

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Juni 2013
ISSN 1434-3460

11/2013

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

KStG §§ 17, 34; AktG § 302 – Anforderungen an steuerliche Anerkennung einer Körperschaftsteuerlichen Organschaft; Anforderungen an Formulierung der Verlustübernahme (§ 302 AktG) nach bisheriger und neuer Rechtslage (Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 17.1.2013, BGBl. I, S. 285)

BGB § 1365 – Zustimmungsbefähigtes Gesamtvermögensgeschäft; Abschluss eines Vorvertrags

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 434, 444 – Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel; Prüfungspflicht und -kompetenz der Zivilgerichte bzgl. öffentlichen Baurechts; Anforderungen an Arglist bei Verschweigen von Mängeln

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

KStG §§ 17, 34; AktG § 302
Anforderungen an steuerliche Anerkennung einer Körperschaftsteuerlichen Organschaft; Anforderungen an Formulierung der Verlustübernahme (§ 302 AktG) nach bisheriger und neuer Rechtslage (Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 17.1.2013, BGBl. I, S. 285)

I. Sachverhalt

Im Jahr 2009 wurde ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung beurkundet. Unter „§ 3. Verlustübernahme“ wird lediglich auf § 302 Abs. 1 und Abs. 3 AktG verwiesen, nicht hingegen auf § 302 Abs. 4 AktG.

II. Fragen

1. Genügt die Verweisung auf § 302 Abs. 1 und Abs. 3 AktG nach der Rechtslage bei Abschluss des Gewinnabführungsvertrags im Jahr 2009 für die Anerkennung der steuerrechtlichen Organschaft?

2. Falls nein: Kommt unter Geltung von §§ 17, 34 KStG n. F. eine nachträgliche „Heilung“ der ungenügenden Formulierung in Betracht?

3. Müssen Gewinnabführungsverträge angepasst werden, wenn die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft nach bisheriger Rechtslage gegeben waren?

4. Können bisherige Gewinnabführungsverträge durch einen dynamischen Verweis auf § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung angepasst werden, ohne dass die Änderung im Hinblick auf § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KStG als Neuabschluss gilt?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzung für die Anerkennung einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft (§ 17 S. 2 Nr. 2 KStG) bei Abschluss des Gewinnabführungsvertrags im Jahr 2009

Voraussetzung für die Anerkennung einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft mit einer GmbH war nach dem **im Jahr 2009** geltenden Wortlaut des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG, „*dass eine Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 des Aktiengesetzes vereinbart wird*“. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH und der Auffassung der Verwaltung (BFH DStR 2010, 858; BMF v. 19.10.2010, BeckVerw 243307) war es demnach **erforderlich**, dass die **Verlustübernahme entsprechend § 302 AktG ausdrücklich im Vertrag vereinbart wurde**. Das Gebot einer ausdrücklichen Einbeziehung erstreckte sich auch auf den durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl. I, S. 3214) **neu geschaffenen § 302 Abs. 4 AktG** (zehnjährige Verjährungsfrist in Abweichung von §§ 195, 199 BGB).

Die **Finanzverwaltung** hat es bisher allerdings **nicht beanstandet, wenn vor dem 1.1.2006 abgeschlossene Gewinnabführungsverträge keinen Hinweis** auf § 302 Abs. 4 AktG **enthalten**. Zudem hat sie eine Anpassung dieser Verträge nicht für erforderlich erachtet (so BMF v. 16.12.2005, BStBl. I 2006, S. 12). Laut BMF-Schreiben müssen Neuverträge jedoch eine dem § 302 Abs. 4 AktG entsprechende Vereinbarung enthalten, sofern nicht allgemein auf § 302 AktG verwiesen wird (BMF v. 16.12.2005, a. a. O.; BMF v. 19.10.2010, BeckVerw 243307; vgl. auch **Gutachten DNotI-Report 2009, 167** m. w. N. zum Streitstand).

Mit Beschluss vom 22.12.2010 (DStR 2011, 219) hat der **BFH** nochmals bekräftigt, dass der Gewinnabführungsvertrag einer dem § 302 AktG entsprechenden Vereinbarung bedarf und das Regelungserfordernis sich auf § 302 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 AktG erstreckt. **Unschädlich** für die vertragliche Verlustübernahme sei **lediglich die Nichtinbeziehung des § 302 Abs. 2 AktG**, da dieser Absatz allein den – für die ertragsteuerliche Organschaft nicht relevanten – Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag betreffe (vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG).

Nach Auffassung von Finanzgerichtsbarkeit und Finanzverwaltung setzt die Anwendbarkeit des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. somit voraus, dass die Vorschriften des § 302 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 AktG inhaltlich im Gewinnabführungsvertrag enthalten sind. Fehlt die inhaltliche Übernahme und wird im Vertrag auch im Übrigen nicht auf die Vorschriften des § 302 AktG verwiesen, so sind die Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. nicht erfüllt.

