen, da die laufenden Zahlungen an den Vermögensübernehmer nicht steuermindernd berücksichtigt werden können, während die Steuerbelastung beim Empfänger der Leistung/Übergeber des Vermögens sinkt. Ziel einer Vermögensübergabe ist es daher unter steuerlichen Gesichtspunkten regelmäßig, daß die wiederkehrend versprochenen Bezüge als Versorgungsleistungen anerkannt werden.

Die Finanzverwaltung geht im Rentenerlaß davon aus, daß jede wiederkehrende Leistung immer dann eine Versorgungsleistung darstellt, wenn die Erträge ausreichend hoch sind, um die wiederkehrende Leistung aus diesen zu bestreiten ("Typus 1") oder wenn Gegenstand der Vermögensübergabe zwar eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragsbringende Wirtschaftseinheit ist, die Erträge aber nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen, wenn der Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bei überschlägiger und großzügigerer Berechnung mindestens die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen beträgt ("Typus 2").

Bei Anerkennung als Versorgungsleistung ist aber weiter zu differenzieren zwischen der Einordnung als "**dauernde Last**" und als "**Leibrente**" (BStBl. 1996 II, S. 669). Je nachdem, wie die wiederkehrende Leistung zu qualifizieren ist, ist die steuerliche Behandlung unterschiedlich.

Die dauernde Last kann beim Leistenden in voller Höhe als Sonderausgabe abgezogen werden und somit sein zu versteuerndes Einkommen in voller Höhe mindern, § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG, bei einer Leibrente wird demgegenüber nur der Ertragsanteil berücksichtigt.

Eine dauernde Last liegt vor, wenn die zugesagten Versorgungsleistungen abänderbar sind und somit auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Übergebers und die Leistungsfähigkeit des Übernehmers Rücksicht nehmen. Die Abänderbarkeit kann sich dabei aus der Rechtsnatur der vorbehaltenen Vermögenserträge (z.B. Bezugsgröße Gewinn oder Umsatz) ergeben, andernfalls muß diese im Vertrag ausdrücklich geregelt werden. Dies geschieht meist durch Bezugnahme auf § 323 ZPO. Eine derartige Bezugnahme ist ausreichend, es sei denn, es bestehen Anhaltspunkte dafür, daß der Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO lediglich den Charakter einer Wertsicherungsklausel hat (BFH BStBl. 1986 II, S. 348).

2. Praktische Bedeutung der an den Großen Senat gerichteten Rechtsfrage

Der X. Senat teilt die Ansicht der Finanzverwaltung hinsichtlich der Behandlung der Übergabe von Vermögensgegenständen im Sinne des Typus 2 nicht. Er ist der Ansicht, daß in derartigen Fällen keine Versorgungs-, sondern Unterhaltsleistungen erbracht werden, die nach § 12 Nr. 1 bzw. 2 EStG nicht abziehbar sind. Dies begründet er damit, daß wiederkehrende

Bezüge nur dann als vorbehaltene Vermögenserträge angesehen werden können, wenn die Erträge mindestens die Höhe der zugesagten Leistungen haben, andernfalls seien sie bereits ihrer Rechtsnatur nach nicht abänderbar. Dies lasse sich auch nicht durch eine Bezugnahme auf § 323 ZPO erreichen. Es sei nämlich kein Differenzierungsgrund ersichtlich, weshalb wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Mietwohngrundstücks mit minimalen Erträgen zur Abziehbarkeit als dauernde Last führen sollten. Die Übertragung eines mit einem Rohbau bebauten Grundstückes, das **noch** nicht Vermietungszwecken dienen kann, ist nämlich in keiner Weise begünstigt, selbst wenn der Wert des Rohbaus den Wert der wiederkehrenden Leistungen bei weitem übersteigt, mit einer kurzfristigen Fertigstellung zu rechnen ist und die zu erwartenden Erträge zur Erfüllung der zugesagten wiederkehrenden Leistungen ausreichend sind. Eine derartige steuerliche Behandlung würde gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen; wesentlich Gleiches würde ungleich behandelt.