2. Neufassung von § 17 KStG durch Gesetz v. 20.2.2013 (BGBl. 2013 I, S. 285)

Am 26.2.2013 sind die durch das **Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.2.2013** (BGBl. 2013 I, S. 285) novellierten §§ **17, 34 KStG in Kraft getreten**.

§ 17 S. 2 Nr. 2 KStG lautet nunmehr:

„Weitere Voraussetzung ist, dass [...] eine Verlustübernahme durch Verweis auf die Vorschriften des § 302 des Aktiengesetzes in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart wird.“

Durch die Änderungen werden entsprechende Empfehlungen aus der Praxis in Gesetzesform gegossen und zugleich die zwingenden Erfordernisse für eine Inkorporation der Regelung des § 302 AktG im Rahmen des § 17 KStG ausgedehnt. **Für Verträge, die ab Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen oder geändert werden, ist daher ein dynamischer Verweis auf § 302 AktG ausreichend, aber auch notwendig**. Der Gesetzesbegründung zufolge sind künftig nur noch dynamische Verweise zulässig, eine statische Wiedergabe von Textteilen entspräche den Vorgaben daher wohl nicht:

*„Die gesetzliche Regelung schreibt nun fest, dass zur Anerkennung einer steuerlichen Organschaft mit anderen als den in § 14 Absatz 1 Satz 1 KStG bezeichneten Kapitalgesellschaften als Organgesellschaften (also insbesondere im GmbH-Konzern), der Gewinnabführungsvertrag einen **ausdrücklichen dynamischen Verweis** auf die Vorschriften des § 302 AktG zur Verlustübernahmeverpflichtung enthal-*

ten muss“ (BT-Drs. 17/10774, S. 21 li. Sp. unten; Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion).

3. Übergangsregelung; „Heilung“ von Altverträgen (§ 34 KStG n. F.)

Der Gesetzgeber hat in § 34 KStG n. F. ausführliche Übergangsvorschriften aufgenommen.

§ 34 Abs. 10b KStG n. F. lautet (Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

„¹§ 17 Satz 2 Nummer 2 [n.F.] [...] ist erstmals auf Gewinnabführungsverträge anzuwenden, die nach dem Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes abgeschlossen oder geändert werden. ²Enthält ein Gewinnabführungsvertrag, der vor diesem Zeitpunkt wirksam abgeschlossen wurde, keinen den Anforderungen des § 17 Satz 2 Nummer 2 [a.F.] [...] entsprechenden Verweis auf § 302 des Aktiengesetzes, steht dies der Anwendung der §§ 14 bis 16 für Veranlagungszeiträume, die vor dem 31. Dezember 2014 enden, nicht entgegen, wenn eine Verlustübernahme entsprechend § 302 des Aktiengesetzes tatsächlich erfolgt ist und eine Verlustübernahme entsprechend § 17 Satz 2 Nummer 2 [n.F.] [...] bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 wirksam vereinbart wird. ³Für die Anwendung des Satzes 2 ist die Vereinbarung einer Verlustübernahme entsprechend § 17 Satz 2 Nummer 2 [n.F.] [...] nicht erforderlich, wenn die steuerliche Organschaft vor dem 1. Januar 2015 beendet wurde. ⁴Die Änderung im Sinne des Satzes 2 eines bestehenden Gewinnabführungsvertrags gilt für die Anwendung des § 14 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 nicht als Neuabschluss.“

Diese Neuregelung wird wie folgt begründet (BT-Drs. 17/11217, S. 10 f.; Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

*„Zur Anerkennung einer steuerlichen Organschaft mit anderen als den in § 14 Absatz 1 Satz 1 KStG bezeichneten Kapitalgesellschaften als Organgesellschaften müssen **Gewinnabführungsverträge, die nach dem Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes [26.2.2013] abgeschlossen** oder aus anderem Grunde als der Aufnahme des dynamischen Verweises geändert werden, zwingend einen **ausdrücklichen dynamischen Verweis auf die Vorschrift des § 302 AktG** zur Verlustübernahmeverpflichtung enthalten.*

*Satz 2 stellt sicher, dass **bestehende Gewinnabführungsverträge, bei denen Zweifel bestehen**, ob die formellen Voraussetzungen für die Formulierung der Verlustübernahmeverpflichtung erfüllt sind, **steuerlich anerkannt** werden, wenn eine Verlustübernahme tatsächlich in zutreffender Höhe erfolgt ist und die Änderung durch Aufnahme des dynamischen Verweises auf § 302 AktG bis zum 31. Dezember 2014 erfolgt. Dadurch können ggf. bestehende Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Formulierung der Verlustübernahmeverpflichtung des § 302 AktG ohne Folgen für die steuerliche Organschaft beseitigt werden. Eine Änderung des Gewinnabführungsvertrages kann unterbleiben, wenn die steuerliche Organschaft vor dem 1. Januar 2015 beendet wird oder bereits beendet wurde. Diese Fälle sind von der Regelung erfasst, wenn die Voraussetzung der tatsächlichen Verlustübernahme erfüllt ist.*

Außerhalb der Fälle des Neuabschlusses und der Änderung aus anderen Gründen enthält die Regelung keine Verpflichtung zur Anpassung von Gewinnabführungsverträgen. Un-

ternehmen können daher auf eigenes Risiko auch die bisherigen Verweise auf § 302 AktG fortführen, wenn sie nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen wollen, den dynamischen Verweis bis zum 31. Dezember 2014 aufzunehmen.

Der neue Satz 4 stellt klar, dass die Änderung eines Gewinnabführungsvertrages zur Aufnahme des Verweises auf § 302 des Aktiengesetzes in der jeweils gültigen Fassung nicht als Neuabschluss anzusehen ist und daher keine neue Fünf-Jahresfrist im Sinne des § 14 Absatz 1 Nummer 3 KStG in Gang setzt. Es ergeben sich entsprechend keine Auswirkungen auf die Berechnung der Mindestvertragsdauer.“

a) Korrektur fehlerhafter Verweisungen ohne Folgen für Mindestvertragsdauer

Für die Beurteilung bestehender Gewinnabführungsverträge gilt danach Folgendes: Entsprechen die bisherigen Formulierungen nicht den Anforderungen des § 17 Abs. 2 Nr. 2 KStG a. F., so besteht die **Möglichkeit, „fehlerhafte Formulierungen“ ohne nachteilige Folgen zu korrigieren.** § 34 Abs. 10b S. 2 KStG n. F. ordnet ausdrücklich an, dass ein Gewinnabführungsvertrag, der vor dem 26.2.2013 wirksam abgeschlossen wurde und keinen den Anforderungen des § 17 Abs. 2 Nr. 2 KStG a. F. entsprechenden Verweis auf § 302 AktG enthält, der Anwendung der §§ 14 bis 16 KStG für Veranlagungszeiträume, die vor dem 31.12.2014 enden, nicht entgegensteht, wenn eine Verlustübernahme entsprechend § 302 AktG tatsächlich erfolgt ist und eine Verlustübernahme entsprechend § 17 S. 2 Nr. 2 KStG in der Fassung des vorliegenden Gesetzes bis zum Ablauf des 31.12.2014 wirksam vereinbart wird (vgl. auch Schneider/Sommer, GmbHR 2013, 22).

Nach § 34 Abs. 10b S. 4 KStG n. F. gilt eine „**Änderung im Sinne des Satzes 2** [des § 34 Abs. 10b KStG n. F.] eines bestehenden Gewinnabführungsvertrags [...] für die Anwendung des § 14 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 **nicht als Neuabschluss.**“ Eine solche Änderung hat daher **keinen Einfluss auf die Berechnung der Mindestvertragsdauer.** Wegen des Verweises auf § 34 Abs. 10b S. 2 KStG n. F. sind nach dem Gesetzeswortlaut Vertragsänderungen erfasst, durch welche Fehler bzw. Unsicherheiten berichtigt werden, weil der Vertrag bisher (ggf. nur möglicherweise) nicht den Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. genügt hat.

b) Reichweite von § 34 Abs. 10b S. 4 KStG n. F.

In der Literatur ist allerdings umstritten, ob sich die Regelung in § 34 Abs. 10b S. 4 KStG n. F. auch auf die Anpassung von Verträgen erstreckt, die bereits bisher (unzweifelhaft) den Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. entsprochen und daher grundsätzlich keinen Anlass für eine Änderung geboten haben. Derartige Fälle scheinen jedenfalls *prima facie* nicht von § 34 Abs. 10b S. 2 KStG n. F. erfasst zu sein.

Im Ergebnis ist es u. E. **vorzugswürdig, eine Anpassung der Altverträge** an die nunmehr geforderte dynamische Verweisung **niemals als Neuabschluss** i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KStG **anzusehen**, und zwar unabhängig davon, ob der bisherige Vertrag den Anforderungen von § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. entsprochen hat oder nicht. Die Anpassung hätte folglich keine Auswirkungen auf die Berechnung der Mindestvertragsdauer. Wenn nämlich eine „fehlerbeseitigende“ Änderung für die 5-Jahresfrist unschädlich ist, dürfte u. E. die (im Zweifel aus Vorsichtsgründen vor-

genommene) Anpassung der bisher ordnungsgemäßen Regelung an die neuen Anforderungen erst recht unschädlich sein. Hierauf deutet auch die Gesetzesbegründung hin, in der Anpassungen von Gewinnabführungsverträgen an § 17 S. 2 Nr. 2 KStG n. F. ganz pauschal als folgenlos für die fünfjährige Mindestvertragsdauer angesehen werden. Eine Unterscheidung danach, ob die bisherige Formulierung der Verlustübernahme nach altem Recht ausreichend oder ungenügend war, wird gerade nicht getroffen (vgl. BT-Drs. 17/11217, S. 10 f.; ebenso Scheifele/Hörner, DStR 2013, 553; Stangl/Brühl, DB 2013, 538).