In Fällen, in denen Eltern in der Lage sind, ihren Kindern Vermögen zu übertragen, wobei die Voraussetzungen des Typus 2 erfüllt sind, könnten die an die Eltern gerichteten wiederkehrenden Leistungen nämlich steuerlich in voller Höhe als abziehbar behandelt werden. Eine steuerrechtlich neutrale Verwertung im Vermögen könnte somit plötzlich dadurch Bedeutung erlangen, daß Angehörige in die Substanzverwertung eingebunden werden. Das Gesetz setzt aber enge Grenzen hinsichtlich der steuerlichen Berücksichtigung von Zahlungen an Familienangehörige (z. B. Kinderfreibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG) oder Kindergeld (§§ 62 ff. EStG)).

Steuerlich hat dies folgenden Hintergrund: Wenn der Eigentümer eine Immobilie außerhalb der Zehnjahresfrist, die für private Veräußerungsgeschäfte gilt, veräußert und kein anderer Einkunftstatbestand erfüllt wird, bleibt der Gewinn aus der Veräußerung der Immobilie steuerfrei. Dies gilt auch dann, wenn die Immobilie unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf eine andere Person übertragen wird, da diese in die Rechtsposition des Rechtsvorgängers insoweit eintritt. Soweit allerdings bei der Übertragung des Vermögens Versorgungsleistungen vereinbart werden, die als dauernde Last in voller Höhe bei dem Übernehmer des Vermögens berücksichtigt werden können, kann dies zu deutlichen Progressionsvorteilen führen.

Zur Verdeutlichung der Problematik sei der die Anfrage an den Großen Senat auslösende Sachverhalt in etwas abgewandelter Form und als mit Zahlen versehener Fall dargestellt:

Eine unverheiratete 84-jährige Tante hat ihrer Nichte im Rahmen einer vorweggenommenen Erbregelung durch notariellen Vertrag ein vermietetes Einfamilienhaus gegen Zusage einer abänderbaren Versorgungsleistung mit einem anfänglichen monatlichen Wert von 3.000 DM übertragen. Die monatlichen Netto-Mieterträge des Hauses, das einen Wert von 350.000 DM hatte, betragen 1.000 DM. Der Wert des übertragenen Vermögens übersteigt den Kapitalwert der Versorgungsleistungen. Eine Veräußerung des Hauses durch die Tante wäre steuerfrei möglich gewesen. Das steuerpflichtige Einkommen der Nichte beträgt jährlich 150.000 DM.

Unter Berücksichtigung des Rentenerlasses handelt es sich um eine Vermögensübergabe i.S.d. Typus 2. Die zugesagten Versorgungsleistungen waren abänderbar, so daß das Hessische Finanzgericht in der Vorinstanz die Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen als dauernde Last anerkannt hat. Auf die Revision der Finanzverwaltung hin, die wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden war, hat der X. Senat die genannte Rechtsfrage dem Großen Senat vorgelegt.

Ausgangspunkt der Überlegung des X. Senats ist, daß die Tante ihr Einfamilienhaus steuerfrei hätte veräußern und vom Erlös unbeschwert hätte leben können. Dies wäre ein steuerlich irrelevanter Vorgang gewesen. Weiterhin hätte die Tante das Haus ihrer Nichte zum Verkauf übertragen können, damit diese ihr monatlich aus dem Erlös eine Unterhaltsrente von beispielsweise 3.000 DM gezahlt hätte, ohne steuerlich belastet zu sein. Auch dies wäre einkommensteuerlich irrelevant gewesen. Wenn die Tante statt eines Hauses einen wertvollen Kunstgegenstand gehabt hätte, den sie zu Lebzeiten an ihre Nichte übergeben hätte unter der Bedingung, daß ihr eine abänderbare, monatliche Rente zugesagt wird, sie andernfalls den Gegenstand verkauft, wäre dies ebenfalls steuerlich irrelevant gewesen. Steuerliche Relevanz gewinnt der Fall nur dadurch, daß es sich (zufällig) um ein dem Grunde nach ertragbringendes Wirtschaftsgut handelt. Es ergeben sich nämlich folgende Rechtsfolgen:

Die Tante hat bisher keine Steuern gezahlt, da die Mieteinnahmen im Rahmen ihrer Freibeträge lagen. Die Nichte mußte vor der Vermögensübergabe nach der Grundtabelle jährlich 39.514 DM Einkommensteuer zahlen. Nach der Vermögensübergabe erhielt die Tante 36.000 DM als dauernde Last. Nach der Grundtabelle muß sie ohne Berücksichtigung von Altersentlastungsfreibeträgen etc. 6.046 DM Einkommensteuer zahlen. Die Nichte erzielt zusätzlich zu ihrem bisherigen Einkommen aus der Vermietung des Hauses 12.000 DM, außerdem macht sie die dauernde Last von 36.000 DM als Sonderausgabe geltend. Ihr steuerpflichtiges Einkommen beträgt daher DM 126.000 DM, die tarifliche Einkommensteuer beträgt somit DM 30.216 DM. Die Nichte erhält somit eine Einkommensteuerersparnis von 9.298 DM, während die Tante nur DM 6.046 DM an das Finanzamt zu zahlen hat. Aus der Gestaltung ergibt sich somit, solange die Tante lebt, ein Steuervorteil von 3.252 DM zu Lasten des Fiskus.

Diese unterschiedlichen Ergebnisse hält der X. Senat des BFH für verfassungswidrig. Er stützt seine Ansicht hierbei aber nicht darauf, daß ein Mißbrauch nach § 42 AO vorläge – dies ist offensichtlich nicht der Fall, da es jedem Steuerpflichtigen freisteht, seine Verhältnisse steueroptimal zu regeln - sondern darauf, daß der Begriff der Versorgungsleistung in verfassungswidriger Weise weit ausgelegt wird, so daß Unterhaltsrenten dadurch steuerliche Relevanz gewinnen können, daß bei der Übergabe (minimal) ertragbringenden Vermögens eine Versorgung zugesagt wird. Im Fall der Übertragung von Vermögen i. S. d. Typus 2 des Rentenerlasses sieht der X. Senat daher ein typisches Anschaffungsgeschäft. Er hält die im Rentenerlaß für die steuerliche Behandlung derartiger Vermögensübertragungen getroffene Regelung für verfassungswidrig.

Der "Vorteil" der Ansicht des X. Senats besteht darin, daß die Rechtsfolgen der Vermögensübertragung dem der steuerlichen Behandlung des Vorbehaltsnießbrauchs angenähert sind. Den Differenzierungen in den Textziffern 8, 9 und 15 des Rentenerlasses käme keinerlei Bedeutung mehr zu.

Die Entscheidung des Großen Senats wird somit grundlegend dazu Stellung nehmen, ob der Begriff der Versorgungsleistungen voraussetzt, daß tatsächlich vorhandene Vermögenserträge vorbehalten werden. Falls die vorgelegte Rechtsfrage verneint wird, hätte dies eine wesentliche Vereinfachung der steuerlichen Einordnung zur Folge.

Es wäre nur noch zu prüfen:

1. Liegt ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Geschäft vor? Wenn es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt, kann es sich nicht um eine Versorgungsleistung handeln.
2. Sind die Erträge des übernommenen Vermögens ausreichend, um die zugesagten wiederkehrenden Leistungen aus diesem erbringen zu können? Wenn diese Frage bejaht wird, handelt es sich um eine Versorgungsleistung ("dauernde Last" oder "Rente"), andernfalls um eine nicht abziehbare Unterhaltsrente.
3. Handelt es sich um eine Rente oder eine dauernde Last? Dies ist der Fall, wenn die zugesagten Unterhaltsleistungen abänderbar sind. Die Abänderbarkeit kann z. B. durch Bezugnahme auf § 323 ZPO oder Anknüpfung an die Leistungsfähigkeit des Empfängers, Umsatz oder Ertrag erreicht werden.

Problematisch kann die Einordnung allerdings hinsichtlich Ziff. 2 sein, wenn die Erträge stark schwankend sind (z. B. bei Unternehmen).

Wiederkehrende vereinbarte Bezüge bei Vermögensübergaben i. S. d. Typus 2 werden somit möglicherweise nicht mehr als dauernde Last anerkannt werden. Für die Vergangenheit dürfte einer Verschärfung der Besteuerung zwar der Rentenerlaß entgegenstehen (Selbstbindung der Verwaltung), durch den Vorlagebeschluß könnte das Vertrauen auf den Fortbestand des Rentenerlasses aber zerstört sein.