Angesichts der noch nicht abschließend geklärten Rechtslage ließe sich erwägen, in der vorgenannten Konstellation höchst vorsorglich eine verbindliche Auskunft bei der Finanzverwaltung (§ 89 AO) einzuholen. Vor dem Hintergrund der u. E. unmissverständlichen Gesetzesbegründung dürfte dies aber nicht geboten sein. Wir gehen im Übrigen davon aus, dass zu dieser Frage in naher Zukunft eine allgemeinverbindliche Stellungnahme der Finanzverwaltung erfolgen wird. So hat die Bundessteuerberaterkammer in einem Schreiben an das Bundesministerium der Finanzen vom 21.5.2013 um Klarstellung offener Fragen zum Anwendungsbereich der §§ 17 S. 2 Nr. 2, 34 Abs. 10b KStG n. F. gebeten, insbesondere auch zu der soeben dargestellten Unsicherheit bzgl. des Laufs der 5-Jahresfrist.

4. Ergebnis

Der im Jahr 2009 abgeschlossene Gewinnabführungsvertrag erfüllt die Anforderungen an die Anerkennung der steuerlichen Organschaft nach Auffassung des BFH und der Finanzverwaltung nicht, weil er keinen Verweis auf § 302 Abs. 4 AktG enthält.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 10b KStG n. F. und einer Vertragsanpassung spätestens bis zum 31.12.2014 entsprechend den neuen gesetzlichen Vorgaben ist es allerdings **möglich, fehlerhafte Formulierungen der Vergangenheit zu heilen.** Eine derartige Anpassung gilt dabei gem. § 34 Abs. 10b S. 4 KStG n. F. nicht als Neuabschluss i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KStG, sodass sich dadurch keine Auswirkungen auf die Berechnung der Mindestvertragsdauer ergeben.

Entsprechen die bisherigen Formulierungen den Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F., so besteht zwar keine Verpflichtung zur Anpassung der Verträge. Unternehmen können daher grundsätzlich die bisherigen Verweise auf § 302 AktG fortführen, wenn sie nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen wollen, den dynamischen Verweis bis zum 31. Dezember 2014 aufzunehmen (vgl. BT-Drs. 17/11217, S. 10 f.).

Unseres Erachtens dürfte es sich dennoch empfehlen, auch in Altverträge, die den Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. entsprechen, einen dynamischen Verweis entsprechend § 17 S. 2 Nr. 2 KStG n. F. aufzunehmen. Zwingend ist dies aber wohl nicht (a. A. Dötsch/Pung, DB 2013, 305, 314). Zurückhaltung ist lediglich bei Verträgen geboten, deren fünfjährige Mindestvertragsdauer noch nicht abgelaufen ist. Denn hier besteht – wie oben ausgeführt – noch Rechtsunsicherheit, ob auch die Anpassung von Verträgen, die bisher den Anforderungen des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG a. F. entsprachen, in den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 10b S. 4 KStG n. F. fällt, d. h. keinen für die Mindestvertragsdauer schädlichen Neuabschluss darstellt.

BGB § 1365

Zustimmungsbedürftiges Gesamtvermögensgeschäft; Abschluss eines Vorvertrags

I. Sachverhalt

Der Eigentümer eines Wohnhauses beabsichtigt, dieses an seine Schwester zum Verkehrswert zu verkaufen. Der Eigentümer ist im gesetzlichen Güterstand verheiratet, lebt aber in Scheidung. Das Trennungsjahr ist verstrichen, Antrag auf Scheidung ist gestellt. Das Wohnhaus bildet das wesentliche Vermögen des Eigentümers.

II. Frage

Ist vorliegend ein Vorvertrag empfehlenswert, in dem sich Eigentümer und Käufer zum Abschluss des Kaufvertrags verpflichten, wenn

- die Ehe geschieden ist oder
- der Ehegatte zustimmt oder
- das Familiengericht die Zustimmung ersetzt?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Zustimmungsbedürftigkeit von Gesamtvermögensgeschäften

Gem. § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt (§ 1365 Abs. 1 S. 2 BGB). Ein Gesamtvermögensgeschäft i. S. d. § 1365 BGB liegt auch in einem **Rechtsgeschäft über einen Einzelgegenstand**, sofern dieser das ganze oder nahezu ganze Vermögen ausmacht und der Erwerber weiß, dass es sich bei dem Einzelgegenstand um das gesamte Vermögen handelt, oder zumindest die relevanten Umstände kennt (st. Rspr.; BGHZ 35, 135; 43, 174; vgl. näher MünchKommBGB/Koch, 6. Aufl. 2013, § 1365 Rn. 7 ff. m. w. N.).