Thomas Reich (Notarassessor)

Aktuelles

Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und zum Bauvertragsrecht beschlossen

Im Bundestag wurde kurzfristig ein Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen beschlossen. Das Gesetzentwurf sieht vor, daß zukünftig ein Schuldner einer Geldforderung ohne Erteilung einer Mahnung nach Ablauf von 30 Tagen nach Eingang einer Rechnung bzw. nach dem Empfang von Gütern oder einer Dienstleistung in Verzug sei. Der **Verzugszinssatz** nach § 288 BGB soll auf 5% über den Basiszins (z. Zt. 2,68% - also insgesamt 7,68%) erhöht werden. In § 27a AGBG wird eine Ermächtigungsgrundlage für eine Verordnung zur Regelung von Abschlagszahlungen bei einem Vertrag über die Herstellung eines Hauses aufgenommen wird, die die (bis zur Änderung weitertgeltende) **MaBV abändern**

wird. § 640 BGB wird dahingehend geändert, daß die **Abnahme nur bei wesentlichen Mängeln verweigert** werden kann. Schließlich wird eine sog. **Fertigstellungsbescheinigung** eingeführt (§ 641 a BGB). Die **Fertigstellungsbescheinigung** wird eine Urkunde sein, die einer Abnahme gleichsteht und zur Vergütung des Unternehmers führen soll. Sie soll inhaltlich ein gerichtliches Sachverständigengutachten ersetzen und so das Verfahren beschleunigen. Der (so beschlossene) Gesetzentwurf kann unter Fax-Abwurf-Nr.: **175** abgerufen werden.

Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BR-Drs. 25/00 v. 14.1.2000

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll die Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 in deutsches Recht umgesetzt werden. Kern der Regelung ist, daß der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen bestimmte Informationen zu erhalten hat und ohne Angabe von Gründen den Vertrag binnen sieben Werktagen widerrufen kann. Entscheidend ist, daß der Vertrag unter Abwesenden unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande kommt. Nach § 1 des Gesetzes werden allerdings Verträge über den Verkauf von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken ausgenommen werden. Als Artikelgesetz enthält der Gesetzentwurf auch eine Reihe von sonstigen Änderungen, z. B. auch Umstellung von Vorschriften auf Euro (Vermögenszuordnungsgesetz, GBBerG, Grundstücksverkehrsordnung, Grundbuchmaßnahmegesetz etc). Für den Notar relevant ist insbesondere die **Vereinheitlichung der Formvorschriften für die Ausübung des Widerrufs** (auch z. B. nach VerbrKrG; geplante §§ 361 a/b BGB).

Literaturhinweise

Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000, 1207 Seiten, 198 DM

Seit der 14. Auflage hat sich im GmbHG viel getan: Fortschreitende Rechtsprechung, aber auch die Gesetzgebung (Euroumstellung, HRefG, Anzeigepflichten nach § 40 Abs. 1 GmbHG u. ä.). Es verwundert daher nicht, daß der *Lutter/Hommelhoff* um einige Seiten "dicker" wurde, damit aus dem Kreis der "kleinen" Kommentare heraustritt und eine Mittelstellung zwischen dem Groß- und dem Kleinkommentar einnimmt. Dies macht ihn für den Praktiker um so wertvoller, da alle wesentlichen Fragen wissenschaftlich vertieft, aber auch praxisgerecht behandelt werden. Besonders hervorzuheben sind die ausführlichen Kommentierungen bei § 4 GmbHG zur Frage der Firmenbildung. Hier wird ein kleines Kompendium zum neuen Firmenrecht geliefert. Auch die Fragen der Euroumstellung werden ausführlich und anhand von Beispielen plastisch erläutert. Der Lutter/Hommelhoff in seiner neuesten Auflage ist daher wieder unverzichtbar für die notarielle Praxis.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

W. Böhringer, Eigentumsfristen verlängert und Gutgläubensschutz des Grundbuchs nochmals ausgesetzt, *OV-Spezial* 2000, 18

H. Brandes, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft, *WM* 2000, 53

H. Brandes, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur GmbH, *WM* 2000, 217

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 94 44, 97094 Würzburg.