Wird das Gesamtvermögensgeschäft ohne Einwilligung des anderen Ehegatten, also ohne vorherige Zustimmung (vgl. zur Terminologie §§ 183, 182 BGB) geschlossen, so ist der Vertrag wirksam, wenn der andere Ehegatte ihn genehmigt, § 1366 i. V. m. § 184 BGB. Darüber hinaus kann das Familiengericht nach § 1365 Abs. 2 BGB auf Antrag des veräußernden Ehegatten die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht und der andere Ehegatte die Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

2. Rechtsfolgen fehlender Zustimmung

Wird ein Veräußerungsgeschäft (Verpflichtungs- und/oder Verfügungsgeschäft) ohne Einwilligung des anderen Ehegatten vorgenommen, so ist es nach Maßgabe des § 1366 BGB **schwebend unwirksam**. Endgültig unwirksam ist es, wenn der andere Ehegatte die Genehmigung verweigert oder das Familiengericht die Ersetzung der Genehmigung ablehnt (§ 1366 Abs. 4 BGB). Würde der Kaufvertrag vorliegend demnach zwischen Verkäufer und Käufer beurkundet, ohne dass der Ehegatte des Verkäufers spätestens in der Kaufvertragsurkunde die Zustimmung erklärte, wäre das Verpflichtungsgeschäft bis zur Erteilung der Zustimmung bzw. bis zu deren Ersetzung seitens des Familiengerichts schwebend unwirksam. Endgültige Unwirksamkeit

wäre gegeben, wenn die Zustimmung oder deren Ersetzung in der Schwebephase verweigert würde.

Zu beachten ist weiterhin, dass die **rechtskräftige Scheidung der Ehegatten grundsätzlich keine Konvaleszenz (Heilung) bewirkt** (BGH NJW 1984, 609; OLG Saarbrücken FamRZ 1987, 1248; Palandt/Brudermüller, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1365 Rn. 19). Als maßgebliches Argument wird angeführt, dass durch eine Heilung des Geschäfts trotz Scheidung noch immer der Zugewinnausgleichanspruch und damit einer der Normzwecke gefährdet sein könnte, und zwar unabhängig davon, ob eine solche Gefährdung *in concreto* tatsächlich besteht. Ist allerdings eine **Gefährdung** des Zugewinnausgleichsanspruchs **bei abstrakt-genereller Betrachtung ausgeschlossen**, führt die rechtskräftige Scheidung zur Heilung und folglich zur Wirksamkeit des Geschäfts (vgl. Staudinger/Thiele, BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rn. 103 ff. m. w. N.: z. B. Ende des Güterstands durch Ehevertrag bei gleichzeitigem Abschluss des Zugewinnausgleichs).

Zusammenfassend gilt, dass der Abschluss eines Grundstückskaufvertrags als Gesamtvermögensgeschäft vor rechtskräftiger Scheidung ohne Zustimmung des Verkäuferehegatten noch nicht rechtssicher erfolgen kann.

3. Abschluss eines Vorvertrags

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob für Verkäufer und/oder Käufer durch den Abschluss eines Vorvertrags ein Mehr an rechtlicher Sicherheit gewonnen wäre. In einem solchen Vertrag könnten sie sich verpflichten, einen Kaufvertrag über das fragliche Grundstück zu schließen, sobald entweder die Ehe zwischen dem Verkäufer und dessen Ehegatten geschieden ist oder der Ehegatte der Veräußerung zugestimmt bzw. das Familiengericht diese Zustimmung ersetzt hat. Aufgrund der vorgenannten Regelungen dürfte der Vorvertrag selbst nicht dem Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB unterliegen.

a) Beurkundungserfordernis; Mehrkosten

Der Schutzzweck des § 311b BGB gebietet allerdings, bereits den Vorvertrag notariell zu beurkunden (vgl. nur BGH DNotZ 2005, 385). Da auch der sich ggf. anschließende Kaufvertrag dieser Form bedarf, ist die kostenrechtliche Mehrbelastung beim Notar (und beim Grundbuchamt) zu bedenken. Um sich nicht dem **Vorwurf einer unrichtigen Sachbehandlung i. S. d. § 16 KostO** auszusetzen, sind daher die Vorteile des Vorvertrags gegenüber dem unmittelbaren Abschluss eines Kaufvertrags mit entsprechendem Hinweis auf die Regelung des § 1365 BGB zu untersuchen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Gestaltungsvariante eines Vorvertrags im Zusammenhang mit § 1365 BGB – soweit ersichtlich – bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt worden ist.

b) Motive für Abschluss eines Vorvertrags

Mitunter stehen der Vertragsreife eines angestrebten Schuldverhältnisses rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegen. In dieser Situation können sich die Beteiligten (ohne sich abschließend rechtlich zu binden) in einem sog. Vorvertrag verpflichten, das eigentlich beabsichtigte Schuldverhältnis (Hauptvertrag) unter gewissen Bedingungen zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen. Funktion des Vorvertrags ist also, eine (gewisse) vertragliche Bindung zu erreichen, obwohl oder gerade weil dem Abschluss des Hauptvertrags noch Hindernisse im Wege stehen (vgl. nur MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl. 2012,

„Die Europäische Erbrechtsverordnung“

im Fürstensaal der Residenz in Würzburg
am **Freitag, 11. Oktober 2013**

- 09.00 Uhr** **Begrüßung**, Notar a. D. Sebastian **Herrler**, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts
Grußwort, Notar a. D. Prof. Dr. Rainer **Kanzleiter**, Vorsitzender der NotRV
- 09.10 Uhr** **Die Entwicklung der Erbrechtsverordnung – Eine Einführung zum Gesetzgebungsverfahren**
Notar a. D. Kurt **Lechner**, ehem. Mitglied des Europäischen Parlaments, Kaiserslautern

Block I: Grundlagen des neuen Erbkollisionsrechts

- 09.30 Uhr** **Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)**
Prof. Dr. Dennis **Solomon**, Universität Passau
- 09.50 Uhr** **Das Statut der Verfügung von Todes wegen (Art. 24 ff. EuErbVO)**
Prof. Dr. Andrea **Bonomi**, Universität Lausanne

10.10 Uhr *Diskussion, anschließend Kaffeepause*

Block II: Ausgewählte Probleme des neuen Erbkollisionsrechts

- 11.00 Uhr** **Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut (deutsche Sichtweise)**
Prof. Dr. Heinrich **Dörner**, Universität Münster
- 11.20 Uhr** **Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut (französische Sichtweise)**
Prof. Dr. Petra **Hammje**, Universität Cergy-Pontoise
- 11.30 Uhr** **Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachenrechtsstatut und vom Gesellschaftsstatut**
Notar Christian **Hertel**, Weilheim
- 11.50 Uhr** **Probleme des allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts**
Prof. Dr. Michael **Hellner**, Universität Stockholm
- 12.10 Uhr** **Internationaler Pflichtteilsschutz und Reaktionen des Erbstatuts auf lebzeitige Zuwendungen**
Prof. Dr. Stephan **Lorenz**, Ludwig-Maximilians-Universität München, Mitglied des BayVerfGH

12.30 Uhr *Diskussion, anschließend Mittagessen*

Block III: Das neue internationale Erbverfahrensrecht

- 14.00 Uhr** **Die internationale Zuständigkeit in Erbsachen**
Prof. Dr. Burkhard **Hess**, Max-Planck-Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law
- 14.30 Uhr** **Die „Annahme“ ausländischer öffentlicher Urkunden**
Notar a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. (Aristoteles-Universität zu Thessaloniki) Reinhold **Geimer**, München
- 14.50 Uhr** **Das Europäische Nachlasszeugnis – Fokus „gutgläubiger Erwerb“**
Prof. Dr. Knut Werner **Lange**, Universität Bayreuth

15.10 Uhr *Diskussion, anschließend Kaffeepause*

Block IV: Das Verhältnis zu Drittstaaten

- 16.10 Uhr** **Vorrang bestehender bilateraler Abkommen der Mitgliedsstaaten**
Dr. Rembert **Süß**, Deutsches Notarinstitut Würzburg
- 16.30 Uhr** **Die Erbrechtsverordnung aus Sicht der Drittstaaten**
Dr. Eva **Lein**, British Institute of International and Comparative Law, London

16.50 Uhr *Diskussion*

- 17.30 Uhr** **Schlusswort**, PD Dr. Anatol **Dutta**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Tagungsbeitrag inkl. Verköstigung und Tagungsband: 170 € für Nichtmitglieder/**120 €** für NotRV-Mitglieder/**70 €** für NotRV-Mitglied Notarassessoren/Notare a. D., **frei** für Universitätsangehörige (ohne Tagungsband)

Anmeldung: Deutsches Notarinstitut, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/53376225, www.dnoti.de, E-Mail: r.lehrieder@dnoti.de

Vor § 145 Rn. 60). Durch einen Vorvertrag kann folglich ein **Abschlusszwang auf vertraglicher Grundlage** entstehen.

c) **Kein erkennbarer Mehrwert durch Vorvertrag**

Schließen die Parteien vorliegend einen Vorvertrag mit dem oben skizzierten Inhalt und wird die **Ehegattenzustimmung später erteilt** oder familiengerichtlich ersetzt, müsste in einem zweiten Schritt der Hauptvertrag (Grundstückskaufvertrag) zu einer weiteren notariellen Urkunde abgeschlossen werden. Schließen die Parteien dagegen unmittelbar den Grundstückskaufvertrag und erfolgt später die Zustimmung oder deren Ersetzung, bedarf es keines weiteren Vertragsschlusses hinsichtlich der Grundstücksveräußerung mehr. Einen Mehrwert bringt der Abschluss eines Vorvertrags in diesem Fall also nicht; im Gegenteil werden sogar (wesentlich) höhere Beurkundungs- und Vollzugskosten ausgelöst. Auch wenn die Zustimmung **weder erteilt noch ersetzt** wird, dürfte der Vorvertrag keine Vorteile gegenüber dem sofortigen Abschluss des Grundstückskaufvertrags bieten. Insbesondere wären Schadensersatzansprüche des Käufers regelmäßig nicht zu befürchten (dazu etwa Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 98). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Wirksamkeit des Vertrags ausdrücklich von der noch ausstehenden Ehegattenzustimmung abhängig gemacht wird.

Schließen die Parteien einen Vorvertrag und wird die Ehe des Verkäufers sodann **geschieden**, müsste der Kaufvertrag wiederum gesondert notariell beurkundet werden. Bei unmittelbarem Abschluss des Kaufvertrags und einer Scheidung des Verkäufers im Stadium des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts bewirkt die rechtskräftige Scheidung nach vorstehenden Ausführungen für sich genommen grundsätzlich keine Heilung. Der Grundstückskaufvertrag müsste – da mit der Beendigung des Güterstands die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB für die Zukunft entfällt – neu abgeschlossen oder zumindest bestätigt werden. Ein echter Mehrwert des Vorvertrags ist auch in dieser Konstellation nicht erkennbar.

Im Übrigen dürfte dem Käufer bei unmittelbarem Abschluss des Hauptvertrags **kein freies Widerrufsrecht während der Schwebezeit** zustehen. Zwar bestimmt § 1366 Abs. 2 S. 1 BGB, dass der Dritte (der Käufer) bis zur Erteilung der Genehmigung durch den Ehegatten bzw. bis zu deren Ersetzung den Vertrag widerrufen kann. Dies gilt nach § 1366 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch dann nicht, wenn der Käufer – wie vorliegend – gewusst hat, dass der Verkäufer verheiratet ist, und der Verkäufer nicht wahrheitswidrig behauptet hat, der Ehegatte habe in die Veräußerung eingewilligt. Gem. § 1366 Abs. 3 BGB kann der Käufer den Verkäufer lediglich auffordern, die notwendige Genehmigung des Ehegatten bzw. deren Ersetzung seitens des Familiengerichts zu beschaffen; nach fruchtlosem Ablauf einer Zweiwochenfrist gilt die Genehmigung als verweigert. Auch in diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich, welche Vorteile der Vorvertrag gegenüber dem unmittelbaren Abschluss des Kaufvertrags böte.

4. Ergebnis

Der Abschluss eines Vorvertrags ist im vorliegenden Fall zivilrechtlich zwar durchaus möglich, bietet jedoch keinen echten Mehrwert gegenüber dem unmittelbaren Abschluss des Grundstückskaufvertrags (ggf. sogar unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 16 KostO). Unseres Erachtens erscheint es vorzugswürdig, den Grundstückskaufvertrag bereits jetzt unmittelbar abzuschließen und einen (Belehrungs-)Abschnitt bzgl. des Zustimmungserfordernisses nach § 1365

BGB in die Urkunde aufzunehmen (vgl. etwa den Formulierungsvorschlag von Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn. 1675), sofern die rechtskräftige Scheidung nicht abgewartet werden kann oder soll.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

**BGB §§ 883, 885; GBO § 22
Rückübertragungsrecht; Löschung der Vormerkung
nach dem Tod des Berechtigten**
Abruf-Nr.: **122479**

**HGB § 25 Abs. 1 u. 2
Haftung bei Firmenfortführung; Erwerb vom Insolvenzverwalter; Haftungsausschluss durch Eintragung
im Handelsregister; einseitige Haftungsausschlusserklärung; Unternehmensfortführung ohne Erwerb des
Unternehmens**
Abruf-Nr.: **125135**

**Internationales Gesellschaftsrecht
Vereinigte Arabische Emirate: Vertretungsnachweise
für ein Free Zone Establishment**
Abruf-Nr.: **124996**

Rechtsprechung

**BGB §§ 434, 444
Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel;
Prüfungspflicht und -kompetenz der Zivilgerichte bzgl. öffentlichen Baurechts; Anforderungen an Arglist bei Verschweigen von Mängeln**

1. Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar; die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst nach Gefahrübergang ergangenen baubehördlichen Bescheid – zu beantworten.

2. Arglist setzt zumindest Eventualvorsatz voraus; dem steht es nicht gleich, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen von Tatsachen hätte aufdrängen müssen, die einen Mangel des Kaufobjekts begründen.

BGH, Urt. v. 12.4.2013 – V ZR 266/11
Abruf-Nr.: **11084R**

Problem

Die Klägerin kaufte vom Beklagten eine sanierte Dachgeschosswohnung unter Ausschluss der Gewährleistung.

Später stellte sich heraus, dass für die Wohnung und den dazugehörenden Balkon keine Baugenehmigung vorlag. Die Käuferin trat deswegen vom Kaufvertrag zurück und verlangte dessen Rückabwicklung wegen eines arglistig verschwiegenen Sachmangels. Das Bauamt sprach zunächst eine Nutzungsuntersagung aus und erteilte schließlich eine Baugenehmigung unter Auflagen.

Entscheidung

Nach Ansicht des V. Zivilsenats des BGH stellt eine **fehlende Baugenehmigung stets** einen **Sachmangel** dar. Dies gelte **unabhängig von** einer möglichen **Genehmigungsfähigkeit**, weil trotz materieller Baurechtsmäßigkeit bis zur Erteilung der Genehmigung eine Nutzungsuntersagung erfolgen könne und damit dem Erwerber die baurechtlich gesicherte Befugnis fehle, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen.

Das Berufungsgericht hatte aus der später erteilten Baugenehmigung darauf geschlossen, dass von einem genehmigungsbedürftigen Tatbestand auszugehen sei und im Übrigen seine Prüfungscompetenz bzgl. der Genehmigungsbedürftigkeit verneint. Dagegen bekräftigte der BGH seine bisherige Rechtsprechung, wonach die **Zivilgerichte in eigener Verantwortung zu prüfen** hätten, **ob** bauliche Veränderungen überhaupt **genehmigungsbedürftig** seien, denn es handele sich hierbei um eine Vorfrage der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache. **Anders** ist dies ausnahmsweise dann, **wenn** bereits **im Zeitpunkt des Gefahrübergangs** – als dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels – eine **rechtsverbindliche Entscheidung der Baubehörde** vorliegt. Diese gewähre nämlich entweder Bestandsschutz und schließe damit einen Sachmangel aus oder begründe bei negativer Verbescheidung ohne Weiteres einen Sachmangel.

Zweiter interessanter Aspekt des Urteils sind die Ausführungen des BGH zum **arglistigen Verschweigen eines Mangels nach § 444 BGB**. Anders als der BGH hat das Berufungsgericht ein arglistiges Verschweigen noch mit dem Argument bejaht, dass sich dem Beklagten das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen und ein bewusstes „Sichverschließen“ – in Anlehnung an die zur Bankenhaftung entwickelten Grundsätze – der Kenntnis gleichstehe.

Insoweit differenziert der BGH sehr fein zwischen den tatsächlichen Umständen einerseits und den Rechtsfolgen bzw. der rechtlichen Subsumtion andererseits. **Hinsichtlich der relevanten, d. h. der aufklärungspflichtigen und mangelbegründenden Tatsachen** sei **stets Kenntnis** erforderlich. **Dass sich Tatsachen hätten aufdrängen müssen, genügt** hingegen **nicht**, weil sonst die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und der Sache nach durch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde. Demgegenüber komme beim Schluss von den Tatsachen auf die rechtliche Bewertung eine Abmilderung des Erkenntnisgrades in Betracht.

Bspw. sei Kenntnis bzgl. aller die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände erforderlich, während es für die rechtliche Bewertung ausreiche, dass sich eine sittenwidrige Übervorteilung habe aufdrängen müssen. Der nichtberechtigte Besitzer müsse alle tatsächlichen Umstände kennen, wohingegen für die Rechtsfolge der Nichtberechtigung ein bewusstes Sichverschließen genüge. Der Verkäufer müsse alle mangelbegründenden Umstände kennen, einzig bei der

Beurteilung, ob diese Umstände einen Mangel im Rechtsinne darstellten, könnten die subjektiven Anforderungen abgesenkt werden. Dies gilt laut BGH auch für den Fall, dass die mangelbegründende Tatsache – das Nichtvorliegen einer Baugenehmigung trotz Genehmigungspflicht – einen normativen Gehalt aufweist.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg